~~T 1866/SARA~~
T 1866-1
PPN 08450515x

A Mr Henri Bonfils,
témoignage de mon aff
A. de Sarrieu

FACULTE DE DROIT DE TOULOUSE.

DU

BAIL EMPHYTÉOTIQUE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

DISSERTATION

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR,

PAR M. ALPHONSE DE SARRIEU,

AVOCAT

Lauréat du Concours de Doctorat (1864).

> Assurez à un homme la possession d'une roche nue, il en fera un jardin; donnez-lui un jardin par bail de neuf ans, il en fera un désert.
> (Arthur YOUNG, *Voyages en France*, t. 1, p. 64, édit. de 1860).

TOULOUSE
TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC,
RUE SAINT-ROME, 44.

1866

GARRIGOU

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. Chauveau Adolphe ✻, doyen, *professeur de Droit Administratif.*

Delpech ✻, doyen honoraire, *professeur de Code Napoléon, en congé.*

Rodière ✻, *professeur de Procédure Civile.*

Dufour ✻, *professeur de Droit Commercial.*

Molinier ✻, *professeur de Droit Criminel.*

Bressolles, *professeur de Code Napoléon.*

Massol ✻, *professeur de Droit Romain.*

Ginoulhiac, *professeur de Droit Français*, étudié dans ses origines féodales et coutumières.

Huc, *professeur de Code Napoléon.*

Humbert, *professeur de Droit Romain.*

Rozy, agrégé, *chargé du cours d'Economie politique.*

Poubelle, agrégé, *chargé d'un cours de Code Napoléon.*

Bonfils, agrégé.

M. Darrenougué, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire Agent-comptable.

Président de la thèse : M. Rodière.

Suffragants : M. Massol.
M. Ginouilhac.
M. Huc.
M. Rozy, agrégé.

} *Professeurs.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A mon père, à ma Mère.

—

A MON FRÈRE, A MA SŒUR.

—

A MES PARENTS, A MES AMIS.

BIBLIOGRAPHIE.

Bartoli, *Commentaria in primam Codicis partem*, ad tit. : De Jure emphyteutico (C. IV, 66). — Jacobi Cujacii *Recitationes solemnes*, ad tit. : Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur (D. VI, 3) et ad tit. : De Jure emphyteutico (C. IV, 66). — Hugonis Donelli, *Commentarii de juri civili*, lib. IX, cap. XIII-XVI. — Jacobi Gothofredi. *Perpetua Commentaria in Codicem Theodosianum*, ad tit. : De Locatione fundorum juris emphyteutici et Reipublicæ et Templorum (C. Th. X, 3) : De Conlatione fundorum patrimonialium vel Emphyteuticorum et Rei privatæ (C. Th. XI, 19). — Antonii Perezii, *Prælectiones*, ad tit. : De jure Emphyteutico (C. IV, 66). — Elberti Leonini, *Prælectiones*, ad tit. : De jure Emphyteutico (C. IV, 66), *in* Everardi Ottonis, *Thesauro juris Romani*. — Antonii Fabri, in supremo Sabaudiæ Senatu, Præsidis primarii, *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. 43. — Andreæ Fachinæi, *Controversiarum opus*, lib. I, cap. 89-100. — Arnoldi Vinnii, *Commentarius institutionum*, ad lib. IV, tit. 25, § 3, junge, *Selectarum juris quæstionum*, lib. II, cap. 2 et 3. — Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, lib. II, cap. 5, §§ 294-298. — Wench, *Codicis Theodosiani*, lib. V priores. — De Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, 6e édition, et 7e édition annotée par M. Rudorff, *passim*. — Niebuhr, *Histoire romaine*, traduction de M. de Golbéry, t. 3, § : *Du domaine public et de la jouissance de ce domaine*. — M. Serrigny, *Droit public et administratif romain* (2 vol. in-8°. Paris, 1862), liv. I, tit. 1, ch. 12 et 13 ; liv. II, tit. 1, ch. 7 *passim* et 8. — M. Pellat, *Exposé des principes généraux du Droit romain sur la propriété*, *Introduction*, nos 120 et suiv. — M. Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. 2, nos 510-511 ; t. 3, nos 1501-1511. — M. Pepin le Halleur, *Histoire de l'Emphytéose*. In-8°, Paris, 1843. — Nothomb, *Specimen enarrans juris emphyteut. historiam apud Rom.* Leod. 1826. Voy. Buckholtz, *Jurist. Abhandlung*. Kœnigberg, 1833, p. 306 et suiv. ; Muhler, *De jure emphyteut. transferendo*. Berol, 1835 ; Vuy, *De Originibus et naturâ juris emphyteut. Rom.* Heidelberg, 1838, p. 90-219 ; Schilling, *Institut*, t. 1, p. 590 à 600 ; *Arndts zur Lehre von der Emphyt. in Zeitschrift für civil Recht und Process*. 1847, III, p. 245-286, 367-423 ; Danz, *Rechtsgeschichte*, I, p. 208 et suiv. ; Walter, *Gesch. des Rœm. Rechts*, 3e édition. Bonn, 1860, nos 413, 582 et 583 ; Rein, *Das Privat-Recht der Rœmer*. Leipzig, 1858, p. 344 et suiv.

AVANT-PROPOS.

Dans un pays où l'organisation de la grande propriété prévaut, le mode de culture le plus répandu et aussi le meilleur, selon la science économique, est sans contredit le bail à ferme. Mais, il ne faut pas s'y tromper, le bail à ferme ne suffit plus quand il s'agit de défricher des terres infertiles. En effet, cette institution suppose que le pays est peuplé d'une classe de travailleurs, laborieux et riches; or cette classe ne se résoudra jamais, en vue des avantages toujours temporaires d'un bail à ferme, à venir faire des établissements passagers sur un sol inculte. On tenterait vainement aussi de fertiliser de vastes contrées en jachères, au moyen du contrat de louage d'ouvrage, et cela par le même motif. Il faut donc emprunter le secours de combinaisons plus puissantes; c'est alors que naît l'emphytéose, un des plus célèbres modes de culture qui se soient jamais pratiqués. Cette institution est le fruit et la conséquence de ce principe bien connu, que le sentiment de la propriété est seul assez puissant pour peupler les contrées désertes et sauvages; aussi elle se traduit en un partage amiable de l'utilité possible du sol, conclu entre le maître et le travailleur; voici comment cela s'opère.

Le maître transporte au colon le droit de jouissance accompagné de tous ses avantages ainsi que de tous ses moyens de défense, mais aussi grevé de toutes les charges qui en sont la suite inévitable. Ce droit de jouissance, l'emphytéote en peut disposer à son gré, absolument comme s'il était propriétaire; il peut le vendre, l'échanger, l'hypothéquer, etc... En compensation, il paie une redevance fixe et très-légère; c'est la part du maître dans le partage qui a eu lieu, part fixée à forfait; elle ne s'augmente jamais, mais en revanche elle ne se diminue point dans le cas de perte partielle, si considérable qu'elle soit.

L'emphytéose peut être perpétuelle ou temporaire ; dans cette dernière hypothèse elle sera toujours fort longue parce que, nous l'avons dit, le seul moyen d'attirer le colon c'est de lui assurer l'avenir. Dans les lieux où la terre est tenue emphytéotiquement d'une manière à peu près universelle, les emphytéoses finiront toujours par se perpétuer ; et cela est facile à comprendre ; tout le monde y est intéressé. Les cultivateurs le sont d'abord, car l'expiration du bail entraînerait leur ruine et celle de leurs créanciers ; les propriétaires le sont, non moins, car si les baux finissaient dans tout un pays, il se dépeuplerait et la terre retournerait en friches. Donc, de fait ou de droit, les baux emphytéotiques ne tarderont pas à se perpétuer ; seulement dans l'hypothèse où ils ont été conclus temporaires, l'arrivée du terme donnera au propriétaire la faculté de réviser la redevance, ce qui ne saurait arriver dans une emphytéose stipulée perpétuelle, dès le principe.

Les avantages de l'emphytéose sont énormes ; elle appelle les capitaux, car l'emphytéote peut hypothéquer son droit. Par là elle crée des valeurs considérables en faveur du propriétaire qui, sans elle, n'eût rien retiré de ses terres. Enfin elle satisfait merveilleusement l'intérêt du colon, dont la seule ambition est de devenir possesseur du sol, ambition qui est au reste parfaitement d'accord avec l'intérêt du maître puisque la seule ressource dont puisse disposer le dernier, c'est une part dans la propriété, c'est-à-dire précisément l'objet des convoitises du premier. A un point de vue plus général, l'emphytéose est le commencement de toutes les civilisations.

Tels sont ses bienfaits ; mais il ne faut pas se le dissimuler, elle porte avec elle ses inconvénients. Née de la nécessité des temps, elle doit, comme toutes les institutions humaines, finir quand sa tâche est terminée. En effet, elle divise la propriété du sol et lui donne deux maîtres. Par là elle en gêne la circulation. De plus, elle crée deux classes de personnes condamnées d'avance à l'immutabilité de leur

condition : la classe des propriétaires, la classe des travailleurs. Ce dernier inconvénient est moindre dans les sociétés dont la constitution est aristocratique ; mais il finit aussi par s'y faire ressentir à la longue et n'y être plus toléré.

A son heure donc l'emphytéose doit périr, et cela peut arriver de deux façons ; ou bien la jouissance d'un vaste domaine, se convertira, pour le preneur, par l'effet d'une transaction amiable, en droit de propriété sur une partie de ce même domaine ; ou bien, à la faveur d'une transformation radicale, l'emphytéote sera un jour constitué propriétaire par la vertu de la toute puissance législative, à condition qu'il paiera au maître un capital équivalent à la valeur de sa redevance annuelle. Ce sera une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique, de même que le partage entre propriétaires indivis, dont la pratique est quotidienne. Ce dernier résultat s'est produit à l'époque de l'Assemblée Constituante sous le nom de rachat, et il aura lieu le plus souvent. En effet, du maître ou du tenancier quel est celui dont la vocation à la pleine propriété est la plus manifeste ? Ce n'est pas à coup sûr le maître auquel il ne reste plus que le droit purement théorique d'*abusus,* paralysé en ses mains par le devoir qui lui incombe de respecter la jouissance de l'emphytéote.

Telle est l'emphytéose. Nous allons la voir naître en germe dans les commencements de Rome, appliquée d'abord au patrimoine public et aux biens des cités exclusivement, pour s'étendre de là aux biens impériaux. Plus tard elle a été employée par les particuliers, et au Bas-Empire elle est devenue universelle ; c'est alors qu'elle s'est perfectionnée.

Dans une seconde partie de notre étude nous suivrons le bail emphytéotique au Moyen-Age où la féodalité l'accepta comme le bienvenu ; il était, en effet, conforme à son esprit, car elle avait pour but de rendre la terre accessible aux classes inférieures *sans bourse délier ;* aussi forma-t-il le fond de toutes les tenures féodales. A Rome, au contraire, les patriciens jaloux s'étaient servis de l'em-

phytéose, le jour seulement où, après avoir désolé l'Italie et les provinces en ruinant les petits propriétaires, ils avaient cessé d'avoir des esclaves pour cultiver leurs domaines dépeuplés.

Nous verrons enfin l'emphytéose perpétuelle mourir en 1789 sous le coup de cette idée que celui-là n'est pas propriétaire qui s'est condamné pour toujours à ne retirer de son bien qu'un émolument pécuniaire. Toutefois son agonie a été longue ; le triomphe de l'idée qui l'a faite périr a été laborieux ; car autrefois la propriété avait tout un côté honorifique, peu facile à bien comprendre aujourd'hui, que les mœurs ont été longues à déraciner.

Nous aborderons en terminant l'étude de l'emphytéose sous le Code Napoléon ; cette étude, il faut l'avouer, offre de nos jours un intérêt bien affaibli. Le bail emphytéotique temporaire, le seul autorisé maintenant, n'est plus comme dans les sociétés qui commencent d'intérêt public : « l'époque de prédilection du contrat emphytéotique, dit M. Troplong (1), c'est celle ou règnent de vastes domaines ; mais quand le sol est soumis au mouvement rapide d'une division indéfinie, il ne peut être que rare, accidentel ; il ne répond pas aux plus impérieux besoins du moment, car il ne fonctionne pas avec assez de promptitude et demande trop à l'avenir pour une génération qui dévore le présent. » Toutefois, ce débris du passé est encore utile au temps actuel ; il seconde merveilleusement une infinité de spéculations privées.

Quoi qu'il en soit, il n'était pas inutile d'étudier l'emphytéose ; les services qu'elle a rendus indiquent ceux qu'elle peut rendre, là où le besoin l'appellera ; pour nous, elle a même un intérêt spécial ; elle a fertilisé notre pays. Aussi, en essayant de la mettre en lumière, nous avons cru acquitter, à son égard, une dette de reconnaissance.

(1) Troplong, *du Louage*, t. 1, p. 214.

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

IDÉE GÉNÉRALE DE L'EMPHYTÉOSE.

1. L'emphytéose est un droit réel de jouissance immobilière, que spécifient les caractères différentiels suivants : la jouissance de l'emphytéote est aussi complète que le serait celle du propriétaire lui-même agissant en bon père de famille ; aussi, on lui permet de modifier à son gré la substance du fonds ; mais une limite infranchissable borne son droit, c'est la défense d'appauvrir l'immeuble confié à ses soins ; sans cette restriction, il n'y aurait plus emphytéose, il y aurait domaine, puisque sans elle l'emphytéote serait nanti de l'*abusus* complet. En second lieu, le droit emphytéotique est absolu ; enfin, il est transmissible, et en cela il se sépare de l'usufruit ; il en diffère encore par un autre côté fort important ; l'usufruit est essentiellement viager : l'emphytéose, tantôt perpétuelle, tantôt temporaire, de droit commun est déterminée dans sa durée ; si elle est viagère c'est par accident. Elle se constitue à titre onérenx, moyennant une redevance légère qui ne représente pas comme celle du fermier la valeur des fruits, déduction faite des soins de la production et du petit bénéfice qu'il se réserve ; cette différence est facile à expliquer si on compare le but du bail à ferme avec celui du bail emphytéotique. Le premier rentre dans les modes de culture normale, à l'aide desquels le propriétaire substitue, moyennant un salaire, le travail d'autrui à celui de ses mains. Le deuxième est une association, dans laquelle le propriétaire apporte le sol ; l'emphytéote apporte le travail, l'intelligence et les capitaux qui le transformeront, afin de créer la culture et d'en partager les profits. Au bail à ferme on demande l'exploitation de la terre cultivable ; à l'emphytéose la création

d'une valeur ; la différence dans le tout occasionne pour le travailleur, une différence d'avantages proportionnée aux efforts qu'il emploie à l'atteindre. C'est ainsi que le bail laisse toute l'utilité de la chose entre les mains du propriétaire, alors que l'emphytéose détache une portion du domaine utile en faveur de celui qui en est investi ; c'est ainsi que le preneur n'a qu'un droit restreint, mélangé avec celui du propriétaire, alors que celui de l'emphytéote est si fortement gravé sur le sol qu'on peut, avec Cujas, l'appeler un quasi-domaine.

2. Si donc il faut se garder ici d'une première confusion, une seconde doit aussi être évitée avec soin, c'est celle qui tendrait à assimiler l'emphytéose à une vente du fonds dont le prix serait payable par annuités. Cette confusion faite à l'origine par quelques jurisconsultes romains est facile, parce que le droit du propriétaire semble se retirer du fonds emphytéotique pour se convertir en une créance. Mais de ce qu'il est à l'état latent il ne faut pas conclure à son annihilation, car si la théorie peut concevoir qu'il y ait place sur le même sol pour le droit de propriété comme pour le droit d'emphytéose, la pratique peut les voir s'exercer simultanément. Si les faits extérieurs de jouissance accusent tous les jours l'énergie du second, l'attribution du trésor trouvé sur le fonds, le droit d'ouvrir les mines et carrières, et avec cela certaines chances de consolidation accusent la vitalité du premier.

3. Enfin, il est un droit qui, par sa nature et par ses effets, se rapproche beaucoup de l'emphytéose, c'est l'usufruit, et cependant il ne faut pas les identifier l'un avec l'autre sur la foi de trompeuses ressemblances. C'est par l'étendue et la durée qu'ils diffèrent radicalement, et voici le critérium auquel on doit recourir pour reconnaître chacun d'eux ; l'usufruit n'emporte pas le droit de changer la substance du fonds, tandis que l'emphytéose emporte cette faculté en tant que son exercice n'occasionnera pas de détérioration ; l'usufruit est essentiellement viager et intransmissible ; l'emphytéose est à terme certain et transmissible.

4. En résumé, l'emphytéose est un droit réel *sui generis* qui emprunte à l'usufruit sa nature élémentaire, à la vente son mode de constitution le plus ordinaire, au louage le mode de paiement ; c'est dans cette mesure seulement que ces trois droits lui ressemblent ; et quant à la définition propre, j'essayerai de la donner ainsi : l'emphytéose est le droit réel par lequel nous nous servons

de la propriété d'autrui comme de la nôtre et disposons de la chose, sans cependant pouvoir la détériorer, en vue de la cultiver, de l'améliorer, et sous la condition de payer tous les ans ou à d'autres époques déterminées, une redevance fixe.

5. Il faut parler enfin de la racine qui a servi à former le mot emphytéose; c'est un verbe grec, le verbe εμφυτευειν qui signifie planter, semer, greffer, et s'il est permis de donner une certaine importance à la philologie, cette racine porte à croire que l'emphytéose est née à une époque d'enfantement agricole; c'est, du reste, ce que nous essayerons de confirmer par l'histoire.

6. Le mot *emphyteusis* s'applique, en droit romain, à deux choses qu'il faut se garder de confondre; il désigne d'abord le droit réel ou le démembrement de propriété qui pèse sur le fonds au profit de l'emphytéote et puis le contrat qui a servi communément à établir ce droit. Il est curieux de signaler que la notion du droit réel a précédé de beaucoup, à Rome, celle du contrat, et la raison en est fort simple : les principes du vieux droit quiritaire avaient fait la nomenclature des droits réels et des contrats, et ils en avaient fermé la liste pour que rien n'y pût être ajouté; le droit d'emphytéose et le contrat du même nom en étaient exclus; on ne pouvait cependant pas renier le premier, parce qu'il était essentiellement lié au droit public et administratif; mais comme on reniait son élément générateur véritable, il dut prendre pour passeport le contrat de louage qui l'abrita sous ses principes, et ainsi on a vu pendant plusieurs siècles, dans la législation romaine, d'ordinaire si exacte, cette anomalie, un fait générateur de rapports de droit essentiellement personnels, être le père putatif du plus étendu de tous les démembrements de la propriété. Cependant, comme nous l'avons dit, le contrat de louage n'était ici qu'un passeport, et les jurisconsultes classiques ne s'y trompèrent pas; aussi ils ont de bonne heure donné au droit réel ses principes propres, et ce n'est qu'aux obligations qui l'accompagnent qu'ont été appliqués par analogie les principes du louage, avec lequel le contrat emphytéotique a dans la forme les plus grandes affinités; je dis par analogie, car, évidemment, ces jurisconsultes n'ont jamais pensé que la convention d'emphytéose fût une location; à leurs yeux elle était un contrat innomé, et les Sabiniens ont suivi leur procédé habituel, quand, pour le réglementer, ils lui ont appliqué les principes du contrat le plus voisin. Ce n'est qu'au

Bas-Empire, sous l'empereur Zénon, quand l'emphytéose fut devenue avec le colonat le levier de la régénération agricole, que la notion du contrat emphytéotique s'est révélée dans toute sa pensée (1).

7. Mais ce serait une grande erreur de placer à cette époque la naissance de l'emphytéose; Zénon ne l'a pas créée, il l'a définie; quand donc est-elle née? Généralement on dit que c'est environ à l'époque de Constantin, un peu avant ou un peu après, parce qu'on la voit fréquemment appliquée à cette époque dans le Code Théodosien. Notre opinion n'est pas telle; le *jus* εμφυτευτικον existe au Digeste (2), d'où il faut conclure tout au moins, que l'expression a été créée entre l'époque de la conquête de la Grèce et l'époque des jurisconsultes classiques. Mais le droit lui-même préexistait, et voici, à mon sens, ce qu'il faut dire de son origine : elle est concomitante de la création de l'*ager publicus*, c'est-à-dire de la fondation de Rome ; c'est dans l'administration du domaine public qu'il faut voir les premiers germes du droit d'emphytéose, germes semés par la nécessité ; ils ont été fécondés par le génie des jurisconsultes classiques, quand ils ont été transplantés sur le territoire municipal ou *ager vectigalis*, et ils ont formé un tout, connu sous le nom de *jus in agro vectigali;* c'est ce droit que l'on trouve employé pour l'administration des biens domaniaux dans le Code Théodosien, ce droit enfin qui, mis en usage pour les biens des particuliers, reçoit de Zénon son perfectionnement. Quant à l'origine de sa qualification, elle est bien facile à expliquer, si on remarque que tant qu'il est demeuré appliqué aux biens municipaux il n'a pas eu de dénomination individuelle ; il était désigné par son objet ; ce système devint impraticable dès l'instant où l'objet se multiplia, et on chercha alors dans la langue grecque une appellation ; on employa le mot : εμφυτευτικον, qui est des plus heureusement choisis.

8. De tout ce qui précède, on peut conclure que la division de notre sujet sera bipartite. Dans une première partie, nous suivrons les développements de l'emphytéose jusqu'à Zénon ; dans une seconde, nous examinerons l'emphytéose perfectionnée.

(1) Loi 1, C. 4, 66.
(2) Ulpien, L. 3, § 4, D. 27, 9

PREMIÈRE PARTIE.

De l'emphytéose avant Zénon.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'AGER PUBLICUS.

9. Suivant la tradition, quand Romulus fonda Rome, obéissant aux usages de son temps, il divisa le territoire en trois parties : le territoire privé *ager privatus*, le territoire public *ager publicus*, le territoire consacré au roi et au culte *ager regius* (1). Le patrimoine public se composa très-longtemps de pâturages, au rapport de Pline : « *Etiam nunc*, dit-il, *in tabulis censoriis, pascua dicuntur* » *omnia ex quibus populus reditus habet, quia diu hoc solum* » *vectigal fuit* (2). » Il s'augmenta de l'*ager regius* à la chute des rois et sous la République; grâce à la valeur des armes romaines, il devint immense. Pour son administration, on adopta une double règle; si les biens dont il fallait percevoir le revenu étaient de nature à ne comporter que la jouissance d'un petit nombre de personnes, comme les mines, l'Etat les affermait à des Compagnies de publicains; s'ils étaient susceptibles de profiter à un grand nombre de citoyens, c'est à eux qu'on abandonnait l'exploitation; ce fut là ce qui se pratiqua pour les fonds de terre. On permit aux

(1) Denis d'Halicarnasse, 3, 1.
(2) Pline, *Hist. Nat.*, 18, 3.

patriciens (*a*) d'occuper une partie de l'*ager publicus* pour la mettre en culture, à charge d'une légère redevance qui fut fixée à la dîme des grains et à la double dîme des fruits (1). Ces concessions emportaient le droit pour le concessionnaire de se comporter comme le propriétaire lui-même sur le sol occupé ; elles étaient héréditaires et transmissibles soit entre vifs, soit à cause de mort. Mais la République avait le droit d'en opérer à son gré le retrait sans indemnité, ce qui eut lieu notamment quand, pour payer le troisième terme de l'emprunt de la guerre d'Annibal, on permit aux créanciers de Rome de choisir des terres du domaine public dans un rayon de cinquante milles (2).

10. Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet de raconter toutes les vicissitudes de la lutte plusieurs fois séculaire qui s'éleva entre les plébéiens et les patriciens au sujet de l'*ager publicus* (3) et qui se termina par les lois agraires et la chute du patriciat. Nous nous contenterons d'examiner le côté juridique des concessions dont il s'agit.

11. Le concessionnaire ne connaissait d'autres limites dans l'exercice de son droit que sa volonté même ; il pouvait demander au sol tout ce qu'il est susceptible de produire, et lui faire subir toutes les modifications auxquelles il peut se prêter. Ce droit donc était illimité et nous n'y voyons pas la défense de détériorer, caractère distinctif de la véritable emphytéose ; il y a deux motifs à donner de l'absence de cette prohibition : le premier, c'est qu'elle n'a de raison d'être que lorsque le bailleur livre un sol fertilisé ; le second, c'est que la République avait en main le retrait, menace toujours suspendue sur la tête de celui qui mésuserait de sa con-

(1) Appien, *De bello civili*, 1, 7.

(2) Tite-Live, 31, 13.

(3) V. Macé, *Des lois agraires chez les Romains*. Paris, 1846. — Dureau de la Malle, *Econ. polit. des Rom.* Paris, 1840, I, p. 234 ; II, p. 255 à 285. — Walter, *Gesch.* I, n° 252. — Rudorff, *Gesch.* I, § 16, p. 39 et suiv. — Engelbrecht, *De legibus agrar. antè Gracchos*, 1842.

(*a*) Walter, *Geschichte* I, nos 38 et 39. — Festus, vo *Patres*. — Tite-Live IV, 48, 51, 53 ; VI, 3, 37, 39. — Voyez aussi Schwegler, *Geschichte* 25, 9. — Les plébéïens ne participaient qu'aux pâturages communs. Suivant ces auteurs, le privilége des patriciens ne cessa que par les lois agraires de Licinius Stolo, en 388 de Rome (Walter, nos 61 et 62), car on voit ensuite les plébéïens occuper des terres publiques ; V. Tite-Live VII, 16.

cession. Ce droit si large se nommait *usus* ou *possessio*; la science moderne est d'accord à reconnaître en lui l'origine du droit de possession; les savants travaux de MM. Heyne, Niebuhr et de Savigny l'ont démontré, et ce qui le prouve c'est ce fragment du jurisconsulte Javolenus : *Possessio est quicquid adprehendimus cujus proprietas ad nos nec potest pertinere* (1). Brisson, le premier, a expliqué que, par ces mots : *nec potest pertinere*, il faut entendre l'*ager publicus* qui ne peut, en effet, nous appartenir parce qu'il n'est pas susceptible d'usucapion (2). Ce qui le prouve encore, c'est la plus ancienne définition de la possession, qui nous a été conservée par Aelius Gallus dans Festus : *Possessio est usus agri aut ædificii* (3). Or, *usus*, c'est précisément la qualification technique du droit qu'on a sur l'*ager publicus* (4). Ainsi constitué, ce droit fut sans protection à son origine et on n'a sans doute songé à le défendre que quand on l'a vu aux prises avec la spoliation. Pendant que le soldat servait contre l'ennemi, un voisin cupide et puissant expulsait sa femme et ses enfants de son petit domaine. Cela eût été impossible quant à la propriété qui tirait son origine de l'assignation; mais en fait de domaine public, qui n'avait pas de limitation, cela pouvait être tenté aisément, car beaucoup de contrées étaient éloignées de la juridiction romaine. Le préteur y porta remède par les interdits dont la création remonte à cette époque.

12. Il nous paraît résulter des développements qui précèdent, que l'*usus* était un des plus énergiques droits réels qu'on puisse imaginer, et nous ne nous donnerions pas la peine de conclure que le contrat intervenu entre la cité et le citoyen n'était pas un louage, si une école à la tête de laquelle est M. Tigerstroëm ne l'avait soutenu en Allemagne (5). Ce système s'appuie sur quelques textes : l'un de Cicéron (6), l'autre de Tite-Live (7), l'autre

(1) L. 115, D. 50, 16.
(2) Brissonius, 4, 2 *Antiquit.*, lib. 4.
(3) Festus, v° *Possessio*.
(4) Niebuhr., *Hist. rom.*, 2, 3, p. 186 et suiv.
(5) Tigerstroëm, Uber das frühe.e Verhältnifs des Rechts am ager vectigalis, p. 11, 21.
(6) Cicéron, 2 *in Verrem*, 3, 6.
(7) Tite-Live, 27, 3.

enfin du jurisconsulte Paul (1). Mais M. Niebuhr (2) a prouvé par les raisons les plus puissantes, que les locations dont il s'agit n'étaient pas le bail de la terre elle-même, mais la mise en adjudication par les censeurs de la perception des dîmes, et que le mot *location* résultait d'un abus de langage. Le droit de l'Etat à la dîme se nommant le *fructus*, les mises en adjudication s'appelèrent d'abord *venditiones fructus* (*a*), plus tard *censoriæ locationes*. *Venditiones olim dicebantur censoriæ locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant* (3). On en vint à la locution vicieuse de *locatio agri fruendi*, qui précéda celle de *locatio agri*, adoptée la dernière. Le langage étant vicié, il ne fallait plus qu'une chose, à mon sens, pour fausser les idées : la conversion des dîmes en une redevance pécuniaire, le *vectigal*, conversion qui eut lieu sans doute, parce que les publicains, payant l'Etat en argent, durent changer le paiement des dîmes en un abonnement fixe. M. Niebuhr a encore anéanti l'argument pris des textes précités. Cicéron et Tite-Live parlent des terres conquises qui ont été rendues aux villes, moyennant une redevance. Polybe aussi parle quelque part du louage des ports, ce qui est aussi étrange. Dans le premier cas

(1) Paul, L. 11, § 1, D. 39, 4.

(2) Junge Walter, *Gesch.* I, nos 182, 184 ; Hyginus, *De conditone agrorum*, p. 116, dans l'édition nouvelle des *Rei agrariæ scriptores*, donnée à Berlin (1848 à 1852), par Lachman et Rudorf, sous le titre de *Gromatici veteres*.

(3) Festus, vo *Venditio*.

(*a*) « Le mot *venditiones*, dit Walter, no 182, note 59, pouvait s'appliquer aussi bien au cas où l'objet du contrat consistait dans les revenus annuels dus à l'Etat, que dans le droit de les exiger lui-même. Le premier point de vue est celui de Festus, dans le passage cité au texte. Le deuxième point de vue est celui de Hyginus, dans le passage suivant, *De conditione agrorum*, p. 116 : *Qui superfuerant agri vectigalibus subjecti sunt, alii per annos quinos, alii vero mancipibus ementibus, id est conducentibus in annos centenos. Mancipes autem qui emerunt lege dicta jus vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque pommoribus.* » Hyginus ne parle pas, du reste, des biens vacants abandonnés à l'occupation, mais du terrain cultivé qui restait en excédant après le mesurage et le partage du territoire (d'une colonie ou d'une ville conquise). Les spéculateurs se rendaient adjudicataires du droit aux redevances foncières de tout un canton, c'est-à-dire ils l'affermaient pour une somme ronde, puis le relouaient ensuite divisé par centuries à un prix plus ou moins élevé. Ainsi s'évanouit la difficulté que Niebuhr (t. III, éd. franç., p. 188, note 289) trouve dans ce texte.

il ne peut être question que de la mise en ferme des dîmes, *decimæ*, et dans le second que des droits de péage, *portoria*. Le texte de Paul n'est pas plus concluant, car il prouve trop, puisqu'il en résulterait qu'un contrat de louage peut être résilié au gré du seul bailleur (1). Tel est aussi le sentiment de M. Troplong (2) et de M. Laboulaye (3).

12 *a*. L'*ager publicus* cultivable disparut, en partie, sous l'Empire. Ecoutons sur ce point ce que nous dit Walter, n° 328, dans son excellente *Histoire du Droit romain* : « La plus grande partie » de l'*ager publicus* en Italie était déjà tombée dans le domaine » privé par suite des assignations faites aux colonies, et même les » excédants qui avaient été abandonnés, sans mesurage officiel, à » l'occupation, furent souvent remesurés et assignés aux posses- » seurs (Ainsi, en Apulie et en Calabre, sur l'ordre de Vespasien, » V. *liber Coloniar.* p. 211, 261). Cependant, il existait encore » des restes de l'*ager publicus* qui furent, suivant l'usage, con- » cédés par l'Etat, moyennant une redevance (V. Sicul. Flacc., » *De cond. agr.*, p. 157; Frontin, *De controv. agr.*, p. 21 ; » Aggenus *in Frontin*, p. 20 de l'édit. de Berlin des *Gromatici* » *veteres*). A cette classe appartenaient notamment les *subseciva* » vacants après la délimitation et l'assignation (V. *Hist. de Walter*, » nos 57 et 58). Mais comme ces fonds étaient peu à peu usurpés » par les voisins, Vespasien et Titus en ordonnèrent une recher- » che, et en vendirent une grande partie pour le compte du *fiscus*. » Enfin, Domitien *donna* le reste aux possesseurs (V. Hyg., *De* » *condit. agr.*, p. 122 ; *De gen. contr.*, p. 135 ; Front., *De cond.* » *agr.*, p. 54; Aggen. *in Front.*, p. 8; Agennius, *De controv. agr.*, » p. 81, 82 ; Suéton., *Domit.*, p. 9. A cela se rattache aussi le » rescrit de Domitien dans Orelli, *Inscript. II*, n° 3118). Dans les » provinces aussi, les terres de l'Etat furent souvent usurpées par » les possesseurs contigus et souvent réclamées par lui (Tacite, » *Hist.*, 14, 18; Hyg., *De cond. agr.*, p. 120; Front., *De* » *cond. agr.*, p. 52; Agennius, *De cond. agr.*, p. 84). Même » après l'attribution de lots considérables aux colonies militaires, » il resta encore de grands domaines de l'Etat. »

(1) Niebuhr, t. III, p. 186 et suiv.
(2) Troplong, *Du louage*, t. I, p. 142.
(3) Laboulaye, *Hist. du droit de prop. foncière en Occident*, liv. II, ch. 3.

CHAPITRE II.

DE L'AGER VECTIGALIS.

13. L'Italie était couverte de colonies et de villes municipales qui, à l'image de Rome, avaient un patrimoine public. Les champs qui le composaient se divisaient en *agri vectigales* et *non vectigales*; les premiers sont loués à perpétuité ou à temps (6, 3), les seconds donnés en culture, comme nous donnons nos propres biens, dit Paul (L. 1, D. 6, 3). Les cités ne pouvaient faire cultiver au moyen de la mise en régie, de vastes étendues de terrains incultes; la pensée d'en faire de longues concessions se présentait naturellement; la métropole avait agi de cette sorte. Les cités concédèrent donc, à perpétuité le plus souvent; elles imposèrent une redevance suffisante pour que ces tenures ne constituassent pas un privilége; cela leur permit d'octroyer la perpétuité qui, en asséyant sûrement le droit du concessionnaire, évitait qu'il fût jamais mis en question par des perturbateurs.

§ 1.

Effets et nature du JUS IN AGRO VECTIGALI.

14. La première prérogative du fermier est la revendication utile qu'on lui accorde, même contre la cité (L. 1, § 1, D. *hoc tit.*); il est possesseur (L. 15, § 1, D. 2, 8), ce qui lui procure les interdits, l'action *publicienne* (L. 12, § 2, D. 6, 2) le dispense de la *cautio judicio sistendi* (L. 15 Pr., D. 2, 8), lui fait acquérir les fruits par la séparation (L. 25, 31 *in fine*, D. 22, 1). Il a l'avantage, refusé à l'usufruitier, des actions *aquæ pluviæ arcendæ* (L. 23, § 1, D. 39, 3) *et arborum furtim cæsarem* (L. 3, §§ 2

et 3, D. 47, 7). S'il est dans l'indivision, il en sortira par l'action *communi dividendo*. Dans ce cas cependant, pour ne pas compliquer la perception des redevances, le juge s'abstiendra de diviser le champ, qui sera compris dans un seul lot (L. 7 Pr., 10, 3). Il peut exercer aussi l'action *finium regundorum* (*eâd. lege*). On peut lui accorder la *novi operis nuntiatio* (arg. L. 3, § 3, D. 39, 1) et la protection prétorienne contre le *damnum infectum*. Mais, en revanche, il doit la *cautio damni infecti* (L. 15, § 26, D. 39, 2). Enfin, la perpétuité est de la nature de son droit; il le transmet donc à ses héritiers qui se le partagent par l'action *familiæ erciscundæ* (L. 10, D. 10, 2).

15. Le *jus vectigale*, quant à son étendue, est plus large que celui de l'usufruitier ; ainsi, le fermier recueille tout ce qui est produit du sol et non pas seulement ce qui est fruit, puisqu'il peut revendiquer l'arbre abattu par un voleur; or, cet arbre n'est fruit qu'au jour où ayant atteint sa plus grande valeur, il doit être coupé comme une moisson même.

16. L'unique obligation du fermier est de payer le vectigal (L. 2, D. *hoc tit.* Gaius, C. 3, § 145), redevance légère, au dire de Pline (1) : *Et ager ipse (civitatis) propter id, quod vectigal large supercurrit, semper dominum, à quo exerceatur inveniet*, ce qui s'explique parce qu'il fallait encourager le preneur à améliorer le fond, et aussi par la clause propre à ce contrat, que nous révèle Gaius (III, 145) ; dans un intérêt de bonne administration, les villes avaient stipulé que le *jus vectigale* serait éteint si le vectigal cessait d'être payé : *Eâ lege, ut quamdiù id vectigal præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus prædium auferatur*. Sans doute la redevance ne devait pas être onéreuse, puisque la cessation de paiement entraînait une déchéance aussi grave ; mais aussi, combien ne valait-il pas mieux en amoindrir la quotité pour en assurer la perception ? Nous retrouverons plus tard, sous le nom de *commise*, la même déchéance dans les baux emphytéotiques.

En sa qualité de possesseur, le fermier était tenu des impôts. (L. 7 Pr., D. 39, 2 et L. 36, D. 49, 14).

17. Il restait encore bien des questions à résoudre ; l'emphytéote peut-il constituer des servitudes, aliéner son droit de jouissance sans demeurer tenu du vectigal, profitera-t-il du trésor, etc. ?

(1) Pline, IV, 18.

Pour trouver des principes de solution, il fallait déterminer la nature du contrat, ce dont on se préoccupa d'abord ; à ce sujet les jurisconsultes se divisèrent, fort anciennement ; les uns, frappés des larges droits du preneur, voulaient considérer la convention comme une vente, une sorte d'arrentement perpétuel, et alors la question des risques eût été résolue favorablement pour la cité ; les autres, mieux avisés, démontrèrent qu'il n'y avait pas ici translation du droit de propriété ; mais quels principes appliquer alors? Le mieux, on le sentait bien sans doute, eût été d'en créer de nouveaux, et c'était impossible ; on avait sous la main ceux du louage, on s'en servit ; c'est là, à mon sens, ce qui s'évince du texte de Gaius (III, 145), auquel est due la révélation de cette controverse ; ce jurisconsulte se sert, en effet, des termes suivants : *Sed magis placuit locationem conductionemque esse ;* ce *magis placuit* ne signifie-t-il pas que la chose a plu pour la circonstance? Il le signifie tellement que, si la concession vectigalienne eût été un louage normal, Gaius n'aurait pas fait mention d'une controverse qu'il considère comme déjà vieillie ; si elle eût été récente, en effet, il n'eût pas manqué de rapporter nommément l'opinion des Proculéïens *diversæ scholæ auctores* et des Sabiniens *nostri præceptores*. Il faut donc s'en tenir à cette idée, que les principes du louage ne furent appliqués à l'*ager vectigalis* que *utiliter*. Cette option fut, au reste, beaucoup plus heureuse que celle qui avait été tentée d'abord pour la vente ; on arriva à des solutions toutes vraies, si ce n'est une seule, celle qui valut au fermier la remise du vectigal au cas de stérilité (L. 15, § 4, D. 19, 2) ; c'était décider en sa faveur la question des risques partiels et s'écarter des vrais principes ; mais nous serions injustes en faisant aux jurisconsultes classiques un grief de cette solution ; elle était forcée pour eux.

Du principe adopté, il suivit encore que l'emphytéose n'a pas droit au trésor, qu'il ne peut pas détériorer, ni constituer des servitudes prédiales ; mais on lui permit de constituer des servitudes personnelles qui ne sont, à vrai dire, qu'une subrogation à son droit (L. 1 Pr., D. 7, 4 et Fragm. vatic., § 61) ; il suivit encore que c'est au bout de deux ans qu'il encourt la déchéance s'il cesse de payer le vectigal. (LL. 54, § 1, et 56, D. 19, 2).

La question de savoir si la transmission du droit entraînerait celle des charges, ne dépendait guère de la nature de la conven-

tion ; le vendeur ne peut pas plus se décharger à lui seul du paiement de son annuité que le locataire de ses loyers ; aussi décida-t-on sans conteste que le preneur transmettra son droit, *sine onere*, à moins que la cité n'accepte le nouveau débiteur. Cette opinion résulte si clairement des principes généraux, que la citation de textes nous paraît superflue. Aussi, est-ce sous cette réserve que nous devons entendre le pouvoir donné au fermier d'engager le fonds (LL. 16, § 2, D. 13, 7 ; 51, D. 20, 1), de le léguer, etc... (L. 71, §§ 5 et 6, D. 30, 1), en un mot, de l'aliéner à titre particulier tant entre-vifs qu'à cause de mort ; le nouvel acquéreur se hâtera de solder lui-même la redevance ; la loi 51 précitée le suppose ainsi : *Si cùm in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent ;* s'il ne l'acquitte pas, le fonds pourra être revendiqué et son droit dérivé sera entraîné dans la chute de celui de son auteur. La transmission ne pouvait donc se faire comme s'opérait celle de l'*ager publicus*; ce que deux raisons justifient. La première, c'est que la cité ne peut opérer le retrait à sa guise, comme la république ; la seconde est toute politique : l'intérêt public demande la circulation sans entraves du patrimoine public. Le contrat étant reconnu un louage, il fallut décider que le preneur ne peut détériorer, ce qui résulte de ces mots : *Et ut oportet, colere*s (L. 54, § 1, D. 19, 2), comme de la loi 3, C. 4, 65.

18. Examinons une dernière question : il est dit que le preneur temporaire a l'action *in rem* ? A-t-il les autres droits du fermier perpétuel ? M. de Savigny (1) ne voit pas de raison pour les lui refuser ; cette opinion paraît fondée, au simple examen de la manière dont les cités comprenaient les baux à long terme ; toutefois, il faut que la location soit faite *Ad tempus non modicum* (V. *Glossa ad. l. ult.*, D. 6, 3) ; mais Cujas (2) nous paraît aller trop loin en disant que tout *ager* loué pour plus d'un lustre était vectigalien. Il vaut mieux dire avec Vinnius (3) que la durée plus ou moins longue n'est pas un signe qui indique infailliblement si le bail est ou non emphytéotique ; elle n'est qu'un indice d'importance secondaire ; c'est l'intention seule des contractants qu'il faut consulter.

(1) Savigny, *Possession*, 6e édit., p. 110, note 4.
(2) *Passim.*
(3) Vinnius, *Ad Inst.*, lib. 3, tit. 24, § 3.

19. Que le *jus vectigale* soit un droit réel, c'est ce qui ne peut paraître douteux à personne : « Un droit réel est le droit de retirer » directement et immédiatement d'une chose tout ou partie de » l'utilité qu'elle peut procurer (1). » Telle est la définition, et, certes, il faudrait de l'habileté pour trouver que le droit en question n'y rentre pas. Au reste, il était considéré comme tel par Ulpien lui-même. (L. 74, §§ 5 et 6, D. 30, 1).

§ 2.

Nature du contrat.

20. Ce ne sont pas quelques textes qui qualifient de louage le contrat vectigalien, ce sont tous les textes absolument ; si nous les acceptions à la lettre, il nous serait fort difficile d'en faire découler l'emphytéose ; mais il est évident, d'après tout ce qui précède, qu'il n'y a pas de louage ici ; il y a une attribution du droit réel de jouir, au lieu du droit personnel de se faire maintenir en jouissance. Les choses parlent plus haut que les mots, et il serait impossible de trouver dans le droit du preneur quelque identité avec le droit d'un locataire : dans l'obligation contractée par la cité, on ne saurait voir non plus une obligation analogue à celle du bailleur.

20. *a.* Mais le contrat vectigalien descend-il du régime de l'*ager publicus*? Evidemment, seulement le régime a été perfectionné ; nous y trouvons plus de précision et surtout un élément de plus, la perpétuité à la place du droit de retrait, ce qui tient à ce que les cités, en imitant l'administration de la métropole, évitèrent ses fautes ; elles rendirent perpétuel le *jus in agro vectigali* pour qu'il ne fût jamais l'objet de luttes intestines.

(1) M. Humbert, à son cours.

CHAPITRE III.

DE L'EMPHYTÉOSE DEPUIS LA FIN DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE JUSQU'A ZÉNON.

21. Nous avons dit en commençant : que le droit emphytéotique et le *jus in agro vectigali* étaient similaires : que le premier trouvait son origine dans l'emprunt fait aux cités à une époque inconnue, du moyen de mettre leurs terres en valeur ; que sa distinction nominale d'avec le dernier était la conséquence de sa transplantation. Nous avons exposé la théorie de la location des biens municipaux ; il nous reste à expliquer celle de l'emphytéose, et à justifier ce que nous avons avancé.

22. C'est vainement que nous chercherions à nous éclairer sur le droit d'emphytéose en parcourant les Pandectes. Seul un texte d'Ulpien y mentionne le *jus* ἐμφυτευτικον (l. 3, § 4, D. 27, 9). Aussi, pour le voir fonctionner, faut-il nous reporter aux Codes de Théodose et de Justinien qui nous diront de quelle façon on l'a mis en œuvre pour l'exploitation du domaine impérial. Formons-nous donc une idée nette du régime emphytéotique des terres domaniales pour le comparer avec le régime de l'*ager vectigalis* ; si, entre les deux, il y a identité parfaite, notre opinion sera juste. Il est nécessaire préalablement de dire quelques mots du patrimoine impérial.

§ 1.

Du domaine impérial et du domaine municipal.

23. A l'époque de Constantin, suivant Walter (Gesch. 1, n° 405) le trésor public ou *fiscus* se divisait au point de vue administratif en deux branches : le trésor impérial ou *ærarium sacrum*

et le trésor de la couronne *ærarium privatum* ou *privatæ largitiones* (ch. 1, Cod. Th., *quia prœbit.* 11, 18), et *Nov. Major*, tit. 7, *de Curialibus*, § 16). En outre, les préfets du prétoire avaient une caisse spéciale, *arca præfecturæ* dont l'organisation n'est pas bien connue encore (*Novell.* Theod., tit. 17, *de competit.*, ch. 2. § 4; *Novell. Major*, tit. 2, *de indulg. reliq.*, § 1; *Novell.* 130, ch. 3). Le trésor impérial était placé sous la direction du *comes largitionum* (Cod. Theod. 1, 10; C. Just. 1, 32; Cassiodor. var. 6, 7), ayant sous ses ordres les *comites largitionum* des diocèses (*Not. dign.*, Orient, C. 12; Occid., C. 10). On les nommait par cette raison *comites italicianarum, gallicianarum* (C. 1, Cod. Th., *de consular.* 6, 19 *ibiqué*, Godefroi. V. aussi Bocking, *notit. dign.*, Occident, p. 340). Il y avait en outre plus bas dans la hiérarchie des *procuratores* ou *rationales smumarum* et des *præpositi thesaurorum*, etc. Les biens qui composaient ce trésor, débris de l'ancien *ærarium* du peuple, répondent à l'appellation de *fundi fiscales*, *fundi publici*, quelquefois : *Bona civitatis abusive publica dicta sunt ; sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt* (Ulpien, l. 15, D. 50, 16).

L'autre branche du *fiscus*, c'est-à-dire du domaine de la couronne (Walter, nº 415), était soumis à la direction d'un *comes rei privatæ* (C. Theod. 1, 2; C. Just. 1, 33, 34; Cassiod. var. 6, 8), autrefois appelé *magister* (v. Godefroi, *ad. l.* 2, C. Th, *de jure fisci*, 10, 1). De ce fonctionnaire dépendaient, indépendamment d'un *officium* considérable, des *rationales* et des *procuratores* placés dans les provinces (v. *Notit. dignit.*, Orient, C. 13; Occid., C. 11). On trouve aussi mentionnés dans les lois à côté de ces agents, des *magistri rei privatæ* (C. 2, Cod. Th., *de jure fisci* ; Godefroi, *Notit. dignit.*, C. Th. t. 6, p. 20). Les *rationales* avaient également un *officium*, dont notamment les *Cæsariani* faisaient partie (C. 1 et 2, Cod. Th., *de Cæsar.* 10, 7, *ibiqué*, Godefroi). Les ressources de ce trésor *aures privatæ* se composaient des biens provenant de l'ancien *ager publicus*. Ces domaines étaient en partie confiés à des colons, en partie affermés à temps ou à titre d'emphytéose, sous le nom de *fundi rei privatæ* (Cod. Th. lib. 5, tit. 14, lib. 10, tit. 3, 4, 5, lib. 11, tit. 19; Cod. J. lib. 11, tit. 65, 67, 70, 72, 73, 74). Quelquefois ils étaient affectés au pâturage (Cod. Th. 7, 7; Cod. J. 11, 60). En outre, la *res privata* comprenait des domaines spécialement affec-

tés aux besoins du palais impérial, *prædia rei dominicæ*, *domus Augustæ* (Cod. Th. lib. 10, tit. 25, 26; Cod. J. lib. 11, tit. 66, 67, 70, 71, 73, 74). De ce nombre étaient aussi les *prædia tamiaca* (Cod. J. 11, 68). Il résulte de la l. 6 (Cod. J. lib. 11, tit. 70), que ces possessions étaient également administrées par le *comes rei privatæ*. Parmi les domaines du fisc, affectés aux besoins de la maison régnante, on comptait des terres, des palais (Cod. Th. 10, 2; Cod. J. 11, 76), des haras et des troupeaux de bétail (Cod. Th. 10, 6; Cod. J. 11, 75), surveillés dans les provinces par des *comites* spéciaux (v. *comites domorum*, Godef., *ad* l. 2: Cod Th., *de palatin.* 6, 30). En outre, la *res privata* comprenait les biens patrimoniaux et héréditaires du prince, *fundi patrimoniales* (Cod. Th. lib. 6, tit. 13, lib. 10, tit. 19; Cod. J. XI, 61, 62). Godefroi a pensé (*Paratit. ad* Cod. Th. 10, 3, p. 428), que ces derniers étaient distincts des *fundi rei privatæ*, bien que parfois la *res privata* tout entière soit nommée improprement aussi *patrimonium* (v. l. 9, Cod. J. lib. 11, tit. 65). Le caractère héréditaire des biens patrimoniaux véritables est attesté par J. Lydus (*1. de magistratibus*, 2, 27). Déjà sous Anastase ils furent séparés, comme nous l'a révélé le même Lydus (*loco laudato*), et soumis à la gestion d'un *comes* particulier, le *comes patrimonii* (v. Rubric, Cod. J. 1, 35 A; Cassiod. var. 6, 9). Au contraire, on confondait dans la *res privata* les biens des criminels (Cod. Th. 9, 22, *ibiqué*, Godefroi, Cod. J. 11, 49) et tous les biens vacants et sans maître.

La seconde branche du fisc, le domaine de la couronne, avait pris naissance dans l'attribution faite à l'Empereur des provinces tributaires (Gaius 2, 21), et le nom de *fiscus* s'appliquait proprement dans le principe au trésor impérial, distinct de l'*ærarium* ou trésor du peuple; il n'entre pas dans notre sujet de dire avec quelle adresse les Empereurs firent grandir le premier à l'ombre du second qu'ils maintenaient toujours; leur système constant fut d'en accaparer la gestion en lui laissant une existence nominale, fidèles en cela à leur ligne de conduite qui fut de déguiser leur despotisme. Enfin, à une époque qu'il serait difficile de préciser, l'*ærarium* vint s'engloutir dans le *fiscus*, dont nous avons vu qu'il n'est sous Constantin qu'une subdivision. Sur tous ces points comme aussi sur les ressources qui venaient gonfler les caisses fiscales, et sur le système odieux autant que lucratif des confisca-

tions, il faut consulter le remarquable ouvrage de M. Serrigny, sur le droit public et administratif romain ; Paris, 1862 (v. notamment le liv. 1, tit. 1, ch. 12 et 13 et tout le titre 1 du livre 2).

