

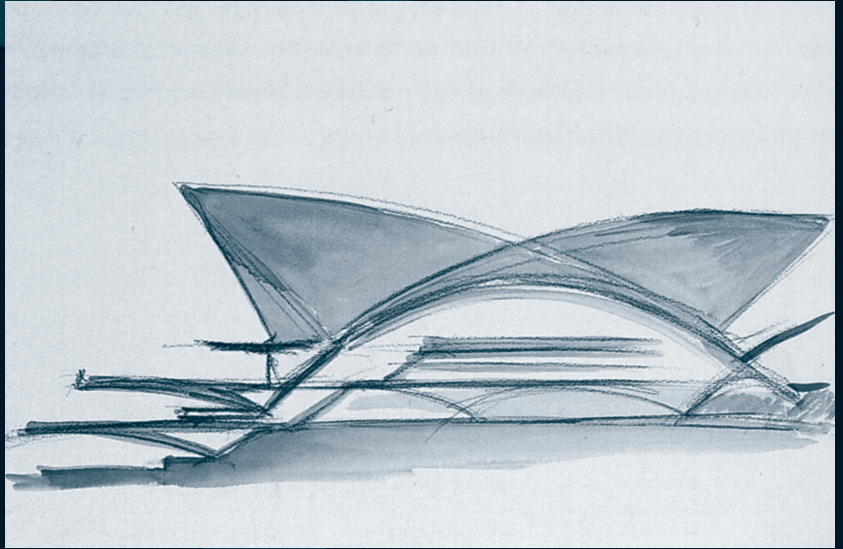
WILLIAM BARBEY

Série II Volume 21

## Des propriétés divisées, spécialement des *trusts*

Étude raisonnée des différents systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne, de leur transformation moderne, ainsi que de leur confrontation actuelle dans le droit transitoire et international privé suisse

COLLECTION LATINE



Helbing Lichtenhahn



# Des propriétés divisées, spécialement des *trusts*

Étude raisonnée des différents systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne, de leur transformation moderne, ainsi que de leur confrontation actuelle dans le droit transitoire et international privé suisse

WILLIAM BARBEY

COLLECTION LATINE

fondée par Marco Borghi et Nicolas Queloz, professeurs émérites  
de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

WILLIAM BARBEY

COLLECTION LATINE  
Série II/Volume 21

## Des propriétés divisées, spécialement des *trusts*

Étude raisonnée des différents systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne, de leur transformation moderne, ainsi que de leur confrontation actuelle dans le droit transitoire et international privé suisse

Helbing Lichtenhahn

Pour cette thèse, rédigée sous la direction du Professeur Denis Pietet, l'auteur a reçu le titre de Docteur en droit de l'Université de Lausanne avec la mention *summa cum laude*.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: [https://doi.org/10.46455/Helbing\\_Lichtenhahn/978-3-7190-4443-5](https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4443-5)



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4443-5 (édition imprimée)

2023, Helbing Lichtenhahn, Bâle

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

*À ma famille,  
en reconnaissance du soutien permanent*





*«There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; [...].*

*And yet there are very few that will give themselves the trouble to consider the original and foundation of this right.»*

BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 2.

*«La même justesse d'esprit qui nous fait écrire de bonnes choses nous fait appréhender qu'elles ne le soient pas assez pour mériter d'être lues.*

*Un esprit médiocre croit écrire divinement; un bon esprit croit écrire raisonnablement.»*

DE LA BRUYÈRE, *Les caractères ou les mœurs de ce siècle. Des ouvrages de l'esprit*,  
n° 18.



## Préface\*

§ 1. L'idée originale du présent ouvrage m'est venue alors que j'achevais ma maîtrise universitaire en droit, ensuite d'une première séance de travail avec le Prof. Denis PIOTET (professeur ordinaire à l'Université de Lausanne). Ce dernier, acceptant avec la plus grande gentillesse de diriger mes recherches doctorales, m'a d'emblée encouragé à ce que cette étude s'attache à résoudre des problématiques de droit positif par le double instrument du droit comparé et de l'histoire du droit. La qualité de ce travail lui doit bien plus qu'il ne voudra jamais le reconnaître. De même, sans son appui, son savoir, sa disponibilité et ses conseils, la tâche n'aurait pu être aussi épanouissante. Pour tout cela, le Prof. PIOTET est le créancier de ma plus sincère gratitude.

Les recherches se sont étalées de l'automne 2018 à la fin de l'année 2021. Tout au long de cette aventure intellectuelle conclue par la soutenance en mai 2022, je me suis attaché à procéder à un travail, certes éminemment solitaire, mais qui n'a pu être mené sans l'appui et l'écoute de mon entourage. Trop nombreuses pour être nommées, que toutes les personnes, membres des corps intermédiaire et professoral ou des secrétariats, de l'École de droit de l'Université de Lausanne que j'ai eu la chance d'apprendre à connaître soient ici vivement remerciées pour les moments de discussions, d'échanges, de débats ou de conférences que nous avons eu le plaisir de partager.

Voilà quelles furent les conditions professionnelles favorables entourant la rédaction de cet ouvrage.

§ 2. Composée d'ordres juridiques, époques, questions et enjeux d'une variété considérable, l'étude qui occupe les pages qui suivent porte sur l'exemple passionnant – pour reprendre l'adjectif de BLACKSTONE – des propriétés divisées, spécialement des *trusts*. Et la première chose que nous pouvons dire à leur propos, est que les propriétés divisées ne sont pas consacrées dans le Code civil suisse. En effet, contrairement à ce que la terminologie pourrait laisser penser, il ne s'agit ni de propriétés ni de

---

\* Texte partiellement issu du discours introductif prononcé lors de la soutenance de la présente thèse à l'Université de Lausanne le 18 mai 2022 et adapté fin 2022.

droits réels au sens juridique actuel, mais d'institutions conçues et relevant d'autres ordres juridiques qui incarnent à elles seules un mode d'organisation différent de l'usage des choses et des droits. À leur égard, il faut suivre le conseil d'un professeur néo-zélandais de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle: «*La première chose qu'un étudiant se doit de faire est de se débarrasser de l'idée de propriété absolue. Une telle idée est parfaitement inconnue du droit anglais.*» Et j'ajoute du droit féodal également.

Pourtant, ces propriétés divisées se rencontrent relativement fréquemment: l'exemple le plus connu est celui des *trusts* de droit anglais ou d'autres juridictions de *common law*, que le juriste suisse rencontre en matière successorale, commerciale ou philanthropique. Mais tel est également le cas des fidéicommiss de famille, des communaux – que l'on nomme en Suisse les sociétés d'*Allmend* –, des propriétés dissociées, de toute forme de propriété conditionnelle, de droits de retrait contractuels à effet *erga omnes*, de certains droits de source, de charges foncières garanties par le patrimoine du débiteur, de superficies des plantations de l'ancien droit et autres semblables. Autant d'institutions inconnues de notre droit positif suisse, mais dont les effets sont bien reconnus par le truchement des règles de conflits de lois dans l'espace et le temps.

Ainsi se pose la question de la nature juridique des propriétés divisées et du régime qui leur est applicable au sens des droits européens codifiés. Plus spécifiquement, il s'agit de déterminer quel traitement le droit suisse réserve aux propriétés divisées issues par définition d'un autre ordre juridique ancien ou étranger.

Mon étude s'attache donc avant toute chose à comprendre, expliciter et réconcilier, dans la mesure possible, les ordres juridiques romano-germaniques codifiés modernes, à l'exemple du droit suisse, d'une part, et les ordres juridiques anglais et de l'Ancien Régime continental, d'autre part. Et ce dans le domaine du droit des biens, c'est-à-dire en termes juridiques suisses des droits réels et spécialement du premier de ces droits: la propriété.

Cette thèse de doctorat s'érige ainsi comme un plaidoyer en faveur d'une approche historique du droit, aux fins d'assurer la cohérence conceptuelle des principes et institutions juridiques du droit des biens, dans le respect des traditions et de la sécurité du droit.

§ 3. Ces considérations, qui ont occupé mes réflexions, ne sont pas de pures inquiétudes académiques. En définitive, et pour paraphraser HÉLÈNE CARRÈRE D'ENCAUSSE, Secrétaire perpétuelle de l'Académie française, qui s'exprimait à propos du rôle (historique s'il en est) de la compagnie au service de la défense de la langue française: «*Il ne s'agit pas de nostalgie, mais d'avenir.*»

Il n'en va pas différemment en matière juridique. Avec la préservation de la cohérence des principes de nos ordres juridiques et de leurs institutions, ce n'est pas l'attachement aux règles particulières qui est en jeu, mais bien la garantie d'un ordre juridique efficient, rationnel et en somme l'assurance de solutions concrètes objectivement prévisibles.

La crainte d'une incursion de l'incohérence venant bousculer l'ordonnement de nos idées, même si elle est légitime (ainsi, à mon avis, l'avant-projet du 12 janvier 2022 proposant l'introduction en droit suisse d'un «trust» constitue une telle incursion), ne doit pourtant pas nous conduire à limiter notre regard au seul droit national actuel. Cela impliquerait nécessairement de mépriser tout le reste. La richesse et, il faut bien le reconnaître, l'ingéniosité des solutions d'autrefois, comme des ordres juridiques voisins ou plus lointains, sont autant de sources d'inspiration qui nous permettent de développer notre propre droit. Si cela ne peut pas se faire par simple mimétisme irréfléchi, la conviction de la solidité de nos principes juridiques, armés d'une doctrine épanouie, doit nous autoriser à adopter ci et là des mécanismes juridiques nouveaux aptes à répondre aux besoins toujours en évolution. Cela peut et doit se faire sous l'égide des principes généraux de notre droit, dans le respect de la sécurité du droit, de sa prévisibilité et de sa rationalité. Ce travail intéressera donc spécialement les chercheurs et étudiants se consacrant à des recherches de droit comparé et d'histoire du droit, mais également tous les lecteurs avertis.

Chargés d'évaluer mon étude, les membres du jury de soutenance de thèse m'ont offert l'un des plus beaux cadeaux qui puissent être faits à un doctorant, savoir une véritable discussion doctrinale, source d'un échange d'idées fructueux. Ce fut une expérience unique et enrichissante. Que soient ainsi vivement remerciés, pour leur intérêt sincère et leurs remarques pertinentes, les Prof. Andrea BONOMI (professeur ordinaire à l'Université de Lausanne et président du jury), Jean-Philippe DUNAND (professeur ordinaire à l'Université de Neuchâtel), Bénédicte FOËX (professeur ordinaire à l'Université de Genève) et Denis TAPPY (professeur ordinaire à l'Université de Lausanne), ainsi que bien sûr mon directeur de thèse le Prof. Denis PIOTET.

§ 4. Que soient encore remerciés Jérôme VOUMARD, directeur éditorial de la maison d'édition Helbing Lichtenhahn, pour son efficace appui, ainsi que le Fonds national suisse, qui a généreusement contribué au financement de cette publication.

Mes remerciements vont également aux personnes qui composent l'Étude PHC Notaires, à Lausanne (que j'ai eu le plaisir de rejoindre en février 2022 et qui m'ont apporté leur soutien lors de la soutenance), à toutes les personnes qui me font l'honneur de leur amitié (qu'elles aient prêté une oreille indulgente à mes récits historico-juridiques ou m'aient distrait de mes recherches), ainsi qu'à ma famille pour son soutien permanent.

Parmi les nombreux noms qui devraient encore être cités, une personne sort manifestement du lot. Ma mère, Maria G. BARBEY DE CALAGURRE, a accompagné avec rigueur chacune des étapes du manuscrit en procédant à une relecture minutieuse de la justesse comme de la qualité de ma prose. Mes forces n'auraient pu suppléer à son aide et elle mérite toute ma reconnaissance.

§ 5. Il va de soi que les personnes susnommées ne sont en rien responsables des éventuelles imprécisions, omissions ou même erreurs que pourrait contenir cette étude – elles sont exclusivement de mon fait.

William Barbey

# Sommaire

Table des matières . . . . .	XV
Table des abréviations . . . . .	XXI
Notice bibliographique . . . . .	XXV
Bibliographie . . . . .	XXIX
Table de la législation et de la documentation officielle . . . . .	LXXIII
Table de la jurisprudence citée . . . . .	LXXIX
<b>Introduction générale</b> . . . . .	1
I. Introduction générale . . . . .	1
<b>Partie préliminaire Fondements du droit des biens dans l'ordre juridique suisse actuel</b> . . . . .	7
Préambule à notre partie préliminaire . . . . .	9
II. Quelques fondements constitutionnels et systématiques en droit suisse . . . . .	9
III. Synthèse d'une notion d'étude de la propriété . . . . .	31
<b>Première partie Les grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne</b> . . . . .	35
Préambule à notre première partie . . . . .	37
IV. Apports & bénéfices d'une approche historique du droit . . . . .	37
V. Origines immémoriales de la propriété et droits dits «primitifs» . . . . .	40
VI. Antiquité romaine: de la République à la chute de l'Empire . . . . .	49

VII. Période carlovingienne: des invasions barbares à l'aube de la féodalité . . . . .	82
VIII. La féodalité continentale de droit coutumier . . . . .	93
IX. La redécouverte du droit romain par les glossateurs . . . . .	120
X. Le droit médiéval anglais et les origines des <i>trusts</i> . . . . .	138
XI. Synthèse générale de notre première partie . . . . .	226
<b>Deuxième partie    La subjectivisation du droit des biens par les codifications . . .</b>	<b>229</b>
Préambule à notre deuxième partie . . . . .	231
XII. Évolutions générales jusqu'à la fin de l'Ancien Régime . . . . .	231
XIII. Les codifications européennes: consécration du droit de propriété individuel et exclusif . . . . .	255
XIV. La Révolution française et le Code Napoléon . . . . .	285
XV. La réaction «éclairée» de l' <i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i> autrichien . . . . .	330
XVI. L'École historique du droit et le <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> allemand . . . . .	357
XVII. Synthèse générale de notre deuxième partie . . . . .	390
<b>Troisième partie    Les propriétés divisées dans le droit positif suisse à la lumière de l'Histoire . . . . .</b>	<b>393</b>
Préambule à notre troisième partie . . . . .	395
XVIII. La notion de propriété du droit privé suisse . . . . .	395
XIX. L'appréhension des propriétés divisées en droit transitoire suisse . . . . .	426
XX. L'appréhension des <i>trusts</i> anglais en droit international privé suisse . . . . .	475
XXI. Synthèse générale de notre troisième partie . . . . .	531
<b>Conclusion générale . . . . .</b>	<b>535</b>
XXII. Conclusion générale . . . . .	535
Index . . . . .	543
Lexique . . . . .	547



