

Du “dominium ex iure Quiritium” à la propriété du Code civil des Français

par René ROBAYE

(Louvain-la-Neuve et Namur)

1. Héritiers de la conception romaine du droit de propriété, du moins telle que l’ont comprise les rédacteurs du Code de 1804, nous considérons celle-ci comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. Il est, pour nous, difficile d’imaginer qu’il ait pu exister d’autres représentations du rapport aux biens, d’autres idées de la propriété. Que nous la défendions pour en faire le rempart de la liberté et de la sécurité individuelle ou que nous la critiquions pour en faire la source de tous les maux, c’est toujours par rapport au modèle du Code Napoléon que nous nous situons.

D’inspiration libérale, le Code Napoléon considère que la propriété, par essence, est individuelle. Elle est, dit l’article 544, “le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”. En 1804, le père de famille est un *bon* père de famille s’il est propriétaire — il n’est pas rare que

l'on invoque avec fierté ce seul titre sur sa carte de visite — et s'il laisse des biens en héritage à ses enfants. La plupart des articles du Code concernent cette propriété, qui est donc bien un droit reconnu à un individu déterminé et non à une famille ou à un groupe social.

Le corollaire du caractère individuel de la propriété, c'est l'exclusion d'autrui. Le Code civil consacre donc naturellement le droit de clore son bien, de le protéger contre l'intrusion des tiers. De même, à défaut de pouvoir être interdite, l'expropriation, qui n'est rien d'autre que l'intrusion de l'État dans la sphère des intérêts privés, doit à tout le moins être exceptionnelle. Dans la même perspective, la jurisprudence, très longtemps, ordonnera la démolition d'un immeuble qui empiète sur le terrain d'autrui, car tolérer cet empiètement reviendrait à admettre l'expropriation privée.

Le Code civil est un monument à la gloire du bon père de famille, cet être doué de raison et de bon sens, ni téméraire ni timoré, ni prodigue ni avare, seulement économe, bon citoyen, bon époux et bon père, qui sait la valeur d'un franc et la difficulté de le gagner, même si c'est par l'exploitation du travail d'autrui. Bien dans ses papiers, il fait ses affaires, augmente un capital qu'il a reçu de ses parents et qu'il léguera, la chose va de soi, à ses enfants. Malgré l'évolution économique et technique, malgré les changements dans les mœurs et les mentalités, la conception libérale de la propriété est toujours en vigueur. Comme l'a écrit François RIGAUX, "L'État de droit peut être comparé à un temple

construit autour d'un tabernacle où repose le principe de la propriété privée" (1).

Les rédacteurs du Code civil ont explicitement voulu revenir à ce qu'ils croyaient être la conception romaine de la propriété, qu'ils ont surtout comprise comme un argument commode pour s'opposer aux pratiques féodales et aux droits seigneuriaux. Adaptée aux besoins de l'époque et aux aspirations de la classe bourgeoise montante, la propriété est devenue un attribut de l'homme, la marque du bon père de famille, la condition de la liberté.

Grâce à son caractère individuel et exclusif, la propriété appartient à la catégorie des droits de l'homme, du moins si l'on comprend ceux-ci comme les instruments juridiques de la protection de l'individu face aux menaces collectives et plus particulièrement face au danger que représente l'État moderne (2).

2. Un bref passage par le Moyen Age permettra de mieux comprendre, par contraste, la conception romaine de la propriété. Ce passage est d'autant plus utile que, faut-il le rappeler, l'article

1) Fr. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, p. 257.

2) Voir Fr. TERRÉ, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, dans *Droits*, 1985, I, p. 37.

544 du Code civil, s'il s'inspire du droit romain, est surtout une rupture avec l'ancien droit ⁽³⁾.

La rupture va dans le sens de l'individualisme mentionné plus haut mais se manifeste également par l'adoption de nouvelles règles destinées à faciliter la circulation des biens. Ainsi, l'article 1138 du Code civil permet de transférer ou de créer un droit réel par une simple convention, tandis que l'article 2279 permet le transfert de propriété d'un meuble, sauf perte ou vol, par simple remise de l'objet, même lorsque l'aliénateur n'est pas propriétaire.

Comprendre la propriété médiévale implique que l'on prenne en considération les traits culturels dominants de cette société. Comme l'a montré LÉVI-STRAUSS, la propriété ne peut pas se réduire à une relation objective entre un sujet et un objet, parce qu'elle est fonction des relations sociales ⁽⁴⁾. En effet, la valeur d'un objet est toujours déterminée par les rapports intersubjectifs qui forment la trame de toute société.