23 *a*. Quant au domaine municipal, il existe toujours, mais il a changé de nom ; à la place de l'*ager vectigalis*, nous trouvons les *fundi civiles*, les *prœdia civitatum, Reipublicœ*, etc.....

§ 2.

De l'administration des biens impériaux et des biens municipaux.

24. Il y avait cinq modes de tenure des biens impériaux : la mise en régie sans importance pour nous ; le bail à ferme ordinaire, sans importance aussi, le bail à ferme perpétuel qui conférait au preneur le *jus perpetuum salvo canone...* ; le bail emphytéotique d'où naissait le *jus emphyteuticum*. Il y avait aussi le colonat dont nous devons signaler la haute importance ; mais son étude étant hors de notre sujet, nous nous contentons de le mentionner. Sur le colonat, voyez la remarquable monographie de M. de Savigny (1). On avait mis en usage aussi un mode d'aliénation de ces biens dont la confusion avec le *jus perpetuum*, d'autant plus dangereuse qu'elle est plus facile, a été faite par les plus graves auteurs, et a donné lieu souvent à des méprises, toujours à des embarras dont il faut nous préserver. Voici en quoi il consistait : le prince aliénait un bien en se réservant que partie du prix serait payée comptant et que partie consisterait en une redevance annuelle. En ce cas, l'acquéreur avait le *jus privatum salvo canone* et il était *dominus* (v. les lois 9, 10, 12, 13, Cod. J. 11, 61, et 7, 11, 65). Cet aperçu fait saisir comment il a été impossible à ceux qui confondent le *jus privatum* avec le *jus perpetuum* d'expliquer pourquoi la personne qui en jouit est appelée *dominus* par certains textes et par d'autres *conductor*.

25. Quant aux biens des cités, ils sont toujours donnés à bail perpétuel comme sous l'époque classique ; seulement, les preneurs n'ont plus le *jus in agro vectigali ;* ils ont le *jus perpetuum*, ainsi

(1) V. Savigny. *Uber den romischen colonat.*

que l'indique au Code le titre 70, lib. 11 qui les regarde. Dès lors, le *jus perpetuum*, droit de dénomination nouvelle, est-il aussi de création nouvelle et s'est-il substitué au premier, ou bien ce dernier rajeuni seulement de nom est-il demeuré tel quel ? La vérité ou la fausseté de l'opinion que nous avons émise est subordonnée à notre choix entre les deux termes de cette alternative; il faut opter pour le second, et le motif en est facile à saisir ; c'est que le Code ne donnant pas de règles relatives à la location perpétuelle des biens municipaux, on ne saurait les chercher ailleurs que dans les Pandectes, au titre de l'*ager vectigalis* (D. 6, 3); cela prouve évidemment qu'entre le *jus perpetuum* et le *jus vectigale*, il n'y a d'autre différence que celle du nom. Ainsi, la dénomination du droit a disparu avec la dénomination du fonds qui en fait l'objet, mais sa nature n'est pas changée. Le point est important à signaler, parce que nous en tirons cette conséquence, précieuse pour notre système, que le *jus perpetuum* des biens impériaux ne saurait être distingué non plus du *jus in agro vectigali;* dès lors, un raisonnement sans réplique nous amène à établir qu'il y a identité parfaite entre le droit d'emphytéose et le droit des biens vectigaliens : le *jus in agro vectigali* est semblable au *jus perpetuum*, le *jus emphyteuticum* est semblable aussi au *jus perpetuum*, car une loi d'Arcadius et Honorius l'établit formellement en ces termes : « *Totius perpetuarii, hoc est, emphyteuticarii juris* » (L. 1, C. 1, 54). Donc, en appliquant cet axiome bien connu : *Quæ sunt eadem uni tertio, sunt eadem inter se*, il faut conclure à l'identité proposée. Nous reviendrons, au reste, sur ce point; nous expliquerons aussi, par suite de quelles circonstances la dualité de dénomination a été attribuée à un droit unique ; avant tout, il faut examiner les particularités qui, sans en altérer l'essence, le distinguent, à l'époque impériale.

§ 3.

Théorie du *jus perpetuum, hoc est emphyteuticum*.

26. Le *perpetuarius* a les mêmes prérogatives, le même droit de jouissance et de transformation, restreint par la défense de détériorer, que le *conductor agri vectigalis*. Aussi, nous en réfé-

rons-nous à ce qui a été dit plus haut, quant aux détails ; il suffit ici de poser le principe et en général de dire qu'il faut s'en rapporter, dans toute cette matière, aux règles que nous connaissons déjà, sauf exception. Cujas (1), distinguant l'emphytéote du *perpetuarius*, accorde au premier le droit d'affranchir les esclaves du fonds, et il s'appuie sur la loi 12, C. 11, 61. Perezius (2) restreint cette faculté au cas où l'emphytéose émane d'une concession du prince. De nos jours, M. Serrigny (3) adopte l'opinion de Cujas. Je ne saurais le croire ainsi, car affranchir les esclaves du fonds c'est détériorer, et puis la loi 2, C. 11, 61, refuse formellement cette faculté aux emphytéotes: la cause de cette opinion avec ses diverses nuances se trouve dans cette circonstance, que les auteurs précités n'ont pas remarqué qu'il s'agissait dans la loi 12 d'une concession gratuite du *jus privatum*. Cependant, il est vrai de dire que deux textes appellent l'emphytéote *dominus*, mais ils sont sans portée : le premier (L. 18, C. Th. 5, 13) l'appelle aussi *conductor* ; le second, la loi 2, C. J. 11, 65, parle de la pension, *pensio*, dont il est redevable ; il n'y a pas donc d'argument à en tirer ; il en résulte, une fois de plus, la démonstration de cette vérité, que les empereurs ne parlaient pas le langage exact des jurisconsultes classiques ; nous avons, au contraire, un texte entre autres qui ne permet pas qu'on se méprenne, c'est la loi 4, C. 11, 61 ; voici en quels termes elle caractérise la tenue emphytéotique : *Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea jure dominii.* Il est donc hors de doute que l'emphytéote est regardé comme *conductor*. Pour la sauvegarde de son droit, le *perpetuarius* a l'action *in rem* et avec elle toutes celles qui ont été organisées pour la protection du *jus in agro vectigali*, ainsi que les exceptions attribuées à sa défense. A-t-il les interdits ? Ceci pourrait paraître plus douteux, parce qu'en les lui accordant nous violons les principes sur la possession. Mais une foule de textes le nomment possesseur et imposent la solution affirmative.

27. Quant à la transmission du droit, elle a lieu avec celle des charges, à titre de succession, les héritiers succédant aux droits et obligations de leurs auteurs ; mais s'il s'agit d'une aliénation à titre

(1) Cujas, sur la loi 12, Cod. 11, 61, et sur la loi 15, Cod. 10, 47.
(2) Perezius, *in Codicem hoc titulo* (4, 66), n° 5.
(3) Serrigny, *Droit public et administratif romain*, t. 2, n°s 671 et 676.

singulier, il faudra dire, suivant les principes généraux, que le *perpetuarius* peut bien transmettre son droit, mais que sa personne juridique subsistant, il ne saurait, sans le secours d'une novation, se soustraire à l'obligation de payer la redevance. Ce que disent les principes, une loi de Constantin (L. 1, C. 11, 61) le consacre pour le cas de donation, et une autre (L. 3, C. 11, 65) pour tous les cas d'aliénation singulière; on chercherait, à tort, une antinomie dans le § 3, lib. 3, tit. 24 des *Institutes*, et dans la loi 5, C. 11, 70, où il est dit que tant que la redevance sera payée on ne retirera le fonds : *Neque à se neque à posteris suis, vel his ad quos ea res vel successione vel donatione sive venditione vel quolibet alio titulo pervenerit.* Ces paroles doivent s'entendre d'une aliénation consommée dont elles ne disent pas les conditions. Cujas (1) est peut-être encore ici tombé dans l'erreur; car il pense qu'une aliénation sans novation n'était valable, même à la charge de demeurer caution de l'acquéreur, qu'au cas de donation, ce qui est inadmissible, car il y aurait parité de garantie demandée au cédant, autorisé ou non. L'erreur de Cujas provient de ce qu'il n'a pas considéré la loi 3, C. 11, 65 comme une règle générale, mais comme un cas de l'ἐπίδολη, que nous étudierons plus tard, et qu'il a vu la règle dans la loi 1. Les propriétaires pouvant se refuser à la novation, il est probable qu'ils exigèrent de bonne heure une somme d'argent pour y consentir; c'est le sentiment de M. Wenck (2). On en vint plus tard à se demander, comme Justinien l'atteste (L. 3. C. 4, 66), si le consentement du maître serait oui ou non nécessaire à l'aliénation. Il ne faudrait pas croire, en transportant dans le droit romain les idées féodales, que la redevance y ait jamais été considérée comme une charge du fonds; on voulait seulement, par un moyen quelconque, s'affranchir des exigences des propriétaires; en faisant acheter fort cher leur consentement, ils finissaient par absorber en peu de mutations la valeur du fonds; aussi, ne faut-il voir là que la manifestation de ce phénomène social, en vertu duquel surgit la discussion des droits les plus incontestables, quand l'ayant droit les exerce sans mesure.

(1) Cujas, sur la loi 1, Cod. 11, 61.

(2) Wenck, édition des cinq premiers livres du Code théodosien, sur la loi 39, lib. 5, tit. 13, note *g*.

28. L'emphytéote subissait, comme corrélative de son droit, une double obligation, celle de payer la redevance, celle d'acquitter l'impôt. La redevance, nommée *vectigal* une seule fois dans le Code, à notre connaissance (L. 23, C. 5, 3), s'appelle *pensio*, *reditus* et surtout *canon*; le dernier mot, dérivé du grec, signifie règle; le canon était mi-partie en nature, mi-partie en argent (L. 1 C. Th., 11, 16, et LL. 2, C. 11, 61; 3 C. Th. 11, 19). Quant au mode de sa perception, nous n'avons de renseignements qu'à partir de Constantin. Ce prince ordonna que le paiement en argent fût fait tout entier dans l'année, à l'époque qui conviendrait le mieux au débiteur (L. 2 C. Th., 12, 6); plus tard, Valentinien Ier accorda au *perpetuarius* le bénéfice de division par la loi 3, C. Th. 11, 19; elle nous indique, qu'à une époque inconnue, depuis Constantin, le paiement avait dû être fait : *Ex die X Calendarum Decembris in pridiè Calendarum Januarii;* plus tard, le bénéfice de division, devenu abusif, fut un peu restreint par le même Valentinien; il ne permit plus que trois paiements séparés et devant être parachevés aux *Ides* de janvier (L. 4, C. Th. 11, 64); c'est là le droit de Justinien. Le *canon* en nature doit être payé tous les quatre mois, depuis le même empereur (L. 3, C. Th. 11, 19). Faute de paiement pendant deux années consécutives, on encourt le retrait de la concession, nommé *commissum*, du verbe *committere*, confisquer (1), exercé même à l'encontre du mineur (L. 3, C. Th. 3, 19), à moins qu'il ne paye le canon bientôt après le terme (L. 2, C. 11, 61) *paulo seriùs*, dit Constantin, sauf, bien entendu, la réserve du recours contre son tuteur. Outre le droit de commise, qui présentait l'inconvénient de ne pas assurer le recouvrement des termes arriérés, le fisc avait un privilége (lib. 5, Pauli *Sentent.* tit. 12, § 10) et une hypothèque générale tacite (L. 46, § 3, D. 49, 14, et L. 2, C. 8, 15); il acquérait ainsi un droit de préférence sur le produit des biens vendus de son débiteur et pouvait faire vendre le *jus emphyteuticum* lui-même, dont la valeur était considérable, le canon étant fort léger. Un autre avantage était attaché à cette hypothèque; quoique en principe le paiement de la redevance et la peine de la commise fussent divisibles entre les co-emphytéotes ou les héritiers d'un emphytéote unique (L. 1, C. Th. 11, 16), l'indivisi-

(1) Du Cange, Glossaire, sur le mot *commissum*.

bilité de l'hypothèque (L. 65, D. 21, 2) permettait au fisc d'exiger de chacun la totalité du canon. Cette garantie solide est peut-être une des causes qui amenèrent à rechercher si le *perpetuarius* ne pourrait aliéner sa concession et ses charges, *non consentiente domino*. En effet, la dette, originaire par sa division, n'engendrait-elle pas autant de priviléges qu'il y avait de sous-concessionnaires? L'Etat perdait-il rien de sa sécurité première?

29. Nous avons à rechercher maintenant si le taux du canon est toujours demeuré invariable comme il aurait dû l'être; à ce sujet, nombre de constitutions, édictées pour réprimer des abus, nous décèlent que les officiers du fisc se livraient aux actes du plus pur arbitraire; il arrivait souvent que de nouveaux preneurs offraient une augmentation de redevance considérable; aussitôt les intendants domaniaux, stimulés par le zèle, ce fléau de tous les temps, chassaient l'emphytéote primitif, et il n'est pas sans exemple que les *perpetuarii* aient été expulsés de la façon la plus illégale; ainsi, l'empereur Constance fit vendre certaines terres données à ferme perpétuelle (1); mais d'un autre côté, il faut dire que ces derniers ne mettaient pas plus de scrupule à remplir leurs engagements, car ils ne faisaient faute de déserter les terres épuisées dont le rendement ne leur suffisait plus. Les princes qui se sont le plus occupés d'assurer le sort de l'emphytéote sont Valens et Valentinien Ier; au Code Th., trois lois, dont la première est la loi 3, C. 11, 61 (LL. 11, 15, 16 C. Th., 5, 13), défendent d'arracher du sol qu'il fertilise le *perpetuarius*. Par une autre loi, perdue pour nous, puisqu'elle n'est pas au Code théodosien, mais rappelée et confirmée tant par Gratien, Valentinien II et Théodose (L. 3, C. Th. 10, 3,) que par Arcadius et Honorius (L. 4, C. Th. 11, 19), Valentinien Ier garantit les emphytéotes contre l'imposition des charges arbitraires et nommément contre l'*augmentum pensionis*. Ce qui est curieux à signaler, c'est que Théodose, après avoir confirmé la loi de Valentinien, en 380, la violait en 385, en ordonnant la surcharge de certains fonds déterminés (L. 4, C. Th. 10, 3). A part cette exception, on peut dire que vers la fin du quatrième siècle la fixité des tenures emphytéotiques est devenue une règle, et au Code de Justinien il n'est plus trace des vicissitudes que nous avons signalées, car Tribonien, chaque fois qu'il a

(1) Wenck, sur la loi 15, C. Th. 5, 13, note *g*.

reproduit une loi du Code théodosien, a eu soin d'en éliminer les phrases faisant allusion à cet ancien état de choses. Ces luttes ne rappellent-elles pas, tout amoindries qu'elles sont, celles qu'occasionna la concession de l'*ager publicus!!* la politique n'en est elle pas la principale cause? Je le crois d'autant plus, que je vois la tenure des biens municipaux en être complètement exempte (L. 5, C. 11, 30), comme celle de l'*ager vectigalis* l'avait été.

30. Les concessions emphytéotiques se composaient de terres fertiles et infertiles. Comme le taux du canon était égal pour chaque *jugère*, quel que fût son degré de valeur, il arrivait que le concessionnaire puissant arrachait au pauvre ses terres fertiles et le forçait de déserter les parts stériles (L. 8, C. Th. 13, 11 ou L. 10, C. 11, 58), alors que lui-même se défaisait à son tour des mauvaises terres de sa concession. Les empereurs byzantins accordèrent au fisc, pour y remédier, le droit d'*adjection* ou ἐπίβολη, qui consistait à réunir les fermages des terres stériles aliénées aux fermages des terres fertiles conservées aux mains des détenteurs et réciproquement; il en fut de même pour les impôts. Il y a sur cette matière quatre lois spéciales au Code théodosien, toutes reproduites au Code Justinien. Ce sont les lois 4, 17 et 31, C. Th. 11, 1, et 4 *eod.* Cod. 10, 3, placées au Code avec de légères modifications qui n'en altèrent pas le sens, sous les nos 2, 4, 12, 6, lib. 11, tit. 58. M. Serrigny (1) ne voit dans l'adjection des fermages qu'une conséquence de l'hypothèque tacite du fisc. Mais nous ne pouvons partager son sentiment; l'ἐπίβολη ne nous paraît devoir être utile au fisc qu'au cas précisément où son hypothèque s'est divisée. Aussi nous pensons que cette faculté est un droit exorbitant, par lequel le trésor annulait les effets fâcheux de sous-concessions qu'il avait imprudemment autorisées. Si exorbitante qu'elle soit, l'*adjectio* s'est-elle au moins restreinte dans les limites que nous venons d'indiquer? Godefroi le soutient en ces termes, sur la loi 4, C. Th. 11, 1 : « Adjectio est quotiès opimos fundos possidenti, ex » eodem jure manantes, ex eisdem bonis, ex eâdem substantiâ, » *de la mesme baillée*, deserti adjunguntur. » Il reproduit cette doctrine sous la loi 4, C. Th. 10, 3 (L. 6, Cod. 11, 58) au § 1 de ses explications, et voici comment il s'exprime : « ..... επιβολη » est quotiès videlicet fundi steriles, ex eodem jure manantes,

(1) Serrigny, *Droit public et administratif romain*, tom. 2, no 686 et suiv.

» opimos jàm habentibus adjiciuntur. » En résumé, il pense que l'adjonction du canon des terres stériles n'avait lieu, à l'encontre du détenteur des parts demeurées en culture, que quand les unes et les autres provenaient d'une même concession originaire; il ne nous laisse pas de doute, puisqu'il traduit l'expression de *ex eâdem substantiâ*, par cette locution française : *de la mesme baillée*. M. Serrigny (1) accepte parfaitement cette opinion; mais nous ferons remarquer que si on adopte les données de Godefroi, il devient impossible d'expliquer la loi précitée (L. 6, C. 11, 58); il dévie lui-même de sa théorie pour en donner une explication rationnelle. En effet, c'est dans les termes suivants qu'il éclaircit l'espèce de la loi au § 5 : « Igitur cùm fertiles fermè agri in privatos conduc- » tionis jurè translati fuissent et steriles fermè tantùm, penès Rem- » publicam remquè privatam Principis inutiles resedissent jubet » hâc lege Theodosius M. opimos fundos ex eodem jure haben- » tibus, steriles adjici, nolentibus etiàm fertiles adimi, novisquè » conductoribus addici. » Je le demande, puisque l'Etat est obligé, faute d'avoir pu placer ses fonds stériles, de les imposer de force, peut-il être question d'une concession originaire, et s'il est impossible d'expliquer la loi précitée, avec cette portée restreinte attribuée au droit d'adjection, combien plus impossible encore n'est-il pas d'expliquer la loi 1 et la loi 7, *eodem titulo*. Aussi, faut-il aller plus loin que Godefroi, et dire que l'expression de biens : *ex eâdem substantia*, s'entend de biens appartenant au même maître; c'est ainsi que Cujas la traduit : « Ejusdem subs- » tantiæ possident bona, possessores qui eidem domino canonem » pensitant (2). » Si j'élargis ainsi l'expression de « bona ex eâdem substantiâ, » je rends d'abord son sens naturel à cette autre expression de *fundi ex eodem jure manantes*, *ex eisdem bonis*, employée dans les textes, et j'arrive à une explication, à mon avis, rationnelle des lois 1, 6 et 7 Cod., *hoc titulo*, que dicte, au reste, la rubrique du titre.

Pour formuler en résumé ma pensée sur l'*adjectio*, on peut la regarder comme un droit accordé au fisc et aux cités de forcer les preneurs de leurs terres fertiles à payer le canon des terres stériles adjacentes. Si on oppose la loi 12, C. *hoc titulo*, qui res-

(1) Serrigny, tom. 2, n° 686 et suiv.
(2) Cujas, sur la *Novelle* 117.

treint la faculté d'exercer l'*adjectio* au cas où les biens proviennent de la même concession, la réponse est qu'il faut en examiner le texte tel qu'il est au Code Théodosien, d'où elle a été extraite (L. 17, Cod. Th. 11, 1). Or, la première phrase aujourd'hui supprimée était ainsi conçue : *Possessor Africanus pro destitutis possessionibus cogitur tributa dependere, quod ne accidat*, etc... Cette loi s'occupe donc de l'*adjectio* des tributs, non pas des fermages, et elle est en dehors de notre sujet; c'est Tribonien qui en la décapitant l'a dénaturée, car on ne peut savoir si les *aliena debita*, qu'elle mentionne, sont les canons ou bien les impôts. Loin de nous, toutefois, l'idée de condamner la doctrine de Godefroi; seulement nous allons plus loin que lui, et tout en reconnaissant dans les lois 2, 4, 10, C. 11, 58, l'ἐπιβολή *stricto sensu*..., nous voyons dans les lois 1, 6, 7, *hoc tit.*, l'ἐπιβολή *lato sensu*... qui est à mon sens postérieure. Il est, en effet, naturel de penser que l'*adjectio* a dû s'introduire d'abord au sujet des biens émanant d'une même concession pour remédier aux abus que signale la loi 8, Cod. Th. 13, 1, avec ce faux semblant d'équité qui ne manque jamais aux moyens les plus illégaux quand ils sont organisés en haine de la fraude. Toute resserrée qu'elle pût être d'abord, l'ἐπιβολή..... renfermait une idée finale, importante, celle de l'adjonction forcée des terres stériles, idée que les Empereurs ont appliquée largement, en raison des nécessités croissantes, en la dégageant de ses entraves premières. Il faut donc reconnaître deux sortes d'*adjectio* : 1° celle qui a pour but de maintenir productifs les fonds faisant partie d'une même concession originaire, même du *jus privatum* (L. 9, C. 11, 58); 2° celle qui a pour but d'empêcher les parts infertiles du domaine soit impérial, soit municipal, de tourner en friches. Les emphytéotes municipaux sont les plus favorables, car ils peuvent en abandonnant les terres fertiles se soustraire à l'*adjectio* dont la charge incombera aux décurions, victimes nées du fisc..... L'emphytéote impérial au contraire doit la subir moyennant une immunité..... de deux ans (LL. 6 et 7, C. *hoc tit.*). En l'absence de textes, nous pensons que le droit d'ἐπιβολή.... n'a jamais été accordé à des particuliers.

31. La seconde obligation de l'emphytéote est celle d'acquitter les impôts (LL. 1 et 2, Cod. Th. 11, 16). Les impôts ordinaires comprennent le tribut et l'*annone;* une masse de charges arbitraires

constitue les impôts extraordinaires ou *sordida munera*. Mais s'il est certain que le domaine municipal est imposable, est-il aussi sûr que les Empereurs aient soumis leurs biens au tribut? En ce qui concerne les *fundi rei privatæ*..... ils sont exempts de l'impôt foncier sans conteste (L. 1, Cod. Th. 11, 1); mais il serait d'autant plus téméraire de conclure de leur immunité à celle des *fundi patrimoniales* qu'une loi de l'empereur Julien (L. 2, Cod. Th. 11, 19), qui a passé au Code (L. 3, C. 11, 64), les représente comme tributaires. C'est, du reste, l'opinion de M. Wenck (1) et de Godefroi (2), et elle doit prévaloir. Si on conçoit que le domaine de l'Etat doit être exempt des impôts, comme étant censé appartenir au peuple qui en fait la délégation au prince, il serait inconcevable que cette même condition fût faite au domaine privé. En ce qui concerne l'*annone*, contribution en nature, c'est sur les *fundi rei privatæ* que les renseignements manquent, car il est certain que les *fundi patrimoniales* en sont redevables (L. 4, Cod. Th. 11, 1). Faute de textes, il ne faut pas placer les *fundi rei privatæ* hors du droit commun, ou mieux, de l'obligation commune; aussi, les croyons-nous sujets à l'*annone*.

Nous n'entrerons pas dans la nomenclature fastidieuse des lois qui se succèdent au Code sur la matière des *sordida munera* dans leur rapport avec les biens domaniaux. Il nous suffira de dire que les emphytéotes du domaine ont été pour la première fois relevés de toutes les charges extraordinaires, hormis la réparation des routes, par Constantin (L. 1, Cod. Th. 15, 3). Postérieurement à ce prince, leur situation a toujours vacillé jusqu'à Justinien; au livre 11 du Code, titres 64 et 74, il revient aux principes qu'avait posés Constantin.

32. Telle que nous venons de l'exposer, la théorie du *jus perpetuum* a bien des lacunes; comment résoudre la question du trésor, la question des risques surtout, dont l'importance pratique est si grande? Il paraît évident, soit d'après la loi de Zénon, soit d'après le § 3 des *Institutes* (3, 24), que la controverse de l'époque classique s'est réveillée à son sujet; le Code Théodosien, il est vrai, n'en fait pas mention, et il assimile le bail emphytéotique au

(1) Wenck, sur la loi 19, Cod. Th. 5, 13, note *c*.
(2) Godefroi, sur la loi 6, Cod. Th. 11, 20.

louage sans émettre un seul doute. Ce silence s'explique; ce recueil s'occupe des biens impériaux seulement, et ceux-ci ont dû accepter le mode de tenure du domaine municipal tel quel, sans y rien changer. Mais lorsqu'à leur tour les particuliers ont emprunté au domaine impérial l'usage des concessions de jouissance à perpétuité, on a dû se demander s'il n'y avait pas une différence grave entre la portée d'une semblable concession, lorsqu'elle émane d'un particulier ou lorsqu'elle émane de l'Etat; si c'était le *jus privatum* ou le *jus perpetuum* qui servirait de type au nouveau droit. Cette recherche a été fructueuse, car elle a engendré la vérité, le jour où on a compris que le droit emphytéotique ne pouvait être modelé sur aucun de ces deux types et qu'il avait une existence propre. Cette solution avait été entrevue par les jurisconsultes classiques; mais ils n'en parlaient que timidement; c'est de l'empereur Zénon qu'elle tient sa consécration légale (L. 1, Code *de jure emphyteutico*, 4, 66).

§ 4.

Identité du *jus perpetuum* et du *jus emphyteuticum*

33. Pour ablottir dans un seul chapitre l'étude du bail perpétuel et du bail emphytéotique, nous sommes partis de l'idée qu'il fallait tenir pour vraie la loi d'Arcadius et d'Honorius, où sont assimilés le *jus emphyteuticum* et le *jus perpetuum;* l'exactitude de cette idée semble incontestable, et ce qui le prouve, c'est, non pas seulement l'ensemble de nos explications qu'on pourrait accuser d'être incomplètes et de n'avoir pas saisi les dissemblances possibles, mais c'est surtout l'autorité de Godefroi (1) qui tient pour certaine l'identité de l'un et de l'autre droit; c'est la constatation de l'erreur de Cujas (2) qui, entre la condition de l'emphytéote et celle du fermier perpétuel, n'a pu découvrir qu'une seule différence

(1) Godefroi, dans ses *Paratitles* du titre 3, lib. 10 du Code Théodosien.

(2) Cujas, sur la loi 12, C. 11, 61 et dans son *Commentaire* du titre 66, livre 4 du Code.

admise par l'ensemble des auteurs modernes, sur la foi de ses paroles, celle relative à la manumission des esclaves; or, cette différence est précisément erronée; nous sommes donc en droit de conclure comme la loi d'Arcadius et d'Honorius, avec Godefroi, comme Cujas lui-même l'eût fait, s'il avait reconnu son erreur. Mais on peut nous objecter d'abord que la constitution dont nous nous faisions un appui est interpolée par l'addition de ces mots : *hoc est emphyteuticarii*, et que deux textes dont l'un est de Dioclétien (L. 13, C. 5, 71), l'autre de Valentinien III (*Novelle* de l'an 449, sur la prescription de trente ans) (1), semblent classer à part le *jus emphyteuticum*.

Quant au premier argument, il est sans portée : si on n'admet pas l'interpolation, le texte doit être accepté selon sa teneur; si on l'admet, il n'en demeure pas moins certain que le *jus perpetuum* était semblable au droit emphytéotique ; ce que nous avons établi par des preuves autres que l'argument du texte ; et nous expliquerons le tribonianisme par le motif suivant : le droit emphytéotique ayant changé de nature depuis Zénon, Justinien a voulu qu'on ne pût pas mettre en doute le changement simultané du *jus perpetuum*. Passons aux textes : le premier s'occupe des biens du mineur et dit : *Etiam vectigale, vel patrimoniale, sive emphyteuticum prœdium sine decreto Prœsidis distrahi non licet ;* le second : *Juvat itaquè juris perpetui, emphyteutici, patrimonialis, juris rei publicœ*, etc... Eh ! bien, ces textes opposent seulement le droit du *prœdium vectigale*, qui est unique, au *jus emphyteuticum*, et n'opposent pas ces deux derniers l'un à l'autre; ils se bornent à les nommer séparément, et, ce qui est bien plus significatif que la distinction dans les termes, c'est qu'ils les assimilent quant au résultat. Mais, et voilà le nœud de la question, puisque le droit est unique, d'où lui vient sa double dénomination ? c'est le désir d'en trouver la cause, qui a probablement jeté le grand Cujas dans l'erreur. De nos jours on en donne une explication fort accréditée ; et M. Pépin le Halleur, qui s'est inspiré de l'ouvrage de M. Vüy (2), fort estimé, paraît-il, en Allemagne, la développe dans sa monographie sur l'*Histoire de l'em-*

(1) Hænel, *Corpus juris Antejustinianei*, page 211.

(2) Vüy. *De originibus et natura juris emphyteutici Romanorum*. Heidelberg, 1838.

phytéose (1). On tient d'abord que l'emphytéose est née au Bas-Empire ; un auteur allemand a même fixé son apparition au règne de Constantin (2) ; en second lieu, qu'elle est née à une époque inconnue, et qu'enfin, à une époque inconnue aussi, elle a été assimilée au *jus perpetuum ;* et, quant aux différences premières de ces droits, il est impossible de les préciser, dit-on, faute de sources. Ce système semble offrir un défaut radical ; il ne tient aucun compte du passage où Ulpien mentionne le *jus* εμφυτευτικον comme existant de son temps ; celui-là qu'on ne dira pas avoir été ajouté par Tribonien, la ruine par la base. Aussi, nous avons le droit de le repousser *ab initio*, et de rechercher à notre tour l'origine du droit d'emphytéose, notre explication consiste, on le sait, à dire que le *jus emphyteuticum* était né à l'époque classique ; qu'il n'est autre que le *jus in agro vectigali* transporté sur d'autres fonds ; la première proposition se justifie par le texte d'Ulpien ; voici comment je prouve la seconde : le *jus* επφυτευτικον d'Ulpien et le *jus emphyteuticum* de Dioclétien et des biens domaniaux, est toujours le même droit, droit absolument identique au *jus perpetuum* ; or, le *jus perpetuum* n'a pas changé depuis l'époque classique, le *jus emphyteuticum* non plus ; donc, tels ils sont à l'époque impériale, c'est-à-dire semblables, tels ils ont toujours été, et cela est vrai, même pour la solution des questions spéciales ; ainsi, les deux textes qui nous signalent l'exemple unique d'une même controverse, élevée aussi bien relativement au *prædium vectigale* qu'au *prædium emphyteuticum*, donnent aux deux cas la même solution. (Cf. L. 3, § 4, D. 27, 9, et L. 13, C. 5, 71).

Voici comment on peut maintenant exposer l'enchaînement de tout cela. L'emphytéose a été, à une époque inconnue, employée soit par de riches patriciens qui avaient des possessions immenses, comme le pense Du Roi (3), soit par des colléges de prêtres ou des corporations religieuses ; son but, comme le nom l'indique, a été la mise en culture de terrains vagues ; on peut affirmer, sans

(1) Pépin Le Halleur, pages 17, 18, 27 et suiv. — Laboulaye, *Histoire du Droit de propriété foncière en Occident*, page 120.

(2) Schilter, *Exercit.* XVI, 66, seq. Dans cette hypothèse, il faudrait admettre que la loi 13, C. 5, 71 de Dioclétien est aussi interpolée.

(3) Du Roi, *Archiv. fur. civil. Praxis*, tom. VI, p. 388, note 17.

témérité, qu'elle a été le moyen de défrichement capital employé par la culture privée, comme la concession de l'*ager publicus* et de l'*ager vectigalis* l'avaient été pour la propriété publique. On peut même dire que, sous l'Empire, elle est demeurée plus spécialement appliquée aux moins bonnes terres : *Illos etiam qui emphyteuticario nomine nec ad plenum idoneas nec omnibus modis vacuas detinens*, dit la loi 7, C. 11, 58, que le prince concédait de gré à gré (L. 17, C. *eod. tit.*), moyennant une immunité de deux ans, le placement par adjudication en étant difficile. Dans cette immunité est la seule différence du *perpetuarius* et de l'emphytéote, mais elle est sans importance juridique. Il n'était pas de l'essence de l'emphytéose d'être perpétuelle. Cette circonstance, jointe à cette autre que son nom était heureusement choisi, a causé la disparition du mot *jus perpetuum* au profit du mot *jus emphyteuticum*. La tenure emphytéotique reçut une vie nouvelle de la Constitution de Zénon ; mais la loi de ce prince, loin d'en altérer les principes anciens, les laissa subsister en tant qu'ils étaient compatibles avec sa nature nouvelle. Quand Justinien publia ses recueils de lois, les règles de l'emphytéose n'étaient plus exactement celles de l'ancien *jus in agro vectigali*. Aussi, ne voulant pas faire un traité de doctrine au sujet de ce droit, et ne pouvant s'en référer aux principes de l'ancien *jus vectigale* ou *perpetuum* qui demeuraient dans le *Corpus juris* comme règle des concessions antérieures à Zénon, il se borna à indiquer qu'il fallait combiner l'ancienne et la nouvelle doctrine ; c'est ce qui fut fait par l'insertion des mots : *Id est emphiteuticarius, id est emphiteuticarii*, à la Rubrique du tit. 3, lib. 6, D. et à la loi 1, C. 1, 54. Tel est, selon moi, le vrai sens de l'interpolation de Tribonien.

DEUXIÈME PARTIE.

De l'emphytéose depuis Zénon

34. Nous voici en face de la loi de Zénon, qui a fait de l'emphytéose un cinquième contrat consensuel, tenant de la vente et du louage, et distinct en même temps de l'un et de l'autre. Avant d'en faire l'explication, il nous paraît indispensable de la transcrire : « Jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam, et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scripturâ interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetuâ stabilitate modis omnibus debeant custodiri, ita ut, si interdùm ea, quæ fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione suscepta, si quidem tanta emerserit clades, quæ prorsus, etiam ipsius rei, quæ per emphyteusim data est, faciat interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat, imputetur. Sin vero, particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus lædatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. » Par cette loi, Zénon a dit le dernier mot en matière d'emphytéose, en la dégageant d'une fausse assimilation qui pesait sur elle de tout le poids d'une lourde erreur. Il faut ajouter, à sa louange, qu'il en a saisi avec sagacité

les véritables principes et a résolu la question des risques avec toute la justesse désirable. En effet, si on analyse le contrat emphytéotique, on voit qu'il renferme autant de ventes distinctes qu'il y a d'annuités de jouissance stipulées, de sorte que l'emphytéote devient, périodiquement, propriétaire d'une annuité de son droit. Si donc il y a perte partielle entraînant perte correspondante de l'emphytéose, quoi de plus sage que de laisser cette perte à la charge de l'emphytéote ; s'il y a perte totale du fonds, évidemment l'emphytéote, en vertu de la même règle, perdra l'annuité commencée, de son droit, mais non pas les suivantes qui, n'ayant pas pris naissance, ne peuvent périr pour lui.

Nous pouvons entrer maintenant dans l'étude du contrat nouveau de Zénon, qui précèdera celle du droit, considéré isolément.

CHAPITRE PREMIER.

DU CONTRAT D'EMPHYTÉOSE.

35. Le contrat d'emphytéose est un contrat de droit civil, nommé, consensuel, de bonne foi, qui a pour but la concession ordinairement perpétuelle du droit de jouissance sur un immeuble. Cette convention engendre des obligations comme tout contrat ; celle du maître de l'immeuble consiste à faire la quasi-tradition du droit ; celle du preneur est quadruple : il doit payer une redevance, libérer le propriétaire de sa responsabilité vis-à-vis du fisc en lui remettant les quittances de l'impôt qu'il a acquitté, observer certaines formalités que nous examinerons, lorsqu'il aliène son droit à titre singulier, enfin ne pas détériorer l'immeuble. La convention, dans ces termes, est bilatérale ; mais elle est unilatérale si la quasi-tradition et la convention sont simultanées. Pour conclure ce contrat, le bailleur doit avoir la capacité d'aliéner (L. 5, § 4, D. 27, 9) ; celle de s'obliger suffit à l'emphytéote.

36. Quant à l'obligation du propriétaire, au cas où le contrat est synallagmatique, elle n'engendre pas, par sa propre vertu, le droit réel au profit du preneur. Ce point est incontestable ; car les

Romains n'ont jamais admis le principe de notre art. 1138, et le seul droit réel civil pour lequel on se demande s'il ne naît pas par la seule force du pacte, est l'usufruit, parce qu'à son égard il y a un texte douteux (*a*). Conséquemment, le propriétaire peut, en vendant son immeuble et faisant la tradition à l'acheteur, annuler en fait, le droit qu'il a promis à l'emphytéote, de même qu'il le peut en refusant d'accomplir son obligation. Dans les deux cas, il ne restera à ce dernier que la *condictio incerti ex lege*, pour obtenir des dommages. Mais nous allons supposer que la quasi-tradition a eu lieu, et nous passons aux obligations du preneur.

57. La première est celle de payer le canon convenu. Au moyen de quelle action le propriétaire en poursuivra-t-il l'exécution? Il y a eu, à ce sujet, discussion parmi les docteurs antérieurs à Barthole. La loi de Zénon n'ayant pas attaché d'action au contrat qu'elle créait, Cinus et quelques autres ne voyaient ici que la possibilité d'une action *præscriptis verbis*, parce que c'était là l'ancienne action accordée au maître et que notre loi ne l'avait pas abrogée. Barthole (1) fit remarquer fort justement que l'usage en était abrogé implicitement, puisque l'emphytéose était devenue un contrat, et s'appuyant sur l'autorité de Paul (*lex unica*, D. 13, 2), il admit pour ce cas la *condictio certi ex lege*. C'est à ce sentiment, qui s'accrédita bientôt, comme l'atteste Ubertus Leoninus (2), que nous devons nous référer. Si l'emphytéote laisse passer deux ans sans payer le canon, il encourt la déchéance; mais Justinien a étendu ce délai, d'une année, en matière d'emphytéoses ordinaires, tout en le maintenant tel qu'il était en matière d'emphytéoses ecclésiastiques (Nov. 120, ch. 8). La matière de la commise pour défaut de paiement a été traitée tout au long, du reste, par ce prince, dans la loi 2, C. 4, 66, dont nous allons faire l'explication. D'abord, dit l'empereur, les conventions que les parties pourront avoir faites leur serviront de loi, et ce n'est qu'au cas où elles n'ont rien réglé, que le droit commun de la matière se résume dans les principes suivants : Si l'emphytéote néglige pendant trois années

(1) Barthole, 1re partie de son *Commentaire sur le Code*, p. 196.
(2) Ottonis, *Thesaurus juris Romani*, t. 5, p. 656, nº 8.

(*a*) Quant à l'hypothèque, ce n'est qu'un droit réel prétorien, comme l'*in bonis* conféré par simple convention, dans le cas de la loi 63 *ad Sc. Trebell.* D. 36, 1.

consécutives de payer le canon ou de rapporter les quittances des préposés du fisc, le maître peut, s'il le veut, l'expulser, et ce dernier ne saurait se prévaloir de ce qu'il n'a pas été actionné à chaque échéance. Le maître n'était pas obligé d'exercer son action, alors, au contraire, que lui, il était obligé au paiement; mais, comme il pourrait arriver d'un autre côté que le propriétaire, désireux de se soustraire au contrat qui le lie, refusât de percevoir le canon, afin de se faire une arme de la commise, une fois les trois ans écoulés, la loi donne un moyen au débiteur pour rendre stérile cette manœuvre; ce moyen consiste à faire la consignation des sommes dues après que le refus du propriétaire aura été légalement constaté. S'il néglige de recourir à cette mesure, au jour venu il encourt la déchéance de plein droit, et il en résulte que le maître n'a pas besoin de faire résoudre le contrat pour rentrer dans la pleine propriété de son fonds; il n'aura qu'à revendiquer la chose purement et simplement; car Justinien en dispensant le propriétaire d'interpeller l'emphytéote, admet ici la maxime : *Dies interpellat pro homine.* Ce point ne saurait être contesté; mais la déchéance n'a pas lieu de plein droit, en ce sens que le débiteur puisse se créer par sa faute la faculté de rompre le bail; il est bien exprimé dans la loi, qu'elle peut être invoquée seulement par le propriétaire. Enfin, Justinien donne deux solutions afférentes à deux hypothèses, dans lesquelles le droit d'expulsion pourrait être mis en doute : c'est d'abord le cas où l'emphytéote a fait des améliorations; il est condamné à les perdre sans indemnité, non pas par ce motif qu'il est obligé d'améliorer, comme le pense Cujas (1), l'amélioration n'étant que de la nature et non pas de l'essence du contrat, mais par cette autre que, si on lui accordait la faculté de se faire indemniser, le droit de commise serait illusoire. La seconde hypothèse est assez peu clairement posée en ces termes : *Licem eum repellere nulla domino pœna opponenda.* Faut-il dire avec Cujas (2) que, sans doute, l'emphytéote a stipulé une clause pénale pour le cas où il serait expulsé de force, comme cela arrive en matière de location ordinaire (L. 54, § 1, D. 19, 2), clause dont il ne pourra se prévaloir, parce qu'ici l'expulsion est parfaitement légale? Non; d'un côté l'em-

(1) Cujas, sur le tit. 66, lib. 4 au Code, et sur le tit. 3, lib. 6 au Digeste.
(2) Cujas, sur la loi 2, C. *hoc titulo.*

phytéote qui est protégé par les interdits n'a aucun intérêt à faire cette stipulation ; de l'autre, si nous supposons qu'en fait elle est intervenue, et que c'est là l'espèce de notre texte, il devient insignifiant, car le cas qu'il résout n'est même pas douteux (L. 54 précitée). Il vaut mieux croire avec M. Pépin le Halleur (1), que l'espèce du texte est la suivante : le propriétaire a stipulé une clause pénale pour le cas où l'emphytéote passerait les trois années sans payer. Quand il veut exercer le droit de commise, on a la prétention, en lui offrant le montant de la peine, d'arrêter ses poursuites. Cette espèce est d'autant plus raisonnable qu'elle offrait des doutes sérieux. Le preneur ne pouvait-il pas être censé avoir, par cette fixation de la peine, tacitement racheté son droit tombé en déchéance? Maintenant que nous connaissons la constitution de Justinien, abordons quelques questions controversées. Je ne ferai qu'une mention sommaire de celle-ci. La déchéance est-elle encourue si l'emphytéote a accompli une partie de ses obligations? Comme le dit M. Thibaut (2), la libération partielle est aussi dénuée d'effet au point de vue de la stabilité du contrat que l'absence totale de libération. La cause de la controverse vient, paraît-il, de ce que la loi 2 renferme les mots *pecunias* et *apochas* au pluriel ; mais, comme le montre Doneau (3), elle les contient deux lignes plus haut au singulier.

38. L'emphytéote encourt-il la déchéance s'il ignore devoir le canon, ce qui peut arriver à un héritier du primitif détenteur? Accurse prétend que non, et cite à l'appui de son sentiment la loi 28 Pr., D. 4, 6 ; mais cette loi ne s'applique qu'au cas d'absence. Des textes plus positifs assurent la protection prétorienne pour tous les cas de juste erreur ; ce sont la loi 2, D. 4, 1 et le § 33, Inst. 4, 6.

39. Peut-on pactiser qu'au cas de non paiement l'emphytéote n'encourra pas la commise? Une seule chose nous étonne, c'est que Cujas et Perezius (4) aient fait de ce point une question. Il est bien entendu qu'ils la résolvent affirmativement.

40. A qui incombe la preuve en cas de contestation sur le paie-

(1) Pépin le Halleur, p. 88.
(2) Thibaut, Pand. § 661, fr. 47.
(3) Doneau, lib. 9, ch. 15, n° 7.
(4) Perezius, *in Codicem*, sur la loi 2, C. 4, 66, § 23.

ment des termes échus du canon? Je mentionne cette question pour dire que Cujas modifia en faveur de l'emphytéote, la règle : *Onus probandi incumbit ei qui dicit ;* il lui accorde le bénéfices que la loi 3, C. 10, 22 attribue aux contribuables, à savoir que, s'il représentent les quittances des trois dernières années, ils seront présumés avoir soldé les termes antérieurs. Ce tempérament d'équité, qui a pu avoir son application dans notre ancien droit français, nous paraît devoir être rejeté en droit romain.

41. L'emphytéote peut-il purger sa demeure? L'affirmative s'évince des principes généraux du droit, et cependant elle a été niée par Vinnius en ces termes : *Sed neque moræ hic admittitur purgatio; quoniam ubi pœna et dies adjicitur mora purgari non potest* (1). Cette raison est sans valeur, et il nous paraît certain que le jurisconsulte a erré ; il a erré parce qu'il a méconnu les effets que produit la *purgatio moræ*. Il est palpable, en effet, qu'une seule idée le préoccupe ; il ne voudrait pas que l'emphytéote pût échapper à la déchéance, et comme il ne voit pas le moyen d'éviter ce résultat en lui accordant la faculté de purger, il la refuse. Un simple retour aux principes nous montrera que l'emphytéote ne peut se soustraire à la commise, soit qu'il purge, soit qu'il ne purge pas ; dès lors, nous arriverons au résultat désiré par Vinnius, sans être obligé de les violer. En effet, il est de règle que la *purgatio moræ* remet le débiteur dans la même position que s'il n'avait pas été mis en demeure, mais toutefois en tant que cela est possible, seulement : le bénéfice de ce retour spontané est sans effet rétroactif, il n'opère que dans l'avenir ; sans doute, il pourra procurer au débiteur les mêmes avantages que la rétroactivité lui donnerait, mais ce sera par suite de circonstances extérieures purement fortuites. Ainsi, Titius obligé à livrer une maison est mis en demeure, et conséquemment l'immeuble est à ses risques ; si la maison se brûle, il aura beau purger sa demeure, il en devra payer la valeur ; si elle se conserve, au contraire, la *purgatio*, par suite de cette circonstance heureuse, délivre Titius de la charge des risques, et en fait elle le remettra dans la même position que si elle eût été rétroactive. En matière de commise, au contraire, comme elle est encourue *ipso jure*, cet effet ne se produira pas, et le seul avantage qu'il y aura à purger sera d'arrêter le cours des

(1) Vinnius, *Selectæ juris quæstiones*, lib. 2, ch. 3.

intérêts du canon arriéré. Ce raisonnement nous paraît devoir faire rejeter l'opinion de Vinnius.

42. L'emphytéote qui ne peut obvier, en payant le terme, à la déchéance qu'il a encourue, en sera-t-il relevé si le propriétaire accepte ses offres? En un mot, ce dernier peut-il poursuivre la commise après avoir perçu les termes arriérés du canon? Remarquons bien en droit, qu'il n'y a pas de motif pour que le propriétaire, parce qu'il peut enlever le droit de jouissance à l'avenir, soit privé du prix de la jouissance passée; l'extinction de l'obligation future n'est pas exclusive de l'exécution de l'engagement présent. Malgré l'évidence de ces principes, qu'un texte formel, la Novelle 120, ch. 8, consacre, en matière d'emphytéoses ecclésiastiques, pas une question n'a été plus discutée que la nôtre. Vinnius et bon nombre de jurisconsultes ont décidé qu'on ne pouvait exiger l'expulsion après avoir reçu le canon (1). Ils s'appuient sur deux motifs aussi contestables l'un que l'autre : on ne peut pas exiger, disent-ils, à la fois *pœnam et rem*, et ils prennent pour exemple le cas où un créancier a stipulé une clause pénale et le cas où un vendeur use de la *lex commissaria*; or, précisément dans ces deux hypothèses, la peine est en général destinée à dédommager le créancier de l'inexécution de l'engagement, de telle sorte que la demande de la clause pénale est incompatible avec la demande d'exécution; dans notre espèce, au contraire, le droit de commise n'est pas un dédommagement, et la qualification de peine qu'on lui attribue est juridiquement fausse; il n'est pas autre chose que la consécration légale de cette faculté de droit naturel, en vertu de laquelle chaque contractant peut se soustraire à son obligation, quand l'autre partie n'exécute pas la sienne; en second lieu, dit Vinnius, le paiement du canon a pour but principal la reconnaissance du domaine direct conservé par le propriétaire; l'emphytéote, négligent à payer, nie cette existence du domaine direct, et la commise est la peine de cette négation. Conséquemment, le maître qui touche les termes arriérés est censé remettre cette peine et reconnaître la qualité de l'emphytéote. Ce second motif provient de l'erreur dans laquelle est tombée l'école des glossateurs sur la

(1) Vinnius, *Select. quæst.*, lib., 2, ch. 3; Faber, lib. 4, tit. 43, *definit.* 16 Cod.; Fab., Perezius, *in Codicem*, lib. 4, tit. 66, § 25; Fachin., lib. 1, *Contr.*, ch. 99, *conclusio prima*; Barthole, sur la loi 2, C. 4, 66, nº 8.

nature du droit emphytéotique qu'ils ont tous, sous l'influence des idées du temps, considéré comme un domaine utile. Cette opinion étant inexacte, comme nous le verrons plus tard, l'argument qu'ils en déduisent tombe avec elle. En somme, la base du système que nous combattons est toute dans cette idée que la déchéance est une peine, ce qui peut être vrai en fait, mais, à coup sûr, est profondément faux en droit; cette idée a conduit Vinnius, et ceux qui partagent son opinion, à dire que le propriétaire peut sauvegarder son droit de commise en le réservant, lorsqu'il perçoit les termes arriérés; l'effet de cette réserve est la formation d'un nouveau pacte, pacte tacite dans lequel le droit de provoquer la déchéance prend une vie nouvelle. Barthole (*loco citato*) était allé jusqu'à dire que si le maître, après avoir déclaré qu'il voulait user du droit de commise, recevait, outre les termes arriérés, un terme non encore échu, en protestant qu'il persévère dans ses intentions, il pouvait encore provoquer la déchéance ; mais on remarqua qu'ici la protestation était incompatible avec la perception du terme à venir, qui implique nécessairement la continuation du droit emphytéotique, et l'opinion de Barthole fut justement abandonnée (1). Quant à Cujas (2) et à Doneau (3), ils rejettent le système que nous avons exposé par cette raison, déjà donnée ci-dessus, à savoir que le canon n'est autre chose que le prix du droit de jouissance, qu'il n'y a pas de différence entre le propriétaire qui expulse son emphytéote et demande son droit arriéré, et le bailleur qui, en faisant résoudre le contrat de louage, exige ses loyers échus ; et conséquemment que les partisans de l'opinion adverse ne sauraient refuser au propriétaire le droit qu'ils accordent au locateur. Cette dernière opinion est la vraie et elle ruine le système contraire avec lequel tombe toute la théorie des protestations.