# Table des matières

Sommaire . . . . .	XV
Table des abréviations . . . . .	XXI
Notice bibliographique . . . . .	XXV
Bibliographie . . . . .	XXIX
Table de la législation et de la documentation officielle . . . . .	LXXIII
Table de la jurisprudence citée . . . . .	LXXIX
<b>Introduction générale</b> . . . . .	1
I. Introduction générale . . . . .	1
<b>Partie préliminaire Fondements du droit des biens dans l'ordre juridique suisse actuel</b> . . . . .	7
Préambule à notre partie préliminaire . . . . .	9
II. Quelques fondements constitutionnels et systématiques en droit suisse . . . . .	9
A. Les fondements constitutionnels . . . . .	10
1. Généralités . . . . .	10
2. Le cadre juridique de la garantie de la propriété: un aperçu . . . . .	12
3. Une esquisse de définition de la notion de propriété . . . . .	16
4. Synthèse . . . . .	21
B. Catégorisation au sein du droit privé . . . . .	23
1. La propriété comme droit subjectif de jouissance: approche et distinction selon la nature du droit . . . . .	25
2. La propriété comme droit patrimonial: distinction selon le rattachement à un patrimoine . . . . .	26
3. La propriété comme droit absolu: distinction selon les destinataires du droit . . . . .	27

4. La propriété comme droit réel: distinction selon l'objet du droit . . . . .	28
5. La propriété comme droit réel le plus complet: distinction selon les facultés offertes . . . . .	30
III. Synthèse d'une notion d'étude de la propriété . . . . .	31
A. Une première notion de la propriété . . . . .	32
B. Précisions d'ordre terminologique . . . . .	33
<b>Première partie      Les grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne . . . . .</b>	<b>35</b>
Préambule à notre première partie . . . . .	37
IV. Apports & bénéfices d'une approche historique du droit . . . . .	37
V. Origines immémoriales de la propriété et droits dits «primitifs» . . . . .	40
A. La distinction entre l'appropriation factuelle et juridique . . . . .	41
B. Sociétés pastorales . . . . .	43
1. L'absence de propriété foncière . . . . .	43
2. Existe-t-il une propriété mobilière distincte des droits de la personnalité? . . . . .	44
C. Sociétés agricoles et sédentarisées . . . . .	45
1. La possibilité d'une absence de propriété foncière? . . . . .	46
2. L'apparition d'une propriété foncière privée . . . . .	47
3. Propriétés communautaires, familiales ou individuelles: un débat théorique . . . . .	48
D. Synthèse . . . . .	49
VI. Antiquité romaine: de la République à la chute de l'Empire . . . . .	49
A. Principes et fondements du droit romain de la propriété . . . . .	51
1. Classification des biens et de l'immatériel . . . . .	53
2. Caractéristiques du dominium et facultés offertes à son titulaire . . . . .	62
3. Particularités du droit foncier: ager romanus, ager publicus et fonds provinciaux . . . . .	65
4. Exercice «familial» d'un droit individuel et autres restrictions au dominium . . . . .	68
B. Droit romain de la fin de la République à la fin du Principat . . . . .	69
1. La «propriété» pérégrine . . . . .	70
2. La propriété prétorienne . . . . .	71
3. L'Édit de CARACALLA et l'évolution du régime juridique des fonds italiques . . . . .	74
C. Dominat: l'unification formelle et la diversité juridique pratique . . . . .	75
1. L'unification formelle de la notion de propriété au VI <sup>e</sup> siècle après J.-C. . . . .	75
2. Le droit de superficie et l'emphytéose comme formes de droit de propriété . . . . .	76
3. Le colonat romain . . . . .	79
D. Synthèse . . . . .	81
VII. Période carlovingienne: des invasions barbares à l'aube de la féodalité . . . . .	82
A. Que devient la grande propriété foncière? . . . . .	83

1.	La surprenante continuité de la propriété foncière romaine . . . . .	83
2.	La propriété germanique et ses influences collectivistes . . . . .	85
3.	Le retour à la territorialité et la marginalisation de la plena in res potestas . . . . .	88
B.	Émergence du système féodal . . . . .	89
1.	Le beneficium: terreau des propriétés divisées à venir . . . . .	91
2.	La precaria . . . . .	92
C.	Synthèse . . . . .	93
VIII.	La féodalité continentale de droit coutumier . . . . .	93
A.	Le mélange des statuts personnel et foncier, ainsi que l'absence de distinction entre les droits privé et public . . . . .	95
B.	Classification des biens: principes et renvois . . . . .	97
C.	La Saisine . . . . .	99
1.	Principes et place dans l'ordre juridique . . . . .	99
2.	Caractéristiques de la saisine . . . . .	100
3.	Synthèse . . . . .	103
D.	Le «domaine divisé» . . . . .	104
1.	Le fief . . . . .	105
2.	La censive et les diverses formes de tenures économiques . . . . .	107
3.	Facultés du seigneur féodal ou censier, du feudataire et du censitaire	108
4.	La situation des serfs . . . . .	114
E.	Aspects particuliers . . . . .	114
1.	L'alleu . . . . .	115
2.	Aspects collectifs et communautaires . . . . .	119
IX.	La redécouverte du droit romain par les glossateurs . . . . .	120
A.	Romanisation du droit continental en général . . . . .	121
B.	Division des biens: la rencontre des approches matérielle et sociale . . . .	124
1.	Où les droits sont réduits à de simples objets . . . . .	124
C.	La transformation de la saisine . . . . .	129
1.	La saisine-possession . . . . .	129
2.	La saisine-propriété . . . . .	131
D.	Le «double domaine» . . . . .	132
1.	Émergence du concept de «double domaine» pour le fief et la censive	132
2.	L'aboutissement de la théorie du «double domaine» . . . . .	135
E.	Synthèse et appréciations critiques . . . . .	136
X.	Le droit médiéval anglais et les origines des trusts . . . . .	138
A.	Une (très) brève histoire du droit anglais, en particulier de son droit foncier . . . . .	142
1.	La Conquête normande, la féodalité & le Domesday Book . . . . .	142
2.	L'unification judiciaire et l'émergence du common law . . . . .	146
3.	L'absence de réception du droit romain en Angleterre . . . . .	150
4.	L'apparition d'un second corps de règle de droit: l'equity . . . . .	157
5.	Les événements ultérieurs, la prise d'importance des statutes et les procédures d'enclosure . . . . .	160
B.	Les grands principes du droit des biens anglais . . . . .	164
1.	La classification des biens . . . . .	167

2.	Le concept de Seisin . . . . .	173
3.	Les différentes formes de division de la maîtrise d'une real property . . . . .	176
C.	Le développement historique de la notion de <i>trusts</i> en droit anglais . . . . .	191
1.	Les origines et le développement des trusts . . . . .	192
2.	La notion générale et les définitions . . . . .	204
3.	La nature juridique . . . . .	209
D.	Synthèse du droit anglais . . . . .	223
XI.	Synthèse générale de notre première partie . . . . .	226
<b>Deuxième partie   La subjectivisation du droit des biens par les codifications . . . . .</b>		<b>229</b>
Préambule à notre deuxième partie . . . . .		231
XII.	Évolutions générales jusqu'à la fin de l'Ancien Régime . . . . .	231
A.	Le développement des communaux, spécialement des sociétés d' <i>Allmends</i> , jusqu'à la Révolution française . . . . .	233
1.	Les communaux: l'autre maîtrise divisée de l'Ancien Régime . . . . .	233
2.	Les origines des communaux et leur champ d'application . . . . .	236
3.	Ayants droit et bénéficiaires des biens communaux . . . . .	241
4.	Les facultés offertes par les communaux et la nature juridique des droits des membres des <i>Allmendgenossenschaften</i> . . . . .	245
5.	Synthèse . . . . .	248
B.	L'émergence de l'État moderne et ses conséquences en droit des biens . . . . .	249
XIII.	Les codifications européennes: consécration du droit de propriété individuel et exclusif . . . . .	255
A.	Un processus de subjectivisation du droit: de la dialectique aristotélicienne au néostoïcisme des humanistes en passant par le nominalisme occamien . . . . .	258
1.	Positionnement de la problématique . . . . .	258
2.	La thèse d'une origine des droits subjectifs au XIV <sup>e</sup> siècle . . . . .	261
3.	La thèse d'une origine des droits subjectifs antérieure au XIV <sup>e</sup> siècle . . . . .	267
4.	Synthèse et prise de position . . . . .	270
5.	Conséquences de la subjectivisation pour les notions théoriques du droit des biens . . . . .	273
B.	Considérations générales sur le mécanisme des codifications et leur esprit général . . . . .	279
XIV.	La Révolution française et le Code Napoléon . . . . .	285
A.	Les Déclarations relatives à la féodalité du 4 août 1789 au 17 juillet 1793: la gestion du passé . . . . .	286
B.	La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou la consécration formelle de l'individualisme . . . . .	293
C.	Le sort des communaux . . . . .	296
D.	Les principes généraux régissant l'élaboration du Code Napoléon . . . . .	307
E.	La propriété du Code Napoléon . . . . .	312
F.	Synthèse . . . . .	328
XV.	La réaction «éclairée» de l' <i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i> autrichien . . . . .	330

A.	Les caractéristiques de la codification autrichienne . . . . .	331
B.	La propriété dans l'ABGB . . . . .	338
C.	La coordination avec les institutions féodales et communautaires . . . . .	346
D.	Synthèse . . . . .	356
XVI.	L'École historique du droit et le <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> allemand . . . . .	357
A.	L'École historique allemande et l'élaboration d'un code civil allemand . . . . .	357
B.	L' <i>Eigentum</i> du BGB: le droit subjectif de propriété exclusive . . . . .	361
1.	Classification des biens et objet des droits réels . . . . .	362
2.	Caractéristiques du droit subjectif de propriété et facultés offertes à son titulaire . . . . .	368
C.	Le sort des institutions féodales et communautaires . . . . .	375
D.	Synthèse . . . . .	389
XVII.	Synthèse générale de notre deuxième partie . . . . .	390
<b>Troisième partie</b>	<b>Les propriétés divisées dans le droit positif suisse à la lumière de l'Histoire . . . . .</b>	<b>393</b>
	Préambule à notre troisième partie . . . . .	395
XVIII.	La notion de propriété du droit privé suisse . . . . .	395
A.	Aperçu des différents choix opérés par les codifications cantonales suisses . . . . .	396
1.	L'abolition de la féodalité dans les cantons suisses . . . . .	397
2.	Les différentes influences juridiques reçues par les cantons suisses . . . . .	401
3.	La reprise de la notion de propriété exclusive dans les codes cantonaux . . . . .	407
4.	Le sort des institutions médiévales et communautaires . . . . .	411
5.	Synthèse . . . . .	416
B.	Le Code civil suisse de 1907 . . . . .	416
1.	Le processus de codification fédéral du droit privé . . . . .	416
2.	La consécration de la notion de droit subjectif de propriété exclusive . . . . .	419
3.	Le sort des institutions médiévales et communautaires . . . . .	424
5.	Synthèse . . . . .	426
XIX.	L'appréhension des propriétés divisées en droit transitoire suisse . . . . .	426
A.	Les principes généraux du droit transitoire en matière de droit des biens . . . . .	428
1.	Les fondements des articles 1 <sup>er</sup> à 4 Tit. fin. CC . . . . .	428
2.	Les deux étapes de la qualification de «droits réels» au sens de l'article 17 Tit. fin. CC . . . . .	435
B.	Les institutions compatibles avec le nouveau droit . . . . .	443
1.	Les droits applicables en vertu de l'article 17 alinéa 2 Tit. fin. CC . . . . .	443
2.	La publicité des institutions visées par l'article 17 alinéa 2 Tit. fin. CC . . . . .	447
C.	Les institutions incompatibles avec le nouveau droit . . . . .	448
1.	Le droit applicable en vertu de l'article 17 alinéa 3 Tit. fin. CC . . . . .	448
2.	Passage en revue des principaux «droits abolis» . . . . .	450
3.	La publicité des institutions visées par l'article 17 alinéa 3 Tit. fin. CC . . . . .	462

D. Les communaux selon le régime de l'article 59 alinéa 3 du Code civil . . .	466
1. La réserve en faveur du droit cantonal . . . . .	466
2. Le cadre imposé par le droit fédéral . . . . .	467
E. Synthèse et tentative de systématique . . . . .	473
XX. L'appréhension des <i>trusts</i> anglais en droit international privé suisse . . . . .	475
A. La législation relative aux <i>trusts</i> applicable en Suisse . . . . .	479
1. La Convention de La Haye du 1 <sup>er</sup> juillet 1985 . . . . .	480
2. La novelle du 20 décembre 2006 introduisant un chapitre dévolu aux <i>trusts</i> dans la LDIP . . . . .	489
B. Notre approche: les vertus d'une approche historique et raisonnée des <i>trusts</i> . . . . .	506
1. Le problème fondamental: une incompréhension mutuelle . . . . .	506
2. Première étape: une remise en ordre conforme au droit anglais . . . . .	508
3. Seconde étape: la nécessité d'une fiction conforme aux exigences du droit suisse . . . . .	518
4. Que devient l'obstacle du <i>numerus clausus</i> des droits réels du droit positif suisse? . . . . .	525
C. Synthèse . . . . .	527
XXI. Synthèse générale de notre troisième partie . . . . .	531
<b>Conclusion générale</b> . . . . .	535
XXII. Conclusion générale . . . . .	535
Index . . . . .	543
Lexique . . . . .	547

## Table des abréviations

### Abréviations génériques

§	paragraphe
§§	paragraphe(s)
%	pour cent
<i>ad</i>	à propos de
al.	alinéa
art.	article
c.	<i>chapter</i> (en lien avec une loi anglaise)/contre (en lien avec les parties à un procès)
ch.	chiffre(s)
consid.	considérant(s)
d	en langue allemande
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
fol.	folio(s)
fr	en langue française
<i>id.</i>	<i>idem</i> (le même)
it	en langue italienne
<i>infra</i>	plus bas
J.-C.	Jésus-Christ
lit.	<i>littera</i>
n°	numéro
N.B.	<i>Nota bene</i> (notez bien que)
<i>pr.</i>	principium

s. [chiffre]	<i>section</i>
[chiffre] s.	et suivant(e)
[chiffre] ss	et suivant(e)s
St	Saint
<i>supra</i>	plus haut
Tit. fin.	Titre final
v.	<i>versus</i> (cependant lu « <i>and</i> » à haute voix par les juristes anglais)
vol.	volume(s)

### **Abréviations relatives à des normes juridiques**

ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>
ALR	<i>Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC-[...]	Code civil du canton de [...]
CcQ	Code civil du Québec du 8 décembre 1991
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CLaH85	Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à La Haye le 1 <sup>er</sup> juillet 1985 (RS 0.211.371)
CMBC	<i>Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis</i>
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220)
CN	Code Napoléon
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
EGBG	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche</i>
GG	Grundgesetz
LICC-[...]	Loi d’introduction du Code civil du canton de [...]