La propriété médiévale fait l'objet d'une construction théologique selon laquelle Dieu, créateur du monde, en est le seul maître, les hommes ne pouvant, au mieux, que se prévaloir d'un usage concédé ⁽⁵⁾. La propriété ne peut donc, par essence, être

3) En ce sens, voir M. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, dans *Archives de Philosophie du droit*, (35) 1990, p. 233.

4) Cf. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1967, p. 100.

5) Voir M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, p. 76.

qu'une forme d'usufruit. De ce point de vue, le régime féodal des immeubles, par exemple, est cohérent. Le tenancier, qu'il soit vassal ou censitaire, peut user et jouir de la terre que le seigneur lui a concédée, comme Dieu l'a fait avec les hommes ⁽⁶⁾.

L'idée chrétienne selon laquelle Dieu est le véritable propriétaire de la terre se trouve renforcée par la conception médiévale de l'individu, qui n'existe que par et dans le groupe: groupe familial, solidarité villageoise ou réseau vassalique ⁽⁷⁾. De plus, l'économie médiévale, dans nos régions du moins, sera longtemps une économie fermée, de subsistance et non une économie ouverte, d'échanges. Ces trois facteurs — théologique, social et économique — expliquent les traits originaux que revêt la propriété médiévale, encore appelée “saisine”.

Pour nous qui avons assimilé les catégories mentales du droit romain, la propriété médiévale est difficile à comprendre ⁽⁸⁾. Ce n'est pas une appartenance exclusive sur une chose visée dans sa matérialité, mais plutôt une jouissance, éventuellement partagée,

6) “La terre du Pays ne sera pas vendue sans retour, car le pays est à moi; vous n'êtes chez moi que des émigrés et des hôtes” (*Lévitique*, 25, 23).

7) Voir L. GÉNICOT, *Les lignes de faîte du Moyen Age*, 5^{ème} éd., 1966, pp. 38-39; A. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1988, p. 24.

8) A partir de la réception du droit romain et de sa diffusion dans l'enseignement universitaire, la même difficulté se pose aux juristes médiévaux, dans leur tentative d'utiliser le droit romain pour décrire les institutions de leur époque. Formés au droit savant alors qu'ils doivent appliquer le droit coutumier, les juristes ont naturellement tendance à reprendre le cadre conceptuel romain et la terminologie latine. Ainsi, le régime féodal des immeubles a été comparé, malgré sa spécificité, à l'emphytéose et à l'usufruit.

d'une chose visée dans son utilité. La saisine peut donc porter sur des choses corporelles ou incorporelles, sur des usages et jouissances multiples. Par exemple, une personne peut avoir la saisine d'un moulin qu'il habite et utilise alors qu'une autre personne aura la saisine des redevances dues par les usagers du moulin.

Parce qu'elle n'est pas liée à la matérialité de l'objet sur lequel elle s'exerce, la propriété médiévale, vue essentiellement comme un droit d'usage, ne peut être ni absolue ni exclusive ⁽⁹⁾. Ce que l'on pourrait appeler des "propriétés juxtaposées" apparaît dans le droit féodal ⁽¹⁰⁾ et dans les régimes de solidarité familiale et villageoise.

Le droit féodal connaît des terres concédées, les tenures — fiefs et tenures censitaires —, sur lesquelles se juxtaposent des droits ⁽¹¹⁾, sans que l'on puisse véritablement dire lequel des

9) La terminologie utilisée est ambiguë et ne permet pas de considérer que le droit coutumier connaît un équivalent de la propriété romaine, même si les actes de la pratique utilisent les termes *proprietas* ou *dominium*. En effet, *proprietas* est utilisé, soit dans le sens de nue-propriété, par opposition à usufruit, soit pour indiquer qu'une chose est dans la sphère de disponibilité d'un individu, même si ce dernier n'est pas le propriétaire — par exemple le vassal ou le tenancier. Ce dernier exemple montre que le *dominium* n'a, en tout état de cause, pas le sens que lui donnaient les juristes romains. Voir Ph. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^{ème} au 18^{ème} siècle*, Bruxelles, 1987, p. 152.

10) Voir F. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité?*, 5^{ème} éd., Paris, 1982, pp. 168 et s.

11) Si le seigneur foncier a le droit de percevoir des redevances, taxes, corvées et droits de mutation, sans compter les droits de justice, le tenancier a véritablement un droit réel sur la tenure et, par conséquent, le droit de la transmettre entre vifs ou à cause de mort. Voir L. GÉNICOT, *op. cit.*, pp. 40-41; Ph. GODDING, *op. cit.*, pp. 166-172 La juxtaposition est

deux titulaires est le plus proche de la propriété. Il est, du reste, significatif de voir que le problème de la qualification juridique du système foncier féodal s'est posé seulement par référence aux catégories du droit romain, à l'époque de sa redécouverte et de sa diffusion dans les universités (12). Si la Révolution française abolit le régime féodal des immeubles, c'est précisément au nom de l'appropriation exclusive, qui redevient l'essence de la propriété.