43. Dans le cas où une clause pénale a été stipulée contre l'emphytéote qui laissera passer le délai de trois ans sans payer le canon, le propriétaire qui aura touché le montant de la peine pourra-t-il expulser l'emphytéote? Vinnius, quoi que M. Pépin Le Halleur (4) en ait dit, ne prévoit pas la question ; il dit seulement,

(1) Fachin., *loco citato, conclusio tertia*,
(2) Cujas, sur la loi 2, C. 4, 66.
(3) Doneau, lib. 9, ch. 15, §§ 12 et 13.
(4) Pépin Le Halleur, pag. 89 et suiv.

après avoir exposé son système, que : *Nulla hic diversa est ratio pœnæ legitimæ et conventionalis ;* d'après l'agencement de cette phrase et sa place dans la démonstration, il est clair que l'auteur veut dire : le propriétaire ne peut pas plus cumuler la perception des termes arriérés avec le montant d'une clause pénale, qu'avec le droit d'exercer la commise. Mais la question à résoudre est bien différente, et Doneau en a donné la solution la plus satisfaisante (1). En principe, le propriétaire ne peut exiger *pœnam et rem ;* conséquemment, s'il a stipulé une clause pénale destinée en quelque sorte à être le rachat de la commise, fixé ainsi d'avance à forfait et s'il en a perçu ou poursuivi le paiement, il ne peut demander la déchéance. Si, au contraire, la peine n'est que le dédommagement de l'inexactitude du débiteur à payer, l'espèce change : *res* c'est le canon, *pœna* c'est la clause ; on ne pourra cumuler le canon et la peine, mais parfaitement l'un ou l'autre avec la poursuite de la déchéance. Cette question est donc à double face, et, suivant qu'on envisage l'une ou l'autre, la solution devant varier, il faut, pour juger les auteurs qui l'ont donnée, bien se pénétrer du point de vue auquel ils se sont placés eux-mêmes. On conciliera ainsi des affirmations en apparence contradictoires. Ainsi, la pensée de Cujas (2) étant que l'exercice de la commise et la perception de la peine sont incompatibles, évidemment il a visé la clause pénale stipulée pour remplacer la commise au choix du créancier. Il est bien entendu, au reste, qu'en aucun cas ce ne serait la stipulation de la clause qui ferait perdre au propriétaire le droit de commise, mais seulement la perception du montant ou les poursuites afin de la percevoir. La stipulation par elle seule n'a que juxtaposé la *pœna* à la *res ;* c'est par l'option faite pour l'une que l'autre s'éteindra. Remarquons ici combien est conforme aux principes la défense que Justinien a faite dans notre loi 2 à l'emphytéote de se défendre de la commise en offrant le paiement de la peine. Qu'on n'accuse pas de dureté cette disposition ; on n'eût pu disposer autrement qu'en enlevant sans raison au créancier la faculté naturelle d'opter entre la *pœna* et la *res*.

44. Quand il survient une interruption de jouissance occasionnée par la force majeure, le canon nous paraît devoir être remis,

(1) Doneau, lib. 9, ch. 15, §§ 12, 13 et 14.

(2) Cujas, sur la loi 2, C. 4, 66.

par cette raison qu'on se trouve alors dans le cas de la perte totale, la vente de la jouissance ayant lieu par annuités.

45. La deuxième obligation de l'emphytéote consiste à libérer le propriétaire de sa responsabilité à l'égard du fisc relativement aux impôts. Ainsi, l'emphytéote doit non-seulement les acquitter tous, ordinaires ou extraordinaires, mais encore délivrer au maître les quittances qui lui ont été données par le fisc. Si, pendant trois années consécutives, il manque à cette obligation, il encourt la commise de plein droit, et le maître revendiquera son droit de propriété. (L. 2, C. 4, 66).

46. La troisième obligation de l'emphytéote est de ne pas détériorer le fonds ; elle ressort de ce principe ; la loi zénonienne n'a aboli les anciennes règles qu'en tant qu'elles étaient incompatibles avec le contrat nouveau qu'elle organisait. Or, la défense d'abuser n'est pas de ce nombre, et, bien plus, elle est appliquée par la Novelle 120, ch. 8, aux emphytéoses ecclésiastiques. La prohibition de détériorer subsiste donc avec son caractère de délimitation légale ; d'où il suit, comme nous l'avons dit à propos du *jus in agro vectigali*, que le propriétaire, pour reprendre son fonds, usera, non pas de la *condictio triticaria*, mais de la *vindicatio* : et c'est pendant le cours du procès seulement qu'il aura à déduire les motifs de sa demande, dans l'espèce l'abus de jouissance. La commise peut être poursuivie même contre les tiers, ne fussent-ils pas les auteurs de la dégradation, en vertu de la maxime : *Nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet.* Si, d'une part, l'emphytéote a fait subir au fonds de graves détériorations, et que, d'autre part, il y ait fait des améliorations considérables, nous pensons qu'il n'est pas dans le cas de la déchéance lorsque les améliorations faites préviennent la diminution de la valeur totale.

Dans le cas où de plusieurs co-emphytéotes un seul détériorerait, la déchéance nous paraît pouvoir se poursuivre divisément contre lui, et il y aura lieu postérieurement à l'action *communi dividundo* qui réglera les rapports respectifs des emphytéotes restants et du propriétaire substitué aux droits du détenteur déchu.

47. La dernière obligation consiste dans certains devoirs imposés à l'emphytéote qui aliène son droit à titre singulier. L'examen que nous avons à en faire trouvera naturellement sa place au paragraphe où nous nous occuperons de la transmission du droit d'em-

phytéose. Sachons seulement que, faute de s'y soumettre, l'emphytéote encourt de plein droit la commise.

48. Il nous reste à examiner, avant la fin de ce chapitre, la question suivante : lorsque l'emphytéote a encouru la déchéance, le maître peut-il l'expulser sans recourir à l'autorité judiciaire ? On peut invoquer, pour l'affirmative, la raison suivante mise en avant par Accurse, Balde et Jason (1) : La déchéance étant encourue de plein droit, la possession elle-même est finie au même instant où la résolution emphytéotique s'opère, et il ne reste à l'emphytéote que la détention matérielle à laquelle n'est pas accordé le bénéfice des interdits. Cette raison, très-subtile, outre qu'elle peut être réfutée par cette considération que l'emphytéote se crée par sa résistance une possession *ad interdicta*, tombe devant cette autre qu'on ne peut pas se faire justice à soi-même ; aussi, suivant Elbertus Leoninus (*loco citato*), l'opinion des docteurs précités ne prévalut pas : *Recepta est eorum sententia, qui ut omnes contentionum fluctus et rixarum tumultus præscindantur, magistratus auctoritatem desiderant ;* c'est là aussi le sentiment de Cujas (2) ; il donne, au reste, deux arguments de texte tirés de la loi 31 (D. 20, 1) et de la loi 34 (C. 4, 65). Doneau (3) et Perezius (4) partagent cet avis et déclarent que le propriétaire doit intenter la revendication ; s'il s'empare subrepticement du champ détenu par l'emphytéote, ce dernier recouvrera la possession au moyen de l'interdit *uti possidetis*, et s'il le chasse violemment, il perdra la propriété de son immeuble acquise désormais à l'emphytéote en vertu de la constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius insérée au Code (L. 7, C. 8, 4).

49. Quelques mots qui se trouvent dans la constitution de Zénon, rapprochés d'une disposition formelle de la Novelle 120 (ch. 5 Pr. et ch. 6, § 2), ont fait élever la question suivante : La validité du contrat d'emphytéose est-elle soumise à la formalité externe de la rédaction d'un acte ? Les opinions sont fort divisées sur ce point. Quant à nous, le texte nous paraît clair, et voici comme nous l'interprétons : Quand les parties ont modifié l'em-

(1) *Elbertus Leoninus in otto. Thes.*, pag. 665, n° 10.

(2) Cujas, sur la loi 2, C. 4, 66.

(3) Doneau, lib. 9, ch. 15, § 19.

(4) Perezius, *In codicem hoc titulo* (4, 66), § 16.

phytéose du droit commun, leurs pactes, s'ils ont eu lieu, *scripturâ interveniente*, seront la loi du contrat ; ils seront sans efficacité au cas contraire, et cela se comprend ; l'emphytéose étant ordinairement perpétuelle, les conventions des parties devaient être consignées dans un acte pour que la preuve en fût toujours possible. L'acte n'était cependant pas substantiel pour la formation du contrat ; ce dernier était consensuel, mais la preuve en devait être littérale. Si l'*instrumentum* se perd, l'emphytéote sera admis à faire la preuve testimoniale de la teneur de son acte égaré. (LL. 5 et 11, C. 4, 21), et s'il n'y a plus de témoins pour déposer, il n'aura qu'une ressource : celle de se prévaloir de la prescription si elle lui est acquise.

CHAPITRE II.

DU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

50. Quand nous avons parlé de la location perpétuelle, soit municipale, soit domaniale, c'est après l'énumération des prérogatives de l'emphytéote que la classification de son droit a naturellement trouvé sa place, et cela était juste ; nous ne pouvions le définir avant de le connaître. Il n'en est pas ainsi maintenant, car nous savons que le droit emphytéotique est un droit réel, les textes les plus explicites le qualifient de *jus in fundo*, *in re*, *jus prædii*, et, de plus, il réunit tous les caractères différentiels du droit réel. Si, déjà, le *jus emphyteuticum* était et avec raison considéré comme un *jus prædii* à l'époque classique, alors même que son origine putative l'entachait en quelque sorte de personnalité, combien son caractère de réalité n'est-il pas plus frappant, maintenant qu'il est épuré par la loi de Zénon, qu'il est lié au sol de façon à le suivre dans toutes ses transformations pour ne s'éteindre qu'avec lui. Aussi, en présence de telles considérations, il n'est venu à l'esprit de personne de soutenir que le droit d'emphytéose Zénonien est un droit de créance. Mais le danger de l'erreur n'était pas de ce côté-là, et c'est d'une autre façon qu'elle

s'est produite ; au lieu de dénier l'énergie du droit, on en a outrepassé la mesure ; deux erreurs dont l'esprit est au fond le même se sont produites : celle des glossateurs, réfutée par Cujas et Doneau, et celle de M. de Savigny.

51. Les glossateurs ont été frappés de deux choses : de l'étendue des droits de l'emphytéote, étendue si grande que des textes l'appellent *dominus*, qu'il a de fait le domaine de la chose, puisqu'il y a travestissement du droit de propriété en un simple droit à de l'argent. D'un autre côté, ils ont été saisis de la ressemblance frappante que le préteur a toujours maintenue entre le possesseur du sol provincial et l'emphytéote. Sous l'influence des idées de leur temps, ils voyaient dans la condition du sol provincial une décomposition de la propriété, telle qu'elle se pratiquait alors en France, en un domaine éminent et en domaine utile. Il n'y avait qu'un pas à faire pour dire que l'emphytéote a le domaine utile, et deux considérations spéciales le déterminaient : c'est d'abord la modicité du canon, qui parut être aux glossateurs non pas une représentation du droit de jouissance, mais une *recognitio dominii*, et, ensuite, la confusion qui régnait à cette époque entre l'emphytéose et le bail à cens. Telle fut l'opinion des glossateurs, qui, suppléant à la notion qui leur manquait sur le *jus privatum* et le *jus perpetuum*, leur facilita la conciliation de plusieurs textes ; ils rapportèrent à un prétendu *dominium directum* ceux qui réservaient la propriété à l'auteur de la concession, et à un prétendu *dominium utile* ceux qui semblaient attribuer la propriété au concessionnaire.

Mais cette idée de domaine éminent était une fiction des temps féodaux sur laquelle reposaient les droits de suzeraineté et après la chute de la féodalité, la vanité qui en avait été déjà soupçonnée par certains docteurs fut démontrée par la grande école critique des jurisconsultes du XVIe siècle. Cujas (1) et Doneau (2) ont surabondamment prouvé que le droit de propriété est exclusif de tout autre droit similaire (sauf au cas de l'*in bonis* ou du *duplex dominium*, admis par Gaius (II, 40), et par Ulpien, entre citoyens romains seulement (Rég. 1, 16 *de libertis*) ; on est propriétaire ou on ne l'est pas ; or l'emphytéote ne saurait être présumé tel (L. 1, § 1, D. 6, 3) ; d'un autre côté, il n'est pas locataire ; il a

(1) Cujas, sur le tit. 3, lib. 6, D., et sur la loi 74, D. 6, 1.
(2) Doneau, lib. 9, ch. 14, § 26 et suiv.

donc un *jus in re alienâ*. Malheureusement Cujas, tout en réfutant l'opinion des docteurs, a été bien près de leur erreur quand il a justifié l'affranchissement des esclaves du fonds qu'il croit à tort avoir été permis à l'emphytéote, par l'idée vague d'un quasi-domaine.

52. La doctrine de Cujas et Doneau était demeurée incontestée, lorsque, dans les temps modernes, M. de Savigny qui cherchait un moyen d'échapper à la contradiction qu'il remarquait entre le principe, en vertu duquel le bénéfice de la possession n'appartient qu'à celui qui possède *animo sibi habendi* et la disposition formelle (L. 15, § 1, D. 2, 8), qui déclare *possessor* le concessionnaire d'un *ager vectigalis*, a émis dans la deuxième édition de son *Traité de droit de possession* cette idée, que l'emphytéote a le *dominium bonitarium ;* elle l'amène à conclure que depuis Justinien il est un véritable *dominus ex jure quiritium*. Cette erreur, heureuse à ce point de vue qu'on lui doit sinon la découverte, au moins l'explication de l'origine des interdits, M. de Savigny l'appuie sur deux circonstances : d'abord sur ce qu'une partie des jurisconsultes romains considérait le bail emphytéotique comme une vente ; le manuscrit de Gaius n'avait pas encore révélé (1806) la faveur de l'opinion contraire ; en second lieu, sur ce que les droits du concessionnaire d'un *ager vectigalis* sont beaucoup plus étendus que ceux de l'usufruitier, ce qui ne paraît pas avoir sa raison d'être, s'il n'a qu'une attribution de jouissance, et sont semblables aux droits du *dominus bonitarius*. Enfin, deux textes couronnent ce système : la loi 1 Pr., (D. 13, 5), qui attribue à l'emphytéote municipal non pas le *jus in fundo*, mais le *fundus*, et la loi 12 (C. J. 11, 61) qui permet à l'emphytéote d'affranchir les esclaves. Cette opinion, faiblement démontrée, tombe devant une simple réflexion ; ce qui fait le cachet de l'*in bonis* et aussi sa différence avec le sol provincial, c'est que le propriétaire bonitaire arrive au *dominium ex jure quiritium* par l'usucapion. Aussi, a-t-on le droit de s'étonner que M. Savigny ait choisi comme le type auquel il rapportait l'emphytéose la propriété bonitaire et non pas la propriété provinciale. Il n'a point choisi cette dernière parce qu'il ne le pouvait pas sans se jeter dans la théorie insoutenable du domaine utile ; ainsi, son choix ballotté entre ces deux formes diverses d'organisation de la propriété a dû forcément se rejeter sur la seconde, dont le simple aspect fait tomber son sys-

tème aussitôt qu'il est établi. M. Thibaut réfuta l'erreur nouvelle. M. de Savigny se rendant aux raisons de son adversaire, avec d'autant plus de facilité que ses recherches historiques lui avaient démontré pourquoi l'emphytéote est possesseur, s'est rétracté dans sa 6e édition (1); il se réfute lui-même en disant : « Aujourd'hui je tiens pour véritable cette opinion qu'il faut considérer » l'emphytéose à l'imitation des *superficies* comme faisant partie » des *jura in re*, car les jurisconsultes romains attribuent nommément à l'emphytéote un *jus in fundo* ou *jus prædii*, et toujours dans les constitutions on distingue le preneur du *dominus* » auquel on l'oppose. Dans un autre passage, il est vrai (L. 12, » C. 11, 61), l'emphytéote semble être appelé *dominus*, mais ce » passage est relatif au cas où l'emphytéote réunit à son *jus* le » véritable *dominium*. L'expression de la loi 1 Pr. (D. 13, 3) n'est » pas plus concluante : « Quarè fundum quoque per hanc actionem » petimus etsi vectigalis sit. » C'est ainsi que la loi 12 § 1 (D. 20, » 6), en parlant du créancier gagiste emploie l'expression *rem* » *persequi* et *vindicatio rei*, quoique cependant personne n'ignore » que le droit de gage n'est qu'un simple *jus in re*. Cette manière » de s'exprimer paraît dans les deux droits avoir pour base la » même raison, à savoir : que la *corporis possessio* accompagne » ces espèces de *jus in re*. Quant à l'argument que je tirais de ce » que l'emphytéote a de plus que l'usufruitier plusieurs droits im- » portants, je réponds que de ce que l'un et l'autre droit aient plus » ou moins d'*étendue*, il ne s'ensuit pas qu'il y ait entre eux *hété-* » *rogénéité*. » En terminant, enfin, M. Savigny cite en première ligne sur la nature juridique de l'emphytéose les essais de M. Thibaut, n° 11.

53. C'est à cette dernière opinion qu'il faut s'en référer avec toute la doctrine moderne en ayant soin de préciser toutefois que le droit d'emphytéose, vu son origine prétorienne, n'est pas une servitude personnelle.

(1) Savigny, *Traité du droit de possession*, 6e édition, pag. 112 et suiv., et notes.

§ 1.

Des droits de l'emphytéote.

54. L'emphytéote profite de tous les fruits et produits du fonds et il acquiert les fruits naturels dès qu'ils sont séparés du sol par qui que ce soit : en cela, il diffère de l'usufruitier; nous disons aussi qu'il en diffère en ce qu'il gagne les produits autres que les fruits. En effet, il a l'action *arborum furtim cæsarum*, même au cas où l'arbre enlevé par un voleur n'est pas arrivé à cette période où devant être coupé, de produit qu'il était, est devenu un véritable fruit. L'usufruitier ne pourrait en aucun cas poursuivre l'arbre entre les mains du voleur, et il n'aurait l'action *furti* en réparation du préjudice que lui cause ce méfait (Inst. lib. 4, tit. 1, § 15), que si l'arbre était devenu fruit. Le droit d'emphytéose attaché au sol croît avec lui, de même qu'il décroît : aussi s'étend-il à l'alluvion et à l'île née dans le fleuve voisin (Arg. *à contrario* de la loi 9, § 4, D. 7, 1). Si un fleuve enlève une partie du champ voisin qui se vienne confondre avec le champ donné à emphytéose ; si le fleuve change de lit, de façon que l'ancien lit soit acquis au maître du fonds, il faut dire que le droit emphytéotique s'étendra à ces accessions. Quant au trésor qui ne peut rentrer en aucune façon dans la classe des produits, l'emphytéote n'aura que la part d'inventeur, s'il le découvre. Il en a dû être autrement tant que l'emphytéose a été censée conférer le domaine utile. M. Mühlenbruck cite cependant deux auteurs allemands (1) qui décident dans ce dernier sens, quoiqu'ils méconnaissent le domaine utile. Leurs motifs pourraient être fort prisés en législation, mais nous sommes ici en pur droit romain, et, à ce dernier point de vue, leur opinion est assurément erronée. L'emphytéote ne peut affranchir les esclaves, qui demeurent la propriété du maître, pas plus qu'il ne peut fouiller les mines et carrières non ouvertes, car les produits dont la perception appauvrit le fonds ne peuvent être

(1) Mühlenbruck, *Systema Pandect.*, nº 295, note 2.

recueillis que par le propriétaire. Il a plein pouvoir de changer la face des choses, mais à la différence de l'usufruiter qui peut changer pourvu qu'il y ait amélioration (L. 13, § 5, D. 7, 1), il peut changer pourvu qu'il n'y ait pas détérioration. Dans ce dernier mot, est le secret de la limite légale de tous ses droits, et s'il y a contestation, tout se résoudra en cette question : A-t-il détérioré? L'emphytéote peut-il constituer des servitudes prédiales sur le fonds? Evidemment non *en droit civil,* et le propriétaire seul peut créer une servitude *modis civilibus*, parce qu'en droit romain une servitude ne saurait se concevoir sans qu'il y ait action réelle au profit de celui qui l'acquiert, et les actions réelles ne peuvent exister sans aucune disposition de la loi, qui jamais ne s'est préoccupée de notre question. Peut-il, au contraire, acquérir des servitudes au profit du fonds : pas davantage en droit civil; mais n'oublions pas que, dans la pratique, le préteur a tendu à donner à l'emphytéote tous les avantages accordés au possesseur provincial; qu'ainsi, il pourra par pactes et stipulations promettre ou stipuler des servitudes; le préteur donnera, *causâ cognitâ* dans l'une et l'autre hypothèse, des actions *utiles* et des interdits quasi-possessoires utiles au stipulant s'il y a eu quasi-tradition des droits de servitude. Cette opinion nous paraît s'appuyer sur les textes suivants (L. 16, § 2, *in fine*, D. 13, 7; l. 1, § 9, D. 43, 18; l. 1 Pr., D. 7, 4), qui fournissent des arguments puissants d'analogie. J'ai dit que le préteur donnerait une action *causâ cognitâ*, c'est-à-dire qu'il recherchera préalablement si l'exercice de la servitude détériore le fonds baillé à emphytéose. Il va sans dire que les servitudes ainsi constituées sont aussi sujettes à extinction que les droits du concédant. Quant aux servitudes personnelles, nous avons deux textes précis qui accordent à l'emphytéote le droit d'établir un usufruit de même nature sur le fonds (L. 1 Pr., D. 7, 4), et Frag. *vatic.* § 61. A *fortiori*, en sera-t-il de même des droits d'usage et d'habitation.

55. Sur quel genre de biens pouvait s'étendre l'emphytéose? Évidemment ce n'était que sur les immeubles, les meubles ne pouvant se prêter au but que l'on attend de cette institution; mais nous pensons qu'elle pouvait comprendre les bâtiments; quoique peut-être les édifices n'aient jamais été l'objet du *jus in agro vectigali*, et cela se comprend, parce que les maisons des cités sont généralement destinées à un usage public, l'em-

phytéose remplit aussi bien son but en relevant les maisons qui tombent de vétusté qu'en défrichant des immeubles. Bien plus, loin de renfermer rien de prohibitif à ce sujet, les textes parlent des maisons des églises, baillées à emphytéose (V. Nov. 7, ch. 3, § 2, et 120, ch. 1, § 2).

56. Quant à la protection du droit de l'emphytéote, il est permis de conclure avec Mühlenbruck (1), qu'on mettait à sa disposition toutes les actions qui compètent au propriétaire lui-même. Il avait d'abord l'action réelle, nommée action *emphyteuticaria* depuis Zénon, avec les interdits, pour revendiquer son droit et le défendre de la violence et du trouble. Sa qualité de possesseur lui valait à la fois trois avantages : les interdits possessoires, la dispense de donner la caution *judicio sistendi causâ*, l'acquisition des fruits par la séparation. Ce sont ces effets énergiques, attribués à une possession sans *animus domini*, qui avaient déterminé M. de Savigny à faire de l'emphytéose un domaine bonitaire. Plus tard, ses études historiques lui ont découvert comment le droit d'emphytéose et les interdits venaient tous deux prendre leur source dans une vieille institution, la concession de l'*ager publicus*, dans laquelle ils se ralliaient mutuellement par une relation intime, la relation de cause à effet. Ce point démontré, il fallait classifier théoriquement la possession de l'emphytéote, dissiper l'anomalie qui règne dans la matière entre la logique et les textes, car la première nous dit qu'il n'est que quasi-possesseur, et que conséquemment il ne saurait être dispensé de la caution *judicio sistendi*, et les seconds nous le donnent comme un véritable possesseur du sol, alors qu'il n'a pas l'*animus sibi habendi*. M. de Savigny (2) a cru tout concilier en imaginant pour l'emphytéote une *possession dérivée*, qui n'est autre chose qu'une cession de possession faite par le propriétaire. Ce système, fort ingénieux, est inadmissible, par ce motif que l'*animus domini* ne peut être cédé à l'emphytéote, et que sans *animus domini* il n'est pas possesseur. Aussi, nous pensons qu'il n'y a dans tout cela qu'une explication possible, et c'est la suivante. En théorie, l'emphytéote n'est que le quasi-possesseur de son droit, mais en pratique on lui accorde la qualité de possesseur, parce que la posses-

(1) Mühlenbruck, *Systema Pandect.*, § 295, *in fine*.

(2) Savigny, *De la Possession*, 6e édit., §§ 9, 12 à 20, 24.

sion devant son origine à l'*ager publicus*, il était naturel de la conserver dans l'*ager vectigalis* et les concessions emphytéotiques. Cette explication est généralement admise aujourd'hui en Allemagne (1). Cette possession ne peut jamais mener à l'usucapion (L. 7, § 6, C. 7, 39). Nous ne pensons pas, avec M. Serrigny (2), que la loi 12, C. 11, 61, permette à l'emphytéote de se défendre, après quarante ans de possession, contre la revendication d'un *fundus patrimonialis*. Cette loi se rapporte au cas où le tenancier ayant possédé *ab initio*, avec l'*animus domini*, a acquis le *jus privatum salvo* et non pas *dempto canone*, parce qu'il a continué à payer la redevance, et elle n'a eu pour but que de rendre prescriptible le patrimoine privé de l'Empereur. Du reste, s'il eût été vraiment emphytéote quand il a pris le fonds, il aurait fallu qu'il intervertît son titre pour que la prescription de la revendication pût commencer, et cela est impossible : *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.*

Il est inutile de répéter ici la nomenclature des divers moyens donnés à l'emphytéote pour prévenir les dommages imminents, pour obtenir la réparation des dommages effectués, pour opérer le partage de son droit ; nous les avons énumérés à propos de l'*ager vectigalis*. Nous ne rechercherons pas non plus les espèces nouvelles dans lesquelles une action pourrait lui être utile, nous avons vu qu'on lui accordera les mêmes qu'au propriétaire ; aussi terminons-nous cet ordre d'idées par cette unique observation, qu'en vertu de la loi Zénonienne, ces moyens divers, de prétoriens qu'ils étaient, sont devenus civils.

57. Au point de vue de la durée, l'emphytéose est de sa nature, perpétuelle, mais non pas de son essence. Nous savons que le *jus in agro vectigali* pouvait être temporaire, et rien n'indique que ce principe soit abrogé. Bien plus, comme nous le verrons, la règle première des emphytéoses ecclésiastiques était d'être temporaires. A propos des emphytéoses temporaires, il s'est élevé une question, à savoir : si l'emphytéote a fait des améliorations, une fois le terme du contrat venu, le propriétaire pourra-t-il, sans indemnité, s'en attribuer le bénéfice? Oui, disent les auteurs qui, comme

(1) Rudorff, dans ses notes sur la 7e édition du *Traité de la Possession* Appendice nos 37 et 172.

(2) *Droit pub. et adm. romain*, tom. II, no 675.

Cujas, pensent que l'emphytéote est obligé d'améliorer. Malgré l'autorité de Cujas, nous ne saurions imposer gratuitement cette obligation à l'emphytéote, car les obligations ne se créent pas ; aussi, n'adoptant pas cette manière de voir, nous nous plaçons dans les termes du droit commun qui force le propriétaire à donner indemnité On pourrait même appuyer cette solution par un argument à *contrario*, tiré de la loi 2, C. J. 4, 66 ; elle inflige comme peine, à l'emphytéote, quand il a encouru la commise, la perte de ses améliorations. Que si l'emphytéote avait avec mauvaise foi multiplié ses impenses, afin de mettre le propriétaire dénué de ressources dans l'impossibilité de rentrer en possession, nous pensons qu'il n'y aurait pas lieu à indemnité (Inst., lib. 2, tit. 1, § 30).

58. Quant à la transmission de l'emphytéose, nous n'avons pas à nous occuper de son aliénation par succession, pas plus que de son aliénation entre-vifs par un de ces modes d'acquisition universelle qui transportent sur la tête d'un tiers les droits et les obligations d'une personne. Dans ces deux hypothèses, il y a, à l'égard de ceux qui succèdent à la personne juridique de l'emphytéote, transmission du droit et des obligations qui en sont le corollaire. Mais il est nécessaire de nous appesantir sur l'aliénation à titre singulier entre-vifs ou à cause de mort, réglementée avec soin par Justinien, dans la loi 3, au Code 4, 66, qui répond à un véritable besoin social. Avant Justinien, en effet, ou l'emphytéote qui voulait aliéner son droit devait se résigner à demeurer perpétuellement par lui-même ou ses héritiers responsable du canon envers le propriétaire, après avoir transporté à un tiers la jouissance de la chose, ou racheter cette obligation à un prix très-élevé ; une fois l'emphytéose généralisée, le mal devint grand et l'agriculture déjà si abandonnée en ressentit le contre-coup ; alors s'éleva la question de savoir si la commise n'était pas pour le propriétaire une garantie assez sérieuse, pour qu'on permît à l'emphytéote d'aliéner son droit sans le consulter. Justinien trancha ces discussions par la loi dont voici l'analyse. Tel est à mon sens l'économie de cette constitution ; lorsque l'emphytéote veut aliéner tout ou partie de sa concession, et qu'il n'y a pas eu de conventions à ce sujet entre lui et le propriétaire, il doit demander le consentement de ce dernier. Quand l'aliénation a lieu à titre de vente, le maître peut prendre le marché pour lui. S'il consent à prendre ce parti,

la vente est consommée à son profit ; préfère-t-il consentir à voir vendre le droit emphytéotique à un tiers, la vente est parfaite à l'égard de ce dernier ; s'il garde un silence qui, par sa durée indéfinie, serait une entrave à la vente, l'emphytéote le sommera d'exercer le retrait en lui désignant le prix offert ou d'accepter le nouvel acquéreur ; le maître ne prend-il pas parti au bout de deux mois, l'emphytéote peut vendre son droit à quelque acheteur que ce soit, pourvu qu'il soit *non prohibitus*, *sed concessus et idoneus ad solvendum emphyteuticum canonem.* Après ce délai, au cas de vente, et immédiatement après la réquisition d'un consentement qui n'a pas été obtenu dans les autres cas d'aliénation, l'emphytéote peut aliéner et le propriétaire doit mettre en possession l'acquéreur ; remplit-il cette formalité, il reçoit le cinquantième du prix ou de la valeur du droit aliéné ; c'est le tarif de son consentement ; y surseoit-il sans baser sa résistance sur l'illégalité du choix de l'acquéreur, on le somme de procéder à l'installation ; au bout de deux mois, pendant lesquels il peut encore proposer ses réclamations, s'il néglige d'y procéder et ne propose pas de motifs valables, l'aliénation est déclarée parfaite sans son concours, et il ne peut réclamer le cinquantième du prix ou de l'évaluation. En résumé, il y a dans cette constitution quatre idées ; le consentement doit être requis, pour toute aliénation ; s'il est obtenu, on le tarife à une somme de 2 p. 0/0 de la valeur du droit aliéné ; s'il n'est pas obtenu, on le tient pour acquis, et l'aliénation du droit emporte celle des charges ; quand il y a transmission par vente, le propriétaire a, en outre, un droit de préemption sur l'exercice duquel il peut délibérer pendant deux mois. Enfin, la peine de la commise est au bout de cette constitution ; l'emphytéote qui n'en observerait pas les règles, l'encourrait de plein droit.

59. Il nous semble que cette analyse suffit pour faire saisir l'esprit de la loi 3 et pour résoudre les difficultés qui pourraient s'élever sur ses divers cas d'application. Mais qu'entend la loi quand elle parle des *personæ non prohibitæ sed concessæ et idoneæ?* En matière de biens fiscaux, les *personæ prohibitæ* sont les décurions (L. 2, C. Th. 10, 31), comme aussi en matière d'emphytéoses municipales, les subordonnés du *comes rerum privatarum*, les militaires (C. 7, I. 1, 11, 72 ; C. Th., I. 2 et 6, 10, 3) ; les *personæ non idoneæ* sont celles qui n'ont pas fourni de fidéjus-

seurs ; mais en matière d'emphytéoses ordinaires, comme il n'existe ni restriction ni prohibition au sujet des personnes, il faut croire, avec l'ensemble des commentateurs, qu'on n'exclura que les emphytéotes d'une insolvabilité notoire ou ceux repoussés par la convention qui est la loi des parties.

Posons, en terminant, qu'il est un cas d'aliénation singulière à cause de mort auquel, par exception, n'est pas applicable la loi de Justinien ; elle paraît, au reste, par son texte et par son esprit ne s'en être pas préoccupée ; c'est le cas de transmission par l'effet d'un legs, pour la perfection duquel il serait impossible de réaliser les formalités extérieures qu'elle demande. Aussi, pensons-nous que le légataire demeure sous l'empire du droit commun, et que l'aliénation sera parfaite à son égard dès que, par son acceptation, il aura contracté l'engagement tacite de payer la redevance.

60. Si on considère l'acquisition du droit emphytéotique, les modes divers qui lui donnent naissance peuvent tous se ranger dans deux catégories : la convention et le testament. Toutefois, au cas de convention, la tradition seule crée le droit, la convention ne produisant que des engagements ; mais, dans l'hypothèse d'un testament, la seule force de la volonté du *de cujus* transporte au légataire le droit lui-même : *Uti legassit ità jus esto.* Cependant, le legs d'un droit emphytéotique sera toujours conditionnel, car il sera soumis à l'acceptation par le légataire de l'obligation de payer le *canon*.

61. La prescription peut-elle fonder l'emphytéose? Cette question s'élèvera dans deux hypothèses : l'emphytéote a un juste titre constitutif de son droit, mais il émane *à non domino* : ou bien il paie le canon et possède sans titre. La possession de trente ou quarante ans lui conférera-t-elle l'action réelle et les autres priviléges attachés au droit emphytéotique : dans le premier cas, il a évidemment la Publicienne pour protéger son droit (L. 12, § 6, D. 6, 2) ; mais la Publicienne sauvegardait souvent des droits non susceptibles d'usucapion, comme l'usufruit : ainsi, l'argument à évincer de cette circonstance pour résoudre affirmativement la première hypothèse est sans portée. La question demeure donc intacte pour les deux cas ; elle nous paraît devoir être résolue négativement ; en effet, on n'applique pas à l'acquisition d'un droit l'usucapion ou la prescription, par analogie, et il est certain, d'un côté, que l'usucapion ne peut s'allier à l'emphytéose prétorienne ;

de l'autre côté, aucun texte à ma connaissance n'emploie la prescription à son profit. Ce serait donc se jeter dans l'arbitraire que d'adopter l'affirmatve.

62. Restent à énumérer les causes d'extinction du droit d'emphytéose ; les principales sont : l'échéance du terme si le droit est temporaire; et qu'il soit perpétuel ou à temps, peu importe, la perte de la chose, la confusion, la mort de l'emphytéote quand personne ne lui succède; la prescription de trente ans au profit du propriétaire : la prescription du fonds au profit d'un étranger. Quant à l'emphytéote, il ne peut, comme nous le savons, prescrire le fonds à son profit ; il n'a pas la possession civile, et il n'a pas de juste cause. Si le propriétaire a passé trente ou quarante ans sans demander la redevance, il n'en retirera qu'un bénéfice, le gain des termes du canon échus depuis plus de trente ans accomplis. Mühlenbruck (1) compte comme une cause d'extinction la renonciation formelle ou tacite de l'emphytéote à son droit, et pense que la désertion du fonds indiquera une renonciation tacite. Ce système s'appuie sur deux arguments sans valeur : un argument *à contrario* de la loi 3, C. 11, 61, qui défend la désertion d'un *fundus patrimonialis* et un argument direct de la loi 29, C. 2, 3. Quant au premier, il nous paraît plus qu'arbitraire de conclure que la loi 3, parce qu'elle est particulière à certains fonds, contient une exception au droit commun qui régit les autres en général. Le second argument ne prouve pas davantage, ou mieux il n'est que la moitié d'un argument; car si la loi 29 nous dit qu'on peut renoncer à ses droits, il reste encore à prouver qu'on peut se soustraire à ses obligations sans le consentement de son créancier.

63. La dernière cause d'extinction de l'emphytéose est la commise, sur laquelle nous nous sommes assez étendu pour n'y pas revenir.

(1) Mühlenbruck, *Systema Pandect.* § 297, not. 15.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Période Romaine et Germaine.

64. L'histoire de l'emphytéose que nous avons suivie jusqu'à Justinien, nous a conduits au VIe siècle ; c'est de près d'un siècle entier que nous devons rétrograder pour nous rendre compte de son état en Gaule, avant la conquête. Elle y était pratiquée comme un louage administratif des biens du fisc et des biens communaux, emportant peine de commise contre le preneur qui a cessé de payer le canon pendant deux ans ; c'était, en un mot, l'emphytéose du Code Théodosien que nous avons étudiée déjà ; cette institution s'acclimata en Gaule, car cette province avait des cités riches, surtout au midi, et les biens du fisc y étaient considérables.

65. L'Eglise avait de vastes possessions en Gaule, aussi l'emphytéose des biens ecclésiastiques y dut-elle être en usage ; sans avoir de documents précis, nous savons, par les lettres de saint Grégoire-le-Grand, qu'elle s'en est servie de bonne heure ; elle lui offrait la garantie d'une exploitation moins changeante que le simple bail à ferme : voici comment s'exprime saint Grégoire : « *Jubemus etiam, ut hoc Experientia tua summopere cus-* » *todiat, ut per commodum conductores in mansis Ecclesiæ nun-* » *quam fiant nè dum commodum quæritur, conductores frequenter* » *mutentur; ex quâ commutatione quid aliud agitur, nisi ut* » *Ecclesiastica prædia nunquàm colantur* (1). »

(1) Gregorii Magni *Epist.* lib. 1, *Epist.* 42.

En résumé, l'emphytéose gauloise ne fut autre que le *jus perpetuum* du Code Théodosien ; la loi de Zénon, qui en a déterminé la nature particulière, le terme de trois ans fixé pour la commise par Justinien et l'aliénation permise par ce prince, sous des conditions déterminées, lui furent étrangères : employée par les cités, le fisc et les églises, je ne serais pas éloigné de conjecturer qu'elle l'a été aussi par les grands propriétaires.

66. Nous arrivons à l'époque de la conquête dont il est important de signaler succinctement le caractère : quand la Gaule fut envahie, au Midi par les Wisigoths et les Bourguignons, par les Francs à l'Est, elle était comme l'Italie, dépeuplée par la grande culture ; les classes moyennes, la population libre habitaient les villes, et dans les campagnes on ne voyait que quelques colons cherchant à se sauver de l'avidité du fisc ou du pillage des légions barbares. L'invasion des Wisigoths et des Bourguignons se fit en quelque sorte par le dedans ; ces peuples étaient déjà établis sur le sol de l'Empire, pour le défendre ; un jour ils s'en trouvèrent les maîtres presque sans violence ; une fois maîtres, ils partagèrent les terres avec les anciens possesseurs ; leur portion fut des deux tiers ; quoique cette part soit considérable, elle n'entraîna pas une très-sensible dépossession des anciens habitants, car elle se composa des immenses domaines du fisc et des dépouilles de quelques grands propriétaires. Quoique l'invasion des Francs ait eu un caractère plus violent et plus guerrier, la dépossession des Gallo-Romains du Nord ne fut pas grande non plus ; les Francs étaient fort peu nombreux, et il paraît qu'ils se contentèrent des vastes possessions impériales et des terres incultes. A travers toutes ces vicissitudes, que devint l'emphytéose?

67. Chez les Bourguignons il ne s'en trouve pas la moindre trace, pas plus dans la loi Gombette que dans le Papien. Il faut en conclure que le bail emphytéotique ne fut pas introduit dans le droit privé, chez eux, le motif en est facile à saisir ; l'emphytéose, suite nécessaire de la dépopulation agricole de l'Empire, cessa d'avoir sa raison d'être, une fois la population triplée sur le même sol. Chez les Wisigoths il en fut autrement, car de toutes les parties de la Gaule, celle qu'ils conquirent était la plus imprégnée des habitudes romaines, et l'emphytéose fut adoptée par eux avec sa peine de la commise en cas de négligence à payer le canon. Il y a cinq paragraphes qui s'en occupent dans la loi des Wisigoths, ce sont les paragraphes 11, 12, 13, 14, 15 du livre X ;

« elle y revêt un caractère de faveur ; celui qui tombe en commise » perd *suâ culpâ beneficium quod fuerat consecutus* » (§ 11) ; celui qui veut l'obtenir la demande « *per precariam epistolam* » (§ 12) ; cette nuance a son intérêt ; je pense que ces emphytéoses furent des concessions de jouissance données pour payer des services ou en forme de libéralité, soit à vie, soit pour un certain temps, soit perpétuellement. Les détails en ont été empruntés à l'emphytéose romaine, mais son caractère d'ensemble a changé ; elle n'est plus un expédient du propriétaire ruiné ; elle est devenue de sa part un bienfait. Les emphytéoses furent donc pour les chefs Wisigoths un moyen de s'attacher des fidèles. Elles furent très-usitées chez les Wisigoths et il paraît que le canon y fut fixé au dixième des fruits (1).

68. Quant à l'emphytéose purement romaine des biens de la cité et de ceux du fisc, elle persévéra : la loi romaine des Wisigoths contient, en effet, quelques passages du Code Théodosien qui y sont relatifs ; ce sont les lois 3 Cod. Th., lib. 3, tit. 19, 2, lib. 10, tit. 3 et 2, lib. 11, tit. 1. Quoique la loi des Bourguignons n'en parle pas, il ne s'ensuit pas que l'emphytéose fiscale se soit éteinte chez eux ; car on conçoit tout aussi facilement qu'un Code ne s'occupe pas d'un contrat de droit public, qu'on aurait peine à comprendre qu'il eût été aboli, alors qu'il offrait de si grands avantages pour l'exploitation des terrains sans culture. Quant au contrat vectigalien des cités, il subsista certainement chez les Bourguignons, l'organisation municipale n'ayant pas subi, par suite de la conquête, de graves atteintes.

69. Nous ne nous occuperons pas, pour le moment, de l'emphytéose chez les Francs qui, avant la conquête du royaume des Wisigoths et de celui des Bourguignons, occupaient une bien petite place. C'est après avoir parlé des biens d'Eglise que nous entreprendrons cette étude ; elle nous mènera jusqu'à la race Carlovingienne.

(1) Dominicy, *De Prærogativâ Allodiorum*, ch. 9, § 1.

§ 1.

Emphytéoses ecclésiastiques.

Sous cette rubrique nous étudierons les emphytéoses régulières et les emphytéoses anormales, séparément.

70. *Emphytéoses régulières.* — Nous sommes obligés de faire une excursion dans le Droit romain, beaucoup mieux placée ici qu'elle ne l'eût été dans la première partie de ce travail, car elle se lie à l'étude de la période germaine.

L'Eglise usa de bonne heure de l'emphytéose, et d'une double façon ; tantôt elle la concluait à de bonnes conditions, c'était alors une emphytéose sérieuse, tantôt elle en faisait des concessions quasi-gratuites, gratuites même, à temps ou à vie, et c'était une aliénation. Les aliénations de jouissance ou de propriété devinrent si nombreuses que l'autorité civile dut s'y opposer et depuis Léon et Anthémius jusqu'à Justinien, nous allons assister à un tournoi dans lequel l'Eglise force toujours l'empereur de faire des lois subséquentes, parce qu'elle a éludé les premières.

Léon fit une loi (L. 14, C. 1, 2) pour prohiber l'aliénation des biens de l'Eglise de Constantinople ; celles à titre onéreux furent prohibées sans exception ; il en permit une seule à titre gratuit, la suivante : l'Eglise concédait pour un terme qui ne pouvait excéder la vie du concessionnaire, l'usufruit d'un immeuble, à condition qu'à sa mort ce dernier lui laisserait en toute propriété, un immeuble aussi considérable que celui dont il avait eu la jouissance viagère. Restaient donc permis tous les modes d'aliénation, pour les autres Eglises, et pour celle de Constantinople l'emphytéose soit perpétuelle, soit temporaire qui n'était considérée que comme un acte d'administration. Celle-ci s'empressa pour obvier en fait à la défense d'aliéner, de concéder des emphytéoses perpétuelles avec des canons sans importance et sur des terres en bon état. L'Empereur Anastase dut porter une loi (L. 17, C. *eod. tit.* § 1) pour défendre que l'emphytéose perpétuelle eût lieu « *absque reditus deminutione* » et ordonner qu'on n'en usât que pour les fonds *minus idonei*. Mais il ne dit rien de l'emphytéose temporaire ;

c'était appeler un abus nouveau qui ne manqua pas ; on concéda des emphytéoses temporaires *cum reditus deminutione ;* leur longue durée équivalait presque à la perpétuité. Justinien fut obligé de défendre que le terme de l'emphytéose s'étendît au-delà de la vie du preneur et de deux de ses héritiers (L. 25, C. *eod. tit.* § 4) et que la *reditus deminutione* motivée depuis Zénon par la chance pour l'emphytéote de la perte partielle, fût plus considérable que la sixième partie des canons.

Tel était l'état du droit lors de la publication du Code ; venons aux Novelles. Justinien fait dans la Novelle 7, un traité complet sur la matière des aliénations de bien d'Eglise et le chapitre 3 s'occupe des emphytéoses. L'Empereur renouvelle ce qu'il avait déjà décidé sur les emphytéoses temporaires ; il permet au surplus la reversibilité du mari à la femme et réciproquement, quand elle a été expressément stipulée ; sa disposition est applicable à toutes les Eglises de l'Empire ; au § 1, il règle comment doit s'entendre la déduction de la sixième part du canon à propos de laquelle avaient encore surgi des fraudes ; au § 2 il décide que l'emphytéose aura lieu invariablement par écrit, oblige l'emphytéote à réparer les détériorations qu'il a commises, et décide qu'au bout de deux années de cessation de paiement il tombera en commise ; au § 3 il prohibe une fraude déjà mise en pratique depuis la publication de sa première loi et qui consistait en ce que les héritiers du preneur, auxquels ne passait par l'emphytéose, stipulaient avec l'économe qu'ils seraient préférés dans la constitution d'une emphytéose nouvelle.

Enfin, par la Novelle 120 Justinien revint sur toute la législation antérieure ; il permit à l'Eglise de Constantinople l'emphytéose perpétuelle des bâtiments en ruine (ch. 1 § 2), aux autres Eglises il octroya la perpétuité pourvu qu'il n'en résultât pas de lésion pour elles ; cette absence de préjudice était garantie par le serment préalable de l'économe (ch. 6, § 1 et 2).

Les dispositions de ces Novelles furent connues en Gaule dès le commencement du IXe siècle au moyen de l'Epitome de Julien, et par le même canal s'introduisit la vraie notion de l'emphytéose Justinienne. On y adopta l'emphytéose à temps ou à perpétuité sous la condition toutefois qu'elle n'aurait pas lieu *dolose et cum damni detrimento.* C'est là la doctrine des capitulaires ; ils nous révèlent au surplus que le bail emphytéotique occasionna en Occident les mêmes abus que ceux, déjà signalés, de l'Empire d'Orient. C'est

ce qui explique les paroles suivantes du pape Adrien à Charlemagne : « *Sicùt missi vestri, ut fertis, vobis retulerunt... multæ pecuniæ* » *per talem nefandam dationem alienatæ esse cernuntur, ut aurum* » *et argentum jam non habentes et jam ipsæ res ecclesiarum per* » *emphyteuses, manu conscriptas, existant alienatæ* (1). » Voici maintenant ce que disent les capitulaires ; le premier passage forme le ch. 29 du capitulaire de 823 de Louis-le-Débonnaire ; il est ainsi conçu : » Ergò his omnibus non liceat alienare rem im» mobilem sivè domum, sivè agrum, etc. Alienationis autèm » verbum continet emphiteuseos perpetuum contractum. » (Baluze 1, p. 746). Le second capitulaire est extrait de la loi des Lombards et il est du même prince : Ut omnis ordo ecclesia» rum, dit-il, secundùm legem Romanam vivat et sic inquirantur » vel defendantur res ecclesiasticæ ut emphiteuseos contractus » undè ecclesia damnum patiatur, non observentur sed secundùm » legem Romanam destruantur et pæna non solvatur. » (Baluze 1, p. 690). Voici venir maintenant Lothaire, roi d'Italie : « Si quis » episcopus aut propinquitatis affectu, aut muneris ambitione, aut » causâ amicitiæ, xenodochia aut monasteria vel baptismales eccle» sias suæ ecclesiæ pertinentes cuilibet per emphyteuseos contrac» tum dederit, se suosque successores pænâ mulctandos conscrip» serit, potestatem talia mutandi rectoribus ecclesiarum absque » pænâ conscriptâ concedimus. » (Baluze 2, p. 341). Enfin c'est Charles-le-Chauve qui parle en ces termes : « Et res ecclesiasticæ » quæ a rectoribus ecclesiæ hactenus , ob timorem vel favorem, » alieni *libellario vel emphyteuticario* jure *dolosè et cum damni* » *detrimento* ecclesiæ amisisse videntur, ad pristinum jus rever» tantur. » Cap. Synodi Pontigonensis de 876 § 10 (Baluze 2, p. » 241).

De ces textes, il résulte clairement que la législation avait subi en France les mêmes fluctuations qu'en Orient. Le Capitulaire de 823 est fait avec la Novelle 7 sous les yeux, et celui de Charles-le-Chauve avec la Novelle 120, car il ne défend l'emphytéose perpétuelle que quand elle a été faite *dolosè et cum damni detrimento* ; je dis perpétuelle, car s'il s'était agi d'une concession temporaire, il n'aurait point dit que les églises : *res ecclesiasticas amisisse videntur*. Ces prohibitions et ces menaces ne portèrent pas leurs fruits, car les abus continuèrent. « Sed surdis cecinere leges et

(1) Giraud. *Hist. du Droit Français au moyen-âge* p. 202, note 4, tome 1.

» improbi perrexerunt ecclesiastica bona in privatorum sinum pro-» fundere. » C'est ce que rapporte Muratori (1).

71. II. *Emphytéoses anormales.* — Il en est plusieurs sortes que successivement nous allons examiner et dont la principale est sans contredit la précaire.

72. 1° *La précaire.* — La précaire, *precaria*, quelquefois *precatoria* ou *præcaturia* est, dans son acception la plus étendue, un acte par lequel l'usufruit d'une chose est donné à quelqu'un, sur sa prière, pour un temps limité; son origine romaine se trouve dans le *precarium*, dont elle se distingue en ce qu'elle est constituée pour un temps déterminé, qu'elle est irrévocable et qu'elle oblige au paiement d'un cens annuel, tandis que le *precarium* est gratuit et révocable. Elle s'introduisit de bonne heure dans les Gaules, par suite de la libéralité des Germains qui se montrèrent plus généreux que les Romains envers l'Eglise, aussi bien les rois que les sujets. La cause en fut pour les premiers le besoin qu'ils sentirent de bonne heure d'être autre chose que des chefs de bande et de s'appuyer sur les évêques, dépositaires des traditions romaines, pour être empereurs en leur pays; pour les seconds, surtout pour les plus humbles, la nécessité de fuir l'oppression séculière et de solliciter la sainte tutelle de l'Eglise; pour tous, la religion, la terreur de l'enfer, le désir de gagner le ciel, la crainte de la fin du monde, le remords. Leur mode de libéralité consistait dans la donation d'une terre, et une fois qu'ils en avaient transporté la propriété à l'Eglise ou au monastère, ils s'adressaient à la générosité de ces derniers pour les prier de leur concéder à titre d'usufruit, cette même terre. Deux chartes étaient alors échangées; l'une dite *precaria* était adressée par le concessionnaire à l'évêque ou à l'abbé, qui remettait en échange à l'impétrant la charte de concession dite *præstaria*.