### **Autres abréviations juridiques**

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral publié au recueil officiel
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel du Parlement suisse



BSK	Basler Kommentar
C.	Codex
CR	Commentaire romand
D.	Digeste
FF	Feuille fédérale
<i>Inst.</i>	Institutes
JdT	Journal des Tribunaux
N	Conseil national
RDAF	Revue de droit administratif et public
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJ	La Semaine Judiciaire
[arrêts du] TF	Arrêts du Tribunal fédéral non publiés au recueil officiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZK	Zürcher Kommentar

**Abréviations relatives aux noms des cantons suisses**

AG	Argovie
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
BE	Berne
BL	Bâle-Campagne
BS	Bâle-Ville
FR	Fribourg
GE	Genève
GL	Glaris
GR	Grisons
JU	Jura
LU	Lucerne
NE	Neuchâtel
NW	Nidwald
OW	Obwald
SG	Saint-Gall

SH	Schaffhouse
SO	Soleure
SZ	Schwytz
TG	Thurgovie
TI	Tessin
UR	Uri
VD	Vaud
VS	Valais
ZG	Zoug
ZH	Zurich

## Notice bibliographique

Quoique notre volonté ait été d'accéder physiquement à l'ensemble des sources pertinentes pour notre étude et malgré des déplacements ponctuels aux bibliothèques universitaires des villes de Londres, Dublin et Montréal, ainsi que notre statut de chercheur en séjour à l'Institut suisse de droit comparé, la pandémie de coronavirus a refermé de nombreuses portes et nous a forcé à renoncer à certaines sources particulières ou éditions rares.

Fort heureusement, lorsque celles-ci n'étaient pas directement accessibles, la numérisation nous a permis d'accéder aux fac-similés des sources primaires et secondaires touchant à notre étude. Aussi, sauf en quelques occurrences ponctuelles, indiqués selon les deux formules « *repris par* » (pour la reproduction du passage du texte d'un autre auteur) ou « *cité par* » (pour des propos oraux rapportés), avons-nous toujours été en mesure de consulter la version originale des sources citées.

Nous avons donc pris un grand soin à constituer une bibliographie historique et contemporaine des plus solides. Pour appuyer notre propos, la recherche de sources primaires, c'est-à-dire la recherche des textes pertinents datant de chacune des époques et des régions géographiques étudiées, a été un souci constant tout au long de notre travail; cela nous paraît essentiel à la bonne compréhension d'un ordre juridique et de ses institutions. Ainsi pour le droit anglais, les sources sont directement tirées d'Angleterre ou d'autres juridictions de *common law* – ce qui est hélas bien trop rare dans les contributions juridiques de langue française ou allemande.

Nous croyons donc pouvoir affirmer que la large bibliographie qui emplit les pages qui suivent est suffisante à garantir un appareil critique satisfaisant la curiosité des plus exigeants de nos lecteurs.

Dans les notes de bas de page, les sources bibliographiques sont citées dans un ordre antéchronologique. Les sources législatives, jurisprudentielles, étatiques et historiques devancent néanmoins les autres dans l'ordre dans lequel nous venons de les énoncer. L'ordre antéchronologique est respecté au sein de chacune de ces catégories. Si plu-

sieurs sources sont datées de la même année, sans qu'il soit possible de déterminer une antériorité entre elles, l'ordre alphabétique du nom de l'auteur en régit l'ordre.

Les citations tirées de nos sources sont fidèlement reproduites en respectant la graphie originale de l'orthographe et de la typographie (si surprenantes puissent-elles parfois être), sous réserves des erreurs avérées ou interpolations. Les éventuelles mises en évidences de certains mots sont également respectées, quoique nous ayons choisi de n'utiliser pour ce faire que l'opposition entre les caractères italiques et romains, quel qu'ait été l'artifice typographique appliqué au texte original. Les caractères et alphabets qui ne sont plus reçus dans les langues actuelles ne sont pas reproduits et nous utilisons leur pendants modernes. Nous avons jugé que cela aurait inutilement alourdi le texte, sans réelle plus-value. En effet, la graphie originale seule est sans doute déjà le moyen le plus propre à donner au lecteur nombres d'informations implicites – en particulier temporelles ou géographiques – sur un texte, sans nécessiter d'explications supplémentaires de notre part.

En principe, aux fins de faciliter la lecture de notre étude, les citations en langues anglaise et italienne, dans la mesure où elles figurent dans le corps de texte, ont été reproduites en langue française, soit en se fondant sur une traduction d'autorité (la préférence étant donnée aux traductions contemporaines au texte original), soit en procédant nous-mêmes à la traduction (ce que nous indiquons alors expressément). Hormis pour les textes normatifs, la traduction n'est pas systématique pour le latin et l'allemand (que nous traduisons tout de même fréquemment), car nous sommes parti du principe que les juristes francophones sont suffisamment familiarisés avec ces langues. Les textes en langues originales ont en tous les cas été reproduits, au moins en note de bas de page.

Dans la mesure où certains choix bibliographiques se sont avérés nécessaires lorsque les sources primaires n'existent plus ou ont fait l'objet de rééditions critiques, il nous paraît utile d'en indiquer ci-dessous les principaux (parmi de nombreux autres); non seulement à l'intention du lecteur averti, mais aussi à celle du chercheur travaillant dans des domaines voisins de notre sujet d'étude.

Pour le surplus, le choix entre plusieurs éditions d'un même ouvrage a été guidé en fonction de la pertinence juridique. Pour ce qui concerne le droit positif, nous avons toujours privilégié l'édition la plus récente. Mais pour ce qui concerne l'histoire du droit, cela a été fonction d'autres critères, tels que le choix de l'édition originale pour exprimer l'ancienneté d'une idée, celui de la dernière édition publiée du vivant de l'auteur ou encore celui d'éditions successives pour montrer la stabilité (ou l'évolution) des opinions.

§ 1. Pour notre première partie consacrée aux grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne, les sources principales qui méritent une mention particulière quant au choix de l'édition utilisée sont les suivantes.

En ce qui concerne l'époque romaine, nous nous référons pour les *Institutes* de Gaius à la traduction établie par Reinach (1951), pour le *Digeste* à celle de Gaurier (2017) et pour le *Codex* à celle de Tissot (1807), ainsi qu'aux éditions de la Bibliothèque de la Pléiade des œuvres citées de Cesar (1968), Tacite (1990) et Tite-Live (1968).

En ce qui concerne le Moyen Âge, nous nous référons pour les *Libri feodorum* à l'édition de LEHMANN (1896), pour la *Coutume de Beauvaisis* à l'édition de SALMON (1899), ainsi que les traductions disponibles en ligne par CASTALDO (dont le travail est en cours depuis 2015) et pour le commentaire du *Digeste* de BARTOLE à l'édition établie à Venise en 1479.

En ce qui concerne l'ancien droit français, nous nous référons pour les *Arrêtés* de M. DE LAMOIGNON à l'édition de RICHER (1783) et pour les *Institutes coutumières* d'Antoine LOYSEL à l'édition de DUPIN/LABOULAYE (1848).

En ce qui concerne les premiers siècles du droit anglais, nous nous référons pour le *Traité de GLANVILL* à l'édition établie par HALL (1993) (une nouvelle édition scientifique est en préparation à l'Université de St Andrews par les Professeurs Paul BRAND et John HUDSON, mais elle n'est pas encore parue au moment de l'impression de ces lignes), pour les diverses Chartes du XI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècles à l'édition de STUBBS (1913) et pour le *Traité de BRACTON* à l'édition de THORNE (1968).

§ 2. Pour notre deuxième partie consacrée aux codifications, nous nous référons aux éditions officielles de promulgation des différents textes, ainsi qu'aux recueils historiques des travaux préparatoires. Les sources principales que nous avons jugé bon de retenir sont donc les suivantes.

En ce qui concerne la France révolutionnaire et consulaire, nous nous référons pour les travaux parlementaires français en général à la *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil-d'État*, Paris 1824-1938, pour les travaux parlementaires relatifs au Code Napoléon aux *Archives parlementaires 1800-1860* publiées par MAVIDAL/LAURENT dès 1862, pour les écrits et discours de PORTALIS à la compilation de Frédéric PORTALIS (son petit-fils) publiée en 1844. Pour le Code Napoléon proprement dit, nos citations sont tirées de l'*Édition originale et seule officielle*, volume unique, publié à Paris en 1807.

En ce qui concerne les travaux préparatoires de l'ABGB, nous nous référons au commentaire de ZEILLER (1811 et 1812). Pour le *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*, nos citations sont tirées des *trois volumes* publiés à Vienne en 1797 et pour l'ABGB proprement dit des *trois volumes*, publiés dans la même ville en 1811. À des fins com-

paratives nous utilisons la traduction française historique de CLERCQ (1836) pour l'ABGB (sauf les notes marginales qui ne figurent pas dans cet ouvrage; les traductions en sont donc les nôtres).

En ce qui concerne les travaux préparatoires du BGB, nous nous référons au *Protokolle* établi par ACHILLES/GEBHARD/SPAHN (1899) et MUGDAN (1899). Pour le BGB et la EGBGB proprement dits, nos citations sont tirées de la *Reichs-Gesetzblatt*, Berlin 1896, numéro d'objet 21, numéro de loi 2321, p. 195-603, respectivement, numéro de loi 2322, p. 604-650. À des fins comparatives nous utilisons la traduction française historique de LA GRASSERIE (1910) pour le BGB.

§ 3. Pour notre troisième partie consacrée plus spécifiquement aux droits cantonaux et au droit fédéral suisses, nous nous référons toujours aux éditions officielles de promulgation des différents textes, ainsi qu'aux recueils historiques à notre disposition. En outre, pour ce qui concerne la législation de la République helvétique, nous nous référons au *Bulletin des loix et décrets du corps législatif, de la République helvétique*, six cahiers, Lausanne 1798-1802 (contemporain des textes) et à l'*Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republick (1798-1803)*, dix volumes, Berne 1886-1905.

## Bibliographie

Toutes les sources sont classées par ordre alphabétique.

- ACADÉMIE FRANÇAISE, *Le Dictionnaire de l'Académie française. Tome Second (M-Z)*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris 1694 (cité: *Dictionnaire de l'Académie française 1694*).
- ACADÉMIE FRANÇAISE, *Le Dictionnaire de l'Académie française. Tome Second (L-Z)*, 5<sup>e</sup> éd., Paris 1798 (cité: *Dictionnaire de l'Académie française 1798*).
- ACADÉMIE FRANÇAISE, *Le Dictionnaire de l'Académie française. Tome Second*, 6<sup>e</sup> éd., Paris 1835 (cité: *Dictionnaire de l'Académie française 1835*).
- ACADÉMIE FRANÇAISE, *Le Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., édition en cours d'achèvement, disponible sous: [www.dictionnaire-academie.fr](http://www.dictionnaire-academie.fr) (consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2022) (cité: *Dictionnaire de l'Académie française, édition en cours d'achèvement*).
- ACHILLES Alexander Georg/GEBHARD Albert/SPAHN Peter Joseph, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band III. Sachenrecht*, Berlin 1899.
- AFFOLTER Friedrich, *Das intertemporale Recht. Das Recht der zeitlich verschiedenen Rechtsordnungen. Erster Band: Das intertemporale Privatrecht. Zweiter Teil: System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, Leipzig 1903.
- ALBRECHT Wilhelm Eduard, *Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts*, Königsberg 1828.
- ALTHAMMER Christoph, *Einleitung zu §§ 903 ff BGB et commentaire du paragraphe 903 BGB*, in: *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3: Sachenrecht, §§ 903-924 (Privates Nachbarrecht)*, nouvelle édition (17<sup>e</sup>), Berlin 2020 (cité: *Staudinger-ALTHAMMER*).
- ANONYME, *The Law of Commons and Commoners or a Treatise shewing the Original and Nature of Common and the several Kinds thereof etc.*, 2<sup>e</sup> éd., London 1720 (cité: *The Law of Commons and Commoners*).

- D'AQUIN Thomas (Saint catholique), *Summa Theologiae*, Rome 1897 (Roberto BUSA/Enrique ALARCÓN, édit.) (disponible sous : <https://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>) (cité : *Somme théologique*).
- ANTONETTI Guy, *Le partage des forêts usagères ou communales entre les seigneurs et les communautés d'habitants*, in : *Revue historique de droit français et étranger*, 1963, vol 41, p. 238-286 et 592-634.
- ARISTOTE, *Éthique à Eudème*, in : *Œuvres. Éthiques, Politique, Rhétorique, Poétique, Métaphysique* (Richard BODEÛS, édit.), Paris 2004/2014 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 601), p. 263-376.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, in : *Œuvres. Éthiques, Politique, Rhétorique, Poétique, Métaphysique* (Richard BODEÛS, édit.), Paris 2004/2014 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 601), p. 3-262.
- ARISTOTE, *Politique*, in : *Œuvres. Éthiques, Politique, Rhétorique, Poétique, Métaphysique* (Richard BODEÛS, édit.), Paris 2004/2014 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 601), p. 377-630.
- ATTAS Daniel, *Fragmenting Property*, in : *Law and Philosophy*, vol. 25, 2006, p. 119-149.
- AUBERT Jean-François, *Quelques mots sur la garantie de la propriété foncière*, in : *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 1962, p. 1-21.
- AUBRY Charles/RAU Charles, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae. Tome premier*, Strasbourg 1839.
- AUGSBURGER-BUCHELI Isabelle, *Le Code civil neuchâtelois 1853-1855. Étude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, thèse de doctorat, Neuchâtel 1988 (Collection de travaux publiés par la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, série juridique n° 24).
- AUGUSTIN Jean-Marie, *La propriété et les droits d'usage des habitants de la terre de Mouthe dans la forêt du Noirmont*, in : *Mélanges offerts à la mémoire de Roland Fietier par ses collègues de Besançon* (François LASSUS, édit.), Paris 1984, p. 31-57.
- ARNOLD Martin, *Die privatrechtlichen Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften. (Art. 59 Abs. 3 ZGB) nach dem Recht des Bundes und des Kantons Wallis*, Fribourg 1987 (Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, n° 73).
- AUBENAS Roger, *Cours d'Histoire du Droit Privé. Anciens Pays de Droit Écrit. Tome IV. Autour de la Propriété Foncière (Moyen-Âge et Ancien Régime)*, Aix-en-Provence 1955.
- AULARD Alphonse, *La Révolution française et le régime féodal*, Paris 1919.
- BABEAU Albert, *Le village sous l'ancien régime*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1891.