De même, le Moyen Age connaît une propriété familiale et villageoise. Ici également, les facteurs qui ont contribué à son développement sont visibles. Dans une économie rurale privée de moyens mécaniques, la seule force de travail est celle des hommes et la solidarité de tous les membres de la communauté villageoise est nécessaire. Dans une société où les conditions de vie restent rudes, la solidarité familiale est tout aussi indispensable.

d'autant plus complexe qu'une même terre peut être considérée à la fois comme tenure (dans les rapports entre le tenancier et le seigneur foncier), fief (dans les rapports entre ce seigneur foncier et celui dont il est le vassal) et alleu ou terre libre (si ce seigneur ne tient la terre de personne). Voir Ph. GODDING, *l.c.*

12) A défaut de pouvoir reconnaître le *dominium* au seigneur foncier ou au tenancier, les juristes ont élaboré la théorie du double domaine: le seigneur dispose d'un domaine direct, le vassal ou le tenancier d'un domaine utile. Cette construction, surprenante au regard du droit romain puisqu'elle accorde deux droits réels non subordonnés sur le même bien, permet de consacrer les droits du seigneur tout en accordant au tenancier une action réelle. Voir R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, Louvain-la-Neuve, 1993, pp. 121-124.

La solidarité familiale se traduit surtout par des règles de droit successoral, qui visent à empêcher le morcellement du patrimoine et sa fuite en dehors de la famille. Comme son nom le laisse entendre, le patrimoine est reçu du père pour être transmis au fils. Sa dévolution est en dehors du champ de la liberté individuelle (13).

La solidarité villageoise montre encore plus clairement que la propriété médiévale n'est pas exclusive. Ainsi, nombreux sont les bois ou les landes qui font l'objet d'une exploitation commune (14) dans laquelle le rapport aux biens n'est pas distingué de la relation aux hommes: la jouissance des fonds s'accompagne de nombreuses obligations qui visent à maintenir intact le patrimoine commun. De même, il y a fréquemment juxtaposition chronologique de droits sur un même lieu. C'est le cas de la propriété saisonnière: une terre, exploitée par une famille jusqu'à la récolte,

13) La distinction entre meubles et immeubles, relativement importante en droit romain, est quasiment ignorée du droit coutumier médiéval, qui lui préfère une distinction entre le patrimoine familial et les biens personnels. La terre et les biens nécessaires à son exploitation sont qualifiés d'*héritage* (*hereditas*, *erve*) et constituent l'essentiel du patrimoine familial. Les biens personnels, par contre, ou *cateux* (*catallum*, *cateyl*) sont liés à la personne et peuvent être transmis plus librement.

14) Les parties non défrichées du terroir jouent un rôle économique important au Moyen Age. Les paysans y font paître le bétail, y prennent le bois de construction et de chauffage, la tourbe et l'argile. Ces terres constituent les *communaux*. Voir par exemple P. RECHT, *Les biens communaux du Namurois et leur partage à la fin du XVIII^{ème} siècle*, Bruxelles, 1950.

est ensuite mise à disposition de la communauté pour y faire paître les troupeaux jusqu’au prochain labour ⁽¹⁵⁾.

Solidarité et multiplication des droits seront battues en brèche à la Révolution. Le décret du 28 septembre 1791 permet au propriétaire de clôturer son bien, ce qui condamne de facto toute utilisation collective, et particulièrement les propriétés saisonnières. Dans la même perspective, le décret du 10 juin 1793 ordonne le partage des communaux, considérés comme une entrave à la liberté et à l’individualité des droits ⁽¹⁶⁾. Même si ce dernier décret est rapporté en 1797 suite à de nombreuses oppositions, il ouvre la voie au Code civil qui traduira, dans le droit positif, les principes de l’exclusivité, du caractère absolu et de la perpétuité des droits du propriétaire ⁽¹⁷⁾. Entre la conception ainsi révélée par l’article 544 du Code civil et la notion romaine de propriété, la filiation est évidente, comme nous allons le voir.

15) C’est la *vaine pâture*. La plupart de nos régions connaissent également le *glanage*, recommandé par la Bible en faveur des pauvres, qui permet d’aller ramasser les épis laissés par les moissonneurs.