Il est fait mention du précaire dans les lois barbares (2), il en est parlé dans les Formules (3). Aussi, le P. Daniel (4) est-il tombé dans la plus grande erreur, quand il a pensé qu'il fallait voir l'origine des précaires dans la concession, à ce titre, des biens d'Eglise, usurpés par Charles-Martel et distribués par lui à ses

(1) Muratori, *Antiquitates Italicæ Medii Ævi*, Dissertation 36, t. III, p. 172.
(2) *Lex Alamann.* I, 2; *lex Bajuvariorum* II.
(3) Marculfe, II, 39 et 40; *Form. Sirm.* 38; *Sindenb.* 19.
(4) *Histoire de la milice des Francs*, liv. 2, ch. 1.

guerriers, que Pépin-le-Bref obtint du synode de Leptine. Son usage introduit par la religion fut perpétué par l'adresse de l'Eglise qui habituellement ajoutait une part de ses propres biens à ceux qu'elle rétrocédait ; ainsi, elle acquérait les alleux en donnant au propriétaire l'appât de plus de bien-être sa vie durant ; à sa mort, une double consolidation s'opérant au profit de l'Eglise, ses héritiers étaient à la discrétion de cette dernière, qui se servait de la succession du défunt pour acheter celle de l'héritier ; quand celui-ci était pauvre, il devait lui arriver souvent de n'être pas maintenu en jouissance ; en tout cas, pauvre ou riche il n'avait aucun droit acquis ; à en croire le canon 51 du Concile de Tours, de 813, il paraîtrait qu'il n'avait qu'à se recommander au recteur de l'Eglise pour obtenir la succession paternelle ; mais cette décision ne fut pas rigoureusement exécutée, puisque, dans le quatrième capitulaire de 819, Louis-le-Pieux engage les églises et les monastères à avoir égard à la misère des héritiers de leurs bienfaiteurs (1). Aussi, quelquefois, la prudence du donataire lui fit réserver la précaire à ses descendants jusqu'à la troisième ou la cinquième génération (2) ; M. Laboulaye (3) cite même un diplôme réservant la perpétuité en faveur de tous les descendants ; d'autres par lesquels est réservé le droit tant de rachat que d'aliénation de la précaire.

L'Eglise faisait aussi quelquefois des précaires de ses propres biens directement, sans avoir rien acquis (4) ; c'étaient alors plutôt des bénéfices. Ces concessions avaient été défendues à l'Eglise de Constantinople par l'empereur Léon, à moins que le concessionnaire ne lui laissât à sa mort en toute propriété autant de fonds qu'il en avait reçu en usufruit ; Justinien (Nov. 7, ch. 4) répéta cette prohibition ; elle ne fut pas reçue en Gaule, et de tout temps il y a été fait des concessions sinon gratuites, au moins où la proportion Justinienne n'a pas été observée. Tels étaient les précaires : on voit que cette dénomination est générique et embrasse plusieurs variétés. Voyons quelles en étaient les règles.

Le preneur s'obligeait à payer un cens annuel, même quand l'Eglise lui rétrocédait son bien sans y rien ajouter (5) ; mais cette

(1) *Capitularium Karoli magni et Ludovici Pii*, lib. 4, § 39 (Baluze I, 784).
(2) Du Cange, v° *Precaria*.
(3) Laboulaye, *Hist. du droit de propr. fonc. en Occident*, p. 298, note 2.
(4) *Form. Sirm.* 7.
(5) Marculf., *Appendix* 28 et 42 ; Lindenb., *Form.* 20, 23, 25 et 26.

règle n'était pas sans exception (1); le non paiement du cens faisait perdre le précaire en principe; *qui negligit censum, perdat agrum*, dit le concile de Meaux, de 845, canon 62; mais la prudence des donateurs leur fit réserver que cette omission n'entraînerait qu'une amende: cette stipulation se trouve dans presque toutes les chartes; on y trouve aussi, généralement, celle d'améliorer le fonds. Enfin, quelquefois l'usufruitier s'astreignait, en outre, à certains services déterminés.

Quant à la forme, on sait que les précaires se faisaient au moyen de deux chartes : la *precaria* et la *præstaria*; ajoutons qu'elles se renouvelaient tous les cinq ans pour conserver le souvenir de la condition de la tenure.

Les précaires étaient une amorce puissante au zèle des donateurs; aussi attirèrent-ils beaucoup de biens à l'Eglise; mais ils engendrèrent beaucoup d'abus soit à son préjudice, soit à son avantage; on conçoit facilement les différences qu'elle faisait dans la répartition de ses biens, selon le degré de puissance de ceux qui les sollicitaient; aussi, Charles-le-Chauve régla-t-il la proportion des terres données aux terres reçues; elle fut fixée au double si l'Eglise recevait présentement une nue propriété, au triple si c'était une pleine propriété (2).

73. 2° *La libellaire.* — Une espèce d'emphytéose nommée le contrat libellaire fut aussi pratiquée par l'Eglise. C'était une vente de la jouissance, moyennant un prix une fois payé et une redevance annuelle; seulement la vente n'était faite que pour un temps, à l'expiration duquel l'acheteur ou ses héritiers, s'ils voulaient conserver la possession, devaient racheter la chose à un prix, ou déterminé d'avance par la convention, ou fixé par experts. Ce contrat apparaît pour la première fois sous le nom de *jus coloniarium* comme moyen inventé pour éluder la défense d'aliéner les biens d'Eglise, et défendu lui aussi, dans la loi 25, § 1, C. 1, 2 de Justinien; ce prince le blâma derechef dans la Nov. 7 Pr., mais fut impuissant à le déraciner, puisque l'empereur Léon lui consacre une Novelle (Nov. 13), sans même essayer de le défendre. Il règle le taux du prix de rachat et le fixe, quand il n'a pas été stipulé d'avance, au double du canon annuel, la faculté de faire fixer un *pretium arbitrarium* étant devenue un abus favorable

(1) Marculf, II, 5; *Appendix* 27 et 41; Lindenb., 22 et 27.
(2) Capit. de 246, *in villa Sparnaco*; Baluze, II, 32.

aux églises. Ce contrat paraît avoir été moins usité en Gaule qu'en Italie. Il n'a pas pour nous une grande importance.

§ 2.

Du sort de l'emphytéose chez les Francs.

74. Les Francs ne dépossédèrent pas les anciens possesseurs ; les terres incultes ainsi que les biens du fisc impérial suffirent, paraît-il, à les satisfaire ; ils se les partagèrent au sort ; de là le nom germanique d'*Allod*, dont la racine *laos*, *lot*, se reproduit dans toutes les langues modernes, pour désigner ce que donne le sort et d'où est venu le nom d'*alleu* (1) ; que devint chez eux l'emphytéose ? Il est probable qu'elle ne disparut pas entièrement ; les rois, en effet, ne durent pas chasser les emphytéotes des domaines impériaux, car il n'entrait pas dans l'esprit des Germains de se mettre aux gages d'un maître pour cultiver ses terres ; l'emphytéose municipale dut aussi survivre à la conquête ; et il n'est même pas impossible que dans le principe les grands propriétaires Romains, qui obtinrent la faveur des rois Francs, comme le comte Aurélien, pour n'en citer qu'un exemple, aient continué à en user ; en un mot, l'idée ne s'en perdit pas.

75. Jetons maintenant un coup d'œil sur la situation de la propriété chez les Francs. Le sol se divisa chez eux en petits lots, en petits *alleux*. « L'*alleu* est la propriété essentiellement indépendante, qui ne doit aucune redevance, n'est soumise à personne autre que son propriétaire et rend ce dernier roi absolu dans son manoir, chef et juge de ses vassaux, maître de ses serfs, enfin ne relevant, comme on dit plus tard, que de Dieu et de son épée (2). » Telle fut la propriété parfaite chez les Francs aux premiers temps de la conquête ; mais il se développa à côté d'elle une propriété imparfaite qui, née d'un grain de sable, le bénéfice, souvenir des mœurs germaines, comme l'a bien discerné

(1) Laboulaye, *Hist. du droit de propr. fonc. en Occ.*, p. 252.
(2) Laboulaye, *Hist. du droit de propr. en Occ.*, liv. 6, ch. 6.

Montesquieu (1), renversa à la longue la condition allodiale des terres ; chaque parcelle du sol était soumise, au xe siècle, à deux maîtres : un, plus puissant, qui la concédait à un autre plus faible, pour la cultiver ; cette sujétion des terres entraînait une dépendance parallèle des individus ; la terre dépendante se nomma un *fief* ; le cultivateur un *vassal* ; le régime qui embrassait cet état de choses, la *féodalité*. Il faut donc étudier en quelques mots la propriété imparfaite chez les Francs. Elle consista d'abord dans les bénéfices. Les bénéfices furent, en principe, des concessions de terre, faites par les rois à leurs *leudes* ou *fidèles*, *usufructuario ordine*, à charge de service militaire. De ces bénéfices qui étaient en général sinon révocables, au moins viagers, les leudes faisaient des sous-concessions ; « mais ces parties du bénéfice, dit Montes- » quieu (2), n'étaient point distinguées du tout. Le roi les ôtait » lorsqu'il ôtait le tout ; et à la mort du leude, le vassal perdait » aussi son arrière-fief. » On comprend par ce passage que, si les bénéfices deviennent irrévocables, toutes ces concessions confirmées *ipso facto*, formeront une propriété inférieure, imparfaite, se mouvant dans une sphère de dépendance. C'est ce qui est arrivé de bonne heure ; cet état de choses arrêté par la main ferme de Charlemagne, a achevé de s'accomplir sous ses successeurs et a été, en 877, consacrée par le Capitulaire de Kierzy.

76. On comprend encore sous le nom de bénéfices, des concessions de diverses autres sortes, concessions à charge de redevance ou de cens, à charges de services plus ou moins nobles, émanant non pas seulement du roi, mais de bien d'autres personnes ; il y avait même des bénéfices attachés à certaines fonctions, c'étaient des *honores*, que M. Laboulaye nomme *bénéfices — honneurs*, par opposition aux *bénéfices — censives* (3). L'expression *beneficium* comprend, en un mot, des concessions de nature fort diverse (4) ; et c'est avec une grande sagacité que M. Guizot dit qu'ils ont servi de denrée, de monnaie dans les premiers temps de la monarchie (5). Toutefois, ces concessions si diverses dans leur but ont un cachet commun ; elles ne confèrent qu'un usage, un usufruit et

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 30, ch. 3 et 4.
(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 31, ch. 25.
(3) *Hist. du droit de propr. fonc., passim* et notamment p. 339 et 340.
(4) Du Cange, vo *Beneficium*.
(5) Guizot, 4e *Essai sur l'hist. de France*. ch. 1, § 2, p. 155.

non une propriété complète. Leur durée est très-variable ; elles sont à une ou plusieurs vies, héréditaires, révocables quelquefois. Je renvoie pour ces détails au 4e Essai de M. Guizot, ch. 1, § 2. Elles diffèrent de la précaire par un côté purement externe : la précaire est une rétrocession ; le bénéfice est une cession ; mais leur nature juridique ne saurait être distinguée.

Telle est la propriété bénéficiaire en général qui s'est augmentée d'une façon rapide ; les bénéfices ont grandi en nombre et en force d'une façon démesurée (1). Etudions à présent un phénomène opposé qui complètera la propriété imparfaite, la transformation des petits alleux en bénéfices.

77. Cette absorption des petits alleux par les grands bénéficiers a eu lieu par trois causes : « les donations à l'Eglise, la violence des grands, l'usage des vassalités (2). » Nous connaissons la première ; pour la seconde, écoutons parler M. Laboulaye (3) : « Du » sixième au dixième siècle, tout nous atteste que les propriétaires » d'alleux furent peu à peu dépouillés ou réduits à la condition » soit de vassaux, soit de tributaires par les envahissements des » grands propriétaires et des comtes. L'oppression, du reste, ne » varie guère dans ses moyens, et l'on croit entendre dans la » plainte des propriétaires francs, les gémissements de la plèbe » au temps des Gracques. Ils disent que toutes les fois qu'ils » refusent de donner leur héritage à l'évêque, à l'abbé, au comte, » au juge ou au centenier, ils cherchent aussitôt une occasion de » perdre le pauvre. Ils le font aller à l'armée, jusqu'à ce que, » ruiné complètement, il soit amené de gré ou de force à vendre » ou à livrer son alleu. Mais quant à ceux qui ont cédé à la » volonté des puissants, ceux-là restent dans leurs foyers sans » qu'on les inquiète jamais (4). »

78. L'usage des vassalités que les monuments postérieurs à la conquête nous présentent sous le nom de *recommandation*, n'est autre que le *comitatus*, décrit dans la Germanie, de Tacite (5) ; il dérive de l'esprit de compagnonnage germain. La recommandation était le choix libre que tout guerrier se faisait d'un chef à qui il

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 31, ch. 22 et 23.
(2) Laboulaye, *Hist. du droit de propr. fonc. en Occ.*, p. 278.
(3) Laboulaye, *loco laudato*, p. 278.
(4) Capit. 3, ann. 811, ch. 3, 4 et 8 (Baluze I, 485).
(5) Tacite. *De moribus Germanorum*, ch. 14.

vouait sa personne et sa vie ; ce lien était fondé sur des engagements réciproques ; dans le principe, on pouvait le rompre à son gré en rendant au chef ce qu'on avait reçu de lui ; il en fut ainsi chez les Wisigoths (1) ; mais la recommandation tendit à devenir stable ; chez les Lombards, les causes pour lesquelles on pouvait quitter son seigneur furent déterminées par Pépin (2) ; la perpétuité du lien fut dans le vœu de la loi franque et cela s'explique (3) ; le recommandé recevait des terres de son *senior*, en bénéfice, et comme il tenait à les conserver, il ne pouvait l'abandonner ; c'eût été, au surplus, une ingratitude. Quand on était pauvre, on se recommandait pour avoir la nourriture et le vêtement viagers. L'effet de la recommandation, sur la personne, était de mettre le recommandé sous la protection *sub mundebudo* de son *senior*.

79. Le propriétaire recommandait sa propriété : à cette fin il se dessaisissait de sa terre pour la reprendre à titre de bénéfice ou de précaire, c'est-à-dire à charge de services ou de redevances (4) ; l'usage des vassalités affaiblit le canton, cette association des hommes libres, et permit au comte, qui en était le chef, de devenir un véritable souverain. Ainsi la recommandation qui avait sa source dans ce sentiment si pur de fidélité qui est demeuré le cachet de la loi féodale, comme le remarque si bien M. Guizot (5), finit par servir de but à la force. Les Francs, après que son expansion conquérante eût cessé de l'alimenter, la retournèrent, au dedans, contre leurs plus faibles compagnons ; aussi on en vint à se recommander pour éviter l'oppression, en vain quelquefois, et des quantités de terres immenses passèrent sous la seigneurie des puissants. L'Eglise aussi eut ses recommandés, mais elle ne les dut pas à la violence ; bien au contraire, à la douceur et à la sûreté de sa protection et aussi à l'immunité du service militaire.

80. En résumé, trois tenures principales forment ce que j'ai appelé la propriété imparfaite ; ce sont les bénéfices, lucratifs ou non, les précaires et les terres recommandées. Elles ont cela de

(1) *Lex Wisigothorum*, lib. 5, tit. 3, § 1.

(2) Capit. 5, *Pippini Regis Italiæ*, ann. 793 (Baluze I, 536).

(3) *Form. Sirm.* 44 ; *junge Capit. Karoli Magni* 11, anno 813, ch. 16 (Baluze I, 510).

(4) Marculfe, lib. 1, Form. 13 et 24 ; v. aussi le diplôme cité par M. Laboulaye (*loco laudato*), p. 289.

(5) Guizot, 5e *Essai*, p. 349.

commun, qu'une fois la part faite aux nuances de détail, leur nature juridique, au fond, est la même. Elles sont identiques encore par un autre côté; leur durée temporaire. Ce dernier caractère devait s'effacer bientôt. D'un côté, les possesseurs de précaires avaient, comme nous l'avons vu, le soin d'en réserver la succession à leurs héritiers; les recommandés agirent de la même façon (1). Enfin les bénéfices, grands et petits, devinrent, à leur tour, héréditaires.

81. Telle était la révolution qui s'était accomplie dans le Nord; il ne restait plus trace d'alleux; mais il en fut tout autrement au Midi, où les grands alleux se maintinrent et où la féodalité n'a jamais pris de profondes racines. Cela est dû à une cause principale; la persistance de la loi et de la civilisation romaines, persistance dont la cause est due à la fusion rapide des vainqueurs avec les vaincus et dont l'effet fut de conserver la terre libre, comme l'était la propriété romaine.

CONCLUSION.

82. Il faut maintenant nous résumer et tracer en quelques mots le caractère du bail emphytéotique pendant la période Germaine. Et d'abord, le trouvons-nous ostensiblement? Evidemment si nous le cherchons revêtu des mêmes formes qu'à Rome, régi avec les mêmes détails, nous ne le trouverons pas; mais si nous le cherchons dans les précaires et les bénéfices, nous le verrons vivant encore; sans doute il n'a pas en Gaule le même entourage de circonstances externes que l'emphytéose romaine; pas de perpétuité, pas de localisation sur des terres incultes; mais ce ne sont pas là des traits distinctifs, ce sont des points de détail qui ont disparu sous l'influence des mœurs nouvelles. Ce qui fait véritablement le cachet de l'emphytéose, c'est la concession onéreuse de ce large *jus in re aliena* qui approche de la propriété par son étendue; c'est aussi la commise faute de payement. Ces deux caractères essentiels se trouvent au fond du précaire, du bénéfice, de toutes les concessions de terre à charge de cens, en un mot.

(1) Marculfe, I, 13.

Le droit réel se trouve tout d'abord, car la concession n'est pas faite à titre de propriété ; elle est faite *usufructuario ordine* et il faut, bien entendu, entendre cette expression non pas dans le sens restreint d'un usufruit, mais dans le sens d'un droit de jouissance ; on trouve la redevance modique sous le nom de *cens ;* elle est payée le plus souvent en argent, quelquefois en nature ; on trouve enfin la commise, puisque toutes les chartes de l'époque s'occupent de la racheter au moyen d'une amende. Du reste, elle était tellement en usage, de droit commun, qu'un capitulaire de Charles-le-Chauve mentionne cet adage comme étant dans les mœurs : « *qui negligit censum perdat agrum* (1). »

Veut-on joindre à ce premier examen des preuves plus fortes encore, j'emprunterai l'autorité de Ducange et de Dominicy. Si on cherche dans le premier la définition du mot emphytéote, voici comment il la donne : « *qui per precariam possidet* (2). » Quant à Dominicy (3), il ne voit aucune différence entre le précaire et l'emphytéose. Il en est de même de Muratori (4). Qu'on feuillette enfin les chartes citées par ces auteurs, les recueils de Formules ; partout on trouve les mots de : *Precaria, præstaria, libellus*, comme synonymes d'*emphyteusis*. Il faut donc conclure que la précaire et le bénéfice à charge de cens furent les emphytéoses de la période germaine.

Seulement ces emphytéoses ont changé de caractère ; au lieu d'être constituées sur des fonds incultes, elles le sont sur des terres fertiles. Le canon étant demeuré fort léger, elles ont acquis une grande valeur tout de suite ; aussi se présentent-elles avec un caractère de faveur ; c'est avec elles qu'on récompense les services, qu'on se les procure, ou qu'on accomplit un bienfait. Il est aisé de comprendre que leur nouveau caractère leur a enlevé la perpétuité.

(1) Capit. de Charles-le-Chauve, tit. 7, § 63.
(2) Du Cange, Glossaire, V° *Emphyteota*.
(3) Dominicy, *De Prerogativâ Allodiorum*, p. 99.
(4) Muratori, *Antiquitates Italicæ medii ævi*, Dissertatio 36.

Période féodale et coutumière.

83. Charlemagne avait réussi un instant à reconstituer l'unité du pouvoir royal qui tendait à se morceler au profit des seigneurs ; après sa mort, ce fractionnement de la souveraineté reprit son cours, et au xe siècle la féodalité était créée ; chaque grand seigneur était devenu à la fois propriétaire territorial et roi de tout un district. Le roi de France lui-même, à une certaine époque, ne fut pas autre chose qu'un seigneur plus puissant que les autres. La féodalité avait donc pris possession de la terre. Que va faire chaque seigneur de ses vastes domaines ? Il fera le contraire du patricien de Rome. Ce dernier, comme l'a remarqué très-bien M. Laboulaye (1), voulait la propriété ; le Germain ne demande que la suzeraineté ; la puissance du premier désolait le sol, la puissance du second couvrira la terre d'habitations en la partageant à tout bon compagnon prêt à suivre son seigneur à la guerre. Il faut toutefois l'avouer, le travail de formation de la féodalité ne faisait pas présager un tel avenir ; cette période fut une époque de force ; le Germain poursuivit avec toute l'ardeur de son caractère guerrier la puissance, et la puissance c'était la possession du sol, la seule richesse du temps ; il la poursuivit comme le patricien ; mais c'est une fois arrivés à ce but l'un et l'autre qu'ils se sont divisés ; le premier était arrivé à être suzerain, il ne lui en fallait pas davantage, il se créa des sujets ; le second usa de sa puissance pour opprimer toujours et se créer des esclaves. De la France féodale est née la France royale, mère de la France de nos jours ; de la Rome patricienne est né le Bas-Empire.

84. Qu'est maintenant devenue l'emphytéose ? L'application la plus vaste qui s'en soit faite en France se trouve dans cette période ; je dirai même qu'elle est devenue le régime commun de la propriété foncière. Le bail à cens n'est pas autre qu'une emphytéose adaptée à des mœurs nouvelles, et il se trouve partout ; dans le Nord, en vertu de la maxime : *Nulle terre sans seigneur*, presque aucune parcelle du sol ne lui échappe. Mais si le bail à cens abonde, la pure emphytéose justinienne est moins fréquente.

(1) Laboulaye, *Hist. du droit de propr. fonc. en Occ.*, liv. 6, ch. 8.

Cependant, le bail emphytéotique n'a pas été rare dans les pays allodiaux du midi de la France, où les traditions romaines avaient persévéré, et, comme l'affirme Dominicy (1), l'Aquitaine et la Narbonnaise en avaient conservé l'usage. Au reste, les mœurs y portaient. Dans la France du Moyen-âge, on admettait que la partie utile du domaine pouvait à toujours se trouver séparée du droit de propriété ; quoi donc de plus conforme à ces idées que l'emphytéose, et quelle recrudescence dut s'en produire quand le droit de Justinien fut introduit en France ? ce droit rendait l'emphytéote tout-à-fait indépendant du propriétaire, lui permettait d'aliéner, de disposer, constituait enfin une sorte de propriété secondaire au-dessous de la propriété véritable. Aussi, sa divulgation produisit un puissant effet. C'est par lui que les baux à cens se perfectionnèrent, c'est à lui que le fief emprunta un de ses profits féodaux, le *quint*, aussi bien que le retrait féodal.

Nous avons prononcé le nom de bail à cens et de fief ; pour être complet, il nous faut dire un mot de l'un et de l'autre avant que d'aborder l'emphytéose pure.

§ 1.

Du Fief.

85. Le fief est une concession de terre faite à charge de service militaire. Il doit son origine à l'hérédité des grands bénéfices donnés par les rois aux *leudes* ou *fidèles* qui, de temporaires, les rendirent perpétuels. Cette hérédité, que généralement on reporte au Capitulaire de Kierzy de 877 (2), est plus ancienne qu'on ne le croit. M. Guizot (3) a prouvé qu'il y avait eu de tout temps des bénéfices héréditaires ; et M. Ginouilhiac, le savant professeur d'Histoire du Droit à la Faculté de Toulouse, enseigne que cette hérédité est extrêmement vieille. A mon sens, il y a peut-être une cause aussi importante que l'hérédité des bénéfices à attribuer à l'origine du fief : c'est la conversion de la propriété bénéficiaire en propriété de franc-alleu ; l'alleu était la propriété libre de toute

(1) *De Prærogativa allodiorum*, ch. 17, § 2.
(2) Capitulaires de Charles-le-Chauve, tit. 53, § 10.
(3) Guizot, IVe *Essai sur l'Hist. de France*, ch. 1, § 2, pag. 137.

sujétion par excellence ; les bénéfices devinrent d'abord héréditaires ; ils se transformèrent en alleux par une seconde révolution ; une fois débarrassés de la main d'un roi puissant qui les eût contenus dans l'obéissance, libres de tout obstacle, ils devinrent d'eux-mêmes une propriété absolue et souveraine ; c'est alors véritablement qu'ils furent les fiefs. Les grands propriétaires de fiefs en disposent de deux façons : ou bien en sous inféodant, et alors ils concèdent des arrière-fiefs, ou en accensant, et alors ils concèdent des baux à cens. Les propriétaires d'arrière-fiefs peuvent sous-inféoder à leur tour, et ainsi indéfiniment, de façon que l'état légal de la propriété est hiérarchique ; chacun reconnaît un seigneur supérieur. Le beau moment de la féodalité a duré environ jusqu'à la Renaissance ; la puissance royale a fini par reconquérir peu à peu le sol sur le régime féodal. Les premiers Capétiens avaient dû se contenter d'être reconnus nominalement pour suzerains par les grands vassaux ; mais l'hommage que tous les fiefs devaient au suzerain était un fil qui rattachait à la couronne ce nombre prodigieux de parties divisées. Par une politique habile qui s'appuyait sur le génie des légistes, nos rois grossirent peu à peu la trame de ce fil ; ils reprirent un à un les droits que les seigneurs avaient arrachés à la faiblesse des Carlovingiens, en rappelant que les premiers bénéfices émanaient de la royauté, en affirmant leur qualité de seigneurs *fieffeux* du royaume ; ainsi, la féodalité périssait par la tête. A l'opposite, le droit des tenanciers s'affermit de jour en jour, à tel point que le domaine direct des seigneurs ne consistait plus qu'en droits honorifiques et en droits de créance. L'Assemblée constituante, en abolissant les premiers et en rendant rachetables les seconds, a reçu le dernier soupir de cette féodalité agonisante depuis déjà bien des siècles. Toutefois, la féodalité n'a pas été extirpée jusque dans ses entrailles ; aujourd'hui le sol est libre, et personne ne reconnaît d'autre maître de sa terre que lui-même ; mais il est bien des droits vivants encore et attribués à l'État, comme le droit de justice, le droit de chasse, les droits de mutation, etc., restes du système féodal que la Révolution n'a pas arrachés ; ces droits sont ceux que la couronne avait reconquis peu à peu ; aujourd'hui ils se nomment *droits de souveraineté*.

86. Si nous redescendons maintenant à l'examen du fief dans la sphère de la propriété, il faut dire que c'est une concession essentiellement gratuite, à charge de service militaire ; ce service

consistait non-seulement dans l'obligation de suivre son seigneur à la guerre étrangère, mais surtout de l'assister dans ses guerres privées. Quand cette vengeance légalement organisée eut disparu vers la fin du treizième siècle devant des lois imbues de l'esprit chrétien, le service militaire fut remplacé par certains devoirs dont les principaux sont : le *devoir* de *fiance*, de *l'hoste* et de *justice*. Mais, avant tous ces devoirs, il y a l'obligation de la fidélité qui a pris le nom spécial de *foi et hommage* ; sentiment pur et délicat, il fait l'honneur du système féodal qui l'a engendré. Le vassal qui y manque est *félon* et perd son fief par la commise féodale. La gratuité du fief a fait dire par nos anciens feudistes qu'il ne doit que *de la bouche et des mains ;* de la bouche il doit l'hommage, des mains le serment de fidélité. Le vassal est dans un état de sujétion vis-à-vis de son seigneur ; de cet état je ne citerai que le plus important effet ; il en est le justiciable. La concession du fief a d'abord été personnelle ; elle est devenue patrimoniale plus tard, et alors, par une sorte de transaction entre le vassal et le seigneur sont nés les profits féodaux, profits pécuniaires, le droit de *relief* ou *rachat* en cas d'aliénation par succession, le droit de *quint* et *requint* en cas d'aliénation entre-vifs, etc. Il faut donc distinguer comme très-différents les *devoirs* féodaux et les *profits* féodaux ; le caractère pécuniaire des seconds ne dénature pas la gratuité du fief. Au reste, leurs effets sont différents ; on n'encourt pas la commise pour avoir manqué de payer les profits ; on n'encourt que la *main mise*, quelquefois, c'est-à-dire une privation temporaire du fief. A une époque qui n'est pas très-loin de nous, le fief s'est abâtardi ; les devoirs féodaux sont devenus pécuniaires ; ç'a été la période de décadence. Dans les derniers temps, il a fini par n'être plus qu'une concession à rente ; aussi n'avait-il plus sa raison d'être ; on ne le comprenait plus ; c'est le sort de toutes les institutions, quand elles survivent aux besoins qui les ont engendrées.

§ 2.

Du Bail à cens.

87. Le bail à cens est la concession d'une terre moyennant le paiement d'une redevance modique nommée le cens. On appelle censive la terre ainsi concédée. La concession des censives date, selon M. Laferrière (1), du XIIe siècle, et se rattache à l'émancipation des serfs auxquels furent concédées des parties de fief. Ce n'est pas ici le lieu de discuter la question de l'origine des censives ; qu'il nous soit permis seulement de ne pas adopter en son entier l'opinion du grave historien. L'origine des censives nous paraît dériver cumulativement du droit germanique et du droit féodal et non de ce dernier seulement, comme il paraît au savant écrivain. Ainsi, au lieu de croire que toutes les censives ont été accordées spontanément par les seigneurs, nous pensons qu'il faut voir des censives dans les bénéfices à charge de cens, les précaires et les terres recommandées dont les possesseurs avaient fini par rendre leurs tenures héréditaires. Dans les pays féodaux, il ne resta plus d'alleux ; ce résultat est formulé dans la fameuse maxime : *nulle terre sans seigneur*, avec laquelle on a résumé plus tard la situation de la propriété dans cette partie de la France ; dans les pays du Midi il demeura des alleux, et pour eux on renversa la maxime ; on dit : *nul seigneur sans titre.*

88. La censive fut un composé de l'anentement perpétuel et de l'emphytéose, dit Dunod (2) ; « ils ont composé le cens seigneurial » de ces deux droits ; ils ont conservé au seigneur le domaine » supérieur qu'on appelle direct, et les droits de lods et de retenue, » comme dans l'emphytéose ; mais ils ont rejeté le droit de com- » mise et de caducité au défaut de paiement du cens, comme » dans l'anentement perpétuel. »

La propriété de la censive se transmettait par la *saisine* ; de

(1) Laferrière, *Hist. du Droit français*, t. I, p. 118 et suiv.

(2) Dunod, *Des Prescriptions*, part. 3, ch. 10, pag. 344 et 345.

cette façon, la terre était personnelle au concessionnaire, et lui, une fois mort, son héritier qui n'avait plus que la saisine de droit devait se faire investir par le seigneur qui lui conférait la saisine de fait; à cette fin, il payait le *relief* ou *rachat*; à l'aide de la maxime : *le mort saisit le vif* (1), on parvint à rendre les censives patrimoniales. Enfin, on finit par les rendre aliénables, et ce qui dut déterminer ce dernier pas fut la connaissance du droit de Justinien et sa Constitution III sur l'aliénation du droit d'emphytéose. En effet, de Laurière (2) atteste que les seigneurs appliquèrent ses dispositions aux fiefs et aux censives. Je lui laisse la parole : « Quand en France on commença d'étudier le Code de ce » prince, les seigneurs s'attribuèrent la *prétation* et les droits » pécuniaires accordés par cette loi, et ils les étendirent aux » fiefs et aux héritages en roture, ainsi que nous l'apprenons de » plusieurs anciens actes, et entre autres de l'article suivant des » coutumes de la Réole de l'an 977 qui est précis quant aux fiefs: » *Statutum est etiàm quod si quis possessiones quas tenet in feodo* » *de ecclesiâ vendere voluerit, cum assensu prioris vel præpositi* » *faciat et prior ipse si voluerit emat, alioquin cui voluerit* » *vendat, salvo jure ecclesiæ, scilicet de unoquoque nummum* » *unum* (3). » Il est inutile de citer d'autres autorités; ce point est constant. Seulement, il faut dire que l'on modifia le droit de préférence établi par Justinien en faveur du bailleur à emphytéose. Il cessa d'être un droit *in re vendenda*, pour devenir un droit *in re venditâ*; dès lors, la commise, faute de dénonciation de l'aliénation projetée, devint sans objet et fut repoussée. Voici la raison de cette transformation : ce droit de préférence avait une raison d'être spéciale en droit romain; c'était un moyen de consolidation offert au bailleur; la commise faute d'observation des formalités voulues était un autre moyen de consolidation; tous ces moyens accumulés avaient pour but d'établir tout un système de déchéances, le droit romain répugnant essentiellement à la décomposition du droit de propriété; mais dans la France coutumière, qui était la patrie classique de cette décomposition, on abolit la nécessité de la dénonciation et la commise, on permit au tenancier

(1) Jean Desmares, décision 234.

(2) De Laurière. Notes sur la rubrique du titre 2, *Cout. de Paris*, édit. de 1777, 3 vol. in-12, tom. 1, p. 190.

(3) *Consuetudines et jura monasterii regulæ*, § 3.

d'aliéner *inquisito domino*. On alla droit au but, à l'avantage et on s'attribua le droit de préférence nommé *prétation;* pour mettre le seigneur à même de l'exercer, le censitaire devait lui dénoncer l'aliénation consommée, et celui-ci avait un délai de quarante jours, en général, pour l'exercer. Que si l'aliénation ne lui était pas dénoncée, il pouvait opérer le retrait pendant trente ans. Ce retrait s'opérait aussi bien au cas de vente de fiefs qu'au cas d'aliénation censuelle ; au reste, il n'avait lieu que dans le cas où le seigneur pouvait donner à l'aliénateur le même équivalent que l'acquéreur projeté ; il ne s'exerçait donc pas au cas de donation et d'échange. Au reste, le retrait féodal se conserva, mais le retrait censuel tomba bientôt en désuétude ; il ne passa point dans l'ensemble des coutumes. En pays coutumier, on le trouve seulement dans les coutumes de Valois, Senlis, Clermont, Berry, Nivernais, au rapport de Salvaing (1). En pays de droit écrit, on le trouve dans les coutumes du duché de Bourgogne (ch. 11, art. 1), du comté de Bourgogne ou Franche-Comté (art. 62), de Bordeaux (art. 87) et d'Auvergne (ch. 21, art. 1 et 2).

Les dispositions de la coutume de Toulouse ne l'établissent pas (tit. *Des fiefs*, art. 9), mais ces coutumes étant spéciales à la Ville, au Gardiage et à la Viguerie, c'est là seulement qu'il n'est pas exercé ; il l'est dans le reste du pays de Toulouse (2).

89. Les *lods et ventes* ne sont autre chose non plus que la redevance du 50e, due au cas d'aliénation avec consentement du maître depuis Justinien ; ils sont admis dans toutes les coutumes, mais ils ont été augmentés ; au lieu du cinquantième, les coutumes le fixent au douzième généralement, c'est le taux de la coutume de Paris (art. 76, N. cout.), au huitième, quelquefois au sixième et même au cinquième. Les droits de *quint* et *requint* (24 %) payés au cas d'aliénation du fief, ne sont pas autre chose non plus qu'un emprunt fait au régime de l'emphytéose : « Les » seigneurs, dit de Laurière (*loco suprâ laudato*), pour augmenter » ces droits (les droits de lods et ventes) et en être mieux payés, » les divisèrent entre les vendeurs et les acheteurs ; ils obligèrent » dans cette vue ceux qui tenaient d'eux des héritages en censive, » de s'en dévêtir ou de s'en dessaisir en leurs mains quand ils

(1) Salvaing, *Usage des fiefs*, 1re partie, ch. 20.
(2) Soulatges, sur *Cout. de Toulouse*, 4e partie, p. 36

» voulaient les vendre, et pour la *dessaisine et le dévêt*, ils se firent » payer un tribut qu'on nomma *ventes :* ils contraignirent ensuite » ceux qui les avaient achetés de s'en faire saisir ou vêtir par eux ; » et pour le *vêt et la saisine*, ils se firent payer un autre tribut qu'on » appela *lods*. Voilà l'origine des lods et ventes qui ne sont dus » que par l'acheteur dans cette coutume et plusieurs autres. Au- » jourd'hui, il n'y a plus aussi de vêt ni de devêt dans cette cou- » tume, et *n'y prend plus saisine qui ne veut* (art. 82). » Le droit de lods et ventes pouvait dans les premier temps se poursuivre par la main mise sur le fonds, c'est-à-dire « *en mettant en sa main* » *le gazon de l'héritage vendu, et quand c'est une maison l'huis* » *de la porte hors des gonds* (1). » Dans le dernier Etat des coutumes, on peut poursuivre les lods et ventes contre le nouvel acquéreur par voie d'action seulement (2).

Les cas d'aliénation pour lesquels le seigneur a le droit d'exiger les lods et ventes varient suivant les différentes coutumes ; en général, c'est toutes les fois qu'il y a un prix déboursé, ainsi, quand il y a vente, échange avec soulte, bail à rente foncière, voire même simple bail perpétuel avec *deniers d'entrée*, etc...

90. Les seigneurs avaient encore deux autres droits pécuniaires, les *saisines* et les *amendes*. Nous avons vu tout à l'heure que dans le dernier Etat des coutumes : *Ne prend saisine qui ne veut*, mais cette saisine avait encore quelques avantages, notamment celui de mettre à même d'intenter *la complainte en cas de saisine et de nouvelleté ;* aussi payait-on un droit pécuniaire pour l'obtenir ; dans la coutume de Paris, c'était douze deniers (art. 82).

Les amendes étaient dues dans deux cas : pour ventes récelées et non notifiées au seigneur et pour le non paiement du cens.

91. Enfin, le seigneur censier a un autre droit fort important, le droit de *dénombrement* comme en matière de fiefs ; il consiste à forcer le censitaire à lui produire son titre d'acquisition, ce qui empêche l'effet, pernicieux pour le maître, des possessions immémoriales.

92. Le censitaire, de son côté, a le domaine utile, c'est-à-dire un droit plus étendu que l'emphytéose, le droit même de propriété

(1) De Laurière, sur l'art. 81 de la *Nouv. Cout. de Paris*. Voyez aussi l'auteur du *Grand Coutumier*, liv. 2, ch. 25, p. 172 ; liv. 4, ch. 5, p. 530.

(2) Art. 81, *Nouv. Cout. de Paris*.

considéré au point de vue de tous ses attributs utiles. Seulement, il ne peut abuser jusqu'à mettre le paiement du cens en danger, car le cens étant *réalisé*, c'est-à-dire étant censé être une part du domaine, que le propriétaire s'est réservée dans la concession, permettre au censitaire de détériorer, ce serait lui permettre d'attenter au droit du seigneur censier.

93. Le censitaire doit payer un cens peu élevé; ce cens a-t-il été toujours fort modique de façon que, même à l'origine de la création des censives, on puisse dire qu'il a été constitué seulement en reconnaissance de la supériorité du seigneur censier, *in recognitionem dominii*? Plusieurs auteurs graves, notamment Dunod (1), Montesquieu (2), Argou (3), pensent que dans le principe, les cens étaient proportionnés à la valeur des fruits, et que les altérations des monnaies pratiquées par certains rois de France, seules, les avaient fait descendre à un taux si bas qu'on ne les regarda plus tard que comme un aveu du domaine supérieur. La majorité de nos anciens auteurs repousse ce système; ce n'est pas ici le lieu de l'approfondir, mais je serais porté à prendre un terme moyen en disant que le cens représente tout à la fois une partie des revenus possibles du terrain concédé et l'autorité seigneuriale de l'ancien propriétaire (4). Le paiement du cens ne se poursuit jamais par la commise; il se poursuit soit par la voie d'action et d'exécution ordinaire, soit par un droit de saisie accompagné de privilége, que le seigneur censier peut, en sa seule qualité, pratiquer sans l'autorité du juge sur les fruits de l'héritage accusé. L'amende se poursuit cumulativement avec le cens arriéré.

94. Nous avons parcouru les côtés pécuniaires du bail à cens, il faut dire un mot du côté féodal. Le bail à cens a pour but de procurer au seigneur des hommes et des sujets. Aussi, le censitaire doit-il la fidélité comme le vassal, est-il redevable de certains devoirs, est-il justiciable de son seigneur..... Enfin, le domaine utile du censitaire est considéré comme de condition inférieure; c'est une terre *roturière* (de *rumpere*, rompre la terre), en conséquence, elle suit la loi roturière, et sur elle, ne réfléchissent pas

(1) Dunod, *Traité des prescriptions*, 3e partie, ch. 10, p. 340 et suiv.
(2) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 31, ch. 32.
(3) Argou, *Institution au Droit français*, liv. 2, ch. 4.
(4) Laferrière, *Hist. du Droit français*, t. 1, p. 122.

les avantages que confère le droit d'aînesse... Elle est sujette à l'impôt ou *taillable* ; bien plus, comme la condition de la terre fait, à l'époque de la féodalité, la condition des personnes, elle fixe l'âge de la majorité de son propriétaire à quatorze ans; au contraire, le domaine direct du censier est *noble*, donne lieu au droit d'*ainesse*, etc.....

En résumé, la censive doit son origine au droit romain, au droit germanique et au droit féodal combinés ; au droit romain modifié par le droit féodal, elle doit son perfectionnement.

§ 5.

De l'Emphytéose.

95. Le Droit Romain était celui qui avait le plus contribué à la formation du bail à cens. Je dirai plus, les praticiens du temps croyaient de bonne foi en avoir trouvé tous les principes dans l'emphytéose romaine ; ils croyaient à l'existence d'une division du domaine en Droit Romain entre l'emphytéose et le propriétaire ; ils la trouvaient dans la loi 1 (D. 6, 3) ; ils voyaient le déguerpissement permis à Rome par *à contrario* dans la loi 3 (C. 11, 61) ; enfin ils ne discernaient pas, comme l'a fait la critique moderne, les éléments introduits par le Droit féodal ; aussi ils arrivèrent tout droit à confondre l'emphytéose avec la censive , suppléant à ce qui manquait à l'une par les dispositions de l'autre ; c'est là ce qui eut lieu au Midi surtout, parce qu'au Midi l'élément féodal n'avait pas agi avec beaucoup de vigueur et qu'on n'y avait pas une idée bien nette de la censive ; la confusion dans les idées y entraîna la synonymie dans les mots, et on trouve généralement les emphytéoses et les cens placés sous la même rubrique , régis par les mêmes principes dans les coutumes de ces pays-là. Bien plus, on y confondit quelquefois les fiefs avec les censives et on donna les fiefs à titre onéreux ; certaines coutumes ne distinguent pas dans leurs dispositions, le vassal, le censitaire, et l'emphytéote, notamment les coutumes de Bragerac (art. 59 et suiv.), de Bordeaux (1), d'Agen

(1) Bordeaux, ch. 8. *Des Seigneurs féodaux, fonciers et directs.*

(art. 18), de Toulouse (1), des pays de Marsan, Tursan et Gabardan (2), d'Auvergne (3). Il est au contraire, des coutumes où cette confusion ne se produisit pas, notamment la coutume du comté de Bourgogne, plus tard la Franche Comté (ch. 12), celle du Duché de Bourgogne (ch. 11), les statuts de Provence. Nous n'avons pas à parler du Dauphiné et des pays de Lyon et Forez qui n'avaient pas de coutume générale.

La confusion existait peut-être aussi dans les coutumes locales, mais il eût été trop long de les relever.

A l'égard de toutes ces coutumes, une première réflexion trouve ici sa place ; c'est qu'il ne faut pas, pour savoir si une coutume confond l'emphytéose avec la censive, s'arrêter aux mots, aux qualifications qu'on lui donnera ; ainsi quelquefois on la nomme, *cens*, et on ne la confond pas ; ailleurs on la nomme *emphytéose* et on la confond ; c'est ce qui arrive dans la coutume d'Auvergne où se trouve cependant un chapitre intitulé : Des *emphitéoses et louages* (ch. 21).

A l'égard des coutumes où la confusion se fait, il y a une distinction à faire, c'est que les emphytéoses dont elles parlent ne sont point des emphytéoses si ce n'est de nom ; mais les emphytéoses vraiment Romaines seront celles qui sont établies avec l'intention des parties de se soumettre à la loi Romaine qui sera appliquée par le juge.

Dans les pays où la coutume ne s'occupe pas des emphytéoses, la loi Romaine les régira ; de même dans les pays qui n'ont pas de coutume, soit générale, soit locale, car ils sont soumis au Droit Romain comme loi générale.

96. Telle est donc la distinction à faire : l'emphytéose organisée par une coutume générale ou locale, que je nommerai *emphytéose-censive* ; l'emphytéose pure, régie par le Droit Romain.

97. Mais quel est donc l'intérêt de cette distinction ? Cet intérêt est double ; il est grave. Et d'abord l'emphytéose pure suivra les règles du Droit Romain qui est la loi générale des pays de droit écrit ; l'emphytéose-censive se conformera aux dispositions de la coutume ; en second lieu et ceci est aussi important : l'emphytéose

(1) Toulouse. *Edition de Soulatges*, titre *Des fiefs*, art. 10.

(2) Coutumes du pays de Marsan, Tursan et Gabardan ; titre : *Des fiefs, rentes et charges.*

(3) Auvergne, ch. 21 : *Des emphitéoses et louages*, art. 3.

pure conférera un droit réel ou domaine utile, si l'on veut, purement foncier, dégagé de tout élément féodal. Ainsi le domaine de l'emphytéote ne sera point roturier ; ce sera un droit réel suivant pour le partage la règle des autres droits, et sans influence pour la fixation de la majorité ; sa personne ne sera soumise à aucun devoir envers le propriétaire du fonds, il ne lui devra que des prestations pécuniaires.

Nous allons maintenant dire un mot de l'une et de l'autre emphytéose séparément.

98. I. *Emphytéose-censive.* Cette emphytéose suit les règles générales des censives ; ainsi, nous n'y remarquerons pas la commise faute de paiement. A Bragerac, on a la simple voie d'action et exécution contre le tenancier ; seulement il paie cinq sous d'amende en réparation du retard qu'il a mis à payer (art. 60 et 67), comme à Agen (art. 18). A Bordeaux, le seigneur a le droit de mainmise sur le fonds (art. 82). Dans les pays de Marsan, Tursan et Gabardan, le propriétaire n'a que la voie d'action (art. 4, tit. *Des fiefs, rentes et charges*) comme à Toulouse (tit. *Des fiefs*, art. 10) et en Auvergne (ch. 21, art. 3). La commise, faute de dénonciation en cas de vente, a disparu aussi ; l'emphytéote peut aliéner *inequisito domino*, les coutumes ne le lui défendant pas. Celles d'Auvergne (ch. 21, art. 3) et de Bordeaux (art. 87) le permettent même expressément. Le droit de prélation a lieu à Bordeaux (art. 87), en Auvergne (ch. 21, art. 1 et 2), dans le pays de Toulouse, mais non dans le ressort de la coutume, c'est-à-dire, dans la Ville, Gardagie et Viguerie (1).

99. II. *Emphytéose pure.* Au point de vue purement foncier, trois choses font la personnalité de l'emphytéose : la commise faute de payement, la commise faute de dénonciation au cas d'aliénation, le droit de retrait accordé par Justinien. Que sont-elles devenues en pays de droit écrit ? La commise subsiste toujours, puisque c'est la loi Romaine, la loi 2 (C. 4, 66) qui régit l'emphytéose. Outre ce principe d'histoire externe nous avons un texte formel pour le Dauphiné ou tout au moins pour le territoire de Valence ; c'est le passage suivant du *Petri exceptiones legum Romanorum* (2) :

(1) Soulatges, sur cout. de Toulouse, quatrième partie, page 36.

(2) Petri exceptiones legum Romanorum, liv. 1, ch. 60 : *De rebus ecclesiæ.*

Conductor vel emphiteuticarius si rem alicujus loci venerabilis ecclesiæ sivè deteriorem fecerit, vel per biennium, nisi necessitate prohibitus, mercedem, id est censum, non solverit, liceat loci venerabilis procuratori res locatas vel emphyteuticas auferre. Sin autem aliis hominibus merces rei locatæ deberetur et conductor per continuum biennium censum non solverit, rem conductam amittat : emphyteuticam verò per triennium. Nous avons encore des arguments *a contrario* tirés de ce que la commise n'était pas reçue dans les statuts de Salon, d'Arles, de Montpellier (1) ; je dis un argument *à contrario* parce que, si l'absence de commise eût été de droit commun, ces statuts ne l'auraient pas formellement édictée. Au reste, ceux de Salon nous prouvent dans les derniers mots du passage sus-indiqué que cette déchéance était encourue en général ; en effet, ils ne veulent pas que son abolition s'étende hors de leur territoire : *Quod autem dictum est, quod per lapsum biennium et triennium res non cadat in commissum, extendi nolumus extrà territorium castri Salonis vel de Granis.*

Au reste, si ces statuts nous apprennent qu'on considère comme un privilége l'abolition de la commise, c'est nous dire qu'elle commence à devenir odieuse. Aussi nous la verrons à la période Royale s'affaiblir partout ; au XVIe siècle elle sera universellement atténuée ; dans la France féodale, la loi 2, C. 4, 66, était comme une plante transplantée qui ne peut pas vivre.

100. Quant à la commise faute de dénonciation, c'était un moyen artificiel de consolidation sans avantage en France ; elle n'y fut pas reçue et on accepta seul le droit de retrait qui fut transformé en *prélation* ou retrait, *in re venditâ*. Il serait difficile pour le moment de dire ceux des pays de droit écrit où il s'exerçait pour l'emphytéose pure ; nous n'avons pas de documents et ce point ne peut être précisé que pour la période royale. Enfin la quotité du droit de 2 0/0 ne fut jamais observée en France ; on la porta au taux ordinaire des *lods et ventes* fixé par la coutume du pays. Ce fut une sorte de compensation en faveur du propriétaire qui abandonnait la commise pour non-dénonciation.

(1) Ed. de M. Ch. Giraud ; *Histoire du Droit Français au moyen-âge*, Paris, 1846, t. 2 : Salon, § 1 de la page 256 ; Arles, art. 88, page 219 ; t. 1 Montpellier, art. 48, page 60.

101. Dans les pays de coutumes, l'emphytéose fut admise aussi avec la commise, mais elle y était considérée comme une tenure de rang inférieur, car elle ne donnait droit à aucun devoir personnel, pas même à celui de fidélité ; on en peut juger par ces quatre vers que cite la Thaumassière dans ses notes sur les Assises de Jérusalem (1). Il dit en parlant du châtelain de Coucy :

» Dans son goban mie n'est close,
» La spurienne emphitéose
» Que contemne la noble gent.
» Qui nait et meurt quant et l'argent. »

L'emphytéose dans les pays coutumiers ne se confondit pas avec la censive ; cette dernière y était trop profondément accentuée pour cela. Aussi les lois Romaines régirent seules le bail emphytéotique. La commise faute de paiement y fut reçue en conséquence, ce qui est attesté suffisamment par le dernier des vers que nous avons cités ; la coutume de Blois, qui formait en cela le droit commun de la France, comme nous l'apprend Dumoulin (2), consacre au reste formellement cette doctrine (art. 211) ; mais comme dans les pays de droit écrit la commise finit par s'y affaiblir. Cette tendance se manifestait dans la coutume de Chaumont (art. 58) qui exige une interpellation du maître pour faire encourir la commise, et aussi dans l'art. 3 de l'interprétation et ampliation de la coutume de Tournay ; cette dernière permet à l'emphytéote de purger sa demeure jusqu'à ce que la commise soit prononcée. Quant à la prélation et à la commise faute de dénonciation, ils n'y furent pas admis et le taux du *caudemium* se modifia comme dans le Midi. Au reste les emphytéoses perpétuelles furent rares en pays de coutume ; mais il y en eut beaucoup de temporaires.