- BALON Joseph, *Les fondements du Régime foncier au Moyen Âge depuis la chute de l'Empire romain en Occident. Étude de dogmatique et d'histoire du droit*, Louvain 1954 (Anciens Pays et Assemblées d'États, vol. VII).
- BARANGER Denis, *Bentham et la codification*, in: *Droits*, vol. 27, 1998, p. 17-37.
- BARBEY William, *Le rôle du juge fiscal en présence de sources atypiques du droit. Les cas particuliers de l'évasion fiscale codifiée et des ordonnances administratives*, publié par l'Université de Genève (<https://llm-tax.ch/wp-content/uploads/2021/08/William-Barbey-Version-définitive-pour-site-LLM-10.08.2021.pdf>; consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2022).
- BASDEVANT-GAUDEMÉT Brigitte/GAUDEMÉT Jean, *Introduction historique au droit. XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 2016.
- BASTIAN Adrien, *La Chambre administrative du Canton du Léman sous la République helvétique (1798-1803): une école de gouvernement*, thèse de doctorat, Lausanne 2020 (Bibliothèque historique vaudoise n° 149).
- BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2009.
- BARTOLE (BARTOLUS DE SAXOFERRATO), *Lectura super prima parte Digesti veteris* [etc.], Venise 1479.
- BEAUD Olivier, *La Révolution française et le droit. Ouverture: L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ?*, in: *Droits*, vol. 17, 1993, p. 3-18.
- DE BEAUMANOIR Philippe, *Coutumes de Beauvaisis. Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique. Tome premier* (Amédée SALMON, édit.), Paris 1899 (texte de la fin du XIII<sup>e</sup> siècle).
- BECKETT J. V., *La propriété foncière en Angleterre aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles* (Maïca SANCONIE, trad.), in: *Histoire, Économie et Société*, vol. 18/1, 1999, p. 24-41.
- BERGER Elisabeth, *Das ABGB in Liechtenstein*, in: *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band III: Das ABGB außerhalb Österreichs* (Elisabeth BERGER, édit.), Berlin 2010, p. 13-32 (cité: *Das ABGB in Liechtenstein*).
- BERGER Elisabeth, *Rechtsrezeption als Option für Kleinstaaten? Das ABGB in Liechtenstein und in den thüringischen Staaten*, in: *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Barbara DOELEMAYER/Heinz MOHNHAUPT, édit.), Francfort-sur-le-Main 2012, p. 177-197 (cité: *Rechtsrezeption*).
- VON BERGER Karl Friedrich Wilhelm, *System des Deutschen Privatrechts. Auf der Grundlage des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich neubearbeitet von Konrad Cosack*, 17<sup>e</sup> éd., Jena 1895 (cité: *System des Deutschen Privatrechts*).
- BERNARD Nicolas, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal 2020.

- BESELER Georg, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin 1885.
- BESNIER Robert, *De la loi des douze tables à la législation de l'après-guerre. Quelques observations sur les vicissitudes de la notion romaine de la propriété*, in: *Annales d'histoire économique et sociale*, vol. 9, 1937, p. 321-342 (cité: *Vicissitudes de la notion romaine de propriété*).
- BESNIER Robert, *Le procès pétitoire dans le droit normand du XII<sup>e</sup> et du XIII<sup>e</sup> siècle*, in: *Revue historique de droit français et étranger*, 1952, p. 195-222 (cité: *Procès pétitoire*).
- BESNIER Robert, *Le procès possessoire dans le droit normand du XII<sup>e</sup> et du XIII<sup>e</sup> siècle*, in: *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, p. 378-408 (cité: *Procès possessoire*).
- BIENVENU Jean-Jacques, *Impôt et propriété dans l'esprit de la déclaration*, in: *Droits*, vol. 8, 1988, p. 135-142.
- BINGHAM Thomas Henry (baron BINGHAM OF CORNHILL), *The Rule of Law*, Londres 2011.
- BIPPERT Henri, *Analyse des documents qui ont servi à la rédaction du Code civil du Canton de Vaud précédée d'un exposé historique de cette rédaction*, Lausanne 1866.
- BLAXLAND George, *Codex Legum Anglicanarum; or, A Digest of Principles of English Law arranged in the order of the Code Napoleon*, Londres 1839.
- BLACKSTONE William, *Book the Second – Of The Rights Of Things*, in: *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Vol. 1* (George SHARSWOOD, édit.), Philadelphia 1892 (texte et pagination de 1753) (cité: *Of the Rights of Things*).
- BLOCH Marc, *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII<sup>e</sup> siècle. Première partie: L'œuvre des pouvoirs d'Ancien Régime*, in: *Annales d'histoire économique et sociale*, vol. 7, 1930, p. 329-383 (cité: *La lutte pour l'individualisme agraire*).
- BLOCH Marc, *Les caractères originaux de l'Histoire rurale française. Tome premier*, Paris 1968 (texte de 1952) (cité: *Histoire rurale I*).
- BLOCH Marc, *Les invasions. Occupation du sol et peuplement*, in: *Annales d'histoire sociale (Hommages à Marc BLOCH II)*, Cambridge 1945, p. 13-28 (cité: *Occupation du sol*).
- BLOCH Marc, *Une mise au point. Les invasions. Deux structures économiques*, in: *Annales d'histoire sociale (Hommages à Marc BLOCH I)*, Cambridge 1945, p. 33-46 (cité: *Structures économiques*).
- BLUNTSCHLI Johann Caspar, *Deutsches Privatrecht. Erster Band*, Munich 1853 (cité: *Deutsches Privatrecht*).
- BLUNTSCHLI Johann Caspar, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich. Mit Erläuterungen. Zweiter Band: Sachenrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1861 (cité: *Commentaire*).

- BOCQUET Claude, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel. Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse de doctorat, Genève 1978 (Faculté de droit de l'Université de Genève, n° 637).
- BODIN Jean, *Les six livres de la République*, Paris 1576.
- BOECKLI Peter, *Der Angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht*, Zurich/St-Gall 2007 (Sonderdruck aus der Zeitschrift Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 3/2007).
- BONNARD Claude, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de garantie de la propriété*, in: *Revue de la Société des juristes bernois* 1965, p. 121-144.
- BONOMI Andrea, *Reconnaissance des trusts, trusts « internes » et fiducie – quelques remarques en guise de synthèse*, in: *Le trust en droit international privé. Perspectives suisses et étrangères. Actes de la 17<sup>e</sup> Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne*, Genève/Zurich/Bâle 2005 (Publications de l'Institut suisse de droit comparé n° 52), p. 115-120.
- BOUDREAU-OULLET Andréa, *Aspects conceptuels et juridiques du « droit de propriété »*, in: *Revue générale de droit*, vol. 21/1, 1990, p. 169-180.
- BOURJOL Maurice, *Les biens communaux*, Paris 1989.
- BOUYE Jacques François, *Remarques sur les loix et statuts du Pays-de-Vaud. Tome Premier*, Neuchâtel 1776.
- BRAIBANT Guy, *Utilité et difficultés de la codification*, in: *Droits*, vol. 24, 1996, p. 61-72.
- BRAKENSIEK Stefan, *Les biens communaux en Allemagne. Attaques, disparition et survivance (1750-1900)*, in: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine* (Marie-Danielle DEMELAS/Nadine VIVIER, édit.), Rennes 2003, p. 79-97.
- BRAND Paul, *The Beginnings of the English Common Law (to 1350)*, in: *The Oxford Handbook of European Legal History* (Heikki PIHLAJAMAKI/Markus D. DUBBER/Mark GODFREY, édit.), Oxford 2018, p. 430-450.
- BRAUER Johann Nikolaus Friedrich, *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzogliche Badische bürgerliche Gesetzgebung. Erster Band*, Karlsruhe 1809.
- BRAUNEDER Wilhelm, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I: Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, Berlin 2014 (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, vol. 60) (cité: *Entstehung und Entwicklung des ABGB*).
- BRAUNEDER Wilhelm, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, Vienne/Cologne/Weimar 2014 (cité: *Privatrechtsgeschichte*).
- BREYE François-Xavier, *Traité du retrait féodal et du retrait lignager*, Nancy 1737.

- BRIDEL Bastien, *Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse. Exemples choisis en droit du bail à loyer*, thèse de doctorat, Genève/Zurich/Bâle 2019 (Recherches juridiques lausannoises 67).
- BRIDGE Stuart/COOKE Elizabeth/DIXON Martin, *MEGARRY [Robert (Sir)] & WADE [William (Sir)]: The Law of Real Property*, 9<sup>e</sup> éd., Londres 2019 (cité: *MEGARRY & WADE*).
- BROGGINI Gerardo, *Intertemporales Privatrecht*, in: *Geschichte und Geltungsbereich* (Max GUTZWILLER, édité.), Bâle/Stuttgart 1969 (Traité du droit privé suisse, volume I), p. 353-507 (cité: *BROGGINI, Traité*).
- BRUCKMUELLER Ernst, *Über die Lage der Habsburgermonarchie in den Jahrzehnten zwischen Maria Theresia und Metternich in Hinblick auf die Kodifikation des ABGB*, in: *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Barbara DOELEMAYER/Heinz MOHNHAUPT, édité.), Francfort-sur-le-Main 2012, p. 1-31.
- BRUEWILER Jürg, *Der Zerfall der Dreizelgenwirtschaft im schweizerischen Mittelland*, Zurich 1975 (Rechtshistorische Arbeiten, n<sup>o</sup> 15).
- BRUTTIN Etienne, *Essai sur le Statut juridique des Consortages d'alpages valaisans*, thèse de doctorat, Sion 1931 (Université de Lausanne).
- DE LA BRUYERE Jean, *Les caractères ou les mœurs de ce siècle*, in: *Œuvres complètes* (Julien BENDA, édité.), Paris 1951 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 23), p. 59-478.
- BUCHER Andreas, *Commentaires introductifs à la LDIP, aux articles 2-12 LDIP, aux articles 13-19 LDIP et de l'article 1<sup>er</sup> LDIP*, in: *Commentaire romand de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) et de la Convention de Lugano (CL)* (Andreas BUCHER, édité.), Bâle 2011 (cité: *CR LDIP-BUCHER*).
- BUCHHEIM Johannes, *Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts*, Tübingen 2017 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, vol. 18).
- VON BUCHKA Gerhard, *Bericht über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Drittes Buch: Sachenrecht*, in: *Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse* (Ludwig ENNECCERUS/Gerhard BUCHKA/Julius BACHEM/Theodor SCHROEDER), Berlin 1896, p. 68-70 (cité: *Bericht*).
- VON BUCHKA Gerhard, *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts*, Berlin 1897 (*Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und der Landesrechte. Band I*) (cité: *Vergleichende Darstellung*).

- BUCK Andrew R., *Property, Aristocracy and the Reform of the Land Law in Early Nineteenth Century England*, in: *The Journal of Legal History*, vol. 16/1, 1995, p. 63-93.
- BUCKLAND William Warwick, *Equity in Roman Law*, Londres 1911 (cité: *Equity in Roman Law*).
- BUCKLAND William Warwick/MCNAIR Arnold/LAWSON Frederick H., *Roman Law and Common Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres 1974 (réimpression de l'édition de 1952).
- BUEHLER Theodor, *Der Kampf um das Fideikommiss im 19. Jahrhundert*, in: *Revue de droit suisse* 1969 I, p. 131-164.
- BUEHLER-REIMANN Theodor, *Zur Geschichte der Eigentumsgarantie und der Enteignung*, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, vol. 75, 1974, p. 378-391.
- BUETLER Michael, *Zur Ablösung ehehafter Wasserrechte durch Wassernutzungskonzessionen. Besprechung von BGE 145 II 140*, in: *Umweltrecht in der Praxis*, 2019, p. 540-556.
- BUREAU PERMANENT de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Conclusions tirées des discussions de la Commission spéciale de juin 1982 sur les trusts et institutions analogues/Conclusions drawn from discussions of the Special Commission of June 1982 on trusts and analogous institutions*, in: *Actes et documents de la Quinzième session (8 au 20 octobre 1984) de la Conférence de La Haye de droit international privé. Tome II. Trust – loi applicable et reconnaissance* (Bureau Permanent de la Conférence, édit.), La Haye 1985, p. 136-140 (cité: BUREAU PERMANENT, *Conclusions*).
- BUTTIN Jacques, *Étude juridique sur les fruits communs dans les montagnes de Tarentaise*, thèse de doctorat, Grenoble 1943 (Université de Grenoble).
- CAIRNS Huntington, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Baltimore 1949.
- CALAME Henri-Florian, *Droit privé d'après la Coutume neuchâtoise. Cours professé à Neuchâtel de 1829 à 1830*, Neuchâtel 1858.
- CARBASSE Jean-Marie, *Contribution à l'étude du processus coutumier. La coutume de droit privé jusqu'à la Révolution*, in: *Droits*, vol. 3, 1986, p. 25-37.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil. Tome 2. Les Biens et les Obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2017 (Quadrige Manuels) (réimpression du texte de la 19<sup>e</sup> éd., Paris 2000).
- CARCANO Giovanni, *Il codice civile austriaco e i suoi caratteri. Studi per la compilazione del codice patrio*, Milan 1860.
- CARRARD Henri, *Étude comparative des législations civiles de la Suisse romande et celles de la Suisse allemande. Essai de conciliation de leurs principales différences*, in: *Revue de la Société des juristes bernois*, vol. 9/5-6, 1873, p. 133-179.
- DE LAS CASES Emmanuel-Auguste-Dieudonné (comte DE LAS CASES), *Le Mémorial de Sainte-Hélène II* (Gérard WALTER, édit.), Paris 1956 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 29) (cité: *Mémorial de Sainte-Hélène*).

- CASHIN RITAINE Eleanor, *Rapport introductif: Panorama comparé du droit matériel du trust. Ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie*, in: *Le trust en droit international privé. Perspectives suisses et étrangères. Actes de la 17<sup>e</sup> Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2005* (Publications de l'Institut suisse de droit comparé n° 52), p. 17-28.
- CASTALDO André, *Beaumanoir, les cateux et les meubles par anticipation*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 68, 2000, p. 1-46.
- CASTALDO André, *Coutumes de Beauvaisis de Philippe DE BEAUMANOIR. Projet d'édition*, in: <http://www.ihd.cnrs.fr/spip.php?article/327> (consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2022).
- CESAR Caius Julius, *La Guerre des Gaules*, in: *Historiens romains. Historiens de la République II* (Gérard WALTER, édit.), Paris 1968 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 203), p. 33-283.
- CHABOD Ludovic, *Le droit transitoire du droit de superficie (des Codes cantonaux à la loi actuelle)*, thèse de licence, Vevey 2003 (Université de Lausanne).
- CHAMOREL Gabriel P., *La liquidation des droits féodaux dans le Canton de Vaud 1789-1821*, thèse de doctorat, Lausanne 1944 (Université de Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise, n° 6).
- CHAMPEAUX Ernest, *Essai sur la vestitura ou saisine et introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse de doctorat, Paris 1898 (Faculté de droit de l'Université de Paris).
- DE CHATEAUBRIAND François-René (vicomte DE CHATEAUBRIAND), *Études ou discours historique sur la chute de l'Empire romain, la naissance et les progrès du christianisme, et l'invasion des barbares*, Paris 1845 (cité: *Étude*).
- DE CHATEAUBRIAND François-René (vicomte DE CHATEAUBRIAND), *Mémoires d'outre-tombe I* (Maurice LEVAILLANT/Georges MOULINIER, édit.), Paris 1951 (texte de 1847; Bibliothèque de la Pléiade, vol. 67) (cité: *Mémoires*).
- CHENON Émile, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1923 (cité: *Démembrements*).
- CHEVRIER Georges/PIERI Georges, *La loi romaine des Burgondes*, Varèse 1969 (Société d'histoire des droits de l'Antiquité, *Ius Romanum Medii Aevi*, vol. I, 2 b aa 8).
- CICERON, *Principes de politique*, in: *Œuvres complètes* (Pierre GRIMAL, édit.), Paris 1990 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 156).
- CINCELLI Roman, *Der Common Law Trust. Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz*, thèse de doctorat, Zurich 2017 (Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, n° 366).
- CLAUSING Roth, *The Roman Colonate. The Theories of its Origin*, New York/Londres 1925 (Studies in History, Economics and Public Law, vol. 117).