16) Au milieu du XVIII^{ème} siècle déjà, le gouvernement des Pays-Bas, reprenant les idées défendues par les Physiocrates et voulant développer l’agriculture, conçut le projet de partager les communaux et de procéder à des défrichements. Une série de décrets furent pris en ce sens, mais se heurtèrent à la résistance des habitants.

17) Il est vrai que l’article 542 du Code civil mentionne encore le droit de propriété des habitants sur les communaux. Mais ces terres, au XIX^{ème} siècle, ont été généralement considérées comme une partie du domaine privé de la commune, qui est une personne morale disposant d’un patrimoine propre. La survivance de biens communaux ne fait donc pas obstacle au caractère exclusif du droit de propriété. La prétendue propriété des habitants est donc devenue un simple droit de jouissance, strictement réglementé.

3. Une donnée qui mérite d'être relevée avant toute chose est la vision que l'homme romain se fait de la divinité et du destin. Cette vision, radicalement différente de ce qui sera la conception médiévale, est moins éloignée qu'on ne pourrait le croire des options défendues, explicitement ou non, par les rédacteurs du Code civil.

PORTALIS, un des quatre rédacteurs du Code civil, exprime bien la rupture avec la vision théologique médiévale. Inspiré sans doute par le texte de la *Genèse* où l'homme reçoit de Dieu la maîtrise sur la création entière⁽¹⁸⁾, PORTALIS considère que le travail permet à l'homme "d'achever le grand ouvrage de la création"⁽¹⁹⁾. Ce rôle actif d'une humanité sûre d'elle-même et de sa place dans l'univers appartient à la tradition romaine.

Quelle est, précisément, l'idée que Rome se fait du destin? Dès l'époque classique, l'homme romain possède une dimension prophétique, non dans le sens où il aurait à deviner un futur déjà tracé, mais dans le sens où il lui appartient de le préparer. Le futur n'appartient pas aux dieux, il relève de l'homme qui se doit d'y imprimer sa marque, posant aujourd'hui des actes qui produiront demain des effets prévisibles. Bien sûr, le *fatum* intervient, mais surtout pour fixer les limites du choix, pour baliser le champ du possible.

18) *Genèse*, 1, 26-29.

19) *Discours de présentation au corps législatif*, dans *Naissance du Code civil*, Paris, 1989, pp. 271-287. Sur cette question, voir Fr. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, 1995, pp. 55-59.

Ainsi, lorsque les Romains font appel à l'oracle auprès du collège des augures, ce n'est pas pour anticiper le futur mais essentiellement pour savoir ce qui est *fas* et ce qui est *nefas*, c'est-à-dire ce qui est autorisé ou interdit par les dieux. Le rite de la prise des auspices a pour objectif de vérifier si l'harmonie règne entre les dieux et les hommes, de légitimer les décisions qui seront prises librement. Dans cet espace de liberté ainsi créé, c'est à l'homme qu'il appartient d'agir. Vision positive, bien éloignée de celle que se faisaient les Grecs du Destin ⁽²⁰⁾.

Dans la Rome primitive, le concept qui apparaît le premier, avant toute idée de propriété, c'est d'abord celui de *mancipium*, de pouvoir appartenant au *paterfamilias*, qui l'exerce à la fois sur les choses et sur les individus, esclaves ou libres, placés sous son autorité.

On a même soutenu qu'au départ, il n'y avait de propriété — ou son équivalent — que sur les *res mancipi*, qui sont précisément les choses sur lesquelles un homme exerce sa puissance: les terres, les esclaves, les grands animaux domestiques. Les autres choses, *res nec mancipi*, en dehors de l'idée de pouvoir, auraient été reléguées dans une espèce de brouillard juridique. En réalité, il est plus prudent de penser que le rapport aux *res mancipi*, rapport de pouvoir, est le plus évident pour les Romains parce que ces choses sont, dans une société essentiellement agricole, les plus importantes économiquement.

20) Voir R. ROBAYE, *Destin, liberté et culpabilité en droit romain classique*, dans *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, 1994, pp. 525-533.

Le *mancipium* sur les êtres humains et sur les animaux utilisés dans l'exploitation agricole est une puissance de commandement, une sorte d'*imperium* dans la sphère de la vie privée. Le *mancipium* sur les terres, quant à lui, délimite la sphère dans laquelle s'exerce le pouvoir du *paterfamilias*. Avant d'être une notion d'ordre patrimonial, le *mancipium* est d'ordre potestatif.

Mais cela ne signifie pas que les autres choses n'avaient aucune réalité juridique. Plus vraisemblablement, on peut penser que ces autres choses étaient simplement considérées sous l'angle de la maîtrise de fait que l'on avait sur elles.