(1) Thaumas de la Thaumassière. Notes et observations sur les *Assises de Jérusalem*, édition de 1690, page 251.

(2) Dumoulin ; sur Rubrique du titre 2, nº 37.

Emphytéose ecclésiastique.

102. Nous avons vu dans la période germaine que l'emphytéose perpétuelle des biens de l'Eglise n'était pas prohibée, en principe, à moins d'être conclue *dolosè et cum damni detrimento;* que si, sans être faite avec un esprit de dol, elle était préjudiciable à l'Eglise, elle pouvait être considérée comme non avenue. Cet état de choses dura assez longtemps, car nous trouvons, au *Decretum* de Gratien (1) qui fait partie du *Corpus juris canonici Academicum*, la plupart des Authentiques insérées au Code de Justinien (C. I, 2) et résumant les lois de ce prince sur l'emphytéose; c'est notamment l'authentique *Perpetua* qui permet le bail emphytéotique en perpétuel quand il est entouré de certaines garanties déterminées dont la principale est le serment exigé de ceux qui contractent : « *ex eo contractu nihil ad lœsionem divinæ* » *domus effici.* » Elle forme le § 6 du chapitre 2 cité à la note. L'authentique *qui rem* qui accorde aux Eglises le droit d'exercer la commise faute de payement, au bout de deux années et leur permet d'expulser le preneur quand il détériore, forme le § 7; on trouve enfin, formant le § 9, l'authentique *qui res;* cette dernière déclare la nullité des emphytéoses pour la constitution desquelles on aurait omis les formes détaillées que les diverses Novelles déterminent.

Si nous passons aux Décrétales, nous y trouvons des règles différentes, règles amenées par les abus qui avaient eu lieu. L'emphytéose perpétuelle y est considérée comme une aliénation et prohibée, en général. L'exception était devenue la règle (2); aussi le bail emphytéotique perpétuel n'y est-il permis que *ex justâ causâ* et en des cas exceptionnels (3); du reste, ce bail ne pouvait jamais être très-préjudiciable à l'Eglise, car elle était considérée comme un mineur et facilement restituée *in integrum* (4); les

(1) *Decreti secunda pars*, causa 10, Quœst. 2, ch. 2.
(2) Décrét. de Grégoire IX, ch. 5, lib. 3, tit. 13.
(3) V. ch. 7 et 11, Décrét. Grég. IX, lib. 3, tit. 13.
(4) Décrét. Grég. IX, ch. 1, lib. 1, tit. 41 et ch. 11, lib. 3, tit. 13.

dispositions consignées aux Décrétales de Grégoire IX relativement à l'emphytéose perpétuelle ne furent sans doute pas exécutées, car on la trouve prohibée encore plus tard avec beaucoup de véhémence et même sous peine d'excommunication pour ceux qui la concluent, dans une Décrétale du pape Paul II (1).

En résumé, il faut considérer comme emphytéose normale des biens d'Eglise, l'emphytéose temporaire. Les règles de ce bail sont demeurées à peu près les mêmes que celles du Droit de Justinien; on trouve aux Décrétales la defense d'aliéner *inequisito domino* sous peine de commise et la faculté pour l'Eglise d'exercer le droit de retrait *in re vendendâ* (2); seulement nous ne voyons nullement qu'il soit fait mention de la quotité du *laudemium ;* ce profit pécuniaire avait partout été élevé à un chiffre bien supérieur au taux de 2 % fixé par Justinien; l'Eglise, en cette matière, se conforma sans doute aux usages des lieux.

Nous avons vu déjà que l'expulsion pour détérioration et la commise faute de paiement avaient été admises en matière d'emphytéose ecclésiastique; il nous reste à mentionner une modification qu'introduisit, en 1235, le pape Grégoire IX relativement à la commise, la *purgatio moræ* (3); c'est la faculté accordée à l'emphytéote de se soustraire à la rigueur de la déchéance en payant bientôt après le terme : « Emphyteuta quoquè secùs præsumendo » vel cessando in solutione canonis per biennium, *nisi celeri* » *satisfactione postmodùm sibi consulere studuisset*, juste potuis- » set repelli; non obstante quod ei, ut canonem solveret non » extitit nunciatum; enim in hoc casu dies statuta pro domino » interpellat. »

Ce tempérament ne demeura pas propre au Droit canonique, il passa dans le droit commun et fut le signal d'une modération universelle de la commise faute de payement, comme nous le verrons.

(1) *Extravagantes communes*, lib. 3, tit. 4, cap. unicum.
(2) Décrét. Grég. IX, lib. 3, tit. 18, ch. 4.
(3) Décrét. Grég. XI, lib. 3, tit. 18, ch. 4.

Période Royale.

Dans cette période nous porterons successivement notre étude sur les pays de coutume et sur ceux de droit écrit.

PAYS DE COUTUME.

103. L'emphytéose est non-seulement un moyen de tirer de sa terre un revenu annuel, mais encore une source de profits; car, depuis que Justinien a créé le droit de 2 % au cas d'aliénation, chaque mutation à titre singulier devient lucrative pour le bailleur. Aussi le bail emphytéotique, mis à profit par les seigneurs, fut-il absorbé par la censive. Nul doute qu'il ne se fût conservé dans la France féodale où la division du domaine à perpétuité, au lieu d'être comme à Rome un expédient ruineux, formait le droit commun de la propriété foncière; mais au moyen de la maxime : « Nulle terre sans seigneur, » toutes les terres étaient inféodées ou accensées; il n'y avait plus de place pour les emphytéoses. Elle y disparut; seul son nom se conserva, ayant un sens vague et indéfini : *De quo ex solo verbo emphyteuseos non continuò liquet propter naturam ejus ferè exoletam*, dit Dumoulin (1). Il s'appliquait surtout aux baux à rente foncière, avec charge d'améliorer; quelquefois aux baux à cens, et cependant il n'était ni l'un ni l'autre, comme Dumoulin l'a prouvé (2). Il n'était pas un bail à rente, et pour cela il suffit de donner la définition de ce dernier : « *Concessio autem ad certum, annuum et* » *perpetuum reditum in totâ Galliâ non est contractus censualis,* » *nec emphyteuticus, sed distinctus contractus totalem alienatio-*

(1) Dumoulin, sur Paris, § 82, gl. 1, n° 10; Fonmaur, n° 120, *Traité des lods et ventes*; Hervé, Mat. Féod., t. 2, p. 329; Argou, *Institution au Droit Français*, liv. 3, ch. 28, pages 248 et 249.

(2) Dumoulin, sur Rubrique du titre 2, n°s 21 et 22 et n° 36.

» *nem et expropriationem rei importans sinè retentione dominii* » *directi vel alterius juris quam dicti redditus percipiendi* (1). » Nous verrons plus tard quels caractères la différenciaient du bail à cens. Ainsi donc, malgré la confusion générale, l'emphytéose conservait une individualité ; mais il résulta de sa désuétude que le mot seul d'emphytéose employé dans un contrat ne suffit point pour qu'on en appliquât les principes ; c'est la doctrine de Dumoulin (2). Il faudra, suivant le droit commun et suivant l'article 211 de la coutume de Blois qui, en cela, est observée généralement dans le royaume, spécifier que l'on veut entrer sous le régime de l'emphytéose véritable. La coutume précitée veut que l'on use de ces mots : *Ledit héritage baillé à rente en emphitéose*, » que toutefois je ne saurais croire sacramentels. Hors de cette stipulation spéciale on était censé avoir fait un bail à rente, avec charge » d'améliorer : « Et sic concludo, quod nulla concessio ad reddi- » tum vel aliam quamvis præstationem censeri debet contractus » censualis vel emphyteuticus, nisi expressè appareat concessio- » nem esse factam in censum vel redditum emphyteuticum. »

104. Quand une véritable emphytéose aura été conclue, quels principes suivra-t-on à défaut de stipulations expresses? On suivra la loi romaine, puisque c'est la seule qui règle la matière ; il y aura lieu notamment à la commise faute de payement, comme le dit Dumoulin, comme le veut la coutume de Blois (3). Entrons dans les détails.

§ I.

Droits de l'emphytéote.

105. L'emphytéote a le *domaine utile*, c'est ce que tous les auteurs répètent à l'envi ; mais qu'est-ce que c'est que le domaine

(1) Dumoulin, *loco laudato*, nº 36.
(2) Dumoulin, *loco laudato*, § 43.
(3) Dumoulin, *loco laudato*, §§ 33 et 43 ; junge Cout. de Blois, art. 211.

utile? A mon sens il n'est autre qu'une qualification pratique employée *à posteriori* pour résumer un ensemble de droits successivement attribués à diverses concessions de terre : « Seule-» ment c'est après que ces droits ont été spécialement déterminés » qu'on a cru devoir les présenter comme étant renfermés, *à* » *priori* ceux du propriétaire, dans le droit désigné sous le nom » de *domaine direct;* ceux du tenancier dans le droit qualifié » *domaine utile* (1). » Telle est une observation de M. Duvergier pleine de sagacité. Tel est aussi le sentiment de M. Dumoulin : « Fateor, dit-il, in jure nullum esse textum in quo dominium » vocetur directum vel utile; sed sunt verba magistralia quæ non » reprobo, sed laudo, quia sunt de mente juris et ad methodicam » doctrinam necessaria, non solum in consequentiam actionis » directæ vel utilis quæ frequens est in jure, *sed etiam ut unico* » *verbulo absque tædiosâ et molestâ periphrasi significare possi-*» *mus quando de utili tantùm et non de directo loquimur.* » J'en conclus que le mot domaine utile a une acception variable et qu'il doit s'entendre *secundùm subjectam materiam*, suivant qu'on l'emploie à propos de telle ou telle autre tenure. Tel n'est pas l'avis de M. Troplong (2). Le savant écrivain trace deux situations bien tranchées du domaine utile et dans elles il cantonne sa double signification. Selon lui, le domaine utile était quelquefois la véritable propriété, quelquefois seulement un usufruit. Il cite, pour justifier la première partie de sa thèse, le passage suivant de Dumoulin : « Cæterim in idiotismo nostro dominus directus etiam » quem propriè et strictè, *très-foncier*, vocamus, non dicitur pro-» prietarius : sed vox, proprietarii apud nos, non solum in locis » qui consuetudine, sed etiam qui jure scripto reguntur, pro » ultimo domino duntaxat, sive pro possidente jure dominii etiam » utilis tantùm usurpatur (3). » De ce passage, M. Troplong tire une justification, irréfutable au premier aspect, de sa première proposition. Un texte d'Hervé, fort concluant aussi et que nous citerons tout-à-l'heure, lui sert à appuyer la seconde.

Malgré la valeur de ces arguments nous ne saurions penser

(1) Duvergier, *Louage*, n° 145 *in fine*.
(2) Troplong, *Louage*, t. 1, p. 178 et suiv.
(3) Dumoulin, sur Paris, § 78; glose, 4, n° 4.

comme M. Troplong. L'honorable magistrat nous paraît faire une distinction trop absolue ; nous croyons bien que le domaine utile avait une signification multiple et relative, mais nous ne pensons pas que jamais le domaine utile ait été aussi énergique que le droit de propriété, et jamais aussi peu que le droit de percevoir les fruits. Et d'abord, il n'a jamais été le simple droit aux fruits. Voyons ce que dit Hervé (1). « Le bail emphytéotique temporaire ne transfère » pas la propriété pour le temps de sa durée, car il ne transfère » que la propriété utile. » *Or on a beau substiliser, on a beau distinguer entre la propriété directe et la propriété utile, cette dernière propriété n'est que le droit de percevoir les fruits et n'est pas une véritable propriété ; il n'y a de vraie propriété que celle du fonds.* Selon moi, la pensée véritable d'Hervé est dans ces mots : « *le domaine utile n'est pas une véritable propriété,* » et non dans ceux-ci : « *le domaine utile n'est que le droit de percevoir les* » *fruits,* » car on ne saurait attribuer gratuitement à Hervé une inexactitude grave, qui consisterait à faire de l'emphytéote à temps un simple usufruitier. Donc d'après cet auteur le domaine utile est un droit de *jouissance.* Mais de là faut-il conclure, comme M. Troplong, qu'il y a deux domaines utiles ? La logique ne le permet pas et autorise seulement à conclure que Dumoulin et Hervé n'étaient pas d'accord, au moins en apparence. Eh ! bien, je crois même que cette conclusion serait exagérée. Après une étude approfondie de la question, il est facile de faire concorder Dumoulin et Hervé, voici comment : d'après Dumoulin, le mot *propriété* n'avait pas le sens que nous lui attribuons, ce n'était pas le *plenum in re dominium.* Lui-même nous expose sa théorie dans les nos 4 et 5, glose 4 sur art. 78 de la coutume et aux nos 1 et 2, glose 2 sur art. 55 : je la reproduis : « Nota, dit-il (§ 55 nos 1 et 2), quod » secundum communem nostrum loquendi modum, aliter quam in » jure scripto accipimus istud verbum *proprietas* ; quia de jure » *proprietas* strictius, et *dominium* latius accipitur. Appellatione » enim dominii venit omne dominium, sivè directum, sivè utile, » sivè feudale, sivè emphyteuticum vel superficiarium et etiam » dominium jurium. Undè usufructuarius dicitur habere dominium, » quod est intelligendum servitutis suæ et juris usufructus. Sed

(1) Hervé, *Matières féodales,* t. 2, p. 329 et suiv.

» proprietas non capitur, nisi pro ipso directo dominio, dicitur » enim proprietas, quasi propriè tua. Unde nomen *proprietas* est » nomen directum et nunquam obliquatur, nec ponitur pro utili » dominio. Undè in terminis juris vassalus vel emphyteuta nunquam » dicitur proprietarius, sed bene dominus. Solus autem dominus » directus dicitur habere proprietatem. »

« Sed apud nos e converso, quia dominus directus non dicitur » proprietarius, nec habere proprietatem soli, sed solum dominium » suum superius : Vasallus autem, censuarius vel emphyteuta dici- » tur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei. Et hunc » solum proprietarium vocamus. Et est ratio, quia dominium utile » quamdiu durat, vincit directum, eique præfertur sicut utilis actio » directæ et ad dominum utilem spectat immediata dispositio rei jure » dominii. Ad dominum autem directum non spectat, nisi mediate » et remotè. Imò non dicitur habere potestatem et administrationem » ipsius rei, sed solum juris sui directi et potestatis dominicæ, cujus » per se sumptæ apud nos vocatur proprietarius duntaxat. Et sic » domini directi magis habent possessionem vel quasi et domi- » nium jurium suorum, quam ipsius rei vel soli. Merito non vo- » cantur proprietarii ipsius rei quia solum feudale in se magis est » propriè vassalli, quam patroni, cujus proprie est jus patronatus. » Et sic patet variata acceptionis ratione, etiam verum proprietatis » etymon nostro usui loquendi congruere. Notandum est igitur, » quod in tota patria consuetudinaria vassali et similes domini » utiles, domini et proprietarii rerum vocantur. » Je n'ajouterai rien à cette magnifique théorie sous laquelle le plus grand des feudistes dont la France doive s'enorgueillir cache une idée politique, sape par la base le système féodal. Pénétrant jusqu'à la raison d'être du droit, Dumoulin ne veut pas que celui-là soit propriétaire d'une chose, qui en a aliéné pour toujours la partie utile. Alors il renverse hardiment les rôles ; le tenancier devient propriétaire ; le propriétaire ancien n'est plus qu'un propriétaire du droit réel assez indéfini de domaine direct, qui lui attribue des prérogatives plus ou moins étendues suivant qu'il est ou non féodal. La théorie de Dumoulin a prévalu ; nous la retrouvons dans Pothier (1) ;

(1) Pothier. Traité du droit de propriété part. 1 ch. 1 nos 3 et 4.

l'Assemblée Constituante achèvera l'œuvre en faisant du domaine direct une créance rachetable (1).

En réalité Dumoulin n'envisage dans l'espèce le mot *propriété* qu'au point de vue de ses attributs utiles; le domaine utile est donc pour lui aussi bien que pour Hervé, un droit à profiter de l'utilité du fonds et pas autre chose; s'il avait voulu aller aussi loin que M. Troplong, il aurait fallu qu'il embrassât dans le mot de propriété le domaine direct lui-même et c'est ce qu'il a soin de ne pas faire. Ainsi donc il me paraît acquis que le domaine utile est un droit de jouissance avec plus ou moins d'intensité suivant les situations auxquelles il s'applique. Hervé et Dumoulin sont d'accord, seulement le premier vise une hypothèse où le domaine utile n'est pas aussi large que dans celle où le second se pose; cette circonstance engendre seule entre les deux doctrines une mésintelligence apparente; je désire avoir réussi à la dissiper. Au reste, j'apporte ici l'autorité de Domat (2) qui confirmera mon sentiment : « Les droits de propriété que retient le maître et ceux qui » passent à l'emphytéote sont communément distingués par les » mots de propriété directe qu'on donne au droit du maître et de » propriété utile qu'on donne au droit de l'emphytéote. *Ce qui* » *signifie que le premier maître du fonds conserve son droit origi-* » *naire de propriété, à la réserve de ce qu'il transmet à l'emphy-* » *téote et que l'emphytéote acquiert le droit de jouir et de disposer* » *à la charge des droits réservés au maître du fonds.* » A en croire Loyseau (3), c'est de la loi 1 (D. 6, 3) qu'a été prise la théorie du domaine direct et utile, car cette loi, tout en maintenant la cité propriétaire, accorde l'action utile au fermier vectigalien : « Duquel passage les interprètes ont tiré la distinction de la sei- » gneurie directe et utile, laquelle, bien qu'elle ne soit exprimée » au droit, est néanmoins très-convenable en l'usage et entière- » ment tenue en France et est en effaict la même distinction que » donne Théophile, *naturalis et civilis dominii.* »

Et maintenant comment déterminer ces droits détachés qui forment le domaine utile? La chose est simple; il y a plusieurs

(1) Décrets abolitifs de la Féodalité de la nuit du 4 août 1789.
(2) Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 4, section 10, § 6.
(3) Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. 1, ch. 5, § 1

domaines utiles, dont quatre principaux (1) : le féodal, le censier, l'emphytéotique, le superficiaire, etc..... ils se détermineront par les principes du droit propre à chacun d'eux, le féodal par le droit des fiefs, le censier par le droit des cens, l'emphytéotique par le droit des emphytéoses, etc.....

106. Ceci nous ramène à notre question. Quel est le domaine utile emphytéotique? Pour la résoudre, un mot d'histoire externe; l'emphytéose, nous le savons, n'est pas coutumière; dans les pays de coutume, quand aucune coutume ne statue, ou quand celles qui statuent ne forment pas le droit commun, c'est le droit romain qu'on adopte, surtout quand il s'agit d'une institution romaine. Seulement les usages consacrés par la jurisprudence peuvent le modifier. C'est le cas de l'emphytéose et ce principe nous dirigera dans toute la matière. En conséquence, et comme il n'y a aucune modification apportée ni par les coutumes, ni par la jurisprudence aux droits essentiels de l'emphytéote, nous pouvons répondre que le domaine utile emphytéotique est ce composé qu'avaient fait les lois romaines, Il est, sous un nom différent, le *jus in re* que nous connaissons. Pour confirmer cette idée, j'emprunte l'expression pittoresque d'un auteur du XVIe siècle, de Papon : « Semble tou-
» tesfois qu'il communique de louage et conduction plus que du
» reste, car la vraie et directe *seigneurie* et propriété ne change
» point : seulement est acquise au conducteur une propriété
» *ombratile* qui est nommée *utile* à raison de la perception des
» fruits (2). »

Il faut, avant d'aller plus loin, nous prémunir contre cette idée que le domaine direct du bailleur à emphytéose est *seigneurial;* ce domaine n'est que *foncier*. Cette observation était nécessaire pour détruire l'influence de certains auteurs qui appellent improprement la propriété directe *seigneurie directe*, Loyseau notamment (3). Ce domaine n'étant pas seigneurial, il ne faut jamais lui attribuer aucun des droits seigneuriaux qu'emporte la seigneurie féodale ou censière. Tel est l'intérêt pratique de la question.

107. Un mot maintenant des emphytéoses temporaires.

108. Ces dernières étaient plus fréquentes de beaucoup dans les

(1) Dumoulin, § 55, glose 2, n° 1 et 2 *passim*.
(2) Papon, 1er notaire, liv. 2, ch., *D'Emph. et albergations*.
(3) Loyseau, *Déguerpissement (loco laudato)*.

pays coutumiers que les premières ; la durée en était ordinairement fixée à un temps qui excédait neuf années et qui ne surpassait pas cent ans. Elles avaient souvent pour objet des maisons, et pour but l'accomplissement de travaux de restauration et d'amélioration ; elles rendaient ainsi de grands services aux propriétaires peu riches en leur évitant l'expédient ruineux des emprunts. Elles servaient encore à des débiteurs obérés, de moyen de libération dans le genre de l'antichrèse.

L'emphytéote temporaire n'avait pas le domaine utile, selon Dumoulin, qui ne lui accordait que le *jus in re* (1), Mais son opinion s'appuyait sur une erreur historique développée par lui au n° 14 (*loco laudato*). Dumoulin pensait que l'emphytéose avait d'abord été temporaire à Rome ; dans cette première période elle n'aurait conféré que le *jus in re* ; dans une seconde elle serait devenue perpétuelle et aurait conféré *le droit de propriété*. Dumoulin conciliait ainsi les textes qui appellent l'emphytéote *dominus* avec ceux qui lui refusent cette qualité : pour être conséquent il soutient, en Droit français, que l'emphytéose perpétuelle seule donne le domaine utile. Mais son sentiment ne fut pas admis par tous les jurisconsultes (2).

109. L'emphytéote temporaire ou perpétuel avait à peu près les mêmes pouvoirs qu'en Droit romain ; ses droits étaient garantis par les mêmes moyens de protection. Denizart résume le tout en disant que « l'emphytéote jouit, pendant la durée de son bail, des droits attachés à la qualité de propriétaire (3) ; il a l'action réelle et l'action possessoire (4), mais le doute existait sur la question de savoir s'il peut changer la nature du fonds, question qui a été débattue ; la raison de douter était prise dans notre ancien droit de cette circonstance que l'étymologie de l'emphytéose indique un but d'amélioration. On s'était figuré que l'emphytéose emporte, par sa propre vertu, une certaine obligation d'améliorer ; peut-être est-il vrai de dire que cette condition était devenue de style dans la pratique. Dumoulin, s'appuyant sur la nouvelle coutume du bail-

(1) Dumoulin, sur Paris, § 78, gl. 4, n° 15.

(2) Loyseau, *Déguerpissement*, liv. 1, ch. 5, n° 8 ; Ferrière, *Dictionnaire de droit*, v° emphytéose ; Denizart, v° emphytéose, n°s 2 et 7.

(3) Nouveau Denizart, v° emphytéose, § 1, n° 6.

(4) Charondas, Répons., I, 7, ch. 173.

liage d'Amiens (art. 197), refuse à l'emphytéote, dans le n° 9 de sa deuxième glose sur l'article 74, le droit de changer la face du fonds, *non consentiente domino* ; il permet, en sens contraire, au censier (n°s 2 et 3) toute détérioration, pourvu qu'elle ne compromette pas le cens dont la quotité est insignifiante. Julien Brodeau (1) paraît adopter le sentiment de Dumoulin ; cette doctrine est bien sévère et nous préférons penser que l'emphytéote doit jouir, comme un bon père de famille, sans commettre de détérioration. En conséquence, il ne faut pas lui accorder le droit de fouiller les mines et carrières, si ce n'est dans une modique proportion, et il paraît qu'ainsi en agissait la jurisprudence. Aura-t-il droit au trésor ? Et d'abord, cette question ne peut s'élever qu'à propos de l'emphytéote perpétuel, le seul investi du domaine utile. La doctrine du Droit français sur l'attribution du trésor le divisait en trois parties, l'une pour le seigneur haut-justicier dans le territoire duquel il avait été trouvé, l'autre pour le propriétaire du lieu où il avait été découvert, l'autre enfin pour l'inventeur ; le domaine de l'emphytéote perpétuel, n'étant pas le véritable domaine de propriété, nous ne saurions lui en accorder une part, comme au censitaire, s'il n'est pas l'inventeur. Quant au droit de chasse, il est évident que l'emphytéote perpétuel ne saurait y prétendre, parce que c'est là un droit honorifique qui a toujours été refusé, même au censitaire (2).

110. Quand l'emphytéote détériore, il n'encourt pas de droit la commise, mais on le force directement à exécuter les réparations nécessaires ; c'est la doctrine de Dumoulin (*loco laudato*, n° 3). Dans le cas de refus obstiné de sa part et dans celui où l'objet court des dangers graves de perte par suite de sa négligence, on peut l'obliger à abandonner son bail, parce qu'il manque à l'obligation tacite qu'il a contractée, de gérer comme un *bonus pater familias* ; ainsi l'a jugé un arrêt du grand-conseil, le 12 novembre 1740, rapporté par Denizar (3).

111. La perte partielle est à la charge de l'emphytéote ; il ne peut, quelque grave qu'elle soit, demander une réduction temporaire,

(1) Son art, 74, cout., n° 15.
(2) Pothier, *Traité du droit de propriété*, part. 1, ch. 2, n° 35.
(3) Nouveau Denizart, v° emphytéose, § 3, n° 8.

pas plus qu'une modification définitive du taux du canon. Cependant, on admettait une distinction et on décidait que, dans le cas où le canon a été divisément fixé à tant par arpent, la perte d'un certain nombre d'arpents entraîne une diminution proportionnelle. On ne peut qu'approuver cette solution parfaitement juridique. Les Romanistes avaient essayé d'introduire une autre distinction ; ils disaient que, dans le cas où la perte totale de la jouissance est occasionnée par la force majeure, le canon doit être remis, au cas par exemple d'invasion des ennemis. Cette distinction nous l'avons adoptée pour l'emphytéose Romaine et elle est parfaitement juste, car l'emphytéose étant une vente de la jouissance évalue par annuités; quand la force majeure enlève une annuité entière, il y a perte totale. Mais cette manière de voir était intempestive dans notre ancien droit. Le domaine utile y était considéré non pas comme une série d'annuités formant un droit composé, mais comme un droit simple, indivisible, donnant lieu à une jouissance en bloc, indivisée. Quelques auteurs essayèrent de faire une dernière distinction, que Vinnius résume en ces termes : « Planè » si etiam pensio emphyteutæ tanta sit, ut proportione fructibus » respondeat, puto, ei succurrendum esse et tàm ob sterilitatem, » pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuen- » dam arbitrio boni viri quasi quædam potius locatio, justa meruta » facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere » nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Sem- » per enim in omnibus contractibus loquimur id quod actum est ; » nec tam nomen conventionis inspiciendum quam natura et con- » ditio negotii quod geritur (1). » Ce tempérament ne fut pas adopté et avec raison : ou il y a contrat de louage, ou il y a contrat d'emphytéose ; pourquoi vouloir dans la seconde hypothèse appliquer les règles du louage, par cette seule circonstance que le canon est considérable ? Mais disaient les docteurs quand le canon est considérable, il y au fond louage, quoique le contrat soit qualifié d'emphytéotique ; c'est là une erreur et la qualité de contrat d'emphytéose se détermine par la volonté

(1) Vinnius sur § 3, lib. 3, tit. 25, des Inst. n° 10 ; Faber, Cod. Fab. De *jure emphyt. defin.* 36 ; Clarus § *Emphyteusis* q. 8, n° 7 : *contrà* Fachin. controv. I, 89.

des parties, non par cette circonstance extérieure que le canon est plus ou moins fort ; aussi, devons-nous comme Fachin et toute la jurisprudence repousser l'opinion proposée ; cette opinion toutefois ne nous étonne pas, car dans l'ancien droit, on s'était fait cette idée que le canon doit être extrêmement modique; cela était vrai dans l'habitude, nous dirons plus tard pourquoi, mais n'oublions pas que ce n'est là qu'une circonstance purement externe, comme la convention d'améliorer; il faut se bien garder de la prendre pour une règle.

Par une équitable compensation on n'augmentait pas le taux de la redevance emphytéotique en raison des *accessions* qui pouvaient survenir au fonds.

112. Au reste, l'emphytéote avait un moyen fort simple de se soustraire à la charge du canon, si elle était devenue trop onéreuse ; il avait la ressource du *déguerpissement* c'est-à-dire du délaissement de l'héritage. Dans notre ancien droit presque toutes les obligations qui découtent de la possession du sol étaient empreintes du caractère de *réalité* comme l'hypothèque. On devait non pas comme obligé personnellement mais comme tenancier, de sorte que si la tenure était abandonnée la dette cessait : « *Cessante causâ cessat effectus.* » Ces principes étaient appliqués sans difficulté à toutes les redevances de création coutumière ; mais ce n'est pas sans lutte que les jurisconsultes coutumiers parvinrent à les appliquer à l'emphytéose Romaine qui ne les connaissait pas. Loyseau nous apprend qu'il y eut à ce sujet de graves controverses (1). Toutefois on finit par admettre que l'emphytéote peut *déguerpir*. Il est néanmoins certaines situations dans lesquelles cette faculté lui est déniée ; elles se résument toutes en un mot ; c'est lorsqu'il est obligé *personnellement* à quelque chose à cause de l'immeuble : ce sera par exemple s'il doit des termes arriérés du canon ; s'il s'est soumis à ce qu'on appelle *fournir et faire valoir*, c'est-à-dire s'il s'est obligé personnellement à payer la redevance ; s'il a détérioré l'immeuble, car il est astreint à faire les réparations nécessaires, s'il a renoncé à la faculté de déguerpir etc...

113. Nous arrivons à la question des améliorations, qui est fort

(1) Loyseau. *Traité du déguerpissement*, liv. 4, ch. 5, nos 1 à 7.

grave et qui a divisé dans l'ancien droit les plus grands jurisconsultes.

114. D'abord il est certain et incontestable que si les améliorations sont d'une modique valeur ou du nombre de celles que l'emphytéote s'est obligé de faire par son contrat, il n'a jamais droit à les enlever, ni à se faire indemniser de ses impenses. La question naît plus sérieuse dans l'hypothèse où l'emphytéote a fait *sponte suâ* des dépenses considérables auxquelles il n'était pas tenu, a élevé des constructions, par exemple. Peut-il les enlever, si le maître ne l'indemnise pas?

115. La doctrine générale était la suivante : on distinguait ; ou bien l'emphytéose finit par la faute de l'emphytéote et alors, suivant la loi 2, C. 4, 66, il perd ses améliorations ; ou, au contraire, elle prend fin soit par l'échéance du terme, soit par manque de successeurs, et en ce cas l'emphytéote peut enlever ses améliorations ; tel est l'avis, tant des docteurs proprement dits, que des jurisconsultes des pays de coutume et de droit écrit (1), en général. Ce sentiment parfaitement juridique reposait sur ce qu'il ne faut jamais sortir du droit commun que lorsqu'on trouve une exception formelle dans la loi. Mais Balde, Dumoulin, Fachin et Ferrière (2) ainsi que les docteurs Espagnols au dire de Loyseau, voulaient que, même au cas où la faute du preneur met fin à l'emphytéose, il pût enlever ses améliorations parce que, disaient-ils, la loi 2, C. 4, 66, ne défend d'enlever que les améliorations insignifiantes, celles qui tiennent à la nature du bail. Cette restriction ne saurait être admise comme l'ont démontré victorieusement les partisans de l'opinion adverse. Du reste, quand il s'agit d'interpréter les lois Romaines, il faut se défier un peu de Dumoulin ; il les fait souvent plier le plus audacieusement et le plus systématiquement du monde à sa manière de voir pour appuyer sur des raisons tirées du Droit Ro-

(1) Rebuffe, *ad leg.* 79 D. 50, 16 ; Ranchin, *Decis.*, part. 5, conc. 364 ; Julius Clarus, *§ emphyteusis*, quæst. 45 num. 1; Guy-Pape, quæst. 169; Faber in cod. lib. 4, tit. 43, Déf. 24 ; Loyseau, *Déguerpissement*, liv. 6, ch. 6, § 6 et suiv.; Coquille, sur *cout. de Nivernais*, tit. 6, art. 15 ; Despeisses, *Droits Seigneuriaux*, tit. 4, art. 5, § 20

(2) Balde sur § 3, Inst. lib. 3, tit. 25. Dumoulin sur Paris, § 1, glose 5, nos 80 et suiv.; Fachin, *Controv.* lib. 7, ch. 90 ; Ferrerius sur quæst. 169 de Guy-Pape.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

main les solutions qu'il donne en Droit Français : aussi le président Favre disait-il de lui : « Quem si Cujaccio conferas, nullus « homo est ; » cette sentence sévère se doit, bien entendu, restreindre au Droit Romain, car en Droit Français Dumoulin a porté sa gloire aussi haut, au moins, que Cujas la sienne. Pour en revenir à notre question, il est bien entendu que les jurisconsultes précités s'occupaient, tous, d'améliorations faites de bonne foi. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence n'adopta ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes ; elle admit que l'emphythéote perdrait en tout cas ses améliorations. C'est ce qui fut jugé par arrêt du parlement de Paris, du 3 mars 1597, rapporté par Louet (1) ; cependant cet auteur ajoutant que : « à bien prendre la particularité de cet arrêt il semble » qu'il y a eu dol de la part de l'emphytéotaire, » on serait d'abord porté à croire que l'arrêt n'indique pas une jurisprudence bien arrêtée, mais le doute n'existe plus quand on voit statuer dans le même sens deux autres arrêts, l'un du 26 février 1603, l'autre du 26 avril 1627 du même parlement, rapportés aussi par Louet (*loco citato*). Ces arrêts se fondent sur cette considération : celui qui améliore un fonds qu'il sait ne pouvoir lui appartenir est censé le faire *animo donandi*.

116. Quant à la jurisprudence des pays de droit écrit, elle demeura conforme à l'opinion la plus généralement suivie et à la distinction sus-indiquée.

117. Loyseau examine notre question pour un cas en vue duquel elle n'a, dit-il, jamais été traitée : c'est le cas de déguerpissement (2). Après avoir passé en revue tous les principes, il la résout au moyen de la distinction suivante : si le preneur a joui du fonds et l'a amélioré ayant connaissance de sa condition de fonds emphytéotique, il ne peut enlever ses améliorations, car « ayant pris la chose pour l'améliorer, il se doit imputer de » ce qu'il la déguerpit après, volontairement. » Mais l'acquéreur de bonne foi qui n'a pas eu connaissance de l'emphytéose et qui, se voyant poursuivi pour le payement du canon, préfère déguerpir, peut retirer ses améliorations ou réclamer ses impenses. Ce senti-

(1) Louet, lettre E, somm. 10.
(2) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. 6, ch. 6, nº 13 et suiv.

ment de Loyseau fut adopté pour les pays de droit écrit dans la doctrine (1) et la jurisprudence (2).

118. Quand on dit que l'emphytéote a le droit ou d'enlever ses améliorations ou de se faire rembourser de ses impenses, il faut entendre cette proposition non pas dans ce sens que l'emphytéote a le choix entre ces deux partis, car sans cela il pourrait multiplier ses impenses et, choisissant le second, il mettrait le maître dans l'impossibilité de le rembourser ; de cette façon, le bail emphytéotique ne finirait jamais. Non ; l'emphytéote a seulement le droit de retirer ses améliorations si le maître n'exerce pas *son droit* de les garder en en payant la valeur, auquel cas l'emphytéote peut les retenir jusqu'à parfait payement (3). Quand les améliorations ne sont pas susceptibles d'être enlevées totalement, comme des constructions, l'emphytéote en emporte ce qu'il peut, les meubles par exemple ; c'est ce qu'ont décidé les arrêts de Toulouse cités à la note.

§ 2.

Des obligations de l'emphytéote.

119. L'emphytéote a une triple obligation : celle de payer le canon ; celle de payer les impôts ; celle de ne pas détériorer ; nous n'aurons pas à revenir sur la troisième que nous avons déjà examinée en parlant de ses droits dont elle forme la limite. Nous verrons ce qu'il y a à dire sur une quatrième obligation, celle décrite par la loi 3, C. 4, 66.

120. I. L'emphytéote doit payer le canon qui est défini ainsi que le cens : « *modica pensio in recognitionem dominii directi.* »

(1) Despeisses, *Droits seigneuriaux*, tit. 4, art. 5, § 20. — Antoine Faber, en son Code, lib. 4, tit. 43, définit. 13.

(2) Arrêts de Toulouse, du 18 décembre 1597 et 21 mars 1631, rapportés par Cambolas, liv. 2, ch. 34.

(3) Despeisses, *loco citato*.

Comme dans le Droit Romain cette pension est fort modique, mais l'est beaucoup moins que le cens, puisque Dumoulin, mesurant la faculté d'*abusus* sur l'importance de la rente, la concède beaucoup plus largement au censitaire qu'à l'emphytéote. Cependant, il faut le constater, le canon était faible, c'est un caractère que tous les auteurs lui reconnaissent, tellement que certains docteurs, au nombre desquels est Vinnius, veulent juger si le contrat est un bail emphytéotique ou un bail à ferme, avec ce seul élément de décision : la quotité du canon. Ce phénomène de modicité, qui se conçoit à Rome où l'emphytéose était un moyen de défrichement, ne se comprend guère plus aujourd'hui qu'elle s'applique à des terres fertiles ; aussi, grand nombre d'auteurs modernes nous paraissent-ils l'avoir mal expliquée. La solution se trouve à mon sens dans les *deniers d'entrée* et dans les diverses combinaisons auxquelles on faisait servir l'emphytéose que son application à des terrains cultivés avait rendue une véritable valeur. Dans la pratique on ne la constituait presque jamais sans se faire compter présentement une somme importante qui se nommait, *les deniers d'entrée ;* c'est là ce que remarquent les auteurs, notamment Papon (1). Dans cette hypothèse il est évident que le canon sera fort modique, et il ne sera pas inexact de dire qu'il est plutôt un moyen d'affirmer la persistance du domaine direct, que le paiement des fruits. On se servait encore de l'emphytéose comme d'une sorte d'antichrèse ; dans ce cas le canon avait le même caractère ; on l'employait aussi comme un moyen de faire exécuter des réparations dont soi-même on n'était pas en mesure de solder le montant ; ainsi on trouve dans beaucoup de contrats que le preneur construira jusqu'à concurrence d'un nombre d'écus déterminé. Les frais de construction servaient alors de *deniers d'entrée* et le canon était modique : en raison de ces circonstances externes on a pu dire que la redevance est *in recognitionem dominii* ce qui, d'une manière absolue, n'est vrai que du cens.

121. Il est important de faire remarquer ici que le canon emphytéotique ayant revêtu dans notre ancien droit un caractère de *réalité* comme toutes les redevances foncières, était immobilier par sa nature. Ces redevances étaient censées faire partie du fonds

(1) Papon, *Premier notaire*, liv. 2, ch. des *Emphytéoses et Albergations*.

et même elles étaient appelées de son nom. Ainsi, la coutume de Paris (N. cout. art. 74) emploie comme synonymes les expressions *cens* ou *fonds de terre*. En conséquence, elles étaient toutes susceptibles d'hypothèque, et le domaine utile de l'emphytéote était aussi bien hypothéqué au bailleur que le domaine du vassal ou du censitaire, au seigneur féodal ou censier (1). En conséquence aussi le bailleur à emphytéose avait pour se faire payer le canon, outre l'action personnelle, l'action hypothécaire. Mais il n'avait pas le droit attribué au seigneur censier, *en sa seule qualité de seigneur et sans permission du juge*, « de procéder par voie d'arrêt ou brandon, » sur les fruits pendants en l'héritage à lui redevable, d'aucun » cens ou fonds de terre, pour les arrérages qui lui sont dus (art. » 74, cout. Paris) » saisie qui donne au seigneur le droit d'être préféré sur les fruits arrêtés, à tous les autres créanciers. Il ne pouvait procéder à la saisie que selon les règles ordinaires, c'est-à-dire quand il avait une obligation passée sous le *scel royal ou authentique*, ou quand il obtenait une condamnation, et encore cette saisie ne lui donnait-elle aucun droit de préférence. Il ne jouissait pas non plus du droit de se faire payer *cinq sols parisis* d'amende, comme le seigneur censier auquel on n'apporte pas le cens, « *au* » *lieu et jour que dûs sont* » (art. 85, cout. Paris). Mais il avait le droit de commise dans l'explication duquel il faut entrer.

122. La commise est, comme nous le savons, la déchéance de l'emphytéote pour cessation de payement du canon, pendant trois années consécutives. En Droit Romain, elle avait lieu de plein droit par l'échéance du terme, de façon que le juge ne pouvait s'abstenir de la prononcer. En droit canon, on avait admis l'emphytéote à purger sa demeure dans un bref délai, dès le treizième siècle : « *Emphyteuta quoque sœcùs præsumendo, vel cessando in* » *solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmo-* » *dum sibi consulere studuisset justè potuisset repelli; non obstante* » *quod ei, ut canonem solveret, non extitit nunciatum : cum in hoc* » *casu dies statuta pro domino interpellat* (2). » Ce tempérament était équitable, car il est bien dur que l'interpellation et la déchéance aient lieu au même jour. Que devint la commise en France ? Dans

(1) Dumoulin, *sur Paris*, art. 74, glose 2, n° 22.

(2) Décrétale de Grégoire IX, de 1235, *Décrét.*, ch. 4, tit. 18.

les pays de coutume, les seuls dont nous nous occupons, la rigueur s'en tempéra. Loyseau dit dans son *Traité des offices* (1) : « La » commise pour cessation de payement du canon emphytéotique » n'est pas observée en France par droit commun et sans stipula- » tion expresse, comme au Droit Romain. » Ailleurs il dit : « en » France nous ne l'y gardons point (2). » Ce dernier passage doit toutefois être entendu avec un certain tempérament, comme nous l'allons voir. Mais comment l'allier avec la doctrine de Dumoulin (3) qui note la commise comme caractère distinctif de l'emphytéose, et le passage suivant d'Argou : « Si l'emphytéote laisse » écouler trois années entières sans payer la redevance il perd » non seulement l'héritage donné à emphytéose, mais aussi toutes » les améliorations qu'il y a faites, et le seigneur direct peut » rentrer dans la chose quand même il n'aurait fait aucune som- » mation de payer (4). » La difficulté semble augmenter si avec Loyseau (*Des offices, loco laudato*) nous ajoutons que la commise n'est pas même pratiquée au cas où il y a clause expresse : « Et encore bien qu'il y en ait stipulation expresse au bail emphy- » téotique, elle n'est pourtant pas pratiquée à la rigueur. » Ces passages divers ne sont pas contradictoires ; seulement, il faut les entendre *secundum subjectam materiam*. Loyseau parle de la commise modifiée : Dumoulin et Argou, de la commise en général. Voici comment s'explique cette modification : en France « les voies de fait » étaient défendues ; « aussi, quoiqu'il ne soit pas nécessaire d'actionner l'emphytéote négligent pour obtenir la déchéance, il faut procéder à son expulsion par voie de justice. Si on n'en agit pas ainsi, l'emphytéote peut se faire réintégrer comme l'a jugé le parlement de Paris, le 21 janvier 1564 (5). Les tribunaux, admettant le tempérament du droit canonique, fixaient un délai pour l'acquittement des canons arriérés et, à défaut de payement, prononçaient la commise. On chercha à se soustraire à leur action par des clauses expresses, mais elles furent considérées comme de style, et voilà comment il devint vrai de dire avec Loy-

(1) Loyseau, *Des offices*, liv. 1, ch. 13, § 4.
(2) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. 6, ch. 6 n° 10 *in fine*.
(3) Dumoulin, *Sur Paris*, rubrique du titre 2, n° 33.
(4) Argou, *Institution au droit français*, liv. 3, ch. 28, p. 247.
(5) Arrêt rapporté par Charondas, *Pand. franç.*, liv. 4, ch. 15, p. 539.

seau que la commise n'est pas pratiquée à la rigueur, » c'est-à-dire qu'on permet avec la coutume de Tournay (1) la *purgatio morœ* jusqu'à la prononciation de la sentence, en même temps qu'on donne avec Dumoulin et Argou, la commise, comme un des caractères du bail emphytéotique. Au reste, il ne faut pas chercher la raison de ces variations ailleurs que dans les mœurs même. A Rome on ne comprenait guère que le droit de jouissance fût perpétuellement séparé de celui de propriété ; aussi on ne pratiquait pas l'emphytéose, on la subissait, en organisant le plus de chances de consolidation possible. Il en dut être autrement en France où l'organisation de la propriété reposa sur une idée contraire.

123. La tendance à l'abolition de la commise avait été poussée fort loin ; on admettait que le propriétaire est censé la remettre quand il perçoit les termes arriérés du canon. Nous avons exposé cette théorie avec les raisons qui la soutiennent dans notre Droit Romain (*suprà* n° 42), et appuyés sur l'autorité de Cujas et de Doneau nous l'avons désapprouvée en principe. Cependant, il faut bien reconnaître avec Charondas qui la trouve aussi, peu juridique, qu'elle avait triomphé en France (2) dans la doctrine et la jurisprudence.

Les docteurs avaient admis cependant que le propriétaire peut sauvegarder son droit, quand il en fait la réserve au moment où l'emphytéote acquitte les termes arriérés. Mais en pays de coutume on n'admit pas ce tempérament, à en juger par un arrêt de Paris, du 15 avril 1552 (3).

124. II. La seconde obligation d'emphytéote est d'acquitter l'impôt, mais il n'encourt pas de déchéance pour n'en avoir pas rapporté les quittances au propriétaire ; car, dit Despeisses (4), « le » collecteur des tailles ne les pouvant demander qu'au possesseur » du fonds et non au seigneur direct ; ledit seigneur ne peut par » tel défaut dont il ne reçoit point de préjudice, comme il faisait » par le Droit Romain, faire priver l'emphytéote de la chose emphy- » téotique. »

(1) Article 3, *de l'interprétation et ampliation*.
(2) Charondas, *Pand. franç.*, liv. 4, ch. 15, p. 539.
(3) Arrêt rapporté par Charondas (*loco laudato*).
(4) Despeisses, *Droits seigneuriaux*, tit. 4, art. 5, § 23.

125. III. La troisième obligation de l'emphytéote est celle de ne pas détériorer ; nous la connaissons, il n'y faut pas revenir.

126. IV. Enfin, une quatrième obligation existe-t-elle ? celle d'accomplir les formalités de la loi 3, C. 4, 66, quand a lieu l'aliénation du domaine utile emphytéotique. Cette question n'en est pas une ; plus haut, nous avons dit pourquoi (n° 122 *in fine*) ; le détail des formalités à remplir au cas d'aliénation n'a jamais été admis en France ; l'emphytéote pouvait de principe, sans crainte de commise, aliéner *inquisito domino* (1). En compensation, le *laudemium* destiné à payer le consentement du maître et fixé par Justinien à 2 p. 0/0 fut augmenté ; comme le consentement du maître n'était jamais nécessaire, la question de savoir quand le *laudemium* est ou non dû, corollaire de celle de savoir si le maître a oui ou non consenti, ne put jamais s'élever ; l'élévation de sa quotité et son exigibilité dans tous les cas étaient, en effet, bien préférables, pour le propriétaire qui ne désire pas dutout rentrer dans son fonds, à une commise faute de dénonciation. Ainsi donc cette partie de la loi Justinienne (3. C. 4, 66), l'obligation de dénoncer la vente, n'existe plus. Quant au droit de retrait emphytéotique organisé par la même constitution et introduit en France sous le nom de droit de prélation, il s'exerçait *in re venditâ* par la force des choses, l'emphytéote pouvant aliéner *inquisito domino*. La loi de Justinien fut donc encore modifiée en ce point. La prélation emphytéotique ne s'exerçait pas dans les pays de coutumes, c'est ce que dit Argou (2), mais bien seulement dans quelques pays de droit écrit. Enfin, Boucher d'Argis nous apprend à quel taux fut porté le *laudemium* (3) : « Cela est ainsi décidé par la loi 3, vers la fin, mais » cette quotité (le 50e) n'est pas observée en France ; en cas de » vente du fonds emphytéotique, le bailleur ou seigneur a droit de » demander des *lods et vente* dont la quotité est différente suivant » les différents pays. Dans la coutume de Paris, c'est le douzième : » en d'autres le huitième, en quelques-unes le cinquième ou » sixième. » Boutaric dit la même chose pour les pays de droit écrit : « le seigneur au surplus, lorsqu'il ne veut pas user du droit » de prélation, pouvant exiger pour l'investiture de l'acquéreur

(1) Charondas, *Pand. franç.*, liv. 2, ch. 17, p. 252.
(2) Argou, *Institution du droit français*, liv. 3, ch. 28, p. 250.
(3) Note de Boucher d'Argis sur Argou (*loco laudato*), p. 248.

» ce droit que nous connaissons sous le nom de *lods* et que les » coutumes ont fixé fort au-dessus de la cinquantième partie du » prix (1). »

PAYS DE DROIT ÉCRIT.

127. Dans les pays de droit écrit on confondait à peu près universellement l'emphytéose et la censive (2) : « les censitaires y sont » appelés emphytéotes, dit Argou (3); » aussi avant d'en aborder l'étude, faut-il rechercher son individualité ; faut-il l'isoler du bail à cens ; à cet effet nous exposerons une double distinction de ces deux tenures : l'une proposée par les juristes, l'autre par les canonistes.

128. I. Différence établie par les juristes. — *L'emphytéose n'est pas féodale.* — Je m'explique ; Boutaric, dans ses Institutes (4), après avoir commenté le § 3 (Inst., lib. 3, tit. 25), s'exprime en ces termes : « Nous avons un contrat qui ne diffère » presque que de nom du bail emphytéotique, c'est le bail à cens » par lequel, ainsi que par l'emphytéose, le propriétaire d'un » fonds en transporte le *domaine utile* à un autre, sous une rede- » vance annuelle et en retient le *domaine direct*. S'il y a quelque » différence de l'un à l'autre, c'est qu'on ne peut bailler à cens » qu'un fonds que l'on possède noblement, au lieu que, pour bailler » un fonds à titre d'emphytéose, il suffit de le posséder en franc- » alleu et indépendant de toute seigneurie directe, quoique d'ail- » leurs rural et sujet au paiement des tailles, la roture n'ayant » rien d'incompatible avec l'ablotialité et l'indépendance. » Ainsi donc, pour donner à emphytéose comme pour bailler à cens, il faut être propriétaire du fonds ; seulement pour bailler à cens il

(1) Boutaric, *Institutes conférées avec le droit français sur le* § 3, Inst., liv. 3, tit. 25, p. 489.

(2) Argou, *Institution au droit français*, liv. 3, ch. 28, p. 350; *junge* Maynard, l. 6, ch. 56.