- DE CLERCQ A., *Code civil général de l'Empire d'Autriche traduit sur la dernière édition officielle*, Paris 1836.
- CLERE Jean-JACQUES, *L'abolition des droits féodaux en France*, in: *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique (en ligne)*, vol. 94-95, 2005, p. 135-157.
- CLIFFE LESLIE T. E., *Land Systems and Industrial Economy of Ireland, England, and Continental Countries*, Londres 1870.
- COING Helmut, *Europäisches Privatrecht. Band II: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, Munich 1989 (cité: *Europäisches Privatrecht II*).
- COING Helmut, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 70, p. 348-371 (cité: *Bartolus*).
- COKE Edward, *The First Part of the Institutes of the Lawes of England: or, a Commentarie upon Littleton, Not the Name of the Lawyer onely, but of the Law it selfe*, Londres 1628 (cité: *Commentarie upon Littleton*).
- COLLINET Paul, *Bona et patrimoine. Les deux conceptions du patrimoine en droit romain*, in: *Études dédiées à la mémoire d'André M. Andréadès* (K. VARVARESOS, édit.), Athènes 1940, p. 377-405.
- CONSTANT Benjamin, *Principes de politique*, in: *Œuvres* (Alfred ROULIN, édit.), Paris 1957 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 123), p. 1063-1215.
- CONTE Emanuele, *Modena 1182, the origins of a new paradigm of ownership. The interface between historical contingency and the scholarly invention of legal categories*, in: *Glossae. European Journal of Legal History*, vol. 15, 2018, p. 4-18.
- COMMISSION SPECIALE de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Conclusions tirées des discussions de la Commission spéciale de juin 1982 sur les trusts et institutions analogues/Conclusions drawn from discussions of the Special Commission of June 1982 on trusts and analogous institutions*, in: *Actes et documents de la Quinzième session (8 au 20 octobre 1984) de la Conférence de La Haye de droit international privé. Tome II. Trust – loi applicable et reconnaissance* (Bureau Permanent de la Conférence, édit.), La Haye 1985, p. 136-140 (cité: COMMISSION SPECIALE).
- COOKE Elizabeth, *Land Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford 2020 (Clarendon Law Series; Paul CRAIG, édit.).
- COQUILLE Guy, *Institution au droict des François*, Dernière édition revue et corrigée, Paris 1630 (réimpression de l'édition originale de 1607).
- CORIAT Jean-Pierre, *La notion romaine de propriété. Une vue d'ensemble*, in: *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle)* (Olivier FARON/Etienne HUBERT, édit.), Rome 1995, p. 17-26.

- CORNIL M.-J., *Droit romain. Traité élémentaire des droits réels et des obligations précédé d'un exposé des notions générales et préliminaires*, Bruxelles 1885.
- COSGROVE Richard A., *The Culture of Academic Legal History. Lawyers "History and Historians" Law 1870-1930*, in: *Cambrian Law Review*, vol. 33, 2002, p. 23-34.
- CROPT Bernard E. J., *Théorie du Code civil du Valais. Tome premier*, Sion 1858 (cité: *Théorie du Code civil du Valais I*).
- DARD Henri-Jean-Baptiste, *Code civil des français avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport à chaque article, ou Conférence du Code civil avec les lois anciennes*, nouvelle édition, Paris 1807.
- DAVID René, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris 1948 (Les systèmes de droit contemporains, vol. 1).
- VON DER DECKEN Helmut, *Zum Wesen des römischen Eigentums*, thèse de doctorat, Rostock 1934 (Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock).
- DELAFONTAINE Jean-Christophe, *La mention au registre foncier: étude de droit privé fédéral et vaudois*, thèse de doctorat, Lausanne/Tolochenaz 1999 (Université de Lausanne).
- DE CALDERONI Francesco, *Commentario sopra Codice civile universale austriaco del signor Francesco de Zeiller. Volume II. Sezione Prima*, Venise 1815.
- DE CASTRO Paul (Pauli DE CASTRO), *Prima super codice* [etc.], Lugduni 1543.
- DEMOLOMBE Charles, *De la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit et de l'usage et de l'habitation. Tome Premier*, Paris 1854 (cité: *Tome Premier*).
- DEMOLOMBE Charles, *De la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit et de l'usage et de l'habitation. Tome Deuxième*, Paris 1854 (cité: *Tome Deuxième*).
- DERNBURG Heinrich, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Erster Band*, Halle 1875 (cité: *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*).
- DERNBURG Heinrich, *Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basellandschaft und Basel Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen*, Halle 1862 (cité: *Rechtsgutachten*).
- DESCHENAUX Henri, *Le registre foncier*, Fribourg 1983 (Traité de droit privé suisse, vol. V, tome 2/2; Pierre TERCIER, édit.).
- DESTRAIS Charles, *De la propriété et des servitudes en droit romain*, Paris/Nancy 1885.
- DETER Gerhard, *Allodifikation, Grundablösung und das Entschädigungsproblem*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, vol. 130, 2013, p. 205-237.



- Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les biens* (Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé. Univeristé de McGill, éd.), Cowansville (Canada) 2012.
- DIGBY Kenelm Edward, *Introduction to the History of the Law of Real Property with Original Authorities*, 5<sup>e</sup> éd., Oxford 1897.
- DI SIMONE Maria Rosa, *Das ABGB in Italien*, in: *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band III: Das ABGB außerhalb Österreichs* (Elisabeth BERGER, éd.), Berlin 2010, p. 291-317.
- DI SIMONE Maria Rosa, *Le Code civil autrichien en Italie*, in: *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 89/1, 2011, p. 115-125 (cité: *Le Code civil autrichien en Italie*).
- DONEAU Hugues (DONELLUS Hugonis), *Commentariorum de iure civili libri. Sextus, Septimus, Octauus, Nonus, Decimus, Undecimus*, Hanovre 1610.
- DOELEMAYER Barbara, *Deutschsprachige Kantone*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (Dritter Band – Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht). Elfter Abschnitt. Schweiz. 2. Kapital. Kodifikationen und Projekte* (Helmut COING, éd.), Munich 1982, p. 1925-1960 (cité: *Deutschsprachige Kantone*).
- DOELEMAYER Barbara, *Nationale Rechtsvereinheitlichung*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (Dritter Band – Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht). Elfter Abschnitt. Schweiz. 2. Kapital. Kodifikationen und Projekte* (Helmut COING, éd.), Munich 1982, p. 1961-2029 (cité: *Rechtsvereinheitlichung*).
- DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Tome I*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1695.
- DONIOL Henry, *La Révolution française et la féodalité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1876.
- DORTHE Lionel/OSTORERO Martine/UTZ TREMP Kathrin, *Un notaire à l'étude. Le plus ancien registre lausannois (1360-1366)*, Lausanne 2021 (Cahiers lausannois d'histoire médiévale, vol. 59).
- DUBEY Jacques, *Commentaire de l'article 26 de la Constitution fédérale*, in: *Commentaire romand de la Constitution fédérale. Volume I: Préambule-art. 80 Cst.* (Vincent MARTENET/Jacques DUBEY, éd.), Bâle 2021 (cité: CR Cst. féd.-DUBEY).
- DUFOUR Alfred, *Code Napoléon et histoire du droit genevois*, in: *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. I, Berne 2007, p. 18-47 (cité: *Droit genevois*).
- DUFOUR Alfred, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles*, in: *Droits*, vol. 24, 1996, p. 45-60 (cité: *L'idée de codification*).

- DUFOUR Alfred, *Notion et division des choses en droit germanique*, in: *Archives de philosophie du droit. Les biens et les choses en droit (tome 24)*, Paris 1979, p. 95-125 (cité: DUFOUR, *Choses en droit germanique*).
- DUFOUR DE SAINT-PATHUS Julien-Michel, *Code civil des français, avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées. Tome Premier*, Paris 1806.
- DUMOULIN Charles, *Coutumes de la prévosté et vicomté de Paris avec les notes de M. C. Du Molin, mises en meilleur ordre qu'auparavant. Tome premier*, nouvelle édition, Paris 1709 (cité: *Coutume de Paris I*).
- DUNAND Jean-Philippe, *The Experience of Roman Private Law in Switzerland*, in: *Fundamina*, 2014, vol. 20-1, p. 227-239.
- DUNCKER Ludwig Friedrich Wilhelm, *Ueber dominium directum und utile*, in: *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, vol. 2, 1839, p. 177-212.
- DUPIN M./LABOULAYE Édouard (édit.), *Institutes coutumières d'Antoine LOYSEL ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France avec les notes d'Eusebe de Laurière. Tome premier*, 13<sup>e</sup> éd., Paris 1846 (N. B.: l'édition originale est de 1607) (cité: LOYSEL, livre, titre, règle).
- DUPIN M./LABOULAYE Édouard (édit.), *Institutes coutumières d'Antoine LOYSEL ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France avec les notes d'Eusebe de Laurière. Tome second*, 13<sup>e</sup> éd., Paris 1846 (N. B.: l'édition originale est de 1607) (cité: LOYSEL, livre, titre, règle).
- DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2016 (cité: Commentaire LDIP-DUTOIT).
- DUTOIT Bernard, *Perspectives comparatives sur la succession ab intestat*, in: *Le droit des successions en Europe*, Genève 2002, p. 13-28 (cité: *Perspectives*).
- EBERT (prénom inconnu), *Lehsfelonie infloge Teilnahme am Kriege auf feindlicher Seite*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 22, 1917, p. 743-744.
- ECKERT Jörn, *Der Kampf um die Familienfideikommiss in Deutschland. Studien zum Absterben eines Rechtsinstitutes*, thèse d'habilitation, Francfort-sur-le-Main 1992 (Rechtshistorische Reihe 104).
- EICHHORN Carl Friedrich, *Einleitung in das deutsche PRivatrecht mit Einschluß des Lehenrechts*, Göttingen 1823.
- EICHNER Mark, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, thèse de doctorat, Bâle 2007 (Université de Bâle).
- ELLUL JACQUES, *Histoire des institutions. L'Antiquité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2011 (texte de 1992) (cité: *Antiquité*).
- ELLUL JACQUES, *Histoire des institutions. Le Moyen Âge*, Paris 2013 (texte de 1993) (cité: *Moyen Âge*).

- ELLUL JACQUES, *Histoire des institutions. XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2014 (texte de 1991) (cité: *XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*).
- EMERICH Yaëll, *Conceptualising Property Law. Integrating Common Law and Civil Law Traditions*, Cheltenham/Northampton (Massachusetts) 2018 (cité: *Conceptualising Property Law*).
- EMERICH Yaëll, *Faut-il condamner la propriété des biens incorporels? Réflexions autour de la propriété des créances*, in: *Les Cahiers de Droit*, vol. 46/4, 2005, p. 905-939 (cité: *Faut-il condamner la propriété des biens incorporels?*).
- EMERICH Yaëll, *La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?*, in: *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 58/4, 2013, p. 827-846 (cité: *Fiducie civiliste*).
- EMERICH Yaëll, *Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law*, in: *Les Cahiers de droit*, vol. 59/2, 2018, p. 389-423 (cité: *Les biens et l'immatérialité*).
- EMERICH Yaëll, *Propriété, relation et exclusivité: étude de droit comparé*, in: *Revue de la recherche juridique*, vol. 34/4, 2009, p. 1841-1853 (cité: *Propriété, relation et exclusivité*).
- EMERICH Yaëll/SMITH Lionel, *Terminologie et modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle: propos introductif*, in: *Revue générale de droit*, vol. 38/2, 2008, p. 229-231.
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997.
- ERNST Viktor, *Die Entstehung des deutschen Grundeigentums*, Aalen 1965 (réimpression de l'édition de Stuttgart 1926).
- ESCHMANN Beat, *Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten*, thèse de doctorat, Zurich/Bâle/Genève 2005 (Université de Zurich).
- D'ESSUILES Jean-François de Barandiéry-Montmayeur (comte D'ESSUILES), *Traité des Communes, ou observations sur leur origine & état actuel, d'après les anciennes Ordonnances de nos Rois, les Coutumes, Edits, Déclarations, Arrêts & Réglements intervenus sur cette matiere; etc.*, Paris 1777.
- DE FELICE Simon, *Le droit de propriété. Sa nature et son fondement*, thèse de doctorat, Lausanne 1889 (Université de Lausanne).
- FENET A. (édit.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Tome onzième*, Paris 1827.
- DE FERRIERE Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes de Pratique avec les juridictions de France*, 3<sup>e</sup> éd. Paris 1749.
- FISHER Joseph, *The History of Landholding in England*, in: *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 4, 1876, p. 97-187.
- FLAMMER A., *Le droit civil de Genève. Ses principes et son histoire*, Genève 1875 (Bulletin de l'Institut national genevois, tome XX).