Pour exprimer cette idée de maîtrise, les juristes romains ne disposent pas d'un terme univoque, mais utilisent l'expression *meum esse*, suivie des mots *ex iure Quiritium*, qui font rentrer l'expression dans la sphère du droit ⁽²¹⁾. "*Res mea est ex iure Quiritium*", peut dire le propriétaire: "Cette chose est mienne en vertu du droit des Romains". Le *meum esse* est donc plus large que le *mancipium*, en ce qu'il englobe indifféremment *res Mancipi* et *nec Mancipi*. Mais il ne s'applique pas aux personnes libres qui peuvent être soumises à la puissance du *paterfamilias*.

4. S'il est normal que le pouvoir soit la première notion que les juristes romains aient dégagée pour rendre compte du rapport aux choses, la propriété romaine, quant à elle, est d'abord

21) Voir A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, pp. 92-93.

l’expression d’une maîtrise physique sur un lieu déterminé. Elle procède d’un véritable découpage de l’espace. François RIGAUX a raison de penser que “le droit de propriété est la matrice intellectuelle des droits subjectifs. Non en raison de son caractère économique mais parce qu’il a pour objet une chose occupant une portion définie de l’espace” (22).

Ce n’est pas un hasard si l’élaboration du concept de propriété — le *dominium ex iure Quiritium* — n’est pas antérieure à la fin de la République (23) et coïncide avec le phénomène d’assimilation du sol italique aux biens pouvant faire l’objet d’une appropriation personnelle. La propriété romaine naît véritablement lorsque la richesse foncière est prise en considération par le droit (24). Le concept de propriété se crée, au premier siècle A.C., en même temps que la consolidation des prérogatives individuelles sur les terres conquises en Italie.

Dans un premier temps, ces terres appartiennent à l’État romain et constituent l’*ager publicus*. Si l’on excepte une petite partie de ces terres, attribuées en pleine propriété à des

22) Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, 1990, p. 742.

23) Le terme *dominium* est employé par Alfenus Varus, qui l’a peut-être repris à son maître Servius Sulpicius Rufus (voir F. DE VISSCHER, *Observations sur les origines du dominium romain*, dans *Études de droit romain public et privé*, 3^{ème} série, Milan, 1966, pp. 209-222).

24) Au départ, le *mancipium*, comme en témoigne son étymologie (*manus-capere*, “saisir par la main”), ne s’exerce que sur les meubles comme les esclaves, les affranchis, les animaux de trait, assez importants dans une exploitation agricole pour justifier un traitement juridique spécifique. Les terres sont donc en dehors du *mancipium* et ne rentreront dans cette catégorie qu’après la reconnaissance d’une propriété foncière individuelle.

particuliers, la plus grande partie de l'*ager publicus* reste longtemps dans un statut juridique indéterminé. Les terres sont exploitées par des particuliers, colons ou vétérans, qui paient normalement une redevance, le *vectigal*. L'État, propriétaire, pourrait en théorie reprendre ces terres, mais n'use pas de son droit. En pratique, les concessions, faites en principe pour cinq ans par les censeurs, sont le plus souvent renouvelées lorsque le *vectigal* est acquitté régulièrement. Dès lors, au fil des générations, les tenanciers ont tendance à se considérer comme propriétaires, d'autant que ces terres font l'objet d'aliénations entre vifs et de transferts par succession.

Les grandes conquêtes du II^{ème} siècle A.C. procurent à l'État romain d'immenses territoires en dehors de l'Italie. Cet afflux de richesses permet à l'État de renoncer à percevoir le *vectigal* en Italie. Juridiquement, les terres italiennes deviennent des *res mancipi* et les tenanciers peuvent alors se considérer comme de véritables propriétaires.

A partir de cette époque et pour de nombreux siècles, la propriété est d'abord et avant tout la propriété foncière, comprise comme un pouvoir incarné dans un espace fini. Cette incarnation de la propriété se traduit dans de nombreuses règles, comme par exemple la théorie de l'accession et l'exclusivité du droit.

La théorie de l'accession, qui trouve à s'appliquer lorsque deux choses sont réunies l'une à l'autre, est régie par le principe selon lequel l'accessoire suit le principal, le principal étant

toujours l'immeuble (25). En quelque sorte, l'espace délimité par la propriété a le pouvoir de manger juridiquement toutes les choses qui s'en approchent (26). Habités à cette règle qui s'applique encore aujourd'hui, nous ne devons pas, pour autant, la considérer comme évidente ou nécessaire. On aurait pu, comme pour d'autres problèmes, retenir le critère de la valeur pour distinguer le principal de l'accessoire, au lieu de considérer que l'immeuble l'emporte, même si sa valeur est de loin inférieure à celle des constructions qu'on y érige. La règle s'explique par la conception spatiale que les Romains se font de la propriété (27) plus que par des impératifs logiques.