(3) Boutaric, *Institutes de dr. rom. comparées avec le dr. franç.*, p. 486, *Traité des droits seigneuriaux*, Du bail à cens., ch. 13, p. 377 et 378.

faut quelque chose de plus, il faut être *seigneur* de sa terre, et on a cette qualité chaque fois que la terre est noble. La qualité de seigneur emporte le droit de justice, le droit de taille et une foule d'autres prérogatives que ce n'est pas le lieu d'énumérer ici. Sont seigneurs, les propriétaires de francs-alleux nobles et les tenanciers de fiefs, car les fiefs sont possédés avec la même plénitude de domaine que les francs-alleux; les propriétaires de francs-alleux roturiers ne sont pas seigneurs. Ainsi donc peuvent constituer un bail à cens les propriétaires de fiefs et les propriétaires de francs-alleux nobles; ces derniers peuvent aussi donner à fief. Ils peuvent encore, comme le propriétaire de franc-alleu roturier, donner à emphytéose. En prenant au rebours maintenant la nomenclature de ces divers propriétaires, lorsqu'on se demandera si c'est un bail à cens ou un bail emphytéotique qu'a voulu faire le propriétaire de franc-alleu roturier, ce sera toujours le second parce qu'il ne saurait faire le premier; si la question s'élève à propos d'un propriétaire de franc-alleu noble, elle sera plus embarrassante puisqu'étant seigneur de son fonds il peut consentir un bail à cens; la solution devra se rechercher dans l'intention des parties et dans les termes de l'acte : on supposera difficilement qu'une emphytéose a été consentie, et que le propriétaire content de la directe emphytéotique n'a pas, comme il le pouvait, retenu, par le bail à cens, la directe seigneuriale. Si enfin la question précitée s'élève à propos d'un propriétaire de fief, elle sera facile à résoudre; le propriétaire de fief peut constituer un bail à cens, mais non pas une emphytéose; la chose paraît étonnante, vu l'adage : « Qui peut le plus peut le moins » et cependant elle est facile à expliquer. Un propriétaire de fief, quoiqu'il possède en franc-alleu, reconnaît un seigneur supérieur; il ne saurait faire la condition de ce dernier plus mauvaise en dégradant le fief, et c'est le dégrader que de le donner en emphytéose parce que la directe emphytéotique n'est pas seigneuriale, tandis que le bail à cens est noble, vis-à-vis du bailleur. Pour bien faire saisir ceci, il faut dire quelques mots de la théorie féodale du *jeu de fief*.

129. Un principe constant du droit féodal, c'est que le vassal ne peut pas *démembrer* son fief. « Démembrer un fief, dit de » Laurière (1), c'est d'un en faire plusieurs. Or, soit que les par-

(1) Sur l'art. 51 *de la Nouvelle coutume de Paris.*

» ties démembrées d'un fief relèvent toujours du même seigneur, » soit qu'elles aient été données en arrière-fiefs, le démembre- » ment lui est toujours préjudiciable parce qu'il est de son intérêt » que ses droits ne soient pas divisés, et par conséquent le vassal » ne peut démembrer son fief, si le seigneur féodal n'y consent. » Cependant, un vassal ne peut éternellement garder le fief en sa main, au moins tout entier; il pourrait bien s'en défaire par la vente, mais il perdrait simultanément sa qualité de vassal; alors on a imaginé un expédient qui permet à la fois au vassal de garder sa qualité, ce qui l'oblige toujours à porter la foi et l'hommage et en même temps de diviser son fief; c'est le *jeu de fief* qui lui permet d'aliéner les deux tiers de son fief; nonobstant l'aliénation il continue, comme nous l'avons dit, à remplir ses devoirs féodaux en entier même pour la part aliénée, qui est censée ne pas l'être au regard du seigneur dominant; celui-ci continue juridiquement à avoir son fief et son vassal, mais il n'a plus en réalité qu'un tiers de fief, les autres deux tiers constituant un *fief en l'air*. Une fois ce démembrement permis, il fallut régler les modes d'aliénatirn; on ne pouvait permettre au vassal de dégrader le fonds, il fallait donc que les parties du fief qu'il aliénerait continuassent à être nobles; pour cela il n'y avait que la sous-inféodation, car les principes féodaux rendant la qualité des services et la qualité de la terre qui en est le mobile ou la récompense, corrélatives, la qualité de ces derniers entraînera la condition de la première; or, les services gratuits sont seuls des services nobles; donc la sous-inféodation est le seul moyen de ne pas arroturer la terre. Cependant, comme la sous-inféodation universelle n'eût procuré aucun profit, on inventa le bail à cens qui divise le domaine en domaine direct et en domaine utile; le dernier passe à toujours dans les mains du preneur, moyennant une redevance légère. Par une subtilité de raisonnement, on admit, pour les besoins de la cause, que le domaine utile est roturier et que le domaine direct est noble; conséquemment, le fief n'est pas dégradé par le vassal qui le donne à cens; ces principes sont consacrés par l'article 51 de la nouvelle coutume de Paris : « *Bien se peut joüer* » *et disposer et faire son profit des héritages, rentes ou cens étant* » *dudit fief, sans païer profit au seigneur dominant, pourvu que* » *l'aliénation n'excède les deux tiers et qu'il en retienne la foi*

» *entière, et quelque droit seigneurial et domanial sur ce qu'il* » *aliène.* » Donc le domaine direct ou la directe censuelle que retient le propriétaire de fief est *noble* et *seigneuriale ;* noble, c'est-à-dire qu'elle suivra la loi noble au lieu d'être soumise à la loi roturière ; seigneuriale, c'est-à-dire qu'elle emportera le droit de justice, le droit de monnayage, et une foule de profits pécuniaires, comme les *lods et ventes*, les *saisines*, les *amendes*, enfin plusieurs services personnels du censitaire.

Maintenant, nous pouvons répondre à la question ci-dessus posée et la résoudre négativement : non, le propriétaire de fief ne peut consentir une emphytéose, car la *directe emphytéotique* n'est pas *féodale*, comme la *directe censuelle*. Nous disons *féodale* et non pas *seigneuriale*, parce que nombre d'anciens auteurs emploient mal à propos le mot *seigneurie directe* à l'occasion de la propriété du bailleur à emphytéose. Ainsi, Loyseau (1) nous dit formellement que l'emphytéose est *rente seigneuriale* et emporte les *lods et ventes.* C'est là évidemment une inexactitude ; mais cette inexactitude a été amenée fatalement ; voici pourquoi : les lods et le droit de retrait ou prélation avaient leur raison d'être dans le droit romain ; les lods (*le laudemium de* 2 %) étaient le prix du consentement donné par le maître ; en France il fut permis d'aliéner *inquisito domino ;* les lods n'étaient donc plus le prix du consentement ; il fallait toutefois les justifier ; on ne pouvait les rattacher au droit de propriété ; on les rattacha à un prétendu droit de *seigneurie ;* il en fut de même de la prélation ; mais au fond ce droit de seigneurie n'est qu'un mot vide de sens ; il faut cependant l'accepter comme étant en usage, à condition de le restreindre à sa véritable valeur dans l'espèce et de le prendre pour synonyme du droit de propriété ; l'adoption de ce mot nous force à poser ainsi notre proposition : *la directe emphytéotique n'est pas féodale.*

130. Tel est donc le grand trait de distinction entre l'emphytéose et le bail à cens ; il se traduit comme intérêt pratique en la proposition suivante : tout ce qui reste aux propriétaires censiers dans la période royale, de droits, soit féodaux, soit non féodaux, établis par le droit féodal et le droit coutumier sur la personne ou

(1) Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. 1, ch. 5, n° 8.

les biens des censitaires, compète à eux seuls et non aux bailleurs emphytéotiques; au contraire, ces derniers n'ont aucune des prérogatives que confère le droit féodal, quoiqu'ils les aient usurpées trop souvent, comme l'atteste la déclaration de Louis XV, du 2 janvier 1769 (1); quant aux prérogatives, organisées par le droit coutumier, ils n'en ont aucune de plein droit et jouissent de celles-là seules que la jurisprudence ou l'usage leur a conférées.

131. II. Différence établie par les canonistes. — L'emphytéose et la censive étaient devenues équipollentes dans la sphère des droits fonciers; les droits féodaux attribués aux propriétaires de censives étant presque anéantis, ces deux institutions parallèles convergeaient, dans la pratique; aussi, les juristes, se plaçant à ce point de vue, ne virent de ligne de démarcation que dans l'absence de l'élément féodal au bail emphytéotique. Les canonistes, au contraire, demeurèrent dans la sphère de la théorie et saisirent la véritable différence des deux institutions; la voici, je laisse la parole à Jean Faber qui nous l'indique (2): « *Et dicunt canonistæ quod in re censuali domi-* » *nium transit in illum qui solvit censum; non sic in re emphy-* » *teuticâ in quâ non transit, nisi utile.* » Cette doctrine, qui est la véritable en droit pur, abstraction faite du côté féodal de la tenure, ne fut pas adoptée *in jure civili*, ajoute Faber. On s'y préoccupa trop, je l'ai dit, du point de vue pratique, et la pratique isolée de la théorie altère les principes du droit les plus purs. Si on avait admis la doctrine des canonistes, on eût sans doute sauvé l'emphytéose perpétuelle de la mort qu'elle a trouvé dans les décrets de l'Assemblée constituante.

132. Il nous reste à dire très-succinctement quelques mots de l'emphytéose en pays de droit écrit.

(1) Elle est rapportée par Merlin: *Questions de droit*, t. 5; v^is *Rente foncière, Rente seigneuriale*, § 14, n° 1, p. 387.

(2) V. Jean Faber, *Instit. sur le* § 3, lib. 3, tit. 25, n° 14 et les auteurs qu'il cite, notamment Grotius; *junge* Jean de la Coste, *Comment. sur les Décrétales*, p. 260 et 261.

§ 1.

Des droits et des devoirs de l'emphytéote.

133. L'emphytéote perpétuel a le domaine utile, comme nous l'avons prouvé plus haut (*suprà*, n° 105); ce domaine utile n'est pas autre chose que l'ensemble des prérogatives que conférait l'emphytéose romaine : Voici ce qu'en dit Papon, bailli du pays de Forez : « *Semble toutefois que l'emphytéose communique de louage et conduction plus que du reste, car la vraie et directe seigneurie et propriété ne change point : seulement est acquise au conducteur une propriété ombratile, qui est nommée utile à raison de la perception des fruits* (1). » Ce domaine utile était borné par la prohibition de détériorer (2); en cas de détérioration, on condamne l'emphytéote à quitter le fonds ou à le réparer; c'est ce qui a été jugé au Parlement de Toulouse, le 1er juillet 1602 (3); jugé de même au Parlement de Dijon (4). Il est inutile d'entrer dans le détail des questions que soulève le domaine utile; nous les avons déjà traitées à propos des pays de coutume. Disons seulement qu'il ne faut pas se laisser induire à erreur sur l'étendue des pouvoirs de l'emphytéote dans les pays de droit écrit, parce qu'un arrêt du Parlement de Toulouse lui permet de couper un bois de haute-futaie (5), alors qu'un arrêt de Paris, du 5 mai 1565, prononce la déchéance pour détérioration contre un emphytéote qui a coupé tout un bois de haute-futaie (6). Nous ne connaissons pas les espèces de ces arrêts et n'en pouvons rien conclure.

(1) Papon, *Premier notaire*, liv. 2, ch. d'*Emphytéoses et Albergations*, p. 122.

(2) Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, p. 486.

(3) Arrêt rapporté par Larocheflavin : *Droits seigneuriaux*, ch. 19, art. 4.

(4) L'arrêt est rapporté par Bouvot, t. 2, sous le mot *Droits seigneuriaux*, quest. 2.

(5) Cambolas, liv. 4, ch. 10.

(6) Charondas, *Réponses*, liv. 7, ch. 174.

134. Quant aux obligations de l'emphytéote, elles étaient les mêmes qu'en pays de coutume ; nous n'insisterons pas. Abordons incontinent la question de la commise faute de paiement. La commise faute de paiement fut observée en pays de droit écrit ; mais elle se modifia singulièrement suivant les lieux. Dans le Lyonnais, elle était pratiquée quand il y avait clause expresse, dit Papon (1), et même alors le juge pouvait donner du temps pour payer. En Bourgogne, dit Depringles (2), « la commise ne s'adjuge pas faute de » paiement, s'il n'est disertement expliqué par le titre qu'elle sera » encourue en ce cas ; mais quand la peine est clairement expli- » quée, l'emphytéote n'ayant point d'excuse et n'ayant pu ignorer » qu'il encourait la commise faute de paiement, je crois qu'il ne doit » pas être admis à purger sa demeure ; ainsi jugé par arrêt du « 12 janvier 1610, conformément à la loi 2, C. 4, 66. » Dunod (3) nous dit d'abord que l'emphytéote n'a pas le droit de purger sa » demeure *celeri satisfactione* ; « mais que cette opinion, quoique » la plus vraie en terme de droit, souffre de la difficulté dans la » pratique. Le Parlement de Grenoble juge que l'emphytéote peut » purger sa demeure avant la sentence qui déclare la commise » ouverte (4). Faber dit sur cette question : *Humaniter tamen et* » *æquissimè receptum est, moram purgare licere, quandocumque* » *antè litem contestatam* (5). Le Parlement de Provence a jugé la » même chose (6) ; Papon (7) cite un arrêt du Parlement de Paris » qui a donné à l'emphytéote du temps pour payer. » Dans le ressort du Parlement de Toulouse, un jurisconsulte de Montpellier, Serres (8), nous dit que la commise n'a pas lieu et qu'une clause expresse « serait regardée comme comminatoire. » Mais quelle est ici la portée du mot comminatoire ? Boutaric (9) va nous la révéler ; il dit, en parlant de la commise : « C'est ce que nous observons

(1) Papon, *Premier notaire*, ch. 21 ; d'*Emphytéoses et Albergations*.
(2) Depringles, sur l'art. 5. *de la Coutume du duché de Bourgogne*, ch. 11.
(3) Dunod, *Des prescriptions*, part. 2, ch. 5, p. 151 et 152.
(4) Guy-Pape, quæst. 113 ; *Chorier*, liv. 2, sect. 12, art. 7.
(5) Faber, *In cod. suo*, lib. 4, tit. 43, déf. 17.
(6) Boniface, t. 2, liv. 4, tit. 5, ch. 7.
(7) Papon, *Arrêts*, liv. 12, tit. 8, n° 2.
(8) Serres, *Institutions du droit français* sur § 3, Inst., lib. 3, tit. 25, p. 406.
(9) Boutaric, *Institutes*, p. 488.

» aussi peu dans l'emphytéose que dans le bail à fief (c'est-à-dire à » cens), pas même dans le cas où la chose aurait été ainsi expres- » sément stipulée dans le bail; une pareille stipulation serait » regardée comme comminatoire, *et quand on ne la regarderait* » *pas comme telle et que toute espérance de purger la demeure* » *serait interdite à l'emphytéote*, on ne pourrait jamais le dépos- » séder que par les voies ordinaires de la justice. » Ainsi donc, dire que la clause de commise est regardée comme comminatoire, c'est dire seulement que l'emphytéote sera admis à purger sa demeure. A l'aide de cette explication, on peut concilier l'arrêt de Paris précité, qui donne à l'emphytéote du temps pour payer, et un autre du 1er juillet 1614, que Dunod (*loco suprà laudato*) cite d'après M. Leprêtre, comme ayant été rendu par le même Parlement. Ce dernier disposait qu'une clause de commise était comminatoire; au lieu de se contredire, ces arrêts jugent la même chose; la clause est comminatoire, en ce sens seulement que la commise sera prononcée si la demeure n'est pas purgée.

135. De tous ces documents, il me semble qu'on peut faire le faisceau suivant. La commise n'est prononcée que par voie de justice (1). Dunod (*loco suprà citato*) cite un arrêt de Besançon, du 13 juillet 1643, qui l'a ainsi jugé. C'est un principe admis partout. Le droit commun de certaines provinces est que, pour l'encourir, il ne faut point de clause expresse, et il suffit de bien expliquer qu'on fait un contrat d'emphytéose. Le droit commun de certaines autres, est qu'il faut une clause formelle. Quand dans les unes et les autres on se trouve dans les termes du droit commun, la commise est encourue; seulement sa rigueur est tempérée par la faculté de purger avant la condamnation, que le juge peut ne prononcer qu'après avoir donné un délai pour payer. Le Parlement de Bourgogne seul nous a paru plus sévère, mais je ne doute pas qu'il ne se soit modifié par la suite. Je n'ai pu me procurer de renseignements sur celui de Bordeaux; il suivait sans doute les principes communs.

136. Telle est, à mon sens, la solution de la question de commise en pays de droit écrit. Elle est fort difficile, car, pour la poursuivre, il faut marcher entre deux écueils; en même temps

(1) Fachin, *Controv.*, lib. 1, ch. 95

qu'il faut éviter de se rendre aux idées théoriques des romanistes qui veulent la commise *ipso jure* et sans *purgatio morœ*, il faut côtoyer un danger plus grave, c'est la lecture de presque tous les auteurs des pays de droit écrit, qui confondent l'emphytéose et le bail à cens, font à une page un cours de droit romain à leur propos, à l'autre un cours de droit féodal ; le tout finit par former un véritable labyrinthe. Ainsi, je n'ai pas cité nombre d'auteurs dont les renseignements ne me paraissent pas offrir toute la précision désirable. Ce sont, pour Toulouse, Larocheflavin (1), Jean Géraud (2), Catellan (3), Cambolas (4), Maynard (5) ; pour Montpellier, Despeisses (6) ; pour la Provence, De Cormis (7) et Julien (8) ; pour le Dauphiné, Expilly (9) et Salvaing (10).

137. Il est inutile, je crois, de répéter ici que la commise n'avait pas lieu contre l'emphytéote pour avoir aliéné *inequisito domino*, et immédiatement nous allons parler du droit de prélation ; Boutaric va nous apprendre ce qu'il est (11) : L'emphy- « téote aussi bien que le censitaire peut vendre, quand, comme » bon lui semble, sans être obligé de le dénoncer au seigneur ; » et tout ce qu'il y a, c'est que, si après la vente faite l'acheteur » ne la dénonce pas au seigneur, le seigneur conserve le droit de » retraire pendant trente ans, à compter du jour du contrat, » au lieu qu'il n'a qu'un an, à compter du jour de la dénonce » qui lui est faite par acte. »

138. Ce privilége de prélation emphytéotique était de droit commun abrogé par l'usage : « *Moribus nostris abrogatum est* et merito » dit le président Fabre ; il en donne deux raisons ; la première c'est que : « *cùm perpauci apud nos fundi reperiantur, qui non* » *emphyteuticarii sint, facilè eveniret ut dominis directis hoc jure*

(1) Larocheflavin, *Des droits seigneuriaux*, ch. 19, art. 4.
(2) Jean Géraud, *Droits seigneuriaux*, liv. 2, ch. 8, n° 37.
(3) Catellan, *Arrêts*, liv. 3, ch. 7.
(4) Cambolas, *Arrêts*, liv. 2, ch. 45.
(5) Maynard, *Arrêts*, liv. 4, ch. 44, § 4.
(6) Despeisses, *Droits seigneuriaux*, tit. 4, art. 5, § 13.
(7) De Cormis, *Consultations, Matières féodales*, ch. 18.
(8) Julien, *Statuts de Provence*, t. 2, p. 185.
(9) Expilly, *Arrêts*, ch. 183, n° 1.
(10) Salvaing, *De l'usage des fiefs*, 1re partie, ch. 20, p. 145 ; ch. 45, p. 276.
(11) Boutaric, *Institutes*, p. 489.

» *utentibus omnia acquirerentur ;* » voici la seconde : *ac sanè si* » *jus prælationis obtineret, vix quisquam reperiretur, qui ad rei* » *emphyteuticariæ emptionem vellet accedere, alteri quippe, id* » *est, domino directo potius quam sibi mercaturus* (1). Il ne fut pas admis dans les pays de coutumes, et parmi ceux de droit écrit il ne fut reçu qu'en Guyenne, en Languedoc et en Auvergne (2) ; en 1606 il fut rétabli en Savoie (3) : « *favore dominorum et ad* » *emphyteutarum fraudes ac tergiversationes comprimendas,* » dit toujours le président Fabre. C'était au reste là sa seule utilité.

139. Un mot enfin sur une commise particulière prononcée en France, par certains parlements. Quand il y avait fraude entre l'emphytéote vendeur et l'acheteur, soit pour augmenter le prix et ainsi empêcher le maître d'empêcher la prétation, soit pour le diminuer et avec lui la quotité des *lods*, certains parlements prononçaient la déchéance de l'emphytéote sur la demande du maître ; on cite notamment en ce sens des arrêts du parlement de Languedoc et de Provence (voyez : *arrêts de Boniface*, tom. 4, liv. 2, tit. 3, ch. 6 et 7; *Du Périer*, tom. 2; *Arrêts de M. de Coriolis*, somm. 17).

140. Quant à la commise pour *félonie* dont on peut citer un arrêt de Paris (4) et qui était admise dans le ressort du parlement de Bordeaux (5), il faut l'entendre des *censitaires*, non des *emphytéotes*.

Section commune aux pays de coutume et de droit écrit.

COMMENT S'ÉTABLIT, SE TRANSMET ET S'ÉTEINT L'EMPHYTÉOSE.

141. I. L'emphytéose s'établit par contrat le plus souvent, on pourrait peut-être dire toujours. Dumoulin affirme que la rédac-

(1) Antonius Faber, *In cod. suo*, liv. 4, tit. 43, *Definit*, 18.

(2) Boucher d'Argis sur Argou, *Institution au droit français*, liv. 3, ch. 28, p. 251; *junge* les observations de Bretonnier sur Claude Henrys, liv. 3, quest. 66.

(3) Faber, *loco suprà laudato.*

(4) Louet, *Lettre C, Somm.* 52, 53.

(5) Dissertation de M. Henrion de Pansey, dans le Rép. de Merlin, v° *Commise emphytéotique*, n° 1, p. 508.

tion d'un acte n'était pas, selon la jurisprudence moderne, nécessaire pour la validité du contrat ; il reconnait toutefois que l'opinion générale attribue au Droit Romain une décision contraire (1). Le principe Romain qui exige la tradition pour la constitution des droits réels avait persévéré dans notre ancien droit ; aussi je ne considère pas comme douteux que le contrat d'emphytéose quand il n'est pas suivi d'exécution réelle, n'engendre pas le droit emphytéotique ; il engendre des obligations seulement. Pour consentir valablement un contrat d'emphytéose, il faut réunir deux qualités : celle de propriété du fonds, la capacité d'aliéner. La seconde ne demande aucun développement. Il faut faire une précision à propos de la première, la précision suivante ; pour ceux qui partageant l'opinion de Dumoulin pensent que l'emphytéose à temps confère le *jus in re* seulement, le censitaire peut consentir un bail emphytéotique temporaire ; les jurisconsultes qui suivent l'opinion de Loyseau doivent décider en sens contraire.

Quand l'emphytéose a été constituée par un titre muet sur sa durée, sera-t-elle censée perpétuelle ? Brodeau (2) nous dit qu'elle se réduit de plein droit à quatre-vingt-dix-neuf ans. Mais ce passage ne s'applique qu'aux pays de coutume où le bail emphytéotique étant temporaire, de droit commun, on ne pouvait déroger sans stipulation à un usage universel. Il faut, à mon sens, dans le silence du titre, appliquer au contraire la perpétuité, dans les pays de droit écrit.

142. L'emphythéose peut aussi être constituée par testament ; cette hypothèse toutefois a dû être fort rare.

143. L'emphytéose peut-elle être constituée par la prescription ? il y avait deux sortes de prescriptions dans notre ancien droit : la prescription de dix ans avec titre et bonne foi ; la prescription de trente ans sans titre. La prescription de dix ans me paraît pouvoir fonder l'emphytéose perpétuelle ou temporaire ; cette solution nous ne l'avons pas adoptée en Droit Romain parce que, si l'on peut y admettre une prescription du droit réel, on ne peut admettre une prescription au profit du propriétaire de l'engagement à payer le canon. Il n'en est pas de même en Droit Français ancien où

(1) Dumoulin, sur rubrique du titre 2, n° 38.
(2) Brodeau, sur l'art. 149. *de la Coutume de Paris*.

l'obligation est *réalisée*. De même je pense que la prescription de trente ans peut fonder une emphytéose perpétuelle et aussi une emphytéose temporaire. Cette double solution s'appuie, au reste, sur un argument d'analogie tiré des articles 113 et 118 de la nouvelle coutume de Paris qui la consacrent formellement en fait de rente foncière.

144. Il nous paraît évident que l'emphytéose ne peut jamais être constituée par tacite reconduction et nous n'insistons pas.

145. II. La transmission du droit emphytéotique est conventionnelle ou héréditaire; il n'y a rien de particulier à dire de la première que nous connaissons. Pour la seconde, il faut préciser un point, le suivant. Quand plusieurs héritiers succèdent à un auteur unique, le canon est indivisible dans les pays où on assimile l'emphytéose à la rente foncière, divisible dans ceux où on l'identifie au bail à cens, en vertu des deux règles suivantes que nous donne Loisel : « *Rentes sont indivisibles; le cens est divisible* (1). »

146. III. L'extinction de l'emphytéose s'opère par les modes suivants :

La perte totale de la chose; l'échéance du terme; la commise faute de payement; le déguerpissement; le retrait là où il se pratique; la confusion; la mort de l'emphytéote qui ne laisse pas de successeurs; la prescription de trente ans au profit du propriétaire rentré en possession du fonds; la prescription de la propriété du fonds par une personne qui l'a possédé en pleine franchise.

La prescription ne peut jamais s'opérer au profit de l'emphytéote, quelque longue qu'ait été l'inaction du propriétaire; il ne prescrit que les arrérages et la quotité du canon (2).

(1) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 4, tit. 1, règle 25 et tit. 2 règle 1.

(2) Argou, *Institution au droit français*, liv. 3, ch. 28; *junge* art. 124, N. *Cout. de Paris*.

DROIT FRANÇAIS NOUVEAU.

CHAPITRE Ier.

DROIT INTERMÉDIAIRE.

147. « L'objet de la révolution, dans l'ordre de la propriété ter-» ritoriale, fut d'affranchir le sol, de le diviser, d'en faciliter la transmission (1). » Pour parvenir à ce but, il y avait un premier ennemi à terrasser, le système féodal; nous avons donné une idée de sa manière d'être, mais nous en avons passé sous silence une partie fort importante : celle qui est relative aux justices seigneuriales. La justice était fort onéreuse pour le peuple, car elle grevait la terre de lourdes redevances. A elle se rattachait encore tout un côté honorifique; c'est d'elle, en effet, que découlait la qualité noble de la terre, entraînant comme suite immédiate, la supériorité des possesseurs, sur les possesseurs de terres roturières.

Les justices seigneuriales partagèrent le sort du système féodal tout entier; elles furent abolies dans la nuit du 4 août 1789.

J'ai dit que le système féodal avait été terrassé ; je me trompe ; il faut le constater à la gloire des classes privilégiées; elles-mêmes ont fait de leurs prérogatives un sacrifice au bien public; elles ont

(1) Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. 2, p. 153.

abdiqué ; qu'on lise à cet égard au *Moniteur* la séance de la nuit du 4 août 1789 ; qu'on voie l'enthousiasme général dont elle fut l'objet.

Une autre cause, presque aussi grave que les droits féodaux, empêchait la circulation des biens et entravait l'agriculture ; elle consistait dans ces redevances *foncières*, qui, sous des noms divers, étaient censées, contrairement aux données de la raison, faire partie à perpétuité du fonds lui-même, de telle sorte que le sol ne pouvait se transmettre qu'avec elles, que personne, après l'avoir acheté et payé, n'en était véritablement maître et propriétaire. Les principales de ces redevances étaient celles résultant des baux, *à rente*, proprement dit, *à emphytéose perpétuelle*, *à champart*, *à comptant*, *à locatairie perpétuelle*, etc., etc., pour ne citer que les plus généralement répandues. Le droit transmis comme équivalent de chacune différait suivant le genre de contrat. Par le bail à rente et le bail à champart, la propriété passait au preneur ; par l'emphytéose perpétuelle, le domaine utile, seulement ; la question de savoir si le bail à comptant est translatif de propriété se résolvait diversement, suivant les pays (1) ; de même pour la locatairie perpétuelle (2). Quoi qu'il en soit, la nature des droits divers que ces tenures confèrent n'est pas aussi importante à discerner qu'on pourrait le croire, si on s'élève au point de vue synthétique ; ils doivent tous rentrer, à des degrés différents, dans ce que j'appellerai le droit de propriété imparfaite ; au premier degré, je placerait ceux qui donnent tout l'émolument *possible* de la chose, au preneur ; au second degré, ceux qui, comme l'emphytéose, se bornent à donner tout l'émolument *prévu*. Mais, qu'on y songe bien, cette supériorité de l'émolument possible se présentera fort rarement dans la pratique ; on peut presque dire que ce sera au cas seulement de l'invention du trésor. Aussi, ne constitue-t-elle qu'une nuance de détail ; si elle a sa valeur en droit, elle doit être négligée par le législateur qui domine une époque, la résume et la

(1) Valin, *Sur l'art. 6. Cout. de la Rochelle.* Merlin, *Rép.* v° Vignes, § 2 ; Troplong, *Du louage*, I, 59 ; Duvergier, *Du louage*, I, 189 ; Hérold, *Revue pratique*, 1857, III, p. 364

(2) Julien, *Statuts de Provence*, I, p. 269 ; Boutaric, *Institutes*, liv. 3, tit. 25, § 3, et *Traité des droits seigneuriaux*, ch. 14 ; Fonmaur, *Traité des lods et ventes*, n° 536.

juge. C'est ce qui est arrivé à l'Assemblée constituante ; elle a confondu en un bloc ces diverses tenures ; elle les a comprises dans la même loi quand il a fallu s'en occuper.

Ceci posé, il faut voir séparément par quel procédé ont été abolis les droits féodaux, par quel procédé les redevances purement foncières ; la suppression des droits féodaux nous intéresse, car, au Midi, l'emphytéose perpétuelle se confondait avec le bail à cens.

148. I. *Abolition des droits féodaux.* — L'Assemblée constituante considéra qu'il y avait deux périodes dans la féodalité, chacune se rattachant à une époque historique spéciale. A la première époque, on trouve ce que M. Laferrière nomme la *féodalité dominante* (1) ; celle-là a fait courber le faible sous *la loi du plus fort*. Il ne s'en faut pas étonner ; elle a été une suite naturelle de la conquête. Mais les droits qu'elle s'était attribués n'avaient plus de raison d'être à la fin du XVIIIe siècle ; aussi furent-ils tous abolis sans indemnité.

149. A la seconde époque, on rencontre la *féodalité contractante*, traitant toujours avec le faible, mais traitant sans violence. Parmi les droits féodaux se rattachant à cette période, l'Assemblée distingua ceux qui sont *personnels* d'avec ceux qui ne le sont pas. On envisagea la *personnalité* des devoirs dans un sens fort restreint, et furent censés personnels ceux-là seuls auxquels la personne est obligée en signe de sujétion ou d'infériorité de caste ; ceux que doit la personne en vertu d'un contrat ne furent pas traités comme personnels, à plus forte raison ceux qu'elle doit comme se rattachant à une concession de terre, et, dans cette dernière catégorie, ceux qui sont simplement pécuniaires. Une fois cette distinction fondamentale effectuée, on équipolla les droits *personnels* de la *féodalité contractante* à tous ceux de la *féodalité dominante* et on les supprima sans indemnité. Il en fut de même des droits de supériorité fondés sur la qualité noble de la terre ou de la personne.

150. A côté des droits personnels de la féodalité contractante se trouvaient, ce que je nommerai *les droits féodaux simples*, consistant en obligations pécuniaires ou payables en nature, soit même en prestations dues par la personne. Ceux-là, établis par l'effet des

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 2, p. 124 et suiv.

conventions ou des lois, dont l'une des plus importantes est sans contredit la maxime : *Nulle terre sans seigneur*, eurent un sort différent. Ils furent déclarés rachetables et maintenus dans le *statu quo* jusqu'à ce que le rachat en pût être effectué. La réforme que l'Assemblée constituante a faite de ces derniers n'est pas aussi radicale qu'on est tenté de le croire. Il était reconnu déjà depuis plus de deux siècles que le domaine direct féodal n'est qu'un droit immobilier; les données juridiques, et aussi une idée implicitement économique, avaient fait admettre que le domaine utile du vassal et du censitaire constituent le véritable droit de propriété. L'Assemblée a fait un dernier pas ; en déclarant les droits féodaux rachetables, elle les a fait mobiliers ; elle a obéi aux exigences de la raison et du droit ; sa réforme est aussi juridique qu'anti-féodale.

151. Telle est la marche qu'a suivie l'Assemblée constituante, marche exposée d'une façon lumineuse et détaillée dans une déclaration du 15 juin 1791, rédigée par Merlin, et insérée au *Moniteur* du 16. Les principes fondamentaux en ont été consignés dans le décret du 4-11 août 1789, art. 1er, dont voici la teneur : « L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal et » décrète que, dans les droits et devoirs tant féodaux que censuels, » ceux qui tiennent à la main-morte réelle ou personnelle, et » ceux qui les représentent sont abolis sans indemnité et tous les » autres déclarés rachetables, et que le prix et le mode de rachat » seront fixés par l'Assemblée nationale. Ceux desdits droits qui » ne sont point supprimés par ce décret, continueront néanmoins » à être perçus jusqu'au remboursement (1). » Par l'art. 19 du même décret, il fut décidé que l'Assemblée ferait des lois de détail pour parvenir à l'accomplissement de son œuvre : c'est ce à quoi elle procéda immédiatement par l'installation du *comité féodal* chargé de les préparer. Les rapporteurs de ce comité furent deux jurisconsultes d'élite, Merlin et Tronchet, dont les travaux ont été de véritables chefs-d'œuvre, « des monuments de science, » de justice et de raison, » comme dit M. Laferrière (2). La première loi d'ensemble publiée après le décret est celle des 15-28 mars 1790 (3), qui se divise en trois titres. Le premier s'occupe

(1) Duvergier, *Collection des Lois*, t. 1, p. 39 et suiv.
(2) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 2, p. 124.
(3) Duvergier, t. 1, p. 135 et suiv.

des effets généraux de l'abolition du régime féodal ; il nous offre deux articles intéressants à relever, les articles 7 et 10 : « Art. 7. Toutes saisies féodales et censuelles et droits de *commise* » sont abolis ; mais les propriétaires des droits féodaux et censuels « non supprimés sans indemnité pourront exercer les actions, » contraintes, exécutions, priviléges et préférences qui, par le » droit commun, les différentes coutumes et statuts des lieux, » appartiennent à tous bailleurs de fonds. » — « Art. 10. Le » retrait féodal, le retrait censuel, le droit de prélation féodale ou » censuelle et le droit de retenue seigneuriale sont abolis. » Le titre 2 s'occupe des droits féodaux supprimés sans indemnité ; le titre 3, *des droits seigneuriaux rachetables ;* parmi eux sont mentionnés nommément (art. 2-1°) : « Les *rentes féodales, seigneu-* » *riales et emphytéotiques.* » Après le décret du 15-28 mars on trouve celui du 3-9 mai 1790 (1), *sur les principes, le mode et le taux du rachat des droits seigneuriaux.*

152. Tel est l'ensemble des monuments législatifs sur les droits féodaux qu'élabora l'Assemblée constituante. Son œuvre, pour l'accomplir, demandait du temps, et certes il ne faut pas douter que les rachats ne se fussent opérés, car les lois nouvelles avaient décuplé le courage des tenanciers. Mais vint l'Assemblée législative, dont les décrets profondément injustes, quoique voulant feindre de ne pas dépasser les bornes de la stricte justice, commencèrent la spoliation des propriétaires de droits féodaux ; vint la Convention qui la consomma audacieusement par son décret du 17 juil. 1793, que réprouve toute conscience honnête.

153. L'Assemblée législative fit deux décrets, celui du 18 juin 1792 (2) sur les droits féodaux casuels, *lods et ventes, quint et requint*, etc. ; celui du 25 août (3) sur les redevances annuelles. D'après cette double loi, il ne doit plus être tenu aucun compte des droits féodaux *utiles* établis en vertu de la coutume, des statuts, et notamment de la maxime : *nulle terre sans seigneur ;* tous ceux qui ont là leur origine sont supprimés ; ceux-là seuls demeurent rachetables qui ont pour cause une concession primitive de fonds,

(1) Duvergier, t. 1, p. 190 et suiv.
(2) Duvergier, t. 4, p. 256 et suiv.
(3) Duvergier, t. 4, p. 417 et suiv.

« laquelle cause ne pourra être établie qu'autant qu'elle se trou-
» vera clairement énoncée dans l'acte primordial, d'inféodation,
» d'accensement ou de bail à cens, *qui devra être rapporté.* » Je l'ai déjà dit ; en y mettant un peu de bonne volonté, les membres de la Législative ont cru ne pas outrepasser les bornes de la justice, la plus stricte, par exemple. Mais on reconnaît vite par où pèche leur double loi. En abrogeant l'effet des lois antérieures créatrices de droits féodaux, ils ont violé ce principe élémentaire, *que la loi n'a pas d'effet rétroactif ;* en exigeant le mode de preuve que nous avons indiqué, mode que la Constituante avait bien reconnu impossible, puisqu'elle se contentait des preuves du droit commun, ils ont hypocritement supprimé, en fait, la plupart des droits qu'ils se donnaient l'air de maintenir.

154. Vient enfin le décret de la Convention du 17 juil. 1793 (1) ; il consomme la spoliation par son article 1er : « Toutes redevances
» ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes et casuels,
» même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, sont
» abolis sans indemnité. »

155. Voilà, dans son ensemble, l'œuvre révolutionnaire ; œuvre bien commencée d'abord, mais devenue à sa dernière heure un moyen de destruction violente.

156. Nous allons, en quelques mots, examiner l'effet produit par les lois révolutionnaires sur les baux emphytéotiques, soit temporaires, soit perpétuels ; il est bien entendu que cet effet aura eu lieu, seulement au cas d'emphytéoses entachées de féodalité.

157. Le droit de *commise féodale* (exercé dans le cas de manquement aux devoirs imposés à la personne du vassal), et le droit de prélation, furent abolis sans indemnité. En ce dernier point, le législateur a fait une faute, car la prélation n'était pas originairement une prérogative féodale. Les droits pécuniaires, fixes et casuels ont été déclarés rachetables ; mais il y a diversité dans les effets du rachat, suivant que le bail est ou non temporaire. L'exercice du rachat confère à l'emphytéote perpétuel la propriété complète. Elle ne peut opérer de la sorte en faveur de l'emphytéote temporaire ; aussi ne lui procure-t-elle que la libération des charges seigneuriales et l'avantage de jouir d'un fonds affranchi jusqu'à

(1) Duvergier, t. 6, p. 24 et suiv.

l'expiration de son droit (*a*). Les règles particulières à ce rachat se trouvent dans une loi de détail que je me borne à citer, la loi des 15 septembre-16 octobre 1791 (1). Les lois de l'Assemblée législative libérèrent beaucoup d'emphytéotes, et le décret conventionnel de juillet 1793, en abolissant le rachat, conféra gratuitement le droit de propriété à ceux dont le bail était perpétuel. Quant aux emphytéotes temporaires, il ne put que leur octroyer le privilége d'être libérés de toute charge pendant le temps de leur jouissance.

158. II. *Abolition des redevances foncières.* — L'Assemblée nationale consomma sa réforme en libérant le sol de toutes les redevances foncières. Nous l'avons dit plus haut, le droit transmis au preneur à charge de ces sortes de redevances, était plus ou moins étendu suivant l'espèce de chaque contrat. Le législateur ne s'arrêta pas aux nuances, et pensa que si un propriétaire aliène la jouissance de son bien à perpétuité, sans espoir de jamais la reprendre, il abdique l'*animus domini*. Peu importe le nom dont se pare le droit foncier retenu sur l'immeuble ; qu'il soit un peu plus, un peu moins énergique, peu importe encore. Ce n'est toujours, au fond, qu'un moyen d'assurer infailliblement le service de la rente. La conséquence de ces prémisses est consignée au décret du 4-11 août (art. 6), qui déclare rachetables toutes les redevances foncières perpétuelles. En voici le texte : « *Toutes les* » *rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, de* » *quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur origine, à* » *quelques personnes qu'elles soient dues, gens de main-morte,* » *domaine, apanagistes, ordre de Malte, seront rachetables ; les* » *champarts de toute espèce et sous toute dénomination le seront* » *pareillement au taux qui sera fixé par l'Assemblée. Défenses* » *sont faites, de plus, à l'avenir, créer aucune redevance non* » *remboursable.* » Cet article a prononcé un arrêt de mort contre le domaine direct ; il a unifié le droit de propriété en donnant à celui qui en avait déjà la part utile, la faculté de le compléter

(1) Duvergier, t. 3, p. 308 et suiv.

(*a*) Il est bien entendu que l'emphytéose à temps dont il s'agit ici a été consentie par un *censitaire* sur l'héritage qu'il tient en *censive*, et que l'objet du rachat est le *cens*.

dans ses mains. Ce n'est pas là une réforme dont l'idée soit nouvelle ; nous avons vu Dumoulin (*suprà*, n° 105), exposer plus de deux siècles auparavant, la doctrine qui conduit tout droit au rachat ; cette faculté s'exerçait même de son temps ; deux rois de France, Charles VII (en 1441) et Henri II (en 1553), avaient autorisé le rachat des rentes foncières dont les maisons de ville étaient grevées, et cela par un motif d'utilité publique, car il arrivait qu'un grand nombre de propriétaires de maisons chargées de rentes, les laissaient tomber en ruine. C'est bien plus : le principe du rachat commence à percer dans les statuts de la ville de Salon en 1293 (1) et dans un statut privilégié, en faveur des habitants d'Aix, de 1352 (2). Il faut donc le considérer comme une œuvre traditionnelle et non pas comme un expédient né de la Révolution.

159. L'article 6 précité, non seulement offre un intérêt historique, mais un intérêt d'actualité ; de lui découle ce principe primordial de notre droit moderne, qu'on ne saurait séparer perpétuellement la jouissance, fût ce à titre de bail, du droit de nue-propriété ; une telle décomposition, si elle avait lieu en fait, ne serait pas respectée ; la propriété tout entière serait aujourd'hui acquise à celui en faveur duquel a été constitué le droit de jouissance.

160. Il est important de signaler aussi que l'emphytéose temporaire n'a pas été déclarée rachetable par le décret du 4-11 août. A ce genre de tenure ne s'applique pas non plus la disposition, prohibitive pour l'avenir, qui termine l'art. 6. Et cela est tout simple ; l'idée de rachat implique l'acquisition de la pleine propriété en faveur de celui qui l'exerce. Or, à quel titre l'emphytéote temporaire, même en se plaçant dans l'opinion des anciens auteurs qui lui attribuent *le domaine utile*, comme Loyseau, pourrait-il prétendre à acquérir la propriété ? On comprend très-bien qu'une consolidation s'opère au profit de l'emphytéote perpétuel qui rembourse en capital la valeur du canon ; le domaine direct n'ayant pas d'autre but pratique que la sauvegarde de ce capital, le fait du paiement l'anéantira par la force des choses ; mais on ne comprendrait pas que la faveur d'une expropriation véritable fût accordée sans motifs à l'emphytéote temporaire.

(1) M. Giraud, *Hist. du droit français au moyen-âge*, t. 2, p. 250, § 1.
(2) Julien, *Commentaire sur les Statuts de Provence*, t. 2, p. 609 et suiv.

160. Il est un dernier point à préciser, c'est que le décret du 4-11 août n'a pas mobilisé les redevances foncières perpétuelles ; il eût été évidemment plus logique de les faire mobilières avant de les rendre rachetables ; mais le législateur avait assez fait ; il ne voulut pas tout bouleverser, et laissa aux rentes foncières leur caractère immobilier pour le reste du temps qui leur restait à vivre.

161. Au décret d'août 1789 a succédé une loi d'ensemble, la loi du 18-29 décembre 1790 (1) sur le rachat, dont le premier article reproduit la teneur de l'art. 4 précité, et ajoute une exception formelle en faveur des emphytéoses et arrentements temporaires ; le voici : « *Toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en* » *nature, soit en argent, de quelque espèce qu'elles soient, quelle* » *que soit leur origine, à quelques personnes qu'elles soient dues,* » *gens de main-morte, domaine, apanagistes, ordre de Malte,* » *même les rentes de dons et legs pour cause pie ou de fondation,* » *seront rachetables ; les champarts de toute espèce et sous toute* » *dénomination le seront pareillement, au taux qui sera ci-après* » *fixé. Il est défendu, de plus, à l'avenir, créer aucune redevance* » *foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rente ou* » *emphytéose, et non perpétuels, qui seront exécutés pour toute* » *leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre-vingt-* » *dix-neuf ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie, même* » *sur plusieurs têtes, à charge qu'elles n'excéderont pas le nombre* » *de trois.* » Cet article nous intéresse au premier degré, car il maintient formellement les baux emphytéotiques temporaires ; nous en tirerons plus tard un grand parti.

162. Le titre 3 s'occupe du mode et du taux du rachat. Dans le cas où le contrat créateur de la rente n'a pas prévu et réglé l'hypothèse d'un rachat possible, voici comment la loi statue, pour les droits fixes d'abord, c'est-à-dire pour le canon.

« Art. 2. Les rentes et redevances foncières originairement » créées irrachetables et sans aucune évaluation du capital seront » remboursables, savoir : celles en argent, sur le pied du denier » vingt ; et celles en nature de grains, volailles, denrées, fruits de » récolte, services d'hommes, chevaux ou autres bêtes de somme

(1) Duvergier, *Collection des lois*, t. 2, p. 122 et suiv.

» et de voitures, au denier vingt cinq de leur produit annuel, sui-
» vant les évaluations qui en seront ci-après faites ; il sera ajouté
» un dixième auxdits capitaux à l'égard des rentes qui auront été
» créées sous la condition de la non-retenue du dixième, vingtième
» et autres impositions royales.

Quant à l'évaluation des prestations en nature, la loi pose des bases pour y parvenir, dans les art. 6 et suiv.

L'article 5 s'occupe du rachat des droits casuels (*lods et ventes*) ; il nous renvoie pour le mode et le taux au décret du 3-9 mai 1790 précité, sur le rachat des droits féodaux (1) ; les mêmes principes sont donc applicables aux droits casuels, féodaux ou fonciers ; il serait trop long de rapporter ici la quatrième division du décret, qui s'occupe tout entière de ce rachat. Il suffit de la mentionner.

163. Les articles 4 et 5 (tit. V) de notre loi adoptent, pour le retrait emphytéotique, les mêmes principes à peu près que pour le retrait censuel. Ce retrait est supprimé et ne peut être exercé, si le bail à emphytéose n'en contient une stipulation expresse, nonobstant toute loi ou usage contraire, « et, dit l'article 5, » nonobstant l'usage admis en Bretagne sous le titre de *retrait* » *censuel*, lequel n'était point seigneurial (2), et lequel est et » demeure aboli à compter du jour de la publication du présent » décret. » Au contraire, le retrait peut être exercé jusqu'au jour du rachat, lorsque le bail en porte stipulation expresse.

Il est très-facile de comprendre pourquoi le retrait emphytéotique a été aboli dans tous les cas où il n'y en avait pas stipulation formelle ; son usage, que la tradition seule explique, n'avait pas, en droit, une véritable raison d'être ; il était, en outre, fort préjudiciable à la circulation des biens.

164. On ne s'est point occupé de la commise faute de payement, car elle ne constituait pas un privilége. Aussi demeura-t-elle dans le *statu quo*.

165. Il nous reste à remarquer sur la loi de 1790, qu'elle ne dit rien de la nature du droit d'emphytéose temporaire. Le considère-t-elle comme un domaine utile, ou comme un *jus in re*? C'est ce

(1) Duvergier, t. 1, p. 190 et suiv.

(2) V. Poullain Du Parc, *Principes du droit français*, t. 3, p. 262, et t. 6, pag. 206.

qu'il est impossible de savoir. La question est restée indécise jus qu'à la loi de messidor an III, qui en fait positivement, comme nous le verrons, un droit réel de jouissance.

166. Les décrets du 18 juin et du 25 août 1792 ne firent subir aucune modification aux baux emphytéotiques, pas plus que la loi du 17 juillet 1793 : « Sont exceptées, dit l'art. 2, des dispo- » sitions de l'article précédent, les rentes ou prestations purement » foncières et non féodales. » Le décret du 25 août contenait, au reste (art. 17), la même disposition. Il en fut autrement, nous l'avons dit, des emphytéoses entachées de féodalité.

167. Nous ne mentionnerons pas plusieurs décrets de détail intervenus relativement aux emphytéoses temporaires à diverses époques de la Révolution ; ils sont sans importance, et immédiatement nous arrivons à un arrêté du Conseil des Cinq-Cents (1) du 22 fructidor an IV (8 septembre 1796). Un membre, au nom d'une commission, avait fait un rapport sur la question suivante : « Maintiendra-t on, par une disposition formelle, les détenteurs à » titre d'emphytéose, dans la jouissance de leurs biens ? » Le Conseil passa à l'ordre du jour, sur l'avis de la commission, par ce motif que le maintien des baux emphytéotiques résultant des lois antérieures, il était inutile d'en faire une autre qui contînt les mêmes dispositions.

168. Nous abordons enfin les lois sur le régime hypothécaire, du 9 messidor an III et 11 brumaire an VII ; elles sont importantes, car les premières elles ont formulé ce principe que, dans le droit moderne, le droit d'emphytéose temporaire doit être considéré comme *droit réel*, non plus comme un *domaine utile*. Voici comment s'exprime la première :

« Art. 5. Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° *la propriété* » des biens territoriaux étant dans le commerce, ou pouvant être » aliénés, de leurs accessoires inhérents ou établis à perpétuelle » demeure, ensemble des fruits non recueillis, des bois non cou- » pés et des servitudes foncières ; 2° *l'usufruit* des mêmes biens » résultant seulement des baux emphytéotiques, lorsqu'il reste » encore vingt-cinq années de jouissance. »

Ecoutons la loi du 11 brumaire an VII.

(1) Duvergier, t. 9, p. 200.

« Art. 6. Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° les biens » territoriaux transmissibles, ensemble leurs accessoires inhérents ; » 2° l'usufruit, ainsi que *la jouissance* à titre d'emphytéose des » mêmes biens pour le temps de leur durée. »

Voilà le dernier document où nous trouvions mentionnée l'emphytéose temporaire, et nous allons aborder l'étude du Code Napoléon.

169. Il nous faut toutefois signaler auparavant l'article 7 de la loi de brumaire comme ayant mobilisé et anéanti le *domaine direct* de tous les baux à emphytéose perpétuelle consentis sous l'ancienne jurisprudence. Voici la teneur de l'article :

« Art. 7. Les rentes constituées, les rentes foncières et les » autres prestations que la loi a déclarées rachetables, ne pour- » ront plus, à l'avenir, être frappées d'hypothèque. »

CHAPITRE II.

CODE NAPOLÉON.

170. Nous avons vu, durant la Période Intermédiaire, mourir l'emphytéose perpétuelle dans ces mots de l'article 6 du décret des 4-11 août 1789 : « *Défenses sont faites de plus à l'ave-* » *nir créer aucune redevance non remboursable* ; » voilà pour les emphytéoses à venir. Celles du passé s'éteignirent, en grand nombre, par le rachat; toutefois, il en est qui ne furent pas rachetées ; celles-là avaient conservé leur ancien caractère, en vertu du décret précité; mais, nous le savons, la loi de brumaire an VII alla plus loin et anéantit totalement le domaine direct.

En présence de cet état de choses il faudrait, pour que l'emphytéose perpétuelle existât encore, un texte formel du Code Napoléon, à l'effet de la rétablir ; ce texte n'existe pas ; le Code a suivi en cela, comme en tout ce qui touche à l'organisation de la propriété, du reste, les errements du Droit Intermédiaire. Aujourd'hui, la stipulation d'un bail emphytéotique perpétuel, si elle se

présentait en pratique, ne serait pas traitée de convention illicite et annulée en conséquence ; elle serait considérée comme transférant la propriété au preneur ; tel est l'esprit du décret de 1790, confirmé par le silence du Code. Quant au canon dû par l'emphytéote, il serait essentiellement rachetable en vertu de notre article 530. Aussi, est-ce avec raison que la Cour suprême a cassé, le 15 décembre 1824 (1), un arrêt de la Cour de Colmar du 28 mai 1821, prononçant la nullité d'un contrat d'emphytéose perpétuelle. Le sentiment de la Cour de Cassation est admis dans la doctrine ; il ne fait même pas doute (2).