- FLOUCK François, *De la propriété partagée à la propriété individuelle. L'abolition des « droits féodaux » en terre vaudoise (1798-1811)*, in: *Revue historique vaudoise*, 2004, p. 197-209.
- FOËX Bénédict, *La mention du trust au registre foncier*, in: *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 2009, p. 81-90 (cité: *Mention*).
- FOËX Bénédict, *Trust et registre foncier: Quelques remarques sur le transfert de la propriété du settlor au trustee*, in: *successio* 2009, p. 259-166 (cité: *Trust et registre foncier*).
- FRATCHER William Franklin, *Chapter 11. Trust*, in: *Property and Trust* (Frederick H. LAWSON, édit.), Tubingue/Mouton/La Haye/Paris 1973 (*International Encyclopedia of Comparative Law*; volume VI) (cité: *Encyclopedia*).
- FRICK Hans-Wolfgang, *Die Näher- und Zugrechte in den Kantonen Bern Aargau, Solothurn und Luzern*, thèse e doctorat, Worb 1949 (Université de Berne).
- FUSTEL DE COULANGES Numa Denis, *Du régime des terres en Germanie*, in: *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, Paris 1913, p. 187-316 (cité: *Germanie*).
- FUSTEL DE COULANGES Numa Denis, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France. L'alleu et le domaine rural*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1914 (cité: *Alleu*).
- FUSTEL DE COULANGES Numa Denis, *Le colonat romain*, in: *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, Paris 1913, p. 1-186 (cité: *Colonat*).
- FUSTEL DE COULANGES Numa Denis, *Les origines de la propriété*, in: *Questions historiques* (revues et complétées d'après les notes de l'auteur par Camille JULLIAN), Paris 1893, p. 17-117 (cité: *Origines*).
- GAILLARD Emmanuel, *Hague Conference on Private International Law: Final Act. Introductory Note*, in: *International Legal Materials*, vol. 23/6, 1984, p. 1388-1392.
- GAILLARD Louis, *Commentaire introductif aux articles 97-108 LDIP*, in: *Commentaire romand de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) et de la Convention de Lugano (CL)* (Andreas BUCHER, édit.), Bâle 2011 (cité: CR LDIP-GAILLARD).
- GALLAND Auguste, *Contre le franc-alleu, sans tiltre: prétendu, par quelques provinces, au preiudice du Roy*, Paris 1629.
- GALLET Jean, *Les transformations de la seigneurie en France entre 1600 et 1789*, in: *Histoire, économie & société*, vol. 18-1, 1999, p. 63-81.
- GARAUD Marcel, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La révolution et la propriété foncière*, Paris 1958.
- GARSONNET Édouard, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris 1879.
- GASSMANN Richard, *Commentaire de l'article 149d LDIP*, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Internationales Privatrecht (Art. 1-200 IPRG)*

- (Andreas FURRER/Daniel GIRSBERGER/Markus MUELLER-CHEN, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (cité: Handkommentar-GASSMANN).
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2014.
- GAUDEMET Jean, *Équité et droit chez Gratien et les premiers décrétistes*, in: *La formation du droit canonique médiéval* (recueil de textes de Jean GAUDEMET), Londres 1980, p. 269-291 (publication originale dans *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Florence 1961, pagination identique) (cité: *Gratien et les premiers décrétistes*).
- GAUDEMET Jean, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, thèse de doctorat, Paris 1934 (Travaux de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, série A.83) (cité: *Étude*).
- GAUDEMET Jean, *Le Bréviaire d'Alaric et les Epitome*, Varèse 1965 (Société d'histoire des droits de l'Antiquité, *Ius Romanum Medii Aevi*, vol. I, 2 b aa β) (cité: *Bréviaire*).
- GAUDEMET Jean, *L'Église dans l'Empire romain. IV<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècles*, Paris 1958 (Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, Tome III) (cité: *Église*).
- GAURIER Dominique (trad.), *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien. Tome Premier: Digeste. Livres 1-26*, Paris 2017 (cité: AUTEUR, D. livre, titre, paragraphe, sous-paragraphe).
- GAURIER Dominique (trad.), *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien. Tome Deuxième: Digeste. Livres 27-43*, Paris 2017 (cité: AUTEUR, D. livre, titre, paragraphe, sous-paragraphe).
- GAURIER Dominique (trad.), *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien. Tome Troisième: Digeste. Livres 44-50*, Paris 2017 (cité: AUTEUR, D. livre, titre, paragraphe, sous-paragraphe).
- GAYOT DE PITAVAL François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées. Tome treizième*, La Haye 1701.
- GAZZANIGA Jean-Louis, *Rédaction des coutumes et codification*, in: *Droits*, vol. 26, 1997, p. 71-80.
- GEISSMANN Hanspeter, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847-1855). Zur Entstehungsgeschichte des modernen bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, thèse de doctorat, Berne/Francfort-sur-le-Main/New York/Paris 1990 (Université de Berne).
- VON GIERKE Otto, *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895 (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, vol. 2, n° 3/1) (cité: *Allgemeiner Teil*).

- VON GIERKE Otto, *Deutsches Privatrecht. Zweiter Band. Sachenrecht*, Leipzig 1905 (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, vol. 2, n° 3/2) (cité: *Sachenrecht*).
- GILARDEAU  ric, *Der Einfluss des Gedankengutes Kants auf das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch durch Franz von Zeiller*, in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2004, p. 123-142 (cité: *Der Einfluss des Gedankengutes Kants*).
- GILARDEAU  ric, *L'ABGB de 1811 une codification kantienne de la citoyenneté*, in: *revue historique du droit français et étranger*, vol. 89/3, 2011, p. 407-421 (cité: *Codification kantienne*).
- GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8  éd. (revue et mise à jour par Félix SENN), Paris 1929.
- GIRAUD Charles, *Essai sur l'Histoire du droit français au Moyen  ge. Tome premier*, Paris/Leipzig 1846 (cité: *Essai I*).
- GIRAUD Charles, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la République et sous l'Empire. Tome Premier*, Aix 1838 (cité: *Romains I*).
- GRAMM Hans, *Commentaire des art. 57 et 58 EGBGB*, in: *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. VI. Band: Einführungsgesetz. 1. Teil, Art. 1-6, Art. 32-218 EGBGB*, 10  édition, Berlin/Munich 1939 (cité: *Staudinger- GRAMM*).
- DE LA GRASSERIE Raoul, *Code civil allemand traduit et annoté*, 3   d., Paris 1910.
- GRETTON George L., *Ownership and its Objects*, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabels Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 71/4, 2007, p. 802-851.
- GRISEL Guillaume, *Le trust en Suisse*, Zurich 2020.
- GRUCHOT J. A., *Glossen zum Allgemeinen Land-Recht. Allgemeines Land-Recht Th. I Tit. 8. Vom Eigenthume*, in: *Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts durch Theorie und Praxis*, vol. 6, 1862, p. 90-135.
- GRUENINGER Harold, *Commentaire de l'article 335 du Code civil suisse*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (Thomas GEISER/Christiana FOUNTOLAKIS, édit.), 6   d., B le 2018 (cité: *BSK ZGB I-GRUENINGER*).
- GUILLAUME Florence, *Fragen rund um die Eintragung eines im Trustvermögen befindlichen Grundstücks ins Grundbuch*, in: *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 2009, p. 1-18 (cité: *Fragen*).
- GUILLAUME Florence, *Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite*, in: *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, p. 1-36 (cité: *Incompatibilité*).
- GUILLAUME Florence, *Introduction aux articles 149a-149e LDIP et Commentaire des articles 149c à 149d LDIP*, in: *Commentaire romand de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) et de la Convention de Lugano (CL)* (Andreas BUCHER,  dit.), Bâle 2011 (cité: *CR LDIP-GUILLAUME*).

- GUILLAUME Florence, *Trust, réserves héréditaires et immeubles*, in: *Pratique juridique actuelle* 2009, p. 33-46 (cité: *Trust, réserves et immeubles*).
- GUIRAUD Paul, *La propriété primitive à Rome*, in: *Revue des Études Anciennes*, vol. 6/3, 1904, p. 221-255.
- GUISAN François, *Cours de droit civil du Canton de Vaud. Tome III* (Denis PIOTET, édit.), Lausanne 2021 (édition originale de 1875) (Bibliothèque historique vaudoise, n° 152).
- GUTMANN Daniel, *Michel Villey, le nominalisme et le volontarisme*, in: *Droits*, vol. 29, 1999, p. 89-104.
- GUTZWILLER Peter Max, *Schweizerisches Internationales Trustrecht. Kommentar zum Haager Übereinkommen über da sauf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur Schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006*, Bâle 2007 (cité: GUTZWILLER, *Kommentar*).
- GUTZWILLER Peter Max, *Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung*, in: *Pratique juridique actuelle* 2010, p. 1559-1566 (cité: GUTZWILLER, *Unterhaltsstiftung*).
- GUZMAN BRITTO Alejandro, *Historia de la denominación del derecho-facultad como « subjetivo »*, in: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Pensamiento Jurídico)*, vol. 25, 2003, p. 407-443.
- HACKNEY Jeffrey, *Book reviews. Historical Foundations of the Common Law, Second Edition. S.F.C. Milsom. London 1981*, in: *The Journal of Legal History*, 1984, p. 79-84.
- HALL George Derek Gordon (édit.), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Oxford 1993 (réimpression de l'édition de 1975, texte original latin de 1187/9) (lorsque référence est faite au corps de texte, cité: *GLANVILL*).
- HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996 (cité: HALPERIN, *Histoire du droit privé*).
- HALPERIN Jean-Louis, *La codification autrichienne comparée aux « cinq codes » français*, in: *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Barbara DOELEMAYER/Heinz MOHNHAUPT, édit.), Francfort-sur-le-Main 2012, p. 277-290 (cité: *Codification autrichienne*).
- HALPERIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris 1992 (cité: *L'impossible Code civil*).
- HALPERIN Jean-Louis, *The Age of Codification and legal Modernization in Private Law*, in: *The Oxford Handbook of European Legal History* (Heikki PIHLAJA-MAKI/Markus D. DUBBER/Mark GODFREY, édit.), Oxford 2018 (cité: *The Age of Codification*), p. 907-928.

- HAMZA Gábor, *Die Entwicklung des Privatrechts und die römischrechtliche Tradition in den österreichischen Erbländern und in Österreich*, in: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 13, 2009, p. 321-334.
- HARGREAVES Anthony Dalzell/GROVE George A./GARNER John Francis, *An Introduction to the Principles of Land Law*, 4<sup>e</sup> éd., Londres 1963.
- HARRIS Jonathan, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Londres 2002.
- HATTENHAUER Hans, *Einleitung*, in: *Thibaut und Savigny. Ihre Programmatischen Schriften* (Jacques STERN/Hans HATTENHAUER, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Munich 2002, p. 1-33.
- HAYTON David, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*, in: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36/2, 1987, p. 260-282 (cité: HAYTON, *The Hague Convention*).
- HAYTON David/KORTMANN S. C. J. J./VERHAGEN H. L. E., *Introduction to the Principles of European Trust Law*, in: *Principles of European Trust Law* (David HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN, édit.), La Haye 1999, p. 3-12.
- HAYTON David/MATTHEWS Paul/MITCHELL Charles, *Underhill and Hayton. Law Relating to Trusts and Trustees*, 19<sup>e</sup> éd., Londres/Édimbourg 2016 (cité: *UNDERHILL and HAYTON*).
- HEAD-KONIG Anne-Lise, *Les biens communaux en Suisse aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles. Enjeux et controverses*, in: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine* (Marie-Danielle DEMÉLAS/Nadine VIVIER, édit.), Rennes 2003, p. 99-118.
- HECKER Damian, *Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs*, thèse de doctorat, Paderborn/Munich/Vienne/Zurich 1990 (Université de Fribourg-en-Brisgau; Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, n<sup>o</sup> 57).
- HELLER Michael A., *Property*, in: *The Oxford Handbook of Legal Studies* (Peter CANE/Mark TUSHNET, édit.), Oxford 2003, p. 62-79.
- HELMHOLZ Richard H., *The ius commune in England: Four Studies*, Oxford 2001.
- HENRION DE PANSEY Pierre Paul Nicolas, *Dissertations féodales. Tome premier*, Paris 1789 (cité: *Dissertations féodales I*).
- HENRION DE PANSEY Pierre Paul Nicolas, *Dissertations féodales. Tome second*, Paris 1789 (cité: *Dissertations féodales II*).
- HENRION DE PANSEY Pierre Paul Nicolas, *Traité des fiefs de DUMOULIN. Analysé et conféré avec les autres feudistes*, Paris 1773 (cité: *Traité des fiefs de DUMOULIN*).
- HERMON Ethella, *Réflexions sur la propriété à l'époque royale*, in: *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, vol. 90/1, 1978, p. 7-31.



- HEUSLER Andreas, *Die Gewere*, Aalen 1968 (N. B.: réimpression de l'édition de Weimar 1872).
- HIRZEL A., *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanon Argau. Mit Erläuterungen und Anführung wichtiger Entscheidungen. Zweiter Band: Sachenrecht*, Aarau 1883 (cité: *Commentaire*).
- HODGSON Geoffrey M., *Editorial introduction to 'Ownership' by A. M. Honoré (1961)*, in: *Journal of Institutional Economics*, vol. 9/2, 2013, p. 223-255.
- HOFFMANN Hans, *Die familienstiftung nach schweizerischem Recht und ihr Unterschied vom Familienfideikommiss*, thèse de doctorat, Berne 1918 (Université de Berne).
- HOGUE Arthur, *Origins of the common law*, Hamden 1974 (réimpression de l'édition d'Indianapolis 1966).
- HOLDSWORTH William S., *A History of English Law. Volume II*, 3<sup>e</sup> éd., Londres 1923 (cité: *Volume II*).
- HOLDSWORTH William S., *A History of English Law. Volume III*, 3<sup>e</sup> éd., Londres 1923 (cité: *Volume III*).
- HOLMES Oliver Wendell (Jr.), *Early English Equity*, in: *Law Quarterly Review*, vol. 1, 1885, p. 162-174 (cité: *Equity*).
- HOLMES Oliver Wendell (Jr.), *Law in Science and Science in Law*, in: *Harvard Law Review*, vol. 11/7, 1899, p. 443-463 (cité: *Science*).
- HOLT G. C., *Feudal Society and the Family in Early Medieval England: II. Notions of Patrimony*, in: *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 33, 1983, p. 193-220.
- HOLTHOEFER Ernst, *Romanische Kantone*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (Dritter Band – Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht). Elfter Abschnitt. Schweiz. 2. Kapitel. Kodifikationen und Projekte* (Helmut COING, édit.), Munich 1982, p. 1859-1924.
- HONORE Anthony M., *Ownership*, in: *Oxford Essays in Jurisprudence* (A. G. GUEST, édit.), Oxford 1961, p. 107-147.
- HOTMAN François (Francisci HOTOMANI), *Commentarius verborum juris, antiquitatum ro. elementis amplificatus* [etc.], Bâle 1558.
- HRUBESCH MILLAUER Stephanie, *Trust, if you can? Einige Gedanken zum Common Law Trust aus der Sicht des Schweizerischen Sachenrechts*, in: *Revue de droit suisse* 2021, p. 453-479.
- HUBER Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. Erster Band*, Bâle 1886 (cité: *System und Geschichte I*).
- HUBER Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. Dritter Band*, Bâle 1889 (cité: *System und Geschichte III*).

- HUBER Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. Vierter Band*, Bâle 1893 (cité: *System und Geschichte IV*).
- HUBER Eugen, *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police. Tome premier. Introduction. Droit des personnes et de la famille* (Antoine CONTAT, trad.), Berne 1901 (cité: *Exposé des motifs I*).
- HUBER Eugen, *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police. Tome troisième. Droits réels* (Virgile ROSSEL, trad.), Berne 1902 (cité: *Exposé des motifs III*).
- HUBER Eugen, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, Berne 1894 (cité: *Gewere*).
- HUBER Eugen, *Die Persönlichkeit, in Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen rechts gehalten im Grossratsaale in Bern, im Winter 1910-1911*, Berne 1911 (cité: *Die Persönlichkeit*).
- HUDSON John, *Land, Law, and Lordship in Anglo-Norman England*, Oxford 1997 (cité: *Anglo-Norman England*).
- HUDSON John, *The Oxford History of the Laws of England. Volume II – 871-1216*, Oxford 2012 (cité: *Oxford History II*).
- IKNI Guy-Robert, *Sur les biens communaux pendant la Révolution française*, in: *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 247, 1982, p. 71-94.
- IMBERT Jean, *Histoire du droit privé*, 8<sup>e</sup> éd., Paris 1996.
- IONESCU Octavian, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 1978.
- JACOTTET Henri-Pierre, *Le droit civil neuchâtelois. Cours professé à l'Académie de Neuchâtel. Droit des personnes & des choses. Droit de succession*, Neuchâtel 1879 (cité: *Le droit civil neuchâtelois*).
- JACOTTET Henri-Pierre, *Des projets de Code civil dans les cantons de Zurich et de Neuchâtel*, in: *Revue Suisse*, vol. 17, 1854, p. 259-274/545-558/801-812 (cité: *Des projets de Code civil*).
- JACQUES Charles, *Histoire de la distinction des biens en meubles et immeubles à Rome, en pays coutumier et dans le Code civil*, thèse de doctorat, Paris 1884 (Faculté de droit de Paris).
- JEANDIN Nicolas, *Commentaire de l'article 28 du Code civil*, in: *Commentaire romand du Code civil I* (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX, édit.), Bâle 2010 (cité: CR CC I-JEANDIN).
- VON JHERING Rudolf, *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel*, Leipzig 1862.
- JOHNSTON David, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988.
- JONES N. G., *Tyrrel's Case (1557) and the Use upon a Use*, in: *The Journal of Legal History*, vol 14/2, 1993, p. 75-93.

- JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris 1927.
- JOUANJAN Olivier, *Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance: Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne*, in: *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, vol. 46, 2014, p. 51-62 (cité: *Les droits publics*).
- JOUANJAN Olivier, *Science juridique et codification en Allemagne (1850-1900)*, in: *Droits*, vol. 27, 1998, p. 65-86 (cité: *Science juridique*).
- JOUON DES LONGRAIS Frédéric, *La conception anglaise de la saisine du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle*, thèse de doctorat, Paris 1924 (Faculté de droit de l'Université de Paris).
- JOYE-YERLY Camille, *Le registre foncier. Le système, les écritures au grand livre et leurs effets*, thèse de doctorat, Genève/Zurich/Bâle 2018 (Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, n° 393).
- KAELIN Oliver, *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*, thèse de doctorat, Zurich 2002 (Zürcher Studien zum Privatrecht Band, n° 174).
- KASER Max, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das Altrömische, das Vorklassische und klassische Recht*, 2<sup>e</sup> éd., Munich 1971 (cité: *Römisches Privatrecht I*).
- KASER Max, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die Nachklassischen Entwicklungen*, Munich 1959 (cité: *Römisches Privatrecht II*).
- KASIRER Nicholas, *Le real estate existe-t-il en droit civil?*, in: *Revue Générale du droit*, 1998, p. 465-484.
- KEETON George W., *The Law of Trusts. A Statement of the Rules of Law and Equity Applicable to Trusts of Real and Personal Property*, 9<sup>e</sup> éd., Londres 1968 (cité: *The Law of Trusts 1968*).
- KEETON George W./SHERIDAN L. A., *The Law of Trusts*, 12<sup>e</sup> éd., Londres 1993.
- VON KELLER Friedrich Ludwig, *Pandekten* (Emil FRIEDBERG, édit.), Leipzig 1861.
- KERNEIS Soazick/POLY Jean-Pierre, *Proto-féodalité. Vassaux et fiefs avant la société féodale*, in: *Les féodalités* (Jean-Pierre POLY/Eric BOURNAZEL, édit.), Paris 1998, p. 17-109.
- KIRALFY A. K. R., *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 4<sup>e</sup> éd., Londres 1958 (réimpression de 1962) (cité: *Potter's Historical Introduction*).
- KIRKPATRICK Robert E., *Initiation au droit anglais. Cours donné à l'Université libre de Bruxelles de 1949 à 1959* (John KIRKPATRICK, édit.), Bruxelles 1964.
- KORKISCH Friedrich, *Die Entstehung des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, in: *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1953, p. 263-294.

- KRAENZLEIN Arnold, *Eigentum und Besitz im griechischen Recht des 5. und 4. Jahrhunderts v. Chr.*, Berlin 1963 (Berliner Juristische Abhandlungen, vol. 8).
- KRAUSS Frank Martin, *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert*, thèse de doctorat, Francfort-sur-le-Main 1999 (Rechtshistorische Reihe, vol. 198).
- KRIESER Hannes, *La Révolution française et la «féodalité». Bilan du thème de l'«abolition» dans l'historiographie française (1815-1914)*, in: *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 58, 1986, p. 248-267.
- KRYNEN JACQUES, *Le droit romain «droit commun de la France»*, in: *Droits*, vol. 38, 2003, p. 21-36.
- KUNDERT Werner, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Thurgau unter besonderer Berücksichtigung des Familienrechtes zugleich ein Beitrag zur Kodifikationsgeschichte (1803-1911)*, Bâle/Stuttgart 1973 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, vol. 102) (cité: *Thurgau*).
- KUNDERT Werner, *Österreich*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (Dritter Band – Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht). Neunter Abschnitt. Österreich. 3. Kapitel. Einzelgesetzgebung* (Helmut COING, édit.), Munich 1982, p. 1800-1826 (cité: *Österreich*).
- LABORDERIE Pierre, *La propriété provinciale dans le monde romain*, in: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 34, 1910, p. 89-95.
- LABOULAYE Édouard, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident. Mémoire couronné par l'Académie des inscriptions et belles-lettres, dans sa séance du 10 août 1838*, Paris 1839.
- LAFERRIERE Firmin, *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours. Y compris le droit public et privé de la Révolution française. Tome premier*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1859.
- LAHOVARY Alexandre N., *Du dominium ou droit de propriété en droit romain. Du régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit actuel*, thèse de doctorat, Paris 1865 (Faculté de droit de Paris).
- LASSALLE Ferdinand, *Das System der erworbenen rechte. Eine Versöhnung des positiven Rechts und der Rechtsphilosophie. Erster Theil*, Leipzig 1861.
- LASSERRE-KIESOW Valérie, *L'esprit scientifique du Code civil*, in: *Droits*, vol. 41, 2005, p. 53-68.
- DE LAVELEYE Émile, *De la propriété et de ses formes primitives*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1891 (cité: *Formes primitives*).
- LAWSON Frederick H., *Common Law*, in: *Property and Trust* (Frederick H. LAWSON, édit.), *Chapter 2. Structural Variations in Property Law*, Tubingue/Mouton/La Haye/Paris 1975 (*International Encyclopedia of Comparative Law*; vol. VI), p. 22-34.

- LEBRET Georges, *Étude sur la propriété foncière en Angleterre*, Paris 1882.
- LEHMANN Karl, *Consuetudines feudorum – Libri feudorum, jus feudale langobardorum*, Aalen 1971 (N. B.: réédition de l'édition de 1896 établie par Karl August ECKHARDT, édit.) (N. B.: est toujours utilisée la citation à la *vulgata* et non à l'*antiqua*) (cité: *Libri feudorum*).
- LEPAULLE Pierre, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris 1932.
- LEVY ERNST, *Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1948, vol. 66/1, p. 1-30 (cité: *Precarium*).
- LEVY Jean-Philippe, *Histoire de la propriété*, Paris 1972.
- LEWIN Thomas, *A Practical Treatise on the Law of Trusts and Trustees*, 1<sup>ère</sup> éd., Londres 1837.
- LEWIN *on Trusts*, 20<sup>e</sup> éd., cf. TUCKER, et alii.
- Libri feudorum*, cf. LEHMANN.
- LIVER Peter, *Genossenschaften mit Teilrechten nach schweizerischem Recht*, in: *Festschrift Karl Haff zum seibzigsten Geburtstag* (Kurt BUSSMANN/Nikolaus GRASS, édit.), Innsbruck 1950, p. 284-304 (cité: *Genossenschaften mit Teilrechten*).
- LOCKE John, *Traité du gouvernement civil. Traduit de l'anglais. Édition revue et corrigée exactement, sur la dernière de Londres*, Paris 1802.
- LOCRE DE ROISSY Jean Guillaume (baron LOCRE), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français. Tome premier*, Paris 1827 (cité: *La législation I*).
- LOCRE DE ROISSY Jean Guillaume (baron LOCRE), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français. Tome quatrième*, Paris 1827 (cité: *La législation IV*).
- LOUIS XIV, *Œuvres de Louis XIV. Tome II: Mémoires historiques et politiques*, Paris 1806 (cité: *Œuvres*).
- LOYSEAU Charles, *Traité des Offices Véniaux*, in: *Les Œuvres de Maistre Charles LOYSEAU* (Compagnie des Libraires, édit.), Paris 1701 (N. B.: réédition de l'édition de 1660) (cité: *Offices*).
- LOYSEAU Charles, *Traité du déguerpissement*, in: *Les Œuvres de Maistre Charles LOYSEAU* (Compagnie des Libraires, édit.), Paris 1701 (nouvelle édition de l'édition de 1660) (cité: *Déguerpissement*).
- LOYSEL, cf. DUPIN/LABOULAYE.
- LUPOI Maurizio, *Trusts. A comparative Study*, Cambridge 2000.
- MACQUERON Jean, *L'évolution de la propriété à Rome*, in: *Économie et humanisme*, 1942, p. 501-518.

- MAITLAND Frederic William, *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge 1969 (réimpression de l'édition de 1936) (cité: *Equity*).
- MAITLAND Frederic William, *Selected Essays*, Cambridge 1936 (cité: *Selected Essays*).
- MAITLAND Frederic William, *The Constitutional History of England. A Course of Lectures*, Cambridge 1908 (cité: *The Constitutional History of England*).
- MAITLAND Frederic William, *The Origin of Uses*, in: *Harvard Law Review*, vol. 8/3, 1894, p. 127-137 (cité: *Uses*).
- MAITLAND Frederic William, *Trust and Corporation*, in: *The Collected Papers of Frederic William MAITLAND. Volume III* (H. A. L. FISCHER,  dit.), Cambridge 2013 (réimpression de l' dition de 1911), p. 321-404 (cité: *Trust and Corporation*).
- DE MALEVILLE Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'état*, 3   d., Paris 1822.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER Michel/HERTIG RANDALL Maya/FLUECKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse. Volume II: Les droits fondamentaux*, 4   d., Berne 2021.
- MANCHESTER A. H., *Sources of English Legal History. Law, History and Society in England and Wales 1750-1950*, Londres 1984.
- MARCHAND Sylvain, *Commentaire de l'article 678 du Code civil*, in: *Commentaire romand du Code civil II* (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX/Denis PIOTET,  dit.), Bâle 2016 (cité: CR CC II-MARCHAND).
- MARTIN Alfred, *Le Code civil dans le canton de Genève. Son influence dans le reste de la Suisse*, in: *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire. Tome Second (Le Code civil à l'étranger – La Question de la Révision – Documents)*, Paris 1904, p. 327-353.
- MATHIEU Marie-Laure, *Logique et raisonnement juridique*, 2   d., Paris 2015.
- MATILE Georges-Auguste, *Histoire des institutions judiciaires et législatives de la Principauté de Neuchâtel et Valangin*, Neuchâtel 1838.
- MAVIDAL J./LAURENT E., *Archives parlementaires: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860*, tome VIII (du 28 Nivôse an XII au 10 Nivôse an XIII), Paris 1866 (cité: INTERVENANT, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, date).
- MAUNZ/DÜRIG, cf. PAPIER/SHIVARNI.
- MAYER Thomas M., *Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust*, B le 2009 (cité: *Neue Bestimmungen*).
- MAYER Thomas M., *Introduction aux articles 149a-149  LDIP et commentaire des articles 149d et 149e LDIP*, in: *Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 19. Dezember 1987. Band II* (Markus MUELLER-CHEN/Corinne WIDMER LÜCHINGER, édit.), 3   d., Zurich 2018 (cité: ZK IPRG II-MAYER).

- McFARLANE Ben, *Kepell v. Bailey (1834); Hill v. Tupper (1863): The Numerus Clausus and the Common Law*, in: *Landmark cases in Land Law* (Nigel GRAVELLS, édit.), Londres 2013, p. 1-32.
- MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, *Droit des personnes. Articles 11-89a CC*, Genève/Zurich/Bâle 2014.
- MEIER-HAYOZ Arthur, *Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB*, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Band IV/1/1), 5<sup>e</sup> éd., Berne 1981 (cité: BK-MEIER-HAYOZ).
- MEISSEL Franz-Stefan, *De l'esprit de modération – Zeiller, das ABGB und der Code civil*, in: *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag* (Alina LENGAUER/Christian NESCHWARA/Thomas OLECHOWSKI, édit.), Vienne 2010 (cité: *De l'esprit de modération*).
- MEISSEL Franz-Stefan, *Le Code civil autrichien contre-partie du Code civil français?*, in: *Le Code civil français dans le droit européen* (Jean-Philippe DUNAND/Bénédict WENIGER, édit.), Bruxelles 2005 (cité: *Contre-partie?*).
- LE MERCIER DE LA RIVIERE Pierre-Paul, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques. Tome premier*, Londres 1767.
- MERLIN DE DOUAI Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Ouvrage de plusieurs jurisconsultes, réduit aux objets dont la connaissance peut encore être utile, etc. Tome treizième*, 5<sup>e</sup> éd., Paris 1828 (cité: *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*).
- MESTRE JEAN-LOUIS, *L'expropriation face à la propriété (du Moyen Age au Code civil)*, in: *Droits*, vol. 1, 1985, p. 51-62.
- MEYNIAL Edmond, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle dans les Romanistes. Étude de dogmatique juridique*, Montpellier 1908 (publié dans les *Mélanges – Droit romain*, 2<sup>e</sup> série, tome 4).
- VON MIASKOWSKI August, *Die schweizerische Allmend in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig 1879 (Staats- und socialwissenschaftliche Forschungen, vol. 2/4).
- MICHELET M., *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris 1837.
- MILLER S. J. T., *The Position of the King in Bracton and Beaumanoir*, in: *Speculum*, vol. 31/2, 1956, p. 263-296.
- MILSOM STROUD Francis Charles, *Historical Foundations of the Common Law*, Londres 1969 (cité: *Historical Foundations*).
- MILSOM STROUD Francis Charles, *The legal Framework of English Feudalism*, Cambridge 1976 (The MAITLAND Lectures given in 1972) (cité: *English Feudalism*).