Un autre indice de la conception que les Romains se font de la propriété peut être trouvé dans la confusion qui, longtemps, a régné au sein de la catégorie des droits réels. Les plus vieilles

25) Voir Gaius, *Inst.*, II, 73-75.

26) Cette conception spatiale de la propriété explique le pouvoir reconnu au propriétaire *usque ad coelum et usque ad inferos*, sur l'espace aérien comme sur le sous-sol (voir Paul, D., 8,2,1,pr. et Pomponius, D., 43,24,21,2). C'est avec beaucoup de réticences que le droit romain a fini par admettre que le droit d'exploiter une mine puisse appartenir à celui qui n'est pas propriétaire de la surface. Il faut attendre le Bas-Empire pour que le découvreur d'un filon puisse l'exploiter sans être le propriétaire du sol. Une constitution de Gratien et Valentinien II dispose que l'autorisation d'exploitation lui est accordée, nonobstant l'opposition du propriétaire du sol, contre versement d'un dixième des revenus de la mine au propriétaire et d'un dixième au fisc (voir C., 11,7,3).

27) Les critères parfois retenus à l'époque classique pour l'accession de meuble à meuble vont d'ailleurs dans le même sens. Certains juristes classiques ne prennent pas en considération la valeur relative des deux meubles, mais des critères physiques. Dans cette perspective, l'objet principal est le meuble le plus volumineux, celui qui sert de support à l'autre. Sous Justinien en revanche, c'est le critère de la valeur marchande qui finit par l'emporter (I., 2,1,33-34).

servitudes foncières — la servitude de passage ou d'aqueduc par exemple —, au lieu d'être considérées comme des droits, ont d'abord été rangées dans la catégorie des *res mancipi*, qui sont précisément les choses sur lesquelles s'exerce le pouvoir, le *mancipium*. Cette construction juridique ne peut s'expliquer que par la confusion de la servitude avec l'assiette, la portion d'espace sur laquelle elle s'exerce (28).

L'exclusivité de la propriété est une autre conséquence de la vision *spatiale* de ce droit. Le pouvoir, par essence, ne se partage pas facilement. On pourrait, bien sûr, trouver des indices en sens contraire, mais ceux-ci sont-ils réellement convainquants? Romulus et Rémus auraient pu partager le pouvoir, mais la destinée du dernier a certainement renforcé le caractère exclusif du pouvoir dans la conscience collective de Rome. Quant au consulat, souvent cité comme modèle de partage, il importe de voir qu'en réalité, chaque consul possède les pleines prérogatives du pouvoir, sauf intervention contraire de son collègue. Il ne s'agit pas véritablement d'un partage des compétences, mais plutôt d'un contrôle mutuel fonctionnant, précisément, comme la copropriété. A l'époque classique, la copropriété est clairement analysée comme un droit attribué à chaque copropriétaire sur

28) La confusion est certaine pour les servitudes les plus anciennes, qui sont les servitudes indispensables à la culture, appelées précisément servitudes prédiales rustiques (voir R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 296). La confusion entre la servitude et son assiette se traduit notamment par la possibilité d'usucaper la servitude, considérée comme une simple chose corporelle.

l'ensemble du bien en cause ⁽²⁹⁾. Il n'y a pas de juxtaposition de droits partiels.

5. Si l'espace est fini, le temps, lui, ne l'est pas. La propriété est un droit perpétuel, plus encore pour les Romains que dans notre système juridique. Trois indices le montreront clairement: l'interdiction de la vente sous condition résolutoire, le régime romain des prescriptions et la conception que se font les juristes romains de l'héritage.

Premier indice. Les juristes romains ne conçoivent pas que la propriété soit acquise pour une durée déterminée ou que son acquisition soit soumise à une condition résolutoire ⁽³⁰⁾, même s'ils arrivent à un résultat similaire par d'autres techniques, comme le pacte de résolution. Il y a conflit entre le caractère perpétuel de la propriété et le pragmatisme, qui impose d'offrir à l'aliénateur un recours en cas de défaillance de l'acquéreur.

Ainsi, le pacte commissaire — permettant au vendeur de reprendre la chose en cas de non-paiement par l'acheteur —, analysé aujourd'hui comme une vente sous condition résolutoire, fait en droit romain l'objet d'une construction qui peut paraître

29) “La possession ou la propriété ne peuvent pas appartenir en entier à deux personnes en même temps. Celles-ci ne peuvent être propriétaires d'une partie déterminée de la chose. Elles ont, pour partie, la propriété de toute la chose indivise” (Ulpian, D. 13,6,5,15).