Il faut considérer comme emphytéoses perpétuelles celles qui dépassent quatre-vingt-dix-neuf ans, ou qui sont constituées sur plus de trois têtes. C'est encore la doctrine du Droit Intermédiaire. Si, en effet, la perpétuité devait s'entendre dans un sens absolu, la prohibition des baux perpétuels serait vraiment illusoire ; on les conclurait pour plusieurs siècles.

L'article 529 ayant mobilisé toutes les rentes, le droit au canon ne saurait plus être considéré aujourd'hui comme un droit réel ou foncier retenu par le bailleur, jusqu'à l'époque du rachat. Mais, en revanche, on le traiterait comme une créance privilégiée ; le créancier jouirait des avantages que procure le privilége du vendeur et serait soumis pour sa conservation aux formes prescrites par les lois de la matière. C'est là ce que reconnaissent la doctrine et la jurisprudence sans aucune difficulté.

171. Les effets du bail emphytéotique perpétuel étant ainsi déterminés, il semblerait qu'on peut logiquement renverser le principe pour connaître ceux que l'emphytéose temporaire produit. On dirait d'abord : une emphytéose conclue pour quatre-vingt-dix-neuf ans ou au-dessous n'est pas rachetable, c'est-à-dire qu'elle ne transfère pas la propriété au preneur, et, se reportant à l'article 543, on ajouterait : elle donne sous le Code Napoléon un droit de jouissance, comme sous la législation antérieure. C'est cependant ce qui a été nié avec énergie déjà depuis longtemps par des

(1) Dalloz, 1825, I. 96.

(2) Duranton, t. 4, n° 78 ; Duvergier, *Du louage*, t. 1, n° 48 ; Troplong, *Du louage*, t. 1, art. 1709, n° 50 ; Valette, *Des hypothèques*, t. 1, p. 198 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, p. 402-403.

auteurs fort recommandables, MM. Grenier (1), Delvincourt (2), Fœlix et Henrion (3) dont l'opinion a pris, dans ces derniers temps beaucoup de force, et a été soutenue avec beaucoup d'éclat par MM. Valette (4), Demolombe (5), Aubry et Rau (6) ; ces jurisconsultes soutiennent que le bail emphytéotique temporaire ne confère plus aujourd'hui un droit réel, immobilier, susceptible d'hypothèque, au preneur, et que ce contrat, s'il intervient dans la pratique, doit être traité comme un simple bail à longue durée. Le savant doyen de la Faculté de Toulouse, M. Chauveau (7) adopte ce sentiment (*a*). Faire de l'emphytéose un bail, c'est nier son existence sous le Code Napoléon ; voilà, en définitive, le dernier mot du système soutenu. Mais cette opinion, malgré les autorités nombreuses dont elle s'entoure, est bien loin d'avoir triomphé. La pratique, sanctionnée par une jurisprudence unanime, nous présente tous les jours de véritables emphytéoses ; l'existence du droit réel emphytéotique est admise par la majorité de la doctrine où des jurisconsultes d'élite combattent en sa faveur ; je les nomme : ce sont MM. Merlin (8), Favard de Langlade (9), Battur (10), Persil (11), Proudhon (12), Duranton (13), Duver-

(1) *Des hypothèques*, t. 1, n° 153.
(2) *Cours de Code civil*, t. 3, p. 105.
(3) *Traité des Rentes foncières*, p. 28 et note 1.
(4) *Traité des priviléges et hypothèques*, t. 1, p. 191.
(5) *Cours de Code Napoléon*, t. 9, p. 485 et suiv.
(6) *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de M. Zachariæ*, t. 2, § 224 *bis*.
(7) Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, 4e édition, t. 5, q. 2198, n° 5.
(8) Questions de Droit, v° *Emphytéose*, § 5, n° 8.
(9) Répertoire, v° *Hypothèque*, section 1, n° 2.
(10) *Des priviléges et hypothèques*, t. 2, n° 246.
(11) *Régime hypothécaire*, n°s 15 et suiv.
(12) *Du domaine de propriété*, t. 2, n° 710.
(13) *Cours de droit français*, t. 4, n°s 8 et suiv.

(*a*) MM. Rodière et Pont paraissent condamner l'emphytéose dans leur *Traité du Contrat de mariage*, t. 1, n° 338. Mais si on compare cet ouvrage à l'*Exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure en matière civile*, par M. Rodière, (t. 1, p. 71), il est aisé de reconnaître que ce dernier admet l'existence du droit réel emphytéotique. Le sentiment développé dans le Traité du contrat de mariage, doit donc être considéré comme tout personnel à M. Pont. Nous sommes heureux de joindre à toutes les autorités qui appuient l'affirmative, celle de M. Rodière.

gier (1), Troplong (2), Du Caurroy, Bonnier et Roustaing (3), Demante (4), Marcadé (5), Pepin le Halleur (6).

Telle est donc la question vivement débattue ; l'emphytéose existe-t-elle encore ? Je me prononce hardiment pour l'affirmative ; je pense, aidé des nombreuses lumières que me fournit la doctrine et aussi la jurisprudence, pouvoir la démontrer.

§ 1.

L'emphytéose temporaire existe encore.

172. Doctrine. — Un puissant motif me paraît avoir influé sur la décision des partisans de la négative, c'est la nature équivoque et controversée de l'emphytéose dans l'ancien Droit, et la difficulté qu'il y aurait à en établir les principes nettement, sous l'empire du Code, vu l'absence de dispositions à son sujet. Ce qui a augmenté à leurs yeux le danger d'une confusion imminente, confusion de nature à multiplier les procès, est, il faut bien l'avouer, la division qui s'est glissée dans la jurisprudence et dans la doctrine parmi les partisans de l'affirmative.

Ainsi, un certain nombre d'auteurs et une foule d'arrêts accordent à l'emphytéote un droit de propriété imparfaite qu'ils qualifient des dénominations de *bien immobilier*, *propriété à temps*, *propriété résoluble*, *domaine utile* (7). M. Troplong, après avoir établi que l'emphytéose est aujourd'hui un *droit de jouissance*, c'est ainsi que doit être interprétée son expression de *quasi-domaine*, enseigne qu'elle est susceptible d'hypothèque, aux termes de

(1) *Du louage*, t. 1, nos 142 et suiv.

(2) *Du louage*, t. 1, sur art. 1709, no 50.

(3) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 2, no 70.

(4) *Cours analytique de Code Napoléon*, t. 2, no 378 *bis* 4, et 378 *bis* 5.

(5) *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, sur art. 526, no III.

(6) *Histoire de l'Emphytéose*, p. 348 et suiv. *Junge* Toullier ; *Le droit civil français*, t. 2, no 101, Carré ; *Lois de la compétence*, t. 2, no 412, p. 329, Championnière, Rigaud et Pont ; *Traité des droits d'enregistrement*, t. 4, no 3071, et t. 6, no 841.

(7) Merlin, Favard de Langlade, Persil (*laucis suprà laudatis*) ; Proudhon, *De l'usufruit*, t. 1, no 97, Cf. ; le même, *Du domaine de propriété*, t. 2, no 710.

l'art. 2118-1°, comme *bien immobilier*, c'est-à-dire comme droit de propriété (1).

La question nous paraît, en effet, mal posée dans ces termes et, avant d'arriver au cœur de la discussion, il faut dégager la route de ces théories dangereuses.

173. L'emphytéose n'est aujourd'hui ni une propriété résoluble, ni une propriété temporaire, ni un domaine utile, ni un bien immobilier.

174. Et d'abord, dire que le bail emphytéotique confère un droit de propriété résoluble, c'est précisément sortir de l'hypothèse posée; nous supposons qu'il s'agit d'un contrat à terme certain; on nous dit qu'il en résultera un droit à terme incertain. Cette assertion s'évanouit donc aussitôt qu'on l'examine et il faut croire qu'elle provient d'une inadvertance de langage.

175. Peut-on affirmer avec plus d'autorité que l'emphytéose est un droit de propriété temporaire? Cette désignation ne me paraît pas heureuse. Une aliénation purement temporaire de la propriété est une aliénation incomplète; elle aboutit, en définitive, à la décomposition du domaine, en domaine direct, et en domaine utile. Cette dernière conclusion est, en effet, celle de M. Merlin (*loco laudato*). L'emphytéose est-elle donc un domaine utile? Voilà où il faut arriver.

176. M. Merlin le soutient par deux raisons; je ne saurais pas plus adopter l'une que l'autre. Voici comment il formule la première : « Pour pouvoir de ce que le Code civil ne parle pas nom-» mément de l'emphytéose non perpétuelle, inférer qu'il la » méconnaît et qu'il lui refuse l'effet qu'elle avait toujours eu » précédemment de transférer temporairement le domaine utile, » il faudrait aller jusqu'à pouvoir dire qu'il n'admet pas de pro-» priété temporaire et qu'il ne reconnaît point de milieu entre la » qualité de propriétaire et celle de locataire ou fermier. » Cette argumentation ne me paraît pas offrir une grande solidité; son dernier mot se découvre facilement; elle résout la question par la question même. Nous devons l'abandonner et passer à la seconde raison que voici :

177. « Merlin affirme que la loi de ventôse an XII, n'abrogeant

(1) *Des priv. et hypoth.*, t. 2, n° 405.

» les lois antérieures qu'autant qu'elles sont relatives *aux matiè-*
» *res qui sont l'objet du Code civil*, les lois antérieures qui admet-
» tent l'emphytéose temporaire et en déterminent les effets, sont
» encore dans toute leur rigueur. » Il est bien vrai que la loi de 1790 a maintenu au profit des emphytéotes le droit de domaine utile qui leur était reconnu par nombre d'anciens jurisconsultes. Dans cet esprit fut aussi rédigée la loi du 15 septembre-16 octobre 1791; mais cette manière d'envisager le droit d'emphytéose ne se retrouve plus dans les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. En rangeant ce droit parmi les objets susceptibles d'hypothèque, sous la qualification d'*usufruit* ou de *jouissance à titre d'emphytéose*, les rédacteurs de ces lois ont nettement indiqué qu'ils n'y voyaient plus, comme les jurisconsultes romains, qu'un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui. Au reste, l'article 543 est formel; le législateur n'admet plus ces dédoublements bizarres de la propriété que reconnaissait l'ancien Droit, il en revient aux principes de la raison : on ne peut avoir qu'un *droit de propriété* ou un *droit de jouissance*, sur les biens. » L'emphytéote n'a pas un droit de propriété; il ne peut donc légitimement prétendre qu'au droit de jouissance.

178. Enfin, l'emphytéose est-elle un bien immobilier? Non évidemment, si l'on envisage le côté de cette expression choisi par ceux qui l'emploient. Ils ont voulu faire rentrer le droit emphytéotique, comme *bien immobilier*, dans l'article 2118 1° et il est bien avéré que cette partie de l'article s'applique exclusivement aux immeubles par nature et à leurs accessoires, les immeubles par destination. Au reste, cette expression n'offre pas grand danger et les auteurs l'auraient abandonnée certainement, s'ils eussent remarqué que le droit d'emphytéose rentre dans l'article 2118-2°. J'espère pouvoir le prouver.

179. Reprenons maintenant notre route, et tâchons de prouver que l'emphytéose temporaire existe encore, comme droit de jouissance, réel, immobilier, susceptible d'hypothèque, soumis aux règles que son nom rappelle et que la tradition juridique nous enseigne, en tant qu'elles sont compatibles avec les principes du droit moderne.

180. S'inspirant du droit naturel, le Code consacre en principe la liberté des conventions, pourvu qu'elles demeurent conformes

à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En cela, il diffère du droit civil de Rome (art. 6 et 1134). Cette liberté est naturellement susceptible de s'exercer aussi bien dans la sphère des droits réels, qu'à tout autre point de vue ; seulement, alors que, en général, la loi abandonne au juge le soin de décider si, l'ordre public étant atteint par un contrat, il doit être déclaré illicite et non avenu, elle revendique le droit de statuer en tout ce qui touche la décomposition du droit de propriété ; il le fallait ainsi pour ne plus voir surgir jamais, un système territorial, plus ou moins analogue à la féodalité. Je prouverai plus tard que ce point de vue a dominé les rédacteurs du Code ; mais, une fois sauvegardés de ce côté, il n'y avait point de raison pour arrêter la volonté de l'homme et pour limiter le nombre des droits réels. Ces principes sont posés dans l'article 543 : « On peut avoir sur les biens, *ou un droit de pro-* » *priété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des ser-* » *vices fonciers à prétendre.* » Il me paraît évident que là seulement où était le mal a été porté le remède ; que la seule prohibition de notre article est celle de fractionner le droit de propriété défini par l'art. 544, pour composer un droit intermédiaire entre lui et le droit de jouissance, de revenir, en un mot, sous la couleur de termes différents, à l'ancien domaine utile. Mais, hors de là, l'intérêt de chacun est seul arbitre ; chacun peut établir sur son bien toutes les servitudes réelles que bon lui semble, si elles ne rappellent rien des dépendances féodales (art. 686), il doit être loisible à chacun de constituer toutes servitudes personnelles qui n'excèderont pas les bornes d'un droit de jouissance ; un droit de jouissance, c'est celui qui ne prend rien de l'*abusus ;* il sera donc toujours aisé de le reconnaître.

181. Ainsi envisagé, l'art. 543 n'est pas limitatif et des mots : *droit de jouissance*, s'évince la faculté de conclure aujourd'hui encore, une emphytéose. Je sais bien, et nous aurons à y revenir plus tard, que le mot *jouissance*, doit, suivant certains auteurs, s'entendre de l'*usufruit* seul ; d'après eux, cette expression serait restrictive. Je répondrai ultérieurement à cette doctrine ; pour le moment, je ne m'en occupe pas ; je pars de cette idée que l'expression : *droit de jouissance*, n'est pas limitative.

182. Il est donc un premier point conquis. Sous l'empire du Code, avec l'art. 543, on peut créer le droit d'emphytéose temporaire.

Ce droit sera réel, il sera immobilier; mais il ne sera plus soumis à ses règles anciennes, car les parties n'ont pas la faculté de se placer d'une manière générale sous l'empire de l'ancienne législation, coutumes, lois romaines, etc... même quant à une institution particulière (art. 1390). Ainsi donc, si on n'emprunte pas pour l'emphytéose le secours d'autres textes que l'art. 543, combiné avec les art. 6 et 1134, elle sera réduite à vivre de la prévoyance des parties; elle aura perdu son individualité; il faut, de toute nécessité, qu'elle prenne vie d'une loi antérieure actuellement en vigueur pour être elle-même. C'est dire que la loi de 1790 n'est pas abrogée. Il n'y a pas d'autre argument à faire, et nous n'avons voulu, en argumentant de l'art. 543, prouver qu'une chose, c'est qu'il n'abroge pas tacitement cette loi antérieure. Ainsi, tant que la discussion demeurera bornée aux textes du Code, elle sera stérile. C'est pourquoi, je pense, que les partisans de l'affirmative auraient beaucoup mieux fait de ne s'y pas autant appesantir notamment, M. Duranton. Porter la lutte sur ce terrain, isolément, c'est se rendre, à mon sens, la victoire à peu près impossible. J'insisterai, en conséquence, sur la non-abrogation de la loi de décembre 1790.

183. La loi de décembre 1790 est encore en vigueur ; on fait, en général, pour le prouver, un argument que Merlin a produit le premier: la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) n'abroge les lois antérieures que si elles sont relatives aux matières faisant l'objet du Code civil ; or, ce Code ne parle pas de l'emphytéose; donc, elle subsiste toujours avec ses effets anciens, effets que consacrait implicitement la loi antérieure ; cet argument est formulé par certains jurisconsultes (1); d'autres ne se donnent pas même la peine de le poser, ils partent *à priori* de la non-abrogation sans la prouver (2) ; il ne leur en faut pas faire un grief, car leur silence ressort des circonstances mêmes. Ce n'est pas depuis longtemps que l'existence de l'emphytéose a été solidement contestée ; Delvincourt et Grenier n'avaient pas établi le doute sur des bases solides ; aussi leur thèse, réfutée par Merlin et M. Duranton,

(1) Questions de droit, v° *Emphytéose*, § 5, n° 8, Persil, *loco laudato*, p. 319. Duvergier, *Du louage*, n° 154, t. 1.

(2) Duranton (*loco laudato*), p. 76 ; Toullier, t. 3, n° 101 ; Proudhon (*locis laudatis*) ; Battur (*loco laudato*).

ne fit-elle pas fortune; on finit par ne la plus discuter; dans ces derniers temps seulement, elle a été reprise par des jurisconsultes de premier ordre; aussi a-t-elle appelé la réfutation de M. Demante, beaucoup plus forte que celles antérieures.

184. Mais, revenons à l'argument posé; cet argument, véritablement péremptoire en la forme, n'a pas, au fond, toute la solidité désirable; je crois difficile d'en tirer grand parti. En effet, il est un principe de droit commun en vertu duquel, lorsque la loi ancienne et la loi nouvelle statuent sur la même matière, si la loi nouvelle ne reproduit pas une disposition particulière de la loi ancienne, encore bien qu'elle ne prononce pas d'abrogation expresse, cette disposition particulière n'en est pas moins abrogée (1). Conséquemment, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, au lieu de porter une disposition exceptionnelle, consacre les principes généraux; il en résulte que l'on doit ne pas le restreindre à ses termes, car ce serait restreindre le droit commun, contrairement au bon sens et aux vues du législateur. Ainsi, il faut considérer sans doute les textes du Code pour savoir si une loi antérieure est abrogée, mais aussi il faut sonder l'esprit de la loi, et son esprit ressort tout aussi bien du silence, qu'il ressort de l'exégèse; on ressusciterait, en effet, bien des principes abandonnés de notre ancienne jurisprudence si l'on admettait que le Code civil n'a pu les abroger par sa simple omission.

185. La réponse à l'argument de Merlin était appelée par l'argument même; M. Demolombe l'a faite (t. IX, n° 491), et voici en quels termes : « Le Code Napoléon statue précisément sur cette » grande question de savoir quels sont les droits que l'on peut » avoir sur les biens; il renferme à cet égard une loi nouvelle et » complète; donc, toutes les lois antérieures sur la même matière » sont en conséquence abrogées. » C'est le silence même, retourné contre ceux qui s'en servent.

Considérée isolément, la réfutation du savant jurisconsulte ne serait pas à l'abri de toute critique; on pourrait objecter qu'elle laisse la question intacte, en supposant *à priori* que l'art. 543 est restrictif, qu'il équivaut à une exclusion. Nous n'avons pas le droit de soulever cette objection dans l'espèce; ce serait supposer, à tort,

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, n° 128.

que M. Demolombe a voulu résoudre, par sa réfutation, la question tout entière; la réponse a un but, celui d'anéantir l'argument, et pas d'autre; en cela, elle est péremptoire. Non, le silence du Code ne prouve pas à lui seul que les lois antérieures sont en vigueur, et l'argument de Merlin doit être abandonné; mais à lui seul, il ne prouve pas non plus l'abrogation; une chose ici prouve, c'est l'esprit du silence; nous aurons plus tard à le rechercher.

185 *bis*. Il me paraît y avoir un motif juridique, passé jusqu'ici à peu près inaperçu, qui prouve irréfutablement, lui, la non-abrogation de la loi de 1790; il ne se trouve pas dans ce que dit la loi de ventôse (art. 7), mais bien dans ce qu'elle ne dit pas. Je vais essayer de le mettre en lumière. Et d'abord, lisons le texte de l'article : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois » romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, » les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale » ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois » composant le présent Code. » Comment se fait-il que personne n'ait remarqué ici que les lois intermédiaires ne sont pas comprises dans le texte de notre article?

Dire qu'elles n'y sont pas comprises, c'est dire qu'elles en sont formellement exclues par la volonté du législateur lui-même. Voilà mon argument. On ne m'objectera pas qu'il a seulement la valeur, quelquefois douteuse, des arguments *à contrario*. J'accepte cette objection, d'une manière générale, mais je la repousse, en l'espèce. En effet, les arguments *à contrario*, sont invincibles quand on les évince d'une disposition énumérative, parce que c'est le propre des énumérations, de se limiter elles-mêmes; elles indiquent avec certitude jusqu'où elles vont; on n'a pas le droit de les étendre.

Au reste, non seulement je me fais une arme de l'argument de texte; mais encore, je vois démontrée jusqu'à l'évidence, par la contexture de notre article 7, la volonté formellement exclusive du législateur.

186. En effet, il suffisait aux rédacteurs de la loi de ventôse de dire : les lois anciennes sont abrogées en tout ce qui fait l'objet du présent Code : s'ils n'ont pas dit ainsi, ils ont eu un motif raisonnable; ce motif ne peut être que celui d'exclure les lois intermédiaires; supposer qu'ils ont voulu les abroger, et que dans une énumération soigneuse, élaborée au Conseil d'Etat, vérifiée de

nouveau après la communication officieuse au Tribunat, communiquée à ce dernier officiellement, votée enfin par le Corps législatif, elles ont été oubliées par tout le monde, c'est supposer l'impossible. On comprendrait très-bien que les statuts locaux eussent été omis, ou même une autre branche peu importante de la législation ancienne, mais non les lois intermédiaires, celles précisément sous l'empire desquelles on vivait, ces lois vivantes qui venaient de bouleverser la propriété en France, et de changer l'assiette de la plupart des fortunes.

187. En second lieu, l'art. 7 de la loi de ventôse an XII formule un principe de droit commun, ceci est bien avéré; cette circonstance, jointe à la première, nous conduit jusqu'à la certitude.

En effet, les principes de droit commun sont inutiles dans un code; ils sont du domaine de la doctrine; cette première considération suffirait pour nous déterminer à croire que les lois intermédiaires sont exclues de l'article. Le code n'édicte-t-il pas lui-même cette règle de bon sens, qu'il faut entendre une clause dans le sens avec lequel elle peut produire quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (art. 1157)? Je ne suis pas aussi rigoureux toutefois et j'admets que les rédacteurs aient pu proclamer raisonnablement que le code abolissait les lois anciennes. Mais une chose est impossible à comprendre, c'est qu'ils aient énuméré ces lois s'ils voulaient les abroger toutes. Quand on énumère, on s'expose à omettre, ce qui est un grave danger toujours, mais en matière législative surtout. Or, l'omission possible menait ici à un double écueil que les législateurs connaissaient bien. Les interprètes pouvaient plus tard appliquer à la branche de législation omise, le droit commun, en la déclarant abrogée; ils pouvaient, ceci était plus grave à la fois et plus probable, la considérer comme exclue du droit commun et par suite demeurée en vigueur. Si on veut que les rédacteurs se soient placés au premier point de vue, la circonstance de l'énumération prouve, à elle seule, qu'ils ont agi avec la certitude du danger couru et la conscience, qu'au moins l'article était destiné à n'avoir pas de sens. Croire qu'ils se sont placés au second, c'est admettre encore quelque chose de pis; c'est admettre qu'ils ont édicté une disposition, inutile dans tous les cas, étant sûrs qu'un oubli de leur part forcerait les interprètes futurs à lui reconnaître un sens précisément contraire

à celui qu'ils voulaient donner. Voilà les conséquences auxquelles on arrivera fatalement si on n'admet pas que les rédacteurs de la loi de ventôse ont voulu en exclure le Droit Intermédiaire; ces conséquences répugnent avec la manière d'être des opérations de l'entendement et nous conduisent à envisager l'article 7 de la loi de ventôse, comme une œuvre à peu près inexplicable.

188. Aussi, faut-il admettre que l'argument de texte tiré de cette loi, argument qui eût suffi à lui seul sans que nous eussions eu à nous préoccuper de l'esprit du législateur, se corrobore et devient maintenant invincible. C'est là le point inexpugnable de notre système. Les lois intermédiaires ne sont pas abrogées; mais, si elles sont en vigueur, dans quelle mesure le sont-elles? C'est ce qu'il faut rechercher.

189. Et d'abord, elles sont formellement soustraites au droit commun, c'est-à-dire, il ne suffit plus que le code ait fait une loi « nouvelle et complète sur les droits réels, pour que l'emphytéose en » soit exclue; ainsi maintenant nous n'accepterions plus la réponse faite à Merlin par M. Demolombe; nous la retournerions contre le savant doyen de la Faculté de Caen; nous lui dirions (en supposant toujours que l'emphytéose ne rentre pas dans le droit de jouissance de l'art. 543), il ne suffit plus que le Code Napoléon statue en général sur les droits réels, sans mentionner l'emphytéose, pour qu'elle n'existe pas; l'abrogation de la loi de 1790 doit résulter non plus du silence de la loi postérieure, mais de l'incompatibilité absolue de cette dernière avec la loi antérieure.

190. La question est singulièrement réduite; y a-t-il incompatibilité absolue entre la loi de 1790 et le Code Napoléon? Ah! sur ce terrain le débat n'est pas malaisé. Tous nos adversaires proclament que les lois intermédiaires organisatrices de la propriété, sont l'esprit vivifiant des articles du Code, la lumière qui en éclaire les côtés obscurs; dès-lors j'ai toujours droit à le mettre en harmonie avec elles, à moins que pour y parvenir il faille ou violer un texte, ou violer le bon sens; je puis aller jusqu'à cette limite; alors seulement il y aura incompatibilité absolue.

191. Et me circonscrivant à l'art. 543, je me demande s'il y a incompatibilité entre son texte et le maintien de l'emphytéose. Mais la question peut-elle même s'élever? je veux que l'emphytéose soit un droit de jouissance, la loi permet d'avoir un droit de jouis-

sance sur les biens; on n'objectera pas sans doute que, sous la loi de 1790, le droit emphytéotique, étant considéré comme domaine utile, il ne saurait rentrer dans notre article. Je répondrais que les lois de Messidor et de Brumaire ont coupé court à cette manière de voir, qui, au reste, n'était pas universelle dans l'ancien droit (*suprà*, n° 108).

192. Et maintenant avec ces données, quoi de plus simple que la conclusion d'un bail emphytéotique ? Etant posées ces deux propositions, que le code me permet de la conclure et qu'une loi antérieure actuellement en vigueur en indique virtuellement les règles, la simple stipulation d'un bail emphytéotique appellera l'application de tous les principes qui constituent l'individualité du droit d'emphytéose ;

193. Le moment est venu d'aborder l'objection capitale de mes adversaires.

On m'oppose précisément le texte de l'article 543 et on me dit ; de la comparaison de cet article avec les articles 526, 578, 2118 et 2204 il ressort que par les mots : *droit de jouissance* il entend désigner *l'usufruit* et pas autre chose (1) ; MM. Aubry et Rau (2) plus rigoureux encore que M. Demolombe font ressortir comme inséparable de l'usufruit, le caractère de droit *viager* que lui attribue le Code. Cette dernière précision augmente encore la force de l'argument qu'on nous porte : si on s'était borné à dire : le mot *droit de jouissance*, est synonyme du mot *usufruit*, j'aurais pu répondre que, réciproquement, l'usufruit n'est autre que la jouissance, et immédiatement j'en eusse cherché la définition dans l'art. 578 qui suffit à mon système. En effet cet article s'exprime ainsi : » l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un » autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la » charge d'en conserver la substance. » Etant donné ce texte, et la loi de 1790 n'étant pas abrogée, j'ai ce qu'il me faut, pour constituer une emphytéose. C'est là, au reste, ma réponse à M. Demolombe. MM. Aubry et Rau restreignent la définition du Code par les règles réparties en trois sections, qui la suivent ; autrement dit, l'usufruit permis par l'art. 543 n'est pas suivant eux un droit

(1) Demolombe, t. 9, p. 408.
(2) Aubry et Rau, t. 2, p. 406.

de jouissance, en général, comme la définition le dit, mais un droit dont les contours sont minutieusement arrondis par le Code lui-même ; bien plus encore, reconnaissant bien que les règles ainsi tracées peuvent être modifiées par la convention des parties, ils donnent comme indélébile celle de l'art. 617, 1°, d'où résulte pour l'usufruit le caractère viager ; par là ils ferment jusqu'à la dernière porte à l'initiative privée ; en désespoir de cause elle eût tenté peut-être de faire en détail par des conventions minutieuses, ce qu'elle ne pouvait pas faire en se rapportant ouvertement à une loi ancienne.

194. Si MM. Aubry et Rau avaient borné leur argument là où le borne M. Demolombe, ma première réponse, basée sur ce que la définition de l'usufruit peut embrasser l'emphytéose, aurait été suffisante. Mais du moment qu'ils resserrent l'art. 578 au moyen des articles suivants, je conteste que l'usufruit ainsi restreint et la jouissance soient identiques. En effet, le Code nous présente des situations diverses dans lesquelles on jouit légitimement du bien d'autrui, sans être usufruitier. C'est le cas d'un antichrésiste, d'un usager, d'un possesseur de bonne foi ; ils ont un droit de jouissance, mais non pas d'usufruit. Aussi est-il évident que la jouissance est un droit générique, susceptible de se diviser en espèces diverses ; si donc il arrive quelquefois de voir l'usufruit lui être donné pour synonyme, c'est que le législateur aura forcément agrandi dans l'espèce le sens de cette expression. Ainsi dans l'article 526, cette synonymie a lieu et pour donner un sens exact à l'article, il faut faire rentrer dans *l'usufruit* les droits d'usage, d'habitation, d'antichrèse, etc. Dans l'art. 949 il faut bien admettre que, si le législateur parle antithétiquement de la *jouissance* et de *l'usufruit*, il proclame leur distinction. S'il identifie au contraire ces deux expressions, dans l'une comme dans l'autre rentrent l'usage, l'habitation et même les services fonciers. MM. Aubry et Rau n'argumentent pas avec plus de fruit des articles 2118, 2204 et 543 combinés. Ici aussi l'usufruit est pris dans le sens de jouissance, ce qui le prouve, c'est l'article 2181 qui nous parle de la purge des *droits réels immobiliers ;* ces drois réels immobiliers susceptibles d'hypothèque et, par suite, d'expropriation forcée, désignés au pluriel, ne sont pas l'usufruit seul ; néanmoins ils rentrent dans

le 2° des articles 2118 et 2204 sous le mot *usufruit*. Il n'est pas possible autrement.

195. J'ai répondu à l'argument de texte ; je me résume : l'usufruit est quelquefois considéré par le Code comme ce droit restreint, *sui generis*, dont les règles sont minutieusement tracées, et alors il est une des variétés du droit de jouir ; quelquefois, il est considéré comme la jouissance elle-même, et alors il s'élève à la hauteur d'un droit générique ; c'est le cas des art. 526, 578, 2118 et 2204. Sa signification et celle du mot *jouissance* ont des limites qui ne diffèrent pas. L'esprit et la lettre de l'art. 543 nous les font connaître. Le droit de jouir s'arrête là seulement où il perd son individualité, d'un côté au néant, de l'autre à l'*abusus*. D'un extrême à l'autre, sa sphère est grande : il peut s'y mouvoir sans obstacle, la loi ne l'arrêtant pas.

Nous n'insistons pas, la réponse est, je crois, décisive ; nos adversaires, en disputant le terrain pied à pied, nous en ont bien fait sentir le prix.

196. Je reprends l'offensive à mon tour avec l'art. 2181 ; cet article prouve irréfutablement que le Code donne asile au droit d'emphytéose. Il parle de la purge des *droits réels immobiliers* au pluriel. Quels sont-ils ces droits réels immobiliers ? Pourquoi employer cette expression générale, puisque l'usufruit seul est susceptible d'hypothèque ? Evidemment, elle ne peut avoir ici trait ni aux servitudes, ni à l'usage où l'habitation dont la nature exclut essentiellement l'hypothèque ; il est clair qu'elle s'applique au droit de jouissance pleine et qu'elle en reconnaît plusieurs espèces possibles ; parmi ces espèces, au premier chef est l'emphytéose ; cet article 2181 est inexplicable pour ceux qui veulent l'exclure ; pour moi, il est clair et la lumière en est vive, surtout quand je le confronte avec les lois de Messidor et de Brumaire. C'est par lui que je réponds à M. Demolombe, quand l'éminent jurisconsulte (p. 408 et 409, t. 9) me dit : « Les rédacteurs du Code avaient sous les » yeux les lois de Messidor et de Brumaire ; qu'en font-ils ? Ils » les copient presque littéralement, sauf un mot qu'ils retranchent, » et ce mot, c'est l'emphytéose. »

Opposera-t-on à cet article les paroles que prononça M. Tronchet lors de sa discussion au Conseil d'État : il a dit, je l'avoue : « *que* » *maintenant l'emphytéose n'aurait plus d'objet,* » mais pourquoi ?

La première partie de sa phrase l'explique : « parce qu'on ne » l'employait autrefois que pour éviter les droits seigneuriaux. » De quelle emphytéose parlait-il donc, si ce n'est de la perpétuelle? Evidemment, ce n'est pas l'emphytéose temporaire qui servait à faire éviter des droits perpétuels.

197. Et puisque nous parlons d'emphytéose perpétuelle, je crois pouvoir dire à mes adversaires qu'ils sont impuissants à l'exclure s'ils n'admettent pas le bail emphytéotique à quatre-vingt-dix-neuf ans.

198. En vertu de quelle disposition peut-on dire aujourd'hui que l'emphytéose perpétuelle transfère la propriété au preneur, autrement dit qu'elle est rachetable? Est-ce en vertu de l'article 529? non; cet article ne rend impossibles que les rentes foncières perpétuelles et non pas l'emphytéose. En effet autrefois l'arrentement perpétuel transmettait toute la propriété au preneur, hormis le droit de rente que se réservait le bailleur (1); depuis que l'article 529 a mobilisé les rentes, cette retenue devient impossible et toute la propriété passe forcément au preneur. Dans l'emphytéose, au contraire, le bailleur retient le domaine direct tout entier, et n'aliène le domaine utile que sous la déduction du canon qui est réputé foncier, à l'instar de la rente. L'art. 529 n'a pas d'autre effet que de mobiliser le canon ; le domaine utile passe donc tout entier au preneur et le domaine direct reste au bailleur ; l'article précité ne produit rien de plus. Est-ce donc l'article 530 qui abolit l'emphytéose perpétuelle? pas davantage; il ne s'applique qu'aux rentes aussi bien par son esprit que par son texte. Par son texte, c'est évident; par son esprit, cela ressort de la discussion qui en eut lieu au Conseil d'Etat (2) ; la question y fut posée en ces termes par le consul Cambacérès ; « la section est chargée d'examiner s'il convient de rétablir l'usage des rentes foncières; » la résolution prise après l'épuisement du débat fut celle-ci : « le Conseil rejette la proposition de rétablir les « *rentes foncières* (3)» ; et elle fut traduite dans l'art. 530. Bien plus, quand la rédaction en fut présentée au Conseil, « M. Bigot-Préameneu fit remarquer » que si le Code Civil eût gardé le silence sur les rentes foncières,

(1) Pothier, *Bail à rente*, ch. 1, nos 1 et 4.
(2) Fenet, t. 11, p. 56.
3) Fenet, t. 11, p. 69.

» on aurait pu les croire autorisées, en vertu de l'axiome que tout » ce que la loi ne défend pas est permis (1). ». Ne pourrions-nous pas tirer argument de cette manière de voir de nos législateurs ? tout ce qui n'est pas défendu est permis ; vous ne défendez pas l'emphytéose perpétuelle ; qu'en résulte-t-il ? qu'on ne m'oppose pas ici le discours de Malleville au Conseil d'Etat ; Malleville, il est vrai, dans la discussion de l'article a confondu l'arrentement avec l'emphytéose ; mais cela s'explique par la tradition ; l'habitude du langage les confondait, même dans l'ancien droit et cependant on savait bien les y distinguer. Argou (2) nous signale cette confusion comme ayant lieu aux pays de coutumes ; néanmoins il consacre un chapitre à l'emphytéose, un autre à l'arrentement. A tout prendre, que conclurait-on ? que Malleville avait des idées inexactes. Eh bien ! l'inexactitude ne prouve que contre celui qui la commet.

Il résulte donc une seule chose des art. 529 et 530 : le canon ne pourrait plus être considéré comme une charge réelle ; mais à part cette modification, ils ne prohibent pas l'emphytéose perpétuelle ; ils nous font revenir au Droit Romain, voilà tout, comme l'art. 543 lui-même. Ce dernier défend qu'il soit plus question de domaine utile, mais il ne faut pas lui faire produire plus d'effet qu'il ne peut ; il peut seulement forcer le domaine utile emphytéotique, à descendre au rang de droit de jouissance. Il ne peut pas, supprimant le domaine direct, transformer l'emphytéose perpétuelle en arrentement. Ce serait une expropriation pour cause d'utilité privée et elle est illicite (art. 545). Ainsi donc, le Code Civil isolément envisagé, nous ramènerait, je l'ai dit, à l'emphytéose romaine ; mais c'est là tout.

Il faut quelque chose de plus pour que l'emphytéose perpétuelle transporte la pleine propriété sur la tête du preneur ; ce ne peut être que la loi de 1790 ; c'est là que j'en voulais venir.

Eh ! bien, les partisans de la négative en divisent la dernière disposition, et ils ne le peuvent pas. Je le prouve. L'art. 1er, en effet, ne fixe pas directement le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans comme constitutif d'une emphytéose perpétuelle ; il le fixe par

(1) Fenet, t. 11, p. 70.
(2) Argou, *Institution au droit français*, liv. 3, ch. 28.

à contrario ; c'est parce qu'un bail temporaire ne peut excéder ce délai, qu'il serait réputé perpétuel s'il s'étendait au-delà. Plus encore, la détermination du terme fait corps avec la phrase qui autorise l'emphytéose à temps. Il en résulte forcément que si on veut connaître quelle est l'époque après laquelle un bail sera censé perpétuel, il faut avoir accepté préalablement la dernière partie du texte. Elle est inséparable de la première ; eh ! bien, qu'on choisisse ; qu'on l'adopte ou qu'on l'abandonne. A moi, peu m'importe ; dans le premier cas, on m'octroye l'emphytéose temporaire, c'est ce qu'il me faut ; dans le second, on me laisse sous l'empire de cette phrase isolée : « *Il est défendu de plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable* » (redevance perpétuelle, bien entendu, ce qui ressort de la première phrase dont celle-ci est la continuation) ; avec cette disposition non tempérée par la suivante, je puis constituer une emphytéose pour cent mille ans, car cent mille ans ne sont pas la perpétuité ; c'est plus qu'il n'en faut.

199. Je vais plus loin, et je consens à diviser le texte. Quatre-vingt-dix-neuf ans, voilà le terme constitutif de la perpétuité, fixé *à priori*. Quel effet produira l'emphytéose au-delà ! elle transfèrera la pleine propriété ; en deçà que produira-t-elle ! le néant ; mais il faudrait un texte pour la déclarer illicite. Un droit *personnel* de jouissance ! Qu'on me montre encore un texte, j'accepte l'épreuve. Mais il n'y en a pas ; il faut donc revenir à la loi de 1790. Sinon, on cesse d'être interprète pour devenir législateur.

200. La partie positive de ma démonstration est terminée ; il me reste à la compléter en étudiant l'esprit de la loi.

201. En matière de droits réels, le Code Napoléon a eu un seul but ; celui de prévenir tout retour à un système approchant de la féodalité ; il se manifeste dans l'art. 686 ; il se manifeste dans l'art. 543 ; il se manifeste dans l'art. 529 et dans l'art. 530. Mais, hors de là, le principe sagement libéral de la liberté des conventions ne saurait fléchir. Que le Code défende, si je puis m'exprimer ainsi, le dédoublement du droit de propriété, je le conçois ; permettre encore, en 1804, cette division illogique du domaine, en direct et utile, c'eût été tendre la main à un ordre de choses qui venait d'être violemment brisé. Mais, ce qui serait inconceva-

ble, ce serait la prohibition adressée aux parties de se façonner à leur gré un droit de jouissance. Comment expliquer cette défense sans désorganiser l'ensemble du Code? Comment l'expliquer en face de l'art. 686, qui accorde la liberté sur un terrain beaucoup plus dangereux, celui des servitudes, qui formaient une branche importante des abus féodaux?

M. Demolombe a bien compris combien ces considérations, prises de l'esprit du Code, avaient de la portée; aussi, il répond : « On objecterait, en vain, que la loi du 29 décembre 1790, » en maintenant les emphytéoses temporaires, avait reconnu » qu'elles ne devaient pas être confondues avec les autres conces- » sions, qui produisaient ce démembrement féodal de la propriété » en domaine utile et en domaine direct et supérieur. Il n'en est » pas moins vrai que l'emphytéose s'était tout-à-fait compromise » par son alliance avec les institutions féodales et surtout avec » le bail à cens, etc.....» Je répondrai au savant doyen de Caen qu'il est en cette question un juge souverain, le législateur de 1789, celui qui a défait la féodalité; en conservant l'emphytéose temporaire, il a reconnu qu'elle n'était pas féodale; je veux bien que quelques baux temporaires se soient rencontrés isolément, empreints d'un caractère de vassalité; mais ceux-là sont tombés sous la suppression sans indemnité en tout ce qu'ils renfermaient de devoirs personnels ou honorifiques. Et ne puis-je pas, à propos d'eux, rappeler cet adage : « l'exception confirme la » règle !» La règle, oui, elle est formelle. L'emphytéose temporaire a été jugée non féodale et maintenue comme telle. Elle a passé par le creuset de la législation conventionnelle; elle en est sortie intacte dans l'art. 2 du décret de 1793 (17 juillet). Et ce seraient les rédacteurs du Code Napoléon qui l'auraient trouvé féodale? Ces hommes, placés en face d'un ennemi déjà mort, seraient allés plus avant dans leur haine anti-féodale que les Conventionnels eux-mêmes; qui donc oserait en venir là?

Mais, j'interroge les rédacteurs, voici ce que M. Portalis répond : « Nous avons maintenu les réformes salutaires qui, depuis » la révolution, ont été opérées dans les ventes d'immeubles. Mais » nous avons pensé qu'on avait été trop loin quand, sous pré- » texte d'effacer jusqu'aux moindres traces de la féodalité, on » avait proscrit le bail emphytéotique et le bail à rente foncière,

» *qui n'ont jamais été un contrat féodal*..... et nous avons aban-
» donné à la sagesse du gouvernement la question de savoir s'il
» est convenable d'en provoquer le rétablissement (1). » Je ne sais si je me trompe, mais ce passage qui se rapporte aux emphytéoses perpétuelles doit, par *à fortiori*, fixer les idées sur le caractère non féodal et aussi sur le maintien des emphytéoses temporaires.

202. Je ne m'occuperai pas des objections de détail; l'emphytéose n'est pas utile aujourd'hui, dira-t-on. C'est une base de crédit bien peu durable. Et l'usufruit, répondrai-je! Mais, laissons-là ces points de fait; ils doivent être abandonnés à la prévoyance des parties et n'ont rien à faire dans une question juridique.

Seulement, je m'étonne de voir M. Demolombe (t. IX, p. 414) penser avec MM. Aubry et Rau (t. II, p. 406), que l'emphytéose n'offre pas aux parties beaucoup plus d'avantage qu'un simple bail. Sans doute, les charges du locataire sont moindres que celles de l'emphytéote; mais aussi, quelle différence entre la quotité du loyer et celle du canon. L'intérêt pratique, majeur et évident en matière d'emphytéose, n'existe-t-il donc pas? Pour moi, je le trouve dans la faculté d'hypothéquer.

203. Il me reste à expliquer le silence gardé par le Code à l'égard du droit d'emphytéose. Cette explication je la trouve, d'une façon plausible, dans le discours préliminaire du projet de Code civil; voici, en effet, d'après Portalis, comment les rédacteurs envisageaient leur tâche : « L'office de la loi est de fixer, par de
» grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des
» principes féconds en conséquences et non de descendre dans le
» détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

» C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit
» général des lois, à en diriger l'application. » (Fenet., t. I, p. 490).

Eh! bien, les grandes lignes dont parle Portalis, ne sont-elles pas tracées dans l'art. 543? Cet article n'est-il pas la substance de la législation en matière de droits réels? N'est-il pas un principe fécond sous lequel vient se grouper l'emphytéose?

Ainsi donc, il est acquis qu'en s'abstenant de la nommer, les rédacteurs n'étaient pas infidèles à leur ligne de conduite; ce point

(1) *Discours préliminaire du projet de Code civil*, Fenet, t. 1, p. 516.

est déjà capital. Et si, en fait, ils l'ont passée sous silence, c'est uniquement parce que cette tenure n'est pas d'un usage habituel ; parce qu'elle est faite pour satisfaire à des besoins agricoles qui n'existaient plus lors de la rédaction du Code. L'usufruit, au contraire, a été réglé avec soin, et cela s'explique ; à toutes les époques on le retrouve ; il ne répond pas à des besoins momentanés, mais bien à un sentiment de libéralité qui est impérissable.

204. Jurisprudence. — Les controverses et les agitations de la doctrine nous ne les retrouverons pas dans la jurisprudence. J'en ai avec soin étudié les nombreuses décisions ; elles sont unanimes en faveur de l'emphytéose ; qu'elles émanent des Cours impériales ou de la Cour de Cassation, peu importe, elles ne varient point (1). Je dirai plus : le doute sur l'existence du droit emphytéotique ne paraît s'être jamais posé comme possible dans l'esprit des magistrats. Aussi nous chercherions vainement dans les nombreux arrêts qui se rencontrent, des arguments et des raisons de décider en faveur de l'affirmative. Peut-on s'étonner de ce silence ? Non, certes ; le doute ne semble pas pouvoir naître ; pourquoi le susciter et aller en quelque sorte au-devant de lui ? Le problème n'existe pas, pourquoi chercher une solution ? Tout se résume en un mot, pour la jurisprudence ; elle considère l'emphytéose comme conforme aux vues du législateur, qui n'a pas interrompu le fil de la tradition ; la loi de 1790 affirme l'existence de l'emphytéose ; son esprit a passé dans le Code qui maintient les anciennes règles par la généralité de ses termes.

Toutefois, disons-le, la jurisprudence n'a pas assez douté ; je m'entends ; elle n'a pas assez considéré que, sans proscrire le droit d'emphytéose, l'art. 543, devancé au reste par les lois de messidor et de brumaire, en avait profondément modifié la nature. Elle n'a

(1) Civ. Cass. 26 juin 1822 ; Sirey, 22, I, 362. Paris, 10 mai 1831 ; Sir. 31, II, 153. Req. Rej. 19 juillet 1832 ; Sir. 32, I, 531. Douai, 15 décembre 1832 ; Sir. 33, II, 65. Civ. Cass. et Civ. Rej. 1er avril 1840 ; Sir. 40, I, 433 et 436. Civ. Cass. 24 juillet 1843 ; Sir. 43, I, 830. Req. Rej. 12 mars 1845 ; Sir. 45, I, 382. Civ. Cass. 18 mai 1847 ; Sir. 47, I, 623. Civ. Cass. 6 mars 1850 ; Sir. 1850, I, 210. Civ. Rej. 17 novemb. 1852 ; Sir. 52, I, 747. Civ. Cass. 23 février 1853 ; Sir. 53, I, 206. Civ. Cass. 26 avril 1853 ; Sir. 53, I, 445. Req. Rej. 9 janvier 1854 ; Sir. 54, I, 531. Civ. Rej. 21 août 1857 ; Sir. 57, I, 854. Civ. Cass. 13 avril 1859 ; Sir. 59, I, 917. Grenoble, 4 janvier 1860 ; Sir. 61, II, 125. Req. Rej. 6 mars 1861 ; Sir. 61, I, 713. Civ. Rej. 11 nov. 1861 ; Sir. 62, I, 91.

pas remarqué avec assez de soin que ce droit, aujourd'hui, n'est plus qu'un droit de jouissance. On regrette de trouver dans les considérants de la Cour de Cassation cette idée que le bail emphytéotique opère *la translation et l'aliénatien à temps du droit de propriété,* qu'il confère un droit *de domaine utile.*

Ces inexactitudes avaient frappé M. Troplong ; aussi, en 1845, le savant magistrat étant rapporteur, lui-même, devant la Chambre des requêtes, ne put s'empêcher de les signaler. Il démontra dans son remarquable rapport qu'il faut, sous l'empire du Code, s'en tenir à la doctrine de Dumoulin, et considérer l'emphytéose comme un *jus in fundo*, un droit réel, un *quasi-domaine*, mais non un domaine. L'idée de M. Troplong est parfaitement vraie ; il me semble toutefois que le mot de quasi-domaine est susceptible de la dénaturer un peu ; je préférerais que l'on abandonnât cette expression quelque peu vague. Le savant magistrat, au surplus, fit observer à la Cour que, probablement, les termes dont elle s'était servie trahissaient sa véritable pensée ; car, disait-il, la plupart de ses arrêts avaient été rendus en matière d'enregistrement, matière où elle se préoccupait moins, et avec raison, de formuler une doctrine précise, que de rechercher quelles analogies présente l'emphytéose avec la propriété, afin de baser sa décision sur le genre de tarifs qu'elle croyait applicable.

Cette observation du savant conseiller-rapporteur était juste ; la Cour l'a prouvé dans l'arrêt même qui suivit le rapport, en consacrant sans aucune réserve, la doctrine de M. Troplong. Elle a, depuis, persévéré dans cette voie nouvelle ; on peut en juger en consultant les arrêts postérieurs à 1845, notamment ceux du 13 avril 1859, du 6 mars 1861 et du 11 novembre 1861 (ils sont cités à la note 1, page 156). Celui du 6 mars 1861 est fort explicite notamment : « Attendu, dit-il, que l'emphytéose est un droit réel » qui se détache de l'immeuble et constitue au profit de celui » auquel il est conféré une véritable propriété (propriété de son » droit, cela s'entend) dont il a la libre disposition, etc. ; » nous sommes heureux de signaler cette nette affirmation des véritables principes.

205. Si la jurisprudence consacre l'existence des emphytéoses, c'est que ces sortes de contrats répondent à un véritable besoin pratique ; il ne faut donc pas argumenter de leur inutilité. On en

conclut tous les jours. MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustaing nous apprennent que beaucoup de maisons à Paris ont été construites au moyen de baux emphytéotiques (t. 2, n° 70). Les concessions de chemins de fer ne sont pas autre chose ; elles réunissent au plus haut degré les caractères de l'emphytéose ; le droit du concessionnaire, en effet, est réel, il est immobilier, il est susceptible d'hypothèque puisque la voie ferrée est hypothéquée par des lois spéciales aux porteurs d'obligations. On en peut dire autant des constructions de ponts, adjugés sans indemnité à des entrepreneurs, avec faculté de recouvrer leurs avances au moyen d'un péage. Sans doute ce ne sont plus les emphytéoses dans leur forme typique et primitive. Souvent, il n'y aura pas de canon ; elles ne s'appliquent pas à des terres incultes ; mais, peu importe ; sous ces modifications de détail l'idée mère vit toujours.

Je termine et j'apporte les documents les plus précieux qu'on puisse désirer en faveur de l'existence permanente du bail emphytéotique ; ce sont des ordonnances royales et même des actes émanés du pouvoir législatif lui-même ; les plus importants sont : le sénatus-consulte du 30 janvier 1810, art. 14 ; la loi du 8 novembre 1814, art. 15 ; l'ordonnance du 8 août 1821, art. 2 (elle est relative aux emphytéoses communales) ; les lois du 21 juin 1826, du 28 juin 1829 (art. 8) et du 21 avril 1832.