30) On ne peut pas stipuler qu'à l'échéance d'un terme ou à la réalisation d'une condition, la chose aliénée cessera d'appartenir à son propriétaire. La règle est constante en droit romain. Elle est encore rappelée dans une constitution de Dioclétien en 286 P.C.

inutilement compliquée. Elle est due à l'imagination de Salvius Julien, au II^{ème} siècle P.C. La vente est considérée comme définitive ⁽³¹⁾, mais elle est accompagnée d'une convention annexe obligeant l'acheteur à rendre la chose, convention elle-même affectée d'une condition suspensive, le non-paiement. Si l'acheteur ne paie pas, la condition est réalisée et le pacte entre en vigueur, obligeant l'acheteur à restituer l'objet. Il aurait été plus facile d'accepter que la propriété soit soumise à une condition résolutoire, ayant pour effet direct de supprimer l'acte juridique, d'autant que les autres droits réels peuvent, eux, être limités dans le temps.

Deuxième indice. La propriété est un droit perpétuel en ce sens qu'elle ne disparaît pas par l'écoulement du temps. Le titulaire d'un droit de propriété ne le perd que si un tiers le devient par prescription acquisitive. Encore faut-il savoir que le vol, entendu de manière fort large en droit romain, empêche la prescription, contrairement à ce que prévoit le Code civil dans son article 2279. L'interdiction de prescrire une chose volée, même si le possesseur est de bonne foi, est une règle ancienne et d'application constante en droit romain ⁽³²⁾. De plus, les juristes

31) Le fait qu'il n'y ait pas de résolution automatique de la vente explique le choix laissé au vendeur en cas d'absence de paiement dans le délai convenu. Le vendeur garde la liberté, soit d'exiger la restitution de l'objet, soit de réclamer le paiement du prix en justice. La *lex commissoria* fait l'objet du titre 18,3 du Digeste. Voir A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, dans *Studi Betti* 2 (1962), pp. 575 et s.

32) D'origine ancienne, la règle est confirmée par la *lex Atinia* au II^{ème} siècle A.C. (d'après Gaius, *Inst.*, II, 45 et 49, l'interdiction remonterait aux XII Tables; la *lex Atinia* est citée par Aulu-Gelle, *N.A.*, 17,7,1). Il s'agit d'une prohibition *in rem*, liée à la chose elle-même, qui s'applique donc quelle que soit la qualité du possesseur actuel.

romains ont du vol une conception beaucoup plus large que la nôtre. Le *furtum* englobe à la fois le vol au sens où nous l'entendons, l'escroquerie et l'abus de confiance. Il en résulte que l'usucapion classique n'est guère une menace pour le propriétaire.

Plus fondamentalement, l'usucapion, au départ, n'avait pas pour but de couvrir des situations illégitimes, mais constituait un mode d'acquisition ordinaire, permettant d'éviter les formalités requises pour acquérir des *res mancipi*. L'usucapion n'est pas une prescription, c'est d'abord une manière bien romaine de contourner l'obligation d'avoir recours à des modes formalistes comme la *mancipatio* ou l'*in iure cessio*. Ceci confirme l'idée que se fait le droit romain du caractère perpétuel de la propriété.

A côté de l'usucapion se sont développées deux prescriptions qui, elles non plus, ne sont pas vraiment des exceptions à la perpétuité du droit de propriété.

La *praescriptio longi temporis*, au départ, n'est pas une prescription au sens où nous l'entendons aujourd'hui, car elle n'a ni effet extinctif, ni effet acquisitif. C'est un simple moyen de défense accordé au possesseur ⁽³³⁾, fondé sur l'inaction du

33) Il s'agit au départ de protéger les possesseurs qui ne peuvent invoquer l'usucapion, soit parce qu'ils ne sont pas citoyens romains, soit parce que le bien en cause est une terre provinciale, sur laquelle on ne peut avoir le *dominium ex iure Quiritium*. Fondée sur l'inaction prolongée du propriétaire pendant dix ou vingt ans selon que le possesseur et le propriétaire habitent ou non la même cité, la *praescriptio* permet au défendeur de bonne foi, s'il a un juste titre, de paralyser l'action du propriétaire. Il semble bien que la *praescriptio longi temporis* devienne acquisitive, mais à partir du IV^{ème} siècle P.C. seulement.

propriétaire. Ici aussi, il y a conflit entre un objectif pratique et une vue théorique. Puisqu'il faut protéger le possesseur sans mettre en cause le caractère perpétuel du droit, les juristes romains font de la *praescriptio* une simple technique de procédure ⁽³⁴⁾.