205 *bis*. L'emphytéose existe dans plusieurs Etats de l'Europe. Le Code hollandais la reconnaît : il la considère comme un droit réel qui consiste à avoir *la pleine jouissance* d'un immeuble qui appartient à autrui (art. 767). La Belgique l'a rétablie chez elle par une loi du 11 janvier 1824. Le Code des Deux-Siciles lui consacre aussi quelques dispositions (art. 1678 et suiv.) ; mais elle la considère, qu'elle soit conclue à perpétuité ou à temps, comme conférant au preneur le domaine utile (1). Il paraît, au reste, que ce contrat est usité en Italie où se trouvent, notamment en Toscane, beaucoup de terres à défricher. Le Code civil italien qui vient d'être promulgué le 25 juin 1865, pour devenir exécutoire dans toute l'Italie à partir du 1er janvier 1866, consacre à l'emphytéose

(1) Voyez pour les plus importantes dispositions des Codes de Hollande et des Deux-Siciles, dans Dalloz, *Alphabétique*, tome 30, v° *Louage emphytéotique*, p. 580 et suiv.

un titre spécial (1). Il a conservé la manière de voir du Code des Deux-Siciles auquel il succède, car il permet qu'elle soit temporaire ou perpétuelle, et, dans les deux cas, il la considère comme translative du domaine utile (*a*).

§ 2.

Du contrat d'emphytéose.

206. I. *Nature du contrat.* — Il nous a paru que, dans le droit moderne, on avait suivi, à propos du contrat d'emphytéose, une fâcheuse tradition ; on a beaucoup songé à rechercher en quoi il ressemble au louage, en quoi à la vente. C'est se préoccuper de ce qu'il n'est pas. Pour moi, je me préoccuperai de ce qu'il est ; là seulement est le moyen de le bien connaître.

207. Le contrat d'emphytéose n'offre juridiquement aucune ressemblance avec celui de louage ; la seule qu'il paraisse avoir est tout-à-fait externe ; elle se trouve dans le mode de paiement du canon ; mais il n'y aurait rien de plus aisé à faire qu'une stipulation, en vertu de laquelle ce paiement serait effectué en bloc ; combien donc est fragile la ressemblance signalée.

208. Notre contrat, au contraire, est une vente. En effet, la vente, prise en général, est la translation d'un droit à titre onéreux, moyennant un équivalent pécuniaire. Seulement, dans l'espèce, l'objet du contrat est la jouissance, au lieu que dans les ventes ordinaires, c'est le droit de propriété pleine. Vu cette dissemblance, on a pu dire avec beaucoup de vérité que le contrat d'emphytéose est différent de la vente, car on entendait la vente

(1) Codice civile del Regno d'Italia, lib. 3, tit. 8, *Dell' enfiteusi*, art. 1556 à 1568.

(*a*) M. Théophile Huc, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, vient de publier sur le Code civil italien un très-remarquable travail qu'on consultera avec beaucoup de fruit. — Voy. le *Code civil italien et le Code Napoléon, Etudes de législation comparée*, par M. Théophile Huc ; in-8°. Toulouse, 1866.

ordinaire. Mais, théoriquement, il ne s'en distingue pas ; l'objet vendu n'est pas le même ; voilà tout.

209. Au risque d'être un peu subtil, je pense qu'il ne faut pas considérer le droit de jouissance vendu comme un objet indivisé. Il me paraît plus conforme à l'esprit du contrat de croire que les parties sont censées avoir envisagé chaque année de jouissance, comme un objet distinct. Seulement, de tous ces objets on a fait un seul bloc compris dans la même convention. En effet, l'emphytéote prélevant le canon sur ses bénéfices de l'année, il est beaucoup plus vrai de considérer cette redevance comme un paiement annuel que comme la part annuelle d'un paiement unique. Or, la jouissance et le canon étant entre eux dans une relation de cause à effet, si l'effet est multiple, évidemment la cause l'est de même. Je tirerai plus tard de ce point de vue une importante conséquence.

210. Le bail emphytéotique ayant pour but un démembrement de propriété, il faut, pour le conclure, joindre à la qualité de propriétaire la capacité d'aliéner. Ainsi, pour constituer une emphytéose sur les biens d'un mineur ou d'un interdit, trois conditions seront requises : un avantage évident, l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal (art. 457, 458, 509). Le mineur émancipé sera soumis aux mêmes exigences (art. 481-1°) ; quant aux prodigues, l'assistance de leur conseil judiciaire sera requise (art. 513). La femme dotale ne pourrait constituer une emphytéose sur ses biens dotaux, même avec l'autorisation de son mari (art. 1554). Cette autorisation suffirait, au contraire, s'il s'agissait de paraphernaux ou si la femme était mariée sous tout autre régime (art. 217). Le mari pourrait consentir un bail emphytéotique des immeubles communs (art. 1421). S'il s'agissait des biens d'un absent, seul, l'envoyé en possession définitive en aurait le droit (art. 128 et 129).

Pour jouer le rôle de preneur dans un contrat d'emphytéose, il suffit, en général, d'avoir la capacité de s'obliger.

Il y aurait, à mon sens, exception à cette règle contre le tuteur ; il ne pourrait recevoir du mineur un fonds à bail emphytéotique, car il est envers le pupille dans un état d'incapacité relative (art. 450-3°).

Il n'en serait pas de même entre époux ; je ne pense pas qu'il

faille étendre au cas d'une emphytéose l'art. 1595, qui est de droit écrit : *Odia sunt restringenda.* Mais le bail emphytéotique, s'il constituait un avantage indirect en faveur de l'époux, serait soumis au droit commun consacré par la fin de l'article.

211. II. *Effets du contrat.* — Le contrat d'emphytéose est comme tout contrat, productif d'obligations, aussi bien de la part du bailleur que de celle du preneur. Seulement, sous le Code Napoléon, à la différence de ce qui se passait dans l'ancien droit et le Droit Romain, le droit réel de jouissance passe au preneur par la seule vertu du pacte (art. 1138) sans qu'il soit besoin d'aucune quasi-tradition.

212. L'effet de ce nouveau principe n'enlève pas néanmoins toute obligation au bailleur. Celui-ci est tenu de délivrer la chose emphytéosée, c'est-à-dire de la transporter en la puissance et possession de l'acheteur (art. 1604 et suiv.). Si la délivrance s'accomplit en même temps que la convention s'opère, l'obligation du bailleur étant immédiatement exécutée, le contrat est unilatéral.

213. Une deuxième obligation incombe au bailleur dans certains cas, l'obligation de garantie en cas d'éviction. Seulement elle ne naît pas de la convention ; elle naît *ex post facto* du fait de l'éviction quand il se réalise. Cette obligation est soumise aux règles générales de la garantie. Ainsi, elle n'a pas lieu quand l'emphytéose a été constituée à titre gratuit, à moins, bien entendu, qu'elle n'ait fait l'objet d'une constitution de dot. Elle est soumise, aux règles tracées par les art. 1626 et suivants.

214. L'obligation du preneur est triple : il doit jouir en bon père de famille, payer les impôts et aussi payer le canon.

215. I. L'emphytéote est tenu de toutes les réparations tant grosses que menues ; s'il néglige de les faire, à ce point que l'héritage éprouve une détérioration notable, il peut être contraint par le bailleur à les exécuter immédiatement. Il est bien évident que par réparations il faut entendre non-seulement celles qui lui sont imposées par l'acte constitutif, mais encore celles que nécessite la conservation de la chose. Nous ne saurions toutefois pousser la rigueur aussi loin que M. Prudhon la pousse (1) ; cet auteur pense « que l'emphytéote est obligé de rebâtir les constructions que la » force majeure a détruites, par la raison qu'il est tenu d'entrete-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, n° 3733-3°.

» nir le fonds. » Cette doctrine contrarie évidemment le sens habituel que l'on donne à l'obligation d'entretenir. Cette obligation n'a pour objet que les réparations ordinaires ; le Code lui-même la considère ainsi (art. 605). Aussi je ne puis me rendre au sentiment de M. Proudhon ; il me paraît préférable de se placer sous le principe » de droit commun, si bien résumé par la loi Romaine : « *Aliud* » *est tueri quod acceperis, aliud novum facere* (1). »

L'obligation de jouir en bon père de famille a pour garantie lorsqu'il s'agit d'un usufruitier, celle de faire dresser un état des immeubles et aussi celle de donner caution (art. 600 et 601). Peut-on exiger la même chose de l'emphytéote ? non assurément ; il faudrait, bien entendu, avant tout, se soumettre à la volonté des parties, mais si rien n'avait été stipulé à cet égard, comme la loi aussi est muette, on ne pourrait exiger ni état, ni caution.

A l'expiration du bail, l'emphytéote sera tenu de rendre en bon état les biens qu'il a reçus et les constructions qu'il avait promis de faire ; mais nous déciderons comme dans l'ancien droit (2) qu'il ne saurait être astreint à réparer les bâtiments qu'il n'était pas tenu de construire.

216. L'obligation d'améliorer n'est nullement essentielle en matière de bail emphytéotique. Elle ne l'était pas dans l'ancien droit et ne saurait l'être aujourd'hui : « Bien que du commencement, » dit Loyseau (3), l'emphytéose ait été introduite pour amender les » héritages stériles comme encore aujourd'hui elle s'y pratique » plus volontiers qu'aux autres ; si est-ce depuis que Zénon en eût » fait un contrat ordinaire, elle se pratiqua aussi bien aux héri- » tages fertiles qu'aux infertiles, comme Dumoulin l'a fort bien re- » marqué sur le titre second de la coutume ; et conséquemment, » il faut croire que le preneur à emphytéose n'est point chargé » d'améliorer les héritages, s'il ne s'y est soumis expressément » par le contrat. » C'est à cette sage doctrine que nous nous rallions avec M. Duvergier (4) en l'absence de textes. Il va sans dire que dans la pratique l'obligation d'améliorer sera facilement sous-entendue, surtout quand il s'agira d'un terrain inculte et stérile ;

(1) L. 44, D. *de usufructu*, VII, 1.
(2) Argou, *Institution au Droit français*, liv. 3, ch. 28.
(3) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. 4, ch. 5, n° 5.
(4) Duvergier, *Du louage*, t. 1, n° 158.

en effet, sans elle, le contrat souvent n'aurait pas de raison d'être. La jurisprudence ne considère pas comme essentielle cette obligation; mais elle la regarde comme un indice puissant, propre à révéler le caractère emphytéotique d'un bail, lorsque d'ailleurs les clauses de la convention étant obscures, le caractère emphytéotique n'en ressort pas de lui-même et doit être recherché dans l'intention des parties, décélé par les circonstances de fait (1).

Dans le Code civil Italien, l'obligation d'améliorer est de droit (art. 1556). Le Code Hollandais se borne à exiger de l'emphytéote toutes les réparations (art. 770).

217. Ceci nous amène à la question des améliorations. Quand le preneur, sans y être obligé, en a fait de très considérables, a-t-il à la fin du bail, le droit de les enlever si le maître ne lui en veut pas payer la valeur?

Nous avons vu (*suprà*, n° 115), que, dans l'ancien Droit, les opinions étaient divergentes. La majorité de nos anciens jurisconsultes distinguaient : ou bien le bail finit par la faute du preneur, par la commise faute de paiement, par exemple, et alors il perd ses améliorations suivant la loi 2, C. 4, 66; que si l'emphytéose se termine d'une façon normale, il a le droit de les enlever si on ne l'indemnise pas. Dumoulin repoussa cette distinction. Dans tous les cas, il autorisait l'emphytéote à enlever ses améliorations, lorsque le maître refuse de les payer. La jurisprudence du Parlement de Paris, comme Dumoulin, repoussait toute distinction; seulement, elle se prononçait dans un sens diamétralement contraire à l'opinion de ce dernier. Elle condamnait l'emphytéote à perdre ses améliorations. Argou (2), en avouant que cette jurisprudence était constante, ne peut s'empêcher de la trouver *très-rude*.

Aujourd'hui, il faudrait d'abord éliminer la distinction de nos anciens auteurs, distinction fondée sur la loi 2, C. 4, 66, car, à partir de la promulgation du Code civil (loi du 30 ventôse an XII, art. 7) les lois romaines n'ont plus d'autorité. Dès-lors nous ren-

(1) Req. Rej. 12 mars 1845; Sir. 45, I, 382. Req. Rej. 9 janvier 1854; Sir. 54, I, 531. Civ. Rej. 24 août 1857; Sir. 57, I, 854. Grenoble, 4 janv. 1860; Sir. 61, II, 125. Req. Rej. 6 mars 1861; Sir. 61, I, 713. Civ. Rej. 11 nov. 1861; Sir. 62, I. 91.

(2) Argou, *Institution au Droit français*, liv. 3, ch. 28.

trons dans le droit commun, c'est-à-dire dans l'opinion de tous les autres jurisconsultes qui, à l'heure qu'il est, la loi romaine n'existant plus, ne distingueraient pas. Ce droit commun nous paraît avoir été consacré par l'article 555 du Code civil qui doit évidemment régir notre espèce. Je transcris la disposition de cet article qui me paraît applicable : « Lorsque les plantations, cons-» tructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses maté-» riaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou » d'obliger ce tiers à les enlever.

» Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plan-» tations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a » faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être con-» damné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, pour le préju-» dice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

» Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et cons-» tructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux » et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins » grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. »

Cette disposition est fort équitable ; elle sauvegarde à la fois les intérêts du bailleur et ceux de l'emphytéote ; s'il ne faut pas que le premier s'enrichisse aux dépens du second, il serait toutefois injuste de faire peser sur lui l'obligation de payer une plus-value considérable ; surtout lorsque ce serait pour le mettre dans l'impossibilité de reprendre son héritage que les travaux auraient été exécutés par le preneur.

Nous ne saurions, par exemple, accepter, en faveur de l'emphytéote, la disposition finale de l'article qui est ainsi conçue : « Néan-» moins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits » par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitu-» tion des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra » demander la suppression desdits ouvrages, plantations et cons-» tructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur » des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembour-» ser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de » valeur. » En effet, l'emphytéote, son intention en construisant ne fût-elle pas le moins du monde dolosive, serait mal venu à vouloir rentrer, même par analogie, sous la disposition finale précitée ; les fruits lui sont acquis en vertu de son titre et non comme

possesseur de bonne foi ; il n'est pas dans la position de celui qui construit sur un fonds dans la pensée qu'il en est et qu'il en sera toujours propriétaire.

La jurisprudence n'a pas eu à statuer, directement, que je sache, sur la question des améliorations ; mais sa pensée ressort clairement d'un arrêt de la Cour de Cassation du 24 août 1857 ; cet arrêt remarque, parmi les caractères au moyen desquels se manifeste l'emphytéose, « l'obligation pour l'emphytéote de supporter la » dépense que peuvent entraîner les améliorations qui ont été » prévues. » Nous ne pouvons que nous associer à cette manière de voir.

Le Code Italien traite et résout notre question (art. 1566). En principe, il accorde toujours une indemnité pour les améliorations faites. Seulement, quand le bail finit par la faute du preneur, le maître a deux partis à prendre ; il peut payer, selon qu'il le trouve plus avantageux, ou la valeur des améliorations, ou la plus-value qui en est résultée ; si, au contraire, l'emphytéose prend terme naturellement, l'emphytéote doit avoir une indemnité représentative de la valeur des améliorations à l'époque de l'expiration du bail. Au premier coup-d'œil, ces principes semblent peu d'accord avec cet autre, qu'en Italie l'emphytéose emporte obligation d'améliorer. Toutefois, en réfléchissant, on doit considérer que le but du législateur italien a été de vouloir que le preneur fît une simple avance de ses capitaux. Au reste, le bailleur n'a pas à se plaindre : il connaissait la loi et l'a acceptée tacitement par la conclusion du bail. Il trouve, au surplus, une compensation dans la quotité du canon, qui doit être naturellement plus considérable, là où l'emphytéote fait moins de sacrifices. Je ne doute pas toutefois que le preneur, s'il avait multiplié ses impenses dolosivement, ne retombât sous le principe général de l'article 450 (1°, 2° et 3°) du Code Italien qui reproduit la première disposition précitée de notre article 555.

218. II. La seconde obligation de l'emphytéote est de supporter tous les impôts et charges foncières. Seulement il n'est plus obligé, comme à Rome, de rapporter au bailleur les quittances fiscales, car nul aujourd'hui n'étant tenu des impôts fonciers, s'il n'est pas possesseur du sol, le bailleur n'est pas responsable du non-paiement de son emphytéote. Mais ce dernier est autorisé à exercer une

retenue du cinquième sur le montant de la redevance pour représenter la quote-part due par le bailleur. C'est ce qui résulte de l'article 6, titre 2, de la loi du 25 novembre, 1er décembre 1790 et des articles 98 et 99 de la loi du 3 frimaire an VII, confirmés par un avis du Conseil d'État du 2 février 1809 (1).

Sous l'empire des Chartes de 1814 et de 1830, personne n'a jamais douté que les contributions ne dussent être comptées à l'emphytéote seul pour la formation du cens électoral. On ne le confondait pas avec le fermier, auquel la loi du 29 avril 1831 (art. 9) permet de s'attribuer seulement le tiers des contributions payées par les propriétés qu'il exploite, si son bail est de neuf ans au moins (2).

219. III. La troisième obligation de l'emphytéote est celle de payer le canon. Cette redevance est ordinairement modique, mais non pas essentiellement. La Cour de Cassation ne considère pas comme essentiel le caractère de modicité (3). Elle pense que ce caractère est de nature à exercer une grave influence sur l'esprit des juges; dans l'obscurité des clauses du pacte, il les aidera à déterminer si les contractants ont voulu conclure un simple bail ou une emphytéose; mais elle ne va pas plus loin; si elle voyait bien clairement établi un bail ordinaire, elle n'en ferait pas une emphytéose sur ce motif que la quotité du loyer est modique, et réciproquement.

220. Une vieille règle de l'emphytéose, c'est que le canon doit être payé sans diminution pour les pertes partielles éprouvées par le preneur, soit qu'elles résultent de la stérilité, soit que la perte partielle du fonds les ait occasionnées. Cette règle, passée du Droit Romain dans l'ancien Droit, doit être aujourd'hui maintenue.

Nous avons repoussé (*suprà*, n° 111) une opinion qui tendait à la détruire, dans le cas où la redevance est proportionnée à la valeur des fruits. Nous donnerions la même solution en Droit français actuel. L'emphytéose, en effet, est une vente de la jouissance et quand l'objet vendu périt, que le prix soit plus ou moins élevé, je ne vois rien qui puisse empêcher l'application de cette règle « *res perit domino.* »

(1) Duvergier, *Collection des lois*, t. 2, p. 40 ; t. 11, p. 65 ; t. 16, p. 380.
(2) Duvergier, *Collection des lois*, t. 31, p. 226 et note 1.
(3) Voyez les arrêts cités plus haut, page 163, note 1.

Il me semble qu'il faut adopter la décision contraire, au cas où le droit de jouir tout entier est paralysé par l'invasion des ennemis, par une inondation permanente, etc. En effet, c'est ici un cas de perte totale, puisque nous avons considéré qu'il y a dans le contrat d'emphytéose une vente en bloc de plusieurs années de jouissance envisagées, chacune, comme un objet distinct. Nous avons admis déjà ce tempérament en Droit romain (*supra*, n° 44). Il ne peut se produire, toutefois, que s'il y a perte d'une annuité complète. Néanmoins, si dans les contrées où on cueille des récoltes spéciales, qui sont à elles seules tout le produit à recueillir pendant une annuité, il survenait une impossibilité de récolter, le canon devrait être remis, encore que la force majeure n'eût pas duré toute l'année; ici, en effet, ce n'est pas une annuité qui a été vendue, c'est une récolte à faire.

Par application des mêmes principes, nous déciderions que si le canon a été fixé à tant par arpent, une diminution, proportionnelle au nombre des arpents perdus, doit avoir lieu.

221. Il me paraît que l'on doit accorder au bailleur à emphytéose le privilége du vendeur sur le droit de jouissance par lui aliéné. L'emphytéose étant, d'un côté, susceptible d'hypothèque, rentrant, de l'autre, sous le sens exact des termes de l'article 2103-1°, pourquoi se soustrairait-on à cette sage maxime : « *Favores sunt ampliandi* ? » Nous nous gardons bien, au contraire, d'appliquer ici l'article 1753, en vertu duquel les sous-locataires sont tenus, envers le propriétaire, pour le paiement du loyer principal, jusqu'à concurrence du prix de leur sous-location. Cet article 1753 contient un privilége contraire au droit commun. Il ne peut donc s'étendre par analogie ; les priviléges sont de droit étroit.

222. Il n'est pas inutile enfin de signaler que l'emphytéote ne pourrait plus se soustraire, aujourd'hui, au paiement du canon en déguerpissant. Le déguerpissement était une suite de la *réalité* de l'obligation. Or, ce principe a été abandonné par le Code ; la dette hypothécaire en est le reste unique dans notre loi moderne.

223. Abordons la commise faute de payement. Il n'est pas besoin ici de revenir à l'ancien Droit pour nous inspirer de la tradition. Le Code a statué sur la résolution des contrats et en cela

les lois antérieures sont abrogées. Examinons les règles qu'il nous trace à ce sujet.

Partant de cette idée juste et simple que le maintien des conventions dépend de l'accomplissement réciproque des obligations contractées le Code permet à l'un des contractants de demander la résolution si l'autre n'accomplit pas son engagement. Seulement cette résolution doit être demandée en justice, et le juge peut accorder un délai suivant les circonstances (art. 1184). Mais si la prévoyance des parties a placé une clause résolutoire expresse dans le contrat, le pouvoir donné aux tribunaux cesse ; la résolution sera prononcée sans délai (art. 1185).

En conséquence, si l'emphytéote ne paie pas le canon, la résolution du bail doit être demandée en justice ; il suffira qu'il ait manqué de payer les termes échus, et le juge ne devra pas rechercher si deux ou trois années consécutives se sont écoulées sans payement, en souvenir des règles anciennes de l'emphytéose. Il devra immédiatement déclarer le contrat résolu , à moins qu'il n'use du droit d'accorder un délai. Que si le contrat d'emphytéose contient une clause résolutoire expresse, et que le canon soit demeuré impayé, l'échéance du terme convenu emportera résolution de plein droit ; le juge sera dans l'impuissance d'accorder le moindre délai. Il ne faudrait pas, en argumentant de l'article 1912, croire que le fait par l'emphytéote de ne point payer pendant deux années consécutives équipollât à l'insertion d'une clause résolutoire expresse ; en effet, il n'y a pas entre le bail emphytéotique et le bail à rente constituée , similitude ; le crédi-rentier court un risque bien plus grave que le bailleur à emphytéose , puisqu'il est en danger de perdre et le capital et les arrérages. Aussi ne faut-il pas étendre au contrat emphytéotique, une disposition rigoureuse faite pour celui de constitution de rente.

Dans le cas de la vente d'immeubles, par une faveur spéciale, la seule expiration du terme n'emporte pas résolution et l'acheteur peut payer tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; c'est ce que décide l'article 1656 ; il nous paraît devoir s'appliquer ici, quoiqu'il ne prévoie pas directement notre hypothèse, parce qu'elle rentre dans la généralité de son texte. On est toujours heureux de créer des tempéraments d'équité, quand ils sont juridiquement possibles.

M. Duvergier (1) pense que toutes les dispositions dont l'analyse vient d'être ici donnée sont applicables aux baux emphytéotiques antérieurs au Code civil ; « toutes les fois, dit-il, qu'une loi » nouvelle se borne à déterminer pour l'avenir les effets que pro- » duira la négligence ou l'omission, par le débiteur, de remplir « les obligations qu'il a contractées, elle ne rétroagit pas. » Je me rallie complètement à ces principes.

Disons maintenant comment le Code Italien a réglé toutes ces matières.

L'emphytéote n'a droit à la rémission du canon, ni dans le cas de stérilité, ni dans celui de perte de la récolte, quelque graves et insolites que soient ces événements (art. 1559).

Il est libéré par la perte totale du fonds, non pas la perte partielle, pourvu que, dans ce dernier cas, la partie restante suffise à procurer le paiement de la redevance tout entière. En revanche, chaque fois que la perte partielle est notable, le preneur a le droit de déguerpir (art. 1560).

Enfin, si l'emphytéote, après avoir été régulièrement interpellé, laisse s'écouler deux années entières sans payer le canon, le maître peut rentrer en possession de sa terre (art. 1565-1°).

224. IV. Il est inutile, je crois, d'insister sur l'obligation imposée par Justinien au preneur (L. 3, C. 4, 66), de dénoncer au maître l'aliénation projetée de son droit. Elle était tombée en désuétude déjà sous notre ancienne jurisprudence, et il n'en est pas plus trace aujourd'hui que des droits de prélation et de lods et ventes. Ces institutions vieillies sont incompatibles avec notre législation moderne.

§ 3.

Du droit d'emphytéose.

225. I. *Nature du droit.* Le droit d'emphytéose est un droit réel, immobilier, susceptible d'hypothèque.

(1) Duvergier, *Du louage*, t. 1, n° 168.

226. En qualité de droit réel, il procure à l'emphytéote qui en est nanti l'avantage des actions pétitoire et possessoire. L'action en complainte lui est même concédée spécialement par un arrêt de la Cour de Cassation (chambre civile) de 1822 (1).

227. Le droit d'emphytéose est immobilier, en vertu de la règle : « *Actio quæ tendit ad immobile, est immobilis* (2), » règle que consacre l'article 526 du Code Napoléon. Il est compris dans cet article sous le mot *usufruit*, que l'on doit considérer comme synonyme du mot *jouissance* de l'art. 543, si on veut mettre en harmonie ces deux textes.

L'emphytéose est donc soumise aux règles qui régissent les biens immobiliers.

Ainsi, par exemple, elle ne tomberait pas dans la communauté légale, soit qu'elle appartînt à l'un des futurs époux avant le mariage, soit qu'elle lui advînt pendant le mariage même, à titre de succession ou de donation (art. 1404) ; les fruits qui proviennent de la jouissance du fonds tomberaient, au contraire, dans la communauté ; il en serait de même d'une emphytéose acquise pendant le mariage (art. 1401-2° et 3°).

Mais nous n'appliquerions pas à l'emphytéose la disposition de l'art. 1408 du Code Napoléon ; en effet, ce texte prévoit l'hypothèse d'une copropriété par indivis ; or, si l'on peut dire jusqu'à un certain point, et sans beaucoup de rigueur assurément, que l'emphytéote et le maître sont copropriétaires, assurément on ne saurait prétendre qu'ils le sont par indivis ; leurs droits ont, au contraire, des limites parfaitement déterminées.

La communauté, voyant tomber dans son actif les fruits résultant de la jouissance, devra supporter sans indemnité la charge de la redevance et des réparations à effectuer (art. 1407-3° et 4°).

De ce que l'emphytéose est un bien immobilier, nous concluons encore que la femme dotale ne saurait l'aliéner, si elle avait été constituée en dot, même avec le consentement de son mari (art. 1554), sauf, bien entendu, les hypothèses que prévoient les articles 1555, 1557, 1558 et 1559 ; la prescription n'en pourrait pas non plus commencer pendant le mariage, hors le cas de séparation de biens

(1) Civ. Cass. 26 juin 1822 ; Sirey, 22, II, 362.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 69.

(art. 1561). Si l'emphytéose était paraphernale, la femme en pourrait disposer avec l'autorisation de son mari; de même, si elle était mariée sous tout autre régime; dans aucun cas, fût-elle même séparée de biens, elle n'en pourrait disposer sans l'autorisation du mari ou de justice (art. 1449 et 1538).

228. Le droit d'emphytéose est enfin susceptible d'hypothèque; à mon sens, il est tel en vertu de l'art. 2118-2°. En effet, il résulte clairement de l'art. 2181 que la loi reconnaît comme susceptibles d'hypothèque plusieurs *droits réels immobiliers*. Evidemment, l'emphytéose est comprise parmi ces droits réels : en effet, de deux choses l'une : ou bien, le législateur en écrivant notre article a eu l'intention tacite d'obéir à la tradition léguée par les lois antérieures, et alors il a virtuellement désigné le droit emphytéotique : ou bien, il a voulu seulement reconnaître que les espèces du droit de jouissance, en général, étaient toutes susceptibles d'hypothèque, et alors aussi l'emphytéose est comprise dans la teneur de l'article implicitement. Si elle rentre dans l'art. 2181, elle rentre forcément dans l'art. 2118-2°, sous l'expression *usufruit*, le contenant (dans l'espèce, l'art. 2118-2°) ne pouvant pas être moindre que le contenu (en l'espèce, l'art. 2181). Plusieurs arrêts reconnaissent qu'on peut hypothéquer l'emphytéose (1); seulement, ils la font rentrer dans l'art. 2118-1°, car, comme nous le savons, la jurisprudence s'est accordée pendant longtemps à voir dans le droit emphytéotique un *domaine utile*. Je ne sais si je me trompe, mais j'imagine que si elle avait pris garde à la possibilité d'hypothéquer l'emphytéose en appliquant l'art. 2118-2°, elle aurait rejeté toute idée de *domaine utile* pour se tenir à celle plus exacte de *droit de jouissance*.

Depuis 1845, nous l'avons vu (*suprà* n° 204), la Cour suprême a fait retour à cette seconde manière de voir. Mais la question d'hypothèque ne s'est jamais présentée à elle depuis lors. Il y aurait un moyen facile de la résoudre, quand même la Cour, contrainte aujourd'hui par sa nouvelle doctrine à abandonner l'art. 2118-1°, ne croirait pas le 2° applicable. Ce serait le suivant : on hypothéquerait l'emphytéose en vertu de la loi de 1790;

(1) Paris, 10 mai 1831 ; Sir. 31, II, 153. Req. Rej. 19 juillet 1832 ; Sir. 32, I, 531. Douai, 15 décemb. 1832 ; Sir. 33, II. 65.

cette loi n'est pas abrogée, et dès l'instant où elle consacre le droit en question, elle lui reconnaît implicitement son caractère incontesté dans l'ancien droit, d'être susceptible d'hypothèque. En conséquence, on raisonnerait ainsi : l'art. 2118 n'est limitatif qu'autant qu'une loi, encore en vigueur, ne le complète pas.

M. Troplong, après avoir reconnu que le droit d'emphytéose n'est pas un domaine utile, mais un droit réel, qualifié par lui : droit de jouissance (1), le considère comme susceptible d'hypothèque, en sa qualité de bien immobilier (2). Il nous paraît que cette manière de voir est inexacte : l'article 2118-1° ne s'applique qu'aux immeubles par nature et par destination, dont certes ne fait pas partie l'emphytéose. Si le 1° avait dû comprendre les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, pourquoi le législateur aurait-il fait un 2° ?

Quant à Toullier (3), il ne considère pas le droit d'emphytéose comme susceptible d'hypothèque ; c'est là encore une inexactitude, mais une inexactitude logique ; le savant professeur ne pensait pas pouvoir faire rentrer le droit emphytéotique dans l'art. 2118-2° et n'apercevait pas, d'ailleurs, la lumière que lui pouvait fournir la non-abrogation de la loi de 1790. Il n'a pas dès lors voulu, faussant le sens rationnel de l'art. 2118, se servir de sa première partie ; je préfère son inexactitude à celle de M. Troplong.

M. Favard de Langlade (4) avait partagé d'abord le sentiment de Toullier ; il en est revenu depuis.

De la susceptibilité du droit emphytéotique à être soumis à l'hypothèque, il résulte, à mon sens, qu'il est sujet au privilége des ouvriers, architectes et entrepreneurs (art. 2103-4° et 5°). Mais, évidemment, ce privilége ne s'étend pas au droit d'emphytéose tout entier ; il se localise sur la partie du droit afférente aux améliorations réalisées.

229. II. *Etendue du droit.* Le droit d'emphytéose me paraît se résumer tout entier en un mot, que j'emprunte à M. Demante (5). Il donne droit à tout l'*émolument prévu* de la chose.

(1) *Du louage*, t. 1, n° 50, sur art. 1709, p. 213.
(2) *Des priviléges et hypothèques*, t. 11, n° 405.
(3) T. 3, n° 101.
(4) Répertoire, v° *Emphytéose*, section 1, n° 2.
(5) *Cours analytique de Code civil*, t. 2, p. 444.

250. Ainsi, l'emphytéote perçoit comme l'usufruitier tous les fruits naturels, industriels ou civils que le fonds produit, et, en général, les règles au moyen desquelles le Code détermine les droits de ce dernier lui sont applicables *à fortiori*; aussi, n'insistons-nous pas.

251. L'emphytéote a-t-il droit au trésor? Je ne le pense pas. Ce n'est pas là un gain qui puisse rentrer en aucune manière dans la jouissance de la chose, ni une valeur qui puisse être considérée comme un produit de l'exploitation. Le Code italien accorde cependant le trésor au preneur (art. 1561); mais cela s'explique puisqu'il est nanti du domaine utile. Le Code napolitain, qui n'est plus aujourd'hui en vigueur, décidait que le trésor appartient en proportions égales à l'emphytéote et au propriétaire, sauf le droit de l'inventeur (art. 1686); le Code hollandais l'accorde implicitement à l'emphytéote par la généralité des termes de son art. 768. En cela, il me paraît contradictoire avec son principe, en vertu duquel l'emphytéose est un droit réel.

252. L'emphytéote a-t-il le droit de changer la forme et la nature du fonds? La question posée en ces termes généraux doit être résolue affirmativement, pourvu que les modifications proposées ne soient pas de nature à entraîner une détérioration finale.

Elle devient plus délicate si on la resserre et si on demande, quant à ce qui concerne la superficie d'abord : l'emphytéote peut-il couper les bois de haute-futaie qui ne sont pas déjà en coupes réglées, démolir les maisons? Si relativement au sol on demande ensuite : l'emphytéote peut-il exploiter les mines, carrières et tourbières qui n'étaient pas déjà ouvertes au moment de la naissance de son droit? Nous avons vu plus haut (n° 110) que Dumoulin résolvait ces diverses questions par la négative. Dargentré accorde, au contraire, un plein pouvoir à l'emphytéote sur la superficie, mais, en ce qui touche le sol, il se rallie à l'opinion de Dumoulin (1). Le sentiment de ce dernier nous a paru bien sévère. Celui de Dargentré ne me paraît pas l'être suffisamment. Il me

(1) Duvergier, *Du louage*, n° 180. Cet auteur expose, en détail, la manière de voir de nos anciens jurisconsultes sur la question. Il rend compte aussi de l'ancienne jurisprudence.

semble bien difficile de poser en cette matière des principes primordiaux : tout se résoudra en questions de fait. La distinction suivante me paraît, toutefois, devoir être féconde : ou bien, le propriétaire a eu le dessein, en concluant un bail emphytéotique, de faire un placement pur et simple de son fonds pour se soustraire pendant longtemps aux sollicitudes d'une exploitation difficile ; dans ce cas, le bail n'a pas pour but définitif des améliorations à faire ; on ne devra pas aisément permettre des changements considérables sur la superficie, à l'emphytéote ; alors seulement qu'un avantage évident en doit résulter, il faudra les autoriser : ou bien, le contrat a pour but final des améliorations futures ; alors le preneur devra voir s'élargir considérablement sa sphère d'action et toutes les modifications devront lui être permises, à moins que leur caractère trop hasardeux ne donne la crainte d'une détérioration définitive.

Quant aux mines, carrières et tourbières spécialement, il faudra, ce me semble, se montrer toujours sévère. Il ne devra être permis au preneur de les ouvrir autrement que pour en faire un usage modéré, usage de nature à demeurer en harmonie parfaite, avec son obligation de jouir en bon père de famille. Je ne sais, si je me trompe, mais je pense que les principes de MM. Troplong et Duvergier (1) sont, au fond, ceux-là même que j'expose.

Le Code hollandais consacrant la règle de notre art. 598 défend à l'emphytéote d'user des mines et carrières qui ne sont pas en exploitation lors de son entrée en jouissance (art. 768). Au contraire, le Code italien lui accorde les mêmes droits en cette matière, que ceux appartenant au propriétaire du fonds (art. 1561). Quoi de plus naturel ? il a le domaine utile. Toutefois, un correctif est apporté à cette faculté dont l'exercice pourrait dégénérer en abus ; c'est la déchéance pour cause de détérioration que l'article 1565-2° du même Code consacre.

253. L'emphytéote doit jouir de l'augmentation survenue à la chose par alluvion (art. 596) ; je lui attribuerais même le profit de toutes les accessions, et rendrais ainsi sa position plus favorable

(1) Troplong, *Du louage*, sur art. 1709, n° 38 ; Duvergier, *Du louage*, n° 180.

que celle de l'usufruitier. Cet avantage compensera pour lui le dommage des pertes partielles.

234. Il est presque inutile d'ajouter qu'il jouira de toutes les servitudes constituées en faveur de l'héritage qu'il détient ; mais il n'aurait le pouvoir ni d'en acquérir ni d'en imposer de nouvelles. Toutes celles qu'il essayerait de constituer se résoudraient en de pures obligations.

235. Enfin, je placerais dans la jouissance de l'emphytéote la chasse et la pêche. Ce ne sont plus là aujourd'hui des prérogatives honorifiques ; ces droits, envisagés au point de vue utilitaire, constituent des avantages matériels susceptibles de se rattacher à la jouissance.

236. L'emphytéote peut-il faire des sous-concessions ? Cette question sera, en général, prévue par les clauses du bail, et n'engendrera pas de difficultés dans la pratique. En théorie, on doit décider que les sous concessions sont permises ; mais le preneur originaire demeure obligé personnel du bailleur, à moins qu'une novation ne l'ait dégagé.

En Italie, la sous-emphytéose n'est pas admise (art. 1562).

§ 4.

Comment s'établit, se transmet et s'éteint l'emphytéose.

237. I. L'emphytéose est l'aliénation de la jouissance. On pourra donc, pour la constituer, employer tous les modes au moyen desquels les droits se transfèrent, et l'établir aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. Evidemment, la constituer à titre gratuit c'est s'écarter de sa forme typique, mais il n'est pas de principe qui y mette obstacle. Elle pourra donc faire l'objet d'une donation, d'un legs, d'une constitution de dot, etc.

238. Au cas où le legs d'une emphytéose est ou universel, ou à titre universel, il me semble que les articles 610 et 612 sont applicables ; si le legs est à titre particulier, le légataire ne sera

pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué (art. 611), sans qu'il puisse toutefois exiger que l'héritier le dégage (art. 1020) ; si, pour conserver son emphytéose il était obligé de payer les dettes, il serait subrogé aux droits du créancier (art. 874) ; le même bénéfice compéterait au légataire universel ou à titre universel, jusqu'à concurrence de la somme qui excède sa part contributoire (art. 612 et 1251-3°).

En droit très-strict, l'application des art. 611 et 612 au cas d'emphytéose, pourrait être discutée à la rigueur. Pour moi, j'y vois un principe général formulé à l'occasion de l'usufruit, et je crois me conformer à l'esprit du législateur, en pensant qu'il embrasse tous les cas de jouissance : *Eadem ratio, idem jus.*

239. Si l'emphytéose avait été constituée moyennant un équivalent pécunaire, y aurait-il lieu à rescision pour lésion de plus des sept douzièmes (art 1674) ? M Duvergier le croit ainsi (1). Cette opinion me paraît bien rigoureuse ; je n'étendrais pas au cas d'une emphytéose l'art. 1674, car il crée un privilége contraire au droit commun. Et, de plus, y aurait-il même raison de décider ?

240. L'emphytéose étant un bien et pouvant se traduire en profits considérables sera évidemment sujette à rapport, si constituée en faveur d'un successible elle présentait à l'époque de sa création un avantage indirect (art. 853). Il va sans dire qu'elle serait *a fortiori*, sujette à réduction, dans le cas où l'émolument qu'elle procure dépasserait la quotité disponible. Dans les deux hypothèses, on appliquera les principes généraux édictés par le Code en matière de rapport et de réduction ; et à ce propos je pense devoir signaler comme contraire au droit commun et par suite inapplicable, l'article 917. Il n'a en effet pour but que d'éviter l'estimation ordinairement dangereuse d'un usufruit ; l'emphytéose, au contraire, qui est à terme fixe sera toujours facile à estimer d'avance.

241. Les observations que je viens de faire s'appliquent tout aussi bien au cas de transmission d'une emphytéose, quand cette transmission équivaut à une libéralité, qu'au cas d'acquisition ; aussi je n'y reviendrai pas.

242. Toutes les fois que le droit emphytéotique aura été établi entre-vifs conventionnellement, l'acte d'où il résulte sera sujet à

(1) Duvergier, *Du louage*, t. 1, n° 162.

transcription en vertu de la loi du 23 mars 1855 (art. 1 1°). L'absence de cette formalité l'empêcherait d'être opposable aux tiers.

243. La prescription de dix à vingt ans ou celle de trente ans, me paraît aujourd'hui pouvoir donner naissance au droit d'emphytéose. Mais, en revanche, l'emphytéote qui aurait bénéficié de ces mode d'acquisition ne pourrait jamais prescrire la nue-propriété, car il est au regard du maître, un possesseur précaire dans le sens de l'art. 2236.

244. II. L'emphytéose est essentiellement transmissible ; aussi les mêmes moyens qui servent à la créer serviront à la transmettre ; il faut ajouter toutefois un mode de plus : la transmission par voie de succession ; de même il faut en retrancher un : la prescription, et la nomenclature sera exacte.

245. Il n'est pas inutile d'observer ici que le Code Napoléon ne reconnaissant plus la *réalité* des dettes, la transmission du droit emphytéotique à titre singulier n'emportera jamais, *ipso facto*, transmission de l'obligation à la redevance annuelle ; une novation devrait intervenir pour perfectionner, en ce cas, la translation emphytéotique.

246. III. Voici à leur tour les modes d'extinction de l'emphytéose. Comme modes généraux je mentionne d'abord, sans y insister, ceux qui sont communs à tous les contrats ; comme modes spéciaux je compte : la résolution du droit du constituant ; l'expiration du terme ; le terme le plus long est celui de quatre-vingt-dix-neuf ans quand le bail est à terme fixe ; quand il est conclu sur plusieurs têtes, il ne peut excéder le nombre de trois, c'est-à-dire la vie de l'emphytéote et de deux de ses successeurs. Je compte encore comme modes extinctifs, la consolidation ou la réunion sur la même tête des qualités d'emphytéote et de propriétaire ; le non-usage pendant trente ans ; la prescription du droit d'emphytéose au profit d'un tiers ; la perte totale de la chose. Restent deux modes, se rattachant tous deux à cette idée qu'une partie ne saurait unilatéralement se soustraire à son obligation ; c'est la résolution pour défaut de paiement de la redevance et la résolution pour abus de jouissance. Dans cette dernière hypothèse, évidemment le juge pourrait à son choix, comme sous l'ancienne jurisprudence, se contenter de contraindre l'emphytéote à réparer, en fournissant des

sûretés pour l'avenir. Si ce dernier n'y consentait pas, ses créanciers pourraient selon moi, intervenir à cette fin, comme en matière d'usufruit (art. 618). Le Code Italien, au reste, décide ainsi la question (art. 1565 *in fine*). Ce dernier consacre une cause d'extinction que nous ne connaissons point ; c'est la faculté de rachat accordée à l'emphytéote (art. 1564). Mais si cette faculté est le correctif nécessaire des baux perpétuels, on a le droit de s'étonner en la voyant appliquée aux emphytéoses temporaires. » Dans cette » dernière hypothèse, comme l'a dit très bien M. Huc, en son » remarquable ouvrage sur la législation italienne (1), il n'y a pas » de raison pour permettre à l'une des parties de se soutraire uni- » latéralement à l'exécution de son obligation. »

247. Quand l'emphytéose finit, toutes les hypothèques et toutes les charges imposées au fonds par l'emphytéote s'évanouissent ; il faut excepter le cas où elle prend terme au moyen de la prescription au profit d'un tiers ; ce dernier évidemment serait passible de l'effet des hypothèques ; et c'est tout simple ; l'extinction ici n'est pas absolue ; elle ne s'opère que relativement au preneur ; il y a plutôt translation, à vrai dire.

248. Le Code Italien renferme une disposition toute particulière au sujet des hypothèques (art. 1567). Quand le preneur, aux termes de l'art. 1565 est déchu de l'emphytéose, le droit de préférence de ses créanciers hypothécaires est transporté *ipso jure* sur le prix des améliorations à rembourser par le maître. Le même bénéfice compète aux créanciers hypothécaires du seigneur direct. Quand le rachat s'opère, leur droit de préférence est transféré sur le prix qui en est dû.

De ces deux dispositions fort équitables la seconde n'aurait pas d'objet en France où le rachat est inconnu. Quant à la première, nous ne saurions l'adopter non plus, sans l'appui d'un texte spécial que nous ne possédons pas. Peut-être existera-t-il un jour ; au reste, l'idée du Code Italien n'est pas étrangère à notre législation ; on la trouve dans les articles 17 et 18 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(1) *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, page 242.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Quand l'*addictio in diem* constitue une condition résolutoire, mise à la vente, son accomplissement ne fait pas renaître au profit de l'acheteur, les droits réels qui lui appartenaient sur la chose vendue et qui s'étaient éteints par confusion.

II. L'exception de chose jugée n'était pas sous-entendue dans les actions de bonne foi, de telle sorte que le *judex* ne pouvait y avoir égard, quand elle était invoquée devant lui pour la première fois.

III. Quand un promettant est en demeure de livrer un corps certain, si le créancier, de nouveau stipule de lui la même chose sous condition, et que cette chose vienne à périr avant sa réalisation, il y a *purgatio moræ*.

IV. La chose jugée détruit l'obligation naturelle.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

I. La puissance maritale dérive du *mundium* germanique.

II. Nos anciennes coutumes ne s'accordaient pas sur la fixation de l'époque à partir de laquelle commence la puissance maritale.

III. Il existait dans notre Ancien Droit des *alleux originaires*.

CODE NAPOLÉON.

I. Le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux propriétaires riverains.

II. Une convention expresse des parties peut enlever à l'usufruit son caractère viager.

III. On peut représenter celui de la succession duquel on est exclu pour indignité.

IV. La charge de conserver et de rendre n'est pas le caractère essentiel de la substitution prohibée. Seulement, en son absence, la substitution soustraite à l'annulation que prononce l'art. 896 § 2, tomberait uniquement sous la prohibition formulée par le paragraphe 1er. Il en serait ainsi notamment du fidéicommis *de eo quod supererit*.

V. Une substitution, accompagnée de la charge de conserver et de rendre, doit tomber sous l'annulation de l'art. 896 — 2°, même quand l'ouverture en est fixée à une époque antérieure à la mort du grevé.

VI. L'art. 1449 n'a entendu permettre à la femme séparée de biens que l'administration de son mobilier.

VII. La dot mobilière de la femme dotale est inaliénable.

VIII. L'art. 2277 du Code Civil s'applique aux intérêts *moratoires*.

PROCÉDURE CIVILE.

I. L'art. 23 du Code de Procédure exige du demandeur en réintégrande une possession annale.

II. Il suffit pour l'exercice des actions possessoires que les qualités nécessaires à la possession du demandeur (art. 25 C. Procéd. et 2229 C. N.), existent relativement au détendeur.

III. Pour exercer contre un tiers détenteur la saisie immobilière, la femme mariée n'est pas astreinte à l'obligation de faire inscrire préalablement son hypothèque légale.

IV. Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ne sont pas susceptibles de saisie immobilière.

DROIT CRIMINEL.

I. Le contumax n'est pas en état d'interdiction légale.

II. L'art. 365 du Code d'Instruction Criminelle ne doit pas être étendu aux simples contraventions.

III. La récidive de délit à crime n'est pas une cause d'aggravation, lorsqu'à raison des circonstances atténuantes le crime n'est punissable que de peines correctionnelles.

DROIT COMMERCIAL.

I. Après la séparation de corps la femme ne peut faire le commerce sans l'autorisation de son mari.

II. La vie et la liberté peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurances.

III. L'acceptation d'une lettre de change avant la faillite du tireur constitue un droit de préférence au profit du porteur, sur le montant de la provision.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les tribunaux judiciaires n'ont jamais le droit d'interpréter un *acte administratif*, sous prétexte qu'il est clair et précis.

II. Le propriétaire riverain d'un cours d'eau non navigable ni flottable a le droit d'empêcher la conduite d'un bateau sur toute la partie de ce cours d'eau qui confronte à sa propriété.

III. L'autorisation d'établir une digue, donnée malgré l'opposition d'un propriétaire voisin est susceptible de recours contentieux administratif.

Vu par le Président de la thèse,
A. RODIÈRE.

Vu par le Doyen de la Faculté,
CHAUVEAU ADOLPHE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur,
ROUSTAN.

Cette thèse sera soutenue en séance publique, le jeudi 12 juillet 1866, à 7 heures, dans une des salles de la Faculté.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

AVANT-PROPOS. 5

Droit romain.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — IDÉE GÉNÉRALE DE L'EMPHYTÉOSE. 9
PREMIÈRE PARTIE. — DE L'EMPHYTÉOSE AVANT ZÉNON. 13
CHAP. Ier. — DE L'*ager-publicus*. 13
CHAP. II. — DE L'*ager-vectigalis*. 18
§ 1. — Effets et nature du *jus in agro vectigali*. 18
§ 2. — Nature du contrat. 22
CHAP. III. — DE L'EMPHYTÉOSE DEPUIS LA FIN DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE JUSQU'A ZÉNON. 23
§ 1. — Du domaine impérial et du domaine municipal. . 23
§ 2. — De l'administration des biens impériaux et des biens municipaux. 26
§ 3. — Théorie du *jus perpetuum*, *hoc est*, *emphyteuticum* 27
§ 4. — Identité du *jus perpetuum* et du *jus emphyteuticum*. 36
DEUXIÈME PARTIE. — DE L'EMPHYTÉOSE DEPUIS ZÉNON. 40
CHAP. Ier. — DU CONTRAT D'EMPHYTÉOSE. 41
CHAP. II. — DU DROIT D'EMPHYTÉOSE. 51
§ 1. — Des droits de l'emphytéote. 55

Ancien droit français.

PÉRIODE ROMAINE ET GERMAINE. 63
§ 1. — Emphytéoses ecclésiastiques. 66
§ 2. — Du sort de l'emphytéose chez les Francs. 72
CONCLUSION. 76

Pages.

PÉRIODE FÉODALE ET COUTUMIÈRE. 78
§ 1. — Du fief. 79
§ 2. — Du bail à cens. 82
§ 3. — De l'emphytéose. 87
EMPHYTÉOSE ECCLÉSIASTIQUE. 92
PÉRIODE ROYALE. 94
PAYS DE COUTUME 94
§ 1. — Droits de l'emphytéote. 95
§ 2. — Des obligations de l'emphytéote. 107
PAYS DE DROIT ÉCRIT. 113
§ 1. — Des droits et des devoirs de l'emphytéose. 118

Section commune aux pays de Coutume et de Droit écrit.

Comment s'établit, se transmet et s'éteint l'emphytéose. . . . 123

Droit français nouveau.

DROIT INTERMÉDIAIRE. 125
I. Abolition des droits féodaux. 127
II. Abolition des redevances foncières. 131
CODE NAPOLÉON.. 136
§ 1. — L'emphytéose temporaire existe encore. 139
Doctrine.. 139
Jurisprudence. 156
§ 2. — Du contrat d'emphytéose. 159
I. Nature du contrat. 159
II. Effets du contrat.. 161
§ 3. — Du droit d'emphytéose 169
I. Nature du droit. 169
II. Etendue du droit. 172
§ 4. — Comment s'établit, se transmet et s'éteint l'emphytéose 175
POSITIONS.. 179

Toulouse, impr. de BONNAL et GIBRAC, rue St-Rome, 44.