La *praescriptio longissimi temporis*, à l'origine de notre prescription trentenaire, est, il faut le souligner, étrangère au droit classique. Elle apparaît seulement sous Constantin, en n'ayant pour effet que de paralyser l'action en revendication du propriétaire négligent depuis trente ans ⁽³⁵⁾. Même si la solution n'est pas des plus pratiques, les juristes romains ne conçoivent pas que le possesseur de mauvaise foi ou sans juste titre puisse devenir propriétaire. De plus, son délai fort long la rend d'un usage peu fréquent. Il faut attendre 528 P.C. pour que Justinien en fasse une prescription acquisitive ⁽³⁶⁾.

34) C'est de la technique utilisée dans la procédure formulaire que la prescription tire son nom. Il y a *praescriptio* lorsque le préteur ajoute, en tête de la formule (*prae-scribere*), une clause demandant au juge de ne pas condamner le défendeur si le litige remonte au-delà d'une certaine date. Cette abstention du juge, formellement, ne signifie pas que le demandeur a perdu son droit de propriété.

35) En fait le principe remonte à Constantin; le délai est fixé à quarante ans en 365 P.C. (C., 7,39,2), et ramené à trente ans en 424 P.C. (C., 7,39,3 = CTh., 4,14,1).

36) C., 7,39,8,1. Mais Justinien soumet cet effet acquisitif à des conditions strictes. Si le possesseur ne doit pas disposer d'un juste titre, il faut néanmoins qu'il ait acquis le bien de bonne foi et que la dépossession du propriétaire ait eu lieu sans violence.

Le troisième indice du caractère perpétuel de la propriété est offert par le droit des successions. A la mort du *paterfamilias*, ses héritiers, *heredes sui*, viennent à la succession comme copropriétaires. On y a parfois vu la preuve qu'au départ la propriété était familiale et collective. En réalité, le rôle dévolu aux héritiers est logique si l'on tient compte du caractère perpétuel de la propriété, qui impose de considérer l'héritier, non comme titulaire d'un nouveau droit de propriété, mais comme le continuateur du droit de son auteur. Au sens propre, l'héritier n'acquiert rien, il ne fait que continuer la propriété de son auteur⁽³⁷⁾. Justinien, avec sans doute un peu d'emphase, considère que les personnes du défunt et du successeur ne sont pour ainsi dire qu'une seule et même personne⁽³⁸⁾. Justinien consacre ainsi le caractère personnaliste du droit successoral romain, qui renforce le caractère perpétuel du patrimoine, prolongement de l'individu.

6. Alors que les autres droits réels sont considérés sous l'angle de leur utilité, donc dans la perspective du rapport aux tiers, la propriété, en conclusion, est d'abord un pouvoir

37) Cette idée est exprimée par Gaius (*Inst.*, II, 157) et par Paul (D., 27,2,11). Pour cette raison, on considère, logiquement, que l'héritier, continuateur de la personnalité du défunt, est son successeur à titre universel et ne doit pas être de bonne foi pour prolonger la possession de ce dernier en vue de bénéficier des prescriptions (voir Paul, D., 41,4,6).

38) *Novelle* 48.

indéterminé sur un espace déterminé. Ce caractère particulièrement original de la propriété explique sans doute pourquoi les Romains ne se sont pas hasardés à la distinguer formellement des autres droits réels.

Si l'on écarte la propriété, il est par contre assez facile de définir les droits réels en les distinguant des droits personnels. Les premiers mettent en présence deux personnes en raison d'une chose, les seconds mettent en présence deux personnes en raison d'un lien dû à un événement ou un acte ⁽³⁹⁾. La propriété, par contre, ne se réduit pas à une relation entre deux personnes, précisément parce qu'elle est un pouvoir incarné dans l'espace. L'intérêt de retirer la propriété de la catégorie des droits réels réside en ceci qu'ainsi réduite, cette catégorie rassemble des droits qui, définis par leur utilité, ont en commun d'être limités dans le temps et de subir la prescription extinctive, ce qui n'est pas le cas de la propriété.

Espace fini, temps infini. Dans la conception que les Romains se font de la propriété, l'espace et le temps opèrent une forme de compensation. Obligés de segmenter l'espace pour y incarner le pouvoir sur les choses, qui est l'essence même de la propriété, les juristes romains se consolent en inscrivant cette propriété dans l'infini du temps, comme s'ils espéraient par là échapper à la condition humaine.

39) En ce sens, voir J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, Bruxelles, 1990, pp. 70-71.