- MITTELSTADT Morten, *Commentaire des art. 57, 58 et 59 EGBGB*, in: J. von Staudingers. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – Art. 1, 2, 50-218 EGBGB (Inkrafttreten, Verhältnis zu anderen Vorschriften, Übergangsvorschriften)* (Peter RAWERT, édit.), nouvelle édition, Berlin 2018 (cité: *Staudinger-MITTELSTADT*).
- MITTERMAIER Carl Joseph Anton, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Erster Band*, 7<sup>e</sup> éd., Ratisbonne 1847.
- MONIER Raymond, *La possession est-elle une « res incorporalis » en droit romain classique ?*, in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1950, p. 235-244 (cité: *Possession*).
- MONIER Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain. Tome I. Introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, les droits réels, les successions*, Darmstadt 1970 (N. B.: réimpression de la 6<sup>e</sup> éd. de 1947) (cité: *Manuel*).
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in: *Œuvres complètes II* (Roger CAILLOIS, édit.), Paris 1951 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 86), p. 225-995.
- MOOR Pierre/POLTIER Etienne, *Droit administratif. Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011.
- MOOSER Michel, *Commentaire des articles 943 et 962 du Code civil*, in: *Commentaire romand du Code civil II* (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOEX/Denis PIOTET, édit.), Bâle 2016 (cité: *CR CC II-PIOTET*).
- MORANGE Jean, *La Déclaration et le droit de propriété*, in: *Droits*, vol. 8, 1988, p. 101-110.
- MUGDAN B. (édit.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band III: Sachenrecht*, Berlin 1899 (cité: *MUGDAN, Materialien*).
- MUELLER Georg, *Privateigentum heute. Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung*, in: *Revue de droit suisse* 1981 II 1 ss.
- MUNDT Guillermo, *Contribution à l'étude comparative du Code civil allemand et du Code civil français*, Paris 1903.
- MUTZNER Paul, *Anwendungs- und Einführungsbestimmungen. I. Abschnitt: Art. 1-50 (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Schlusstitel, I. Abschnitt; M. GMÜR, édit)*, Berne 1926 (cité: *BK ZGB-MUTZNER*).
- NATER-BASS Gabrielle/SEILER Moritz, *Die Anmerkung des trustverhältnisses im Grundbuch aus praktischer Sicht*, in: *successio*, 2013, p. 220-226.
- NEESON Jeanette M., *Les terres en jouissance collective en Angleterre 1700-1850*, in: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine* (Marie-Danielle DEMÉLAS/Nadine VIVIER, édit.), Rennes 2003, p. 39-60.



- NEGRI Giovanni Maria, *Dei difetti del Codice Civile Italico che porta il titolo de Codice Napoleone e dei pregi del Codice Civile Austriaco*, Vicence 1815.
- NERON Pierre/GIRARD Etienne, *Recueil d'Édits et d'Ordonnances royaux – sur le fait de la justice et autres matières les plus importantes, tome second*, Paris 1720.
- NEUMAYER Karl Heinz, *Les droits sans sujet*, in: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12/2, 1960, p. 342-355.
- NICHOLAS Barry, *An Introduction to Roman Law*, Oxford 1962 (cité: *Roman Law*).
- NICHOLAS Barry, *Le langage des biens dans la Common law*, in: *Archives de philosophie du droit. Les biens et les choses en droit (tome 24)*, Paris 1979, p. 55-65 (cité: *Langage*).
- OECHSLIN Max, *Die Markgenossenschaften der Urschweiz*, Altdorf 1941.
- VON OESTERREICH Max (Erzherzog), *Wandlungen im Eigentumsbegriff*, thèse de doctorat, Munich 1923 (Université de Fribourg).
- OLIVIER Gabriel, *Explication du coutumier du Pays-de-Vaud*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 1796.
- OLIVIER-MARTIN François, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris. Tome I*, Paris 1922 (cité: *Tome I*).
- OLIVIER-MARTIN François, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris. Tome II. Fascicule 1*, Paris 1922 (cité: *Tome II/1*).
- D'ONORIO Joël-Benoît, *L'esprit du Code civil selon PORTALIS. D'un siècle à l'autre ...*, in: *Droits*, vol. 42, 2005, p. 75-92.
- OTHENIN-GIRARD Simon, *Fondations d'entretien et interdiction des fidéicommiss de famille en droit international privé suisse. Quelques jalons posés par l'ATF 135 III 614*, in: *Pratique juridique actuelle 2010*, p. 1261-1268.
- OTTIMOFIORE Giuseppa, *Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion*, thèse de doctorat, Zurich 2012 (Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, n° 321).
- OURLIAC Paul/DE MALAFOSSE Jehan, *Histoire du Droit privé 2, Les Biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1971.
- OURLIAC Paul/GAZZANIGA Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris 1985.
- VON OVERBECK Alfred E., *National Report for Switzerland*, in: *Principles of European Trust Law* (David HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN, édit.), La Haye 1999, p. 105-121 (cité: VON OVERBECK, *National Report*).
- VON OVERBECK Alfred E., *Rapport de la Commission spéciale établi par M. Alfred E. von Overbeck/Report of the Special Commission by Alfred E. von Overbeck (Translation of the Permanent Bureau)*, in: *Actes et documents de la Quinzième session (8 au 20 octobre 1984) de la Conférence de La Haye de droit international privé. Tome II. Trust – loi applicable et reconnaissance* (Bureau Permanent de la Conférence, édit.), La Haye 1985, p. 172-205 (cité: VON OVERBECK, *Rapport de la Commission*).

- VON OVERBECK Alfred E., *Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck/Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck (Translation of the Permanent Bureau)*, in: *Actes et documents de la Quinzième session (8 au 20 octobre 1984) de la Conférence de La Haye de droit international privé. Tome II. Trust – loi applicable et reconnaissance* (Bureau Permanent de la Conférence, édit.), La Haye 1985, p. 369-417 (cité: VON OVERBECK, *Rapport explicatif*).
- PADOVANI Andrea, *Birth of a Legal Category: Subjective Rights*, in: *Divus Thomas*, vol. 116/3, 2013, p. 37-53.
- PAHUD DE MORTANGES René, *Gegenwartslösungen für ein historisches Rechtsinstitut: Das Familienfideikommiss*, in: *Familie und Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag/Famille et droit. Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire* (Peter GAUCH/Jörg SCHMID/Paul-Henri STEINAUER/Pierre TERCIER/Franz WERRO, édit.), Fribourg 1995, p. 499-517 (cité: *Das Familienfideikommiss*).
- PANNATIER KESSLER Delphine, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Thèse de doctorat, Zurich 2011 (Université de Genève).
- PAPIER Hans-Jürgen/SHIVARNI Foroud, *Commentaire de l'article 14 Grundgesetz*, in: Theodor MAUNZ/Günter DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar. Band II: Art. 6-16a* (Roman HERZOG/Rupert SCHOLZ/Matthias HERDEGEN/Hans H. KLEIN, édit.), 94<sup>e</sup> livraison, Munich 2021 (texte de la 83<sup>e</sup> livraison, Munich 2018) (cité: MAUNZ/DÜRIG-PAPIER/SHIVARNI).
- PARISE Agustín, *Ownerships Paradigms in American Civil Law Jurisdictions. Manifestations of the Shifts in the Legislations of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th Centuries)*, thèse de doctorat, Maastricht 2015 (Université de Maastricht).
- DE PASCAL Georges, *La propriété et le Code Napoléon. La propriété dans l'avenir*, Paris 1897.
- PATAULT Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris 1989.
- PECQUET Antoine, *Loix forestières de France, Commentaire historique et raisonné. Tome 1*, Paris 1753.
- PECQUET Antoine, *Loix forestières de France, Commentaire historique et raisonné. Tome 2*, Paris 1753.
- PELLAT Charles-Auguste, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1853.
- PELLATON Franz, *Féodalité et Empire romain germanique*, in: *Les féodalités* (BOURNAZEL Éric/POLY Jean-Pierre, dir.), Paris 1998, p. 263-311.

- PERRIN Julien, *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg: étude de droit comparé et de droit international privé*, thèse de doctorat, Genève 2006 (Université de Lausanne).
- PEYROT Aude, *How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law indealing with common law trusts*, in: *The Worlds of the Trust* (Lionel SMITH, édit.), Cambridge 2013, p. 41-66.
- PFISTER Laurent, *La propriété dans l'ABGB, entre modernité et tradition*, in: *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)* (Franz-Stefan MEISSEL/LAURENT PFISTER, édit.), Paris 2015, p. 49-88 (cité: PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*).
- PFISTER Laurent, *Quelques jalons de l'histoire de l'ABGB en guise d'introduction*, in: *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)* (Franz-Stefan MEISSEL/LAURENT PFISTER, édit.), Paris 2015, p. 7-34 (cité: *Histoire de l'ABGB*).
- PHILLIPS Georg, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts. Zweiter Band*, Berlin 1846.
- PICHONNAZ Pascal, *Droit romain – enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge*, in: *Index*, vol. 39, 2011, p. 58-77 (cité: *Droit romain*).
- PICHONNAZ Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2020 (cité: *Fondements romains*).
- PICHONNAZ Pascal, *Res incorporales et possessio iuris. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in: *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies*, n°9, 2004, p. 105-131 (cité: *Questions choisies*).
- PICHONNAZ Pascal/PIOTET Denis, *Commentaire des articles 1 à 4 Tit. fin. du Code civil*, in: *Commentaire romand du Code civil II* (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX/Denis PIOTET, édit.), Bâle 2016 (cité: CR CC-PICHONNAZ/PIOTET).
- PIERRE Barbara, *Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law*, in: *Revue générale de droit*, vol. 28, 1997, p. 235-274.
- PILET GOLAZ Marcel, *Le droit de superficie du Code civil suisse*, thèse de doctorat, Lausanne 1912 (Université de Lausanne).
- PIOTET Denis, *L'ATF 145 II 140 et la fin des droits «immémoriaux» à la force hydraulique: une jurisprudence anticonstitutionnelle?*, in: *Revue de droit administratif et fiscal* 2021 I 455-466 (cité: *Une jurisprudence anticonstitutionnelle?*).
- PIOTET Denis, *Commentaire de l'article 122 de la Constitution fédérale*, in: *Commentaire romand de la Constitution fédérale. Volume II: Art. 81 Cst.-disp. fin.* (Vincent MARTENET/Jacques DUBEY, édit.), Bâle 2021 (cité: CR Cst. féd.-PIOTET).
- PIOTET Denis, *Commentaire de l'article 335 du Code civil*, in: *Commentaire romand du Code civil I* (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX, édit.), Bâle 2010 (cité: CR CC I-PIOTET).

- PIOTET Denis, *Commentaire des articles 20, 43, 44 et 45 Tit. fin. du Code civil*, in: *Commentaire romand du Code civil II* (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX/Denis PIOTET, édit.), Bâle 2016 (cité: CR CC II-PIOTET).
- PIOTET Denis, *Droit cantonal complémentaire*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998 (Traité de droit privé suisse, vol. I, tome 2; Pierre TERCIER, édit.) (cité: PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*).
- PIOTET Denis, *Faut-il appliquer les dispositions sur les droits réels du Code civil suisse aux cabanes d'alpages de consorts non inscrites au registre foncier fédéral ou à l'institution valaisanne en tenant lieu?*, RVJ 2004, p. 327-334 (cité: *Cabanes d'alpages*).
- PIOTET Denis, *La discrète révision du droit des servitudes (usufruit, superficie) et la réintroduction en Suisse de la superficie des plantations et du bail emphytéotique: un retour vers le futur du domaine utile?*, in: *Revue de droit suisse* 2004 I 343-385 (cité: *Superficie des plantations*).
- PIOTET Denis, *La perpétuité de la propriété face à la prescription*, in: *Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité. Les effets du droit de propriété dans le temps* (Bénédict FOËX/Michel HOTTELLIER, édit.), Genève 2018, p. 19-32 (cité: *La perpétuité de la propriété*).
- PIOTET Denis, *La prétention hors de la personnalité et hors du patrimoine. Contribution à la systématique des droits privés subjectifs*, in: *Private Law. National – global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag. Band II* (Andrea BÜCHLER/Markus MUELLER-CHEN, édit.), Berne 2011, p. 1415-1434 (cité: *Systématique des droits privés subjectifs*).
- PIOTET Denis, *Le droit de disposition et d'administration du grevé dans la substitution fidéicommissaire*, in: *Journée de droit successoral 2018* (Paul-Henri STEINAUER/Michel MOOSER/Antoine EIGENMANN, édit.), Berne 2018, p. 13-42 (cité: *Substitution fidéicommissaire*).
- PIOTET Denis, *Le droit privé vaudois de la propriété foncière délimité par la législation fédérale et comparé à d'autres droits cantonaux*, Lausanne 1991 (cité: *Propriété foncière*).
- PIOTET Denis, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (Traité de droit privé suisse, vol. V, tome 2) (cité: *Traité*).
- PIOTET Denis, *Les effets à l'égard des créanciers de la pluralité de patrimoines d'un même sujet de droit, notamment la question de la subrogation patrimoniale*, in: *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Wolfgang WIEGAND/Thomas KELLER/Hans Peter WALTER, édit.), Berne 2009, p. 561-5580 (cité: *Pluralité de patrimoines*).
- PIOTET Denis, *Les formes de superficie non régies par les art. 779 à 779I CC*, in: *Le droit de superficie. Questions pratiques et d'actualité* (Florence GUILLAUME/Maryse PRADERVAND-KERNEN, édit.), Neuchâtel 2016, p. 63-86 (cité: *Superficie*).

- PIOTET Denis, *Mos gallicus et mos germanicus de la résistance pour partie victorieuse de la copropriété pro diviso face à la copropriété pro indiviso dans le droit de voisinage*, in: *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 69, 2012, p. 367-381 (cité: *La résistance de la copropriété pro diviso*).
- PIOTET Denis, *Problèmes pratiques d'assimilation des trusts anglo-saxons au décès*, in: *Not@alex* 2017, p. 96-111 (cité: *Problèmes pratiques*).
- PIOTET Denis, *Quelques questions de droit privé suisse sur le trust sous l'empire de la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985*, in: *Not@lex* 2008, p. 2-23 (cité: *Quelques questions sur le trust*).
- PIOTET Denis, *Réflexions sur la distinction entre fondation de famille et fidéicomis de famille, ainsi que sur le droit transitoire de la personnalité morale à partir de l'arrêt RO 120 Ib 474*, in: *Revue de droit suisse* 1997 I 447-494 (cité: *Fidéicomis*).
- PIOTET Denis, *Réflexions sur la survivance jusqu'à aujourd'hui d'un droit de justice de fief non démembré à l'exemple du droit de pêche dans le Greny*, in: *À cheval entre histoire et droit. Hommage à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 379-396 (cité: *Droit de pêche dans le Greny*).
- PIOTET Paul, *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne 1991 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, vol. 528) (cité: PIOTET P., *Propriétés collectives*).
- PLANTA Peter Conradin, *Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläuterungen*, Coire 1863 (cité: *Commentaire*).
- PLATON G., *Le droit de propriété dans la société franque et en Germanie*, in: *Revue d'économie politique*, 1887, p. 365-400, 553-589/1888, p. 157-178, 387-420.
- PLUCKNETT Theodore F. T., *A concise History of the Common Law*, 5<sup>e</sup> éd., Boston 1956.
- POCQUET DE LIVONNIERE Claude, *Traité des fiefs*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1733.
- POLLOCK Frederick (Sir)/MAITLAND Frederic William, *The History of English Law before the Time of Edward I. Volume I*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge 1899 (cité: *Volume I*).
- POLLOCK Frederick (Sir)/MAITLAND Frederic William, *The History of English Law before the Time of Edward I. Volume II*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge 1898 (cité: *Volume II*).
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (Frédéric PORTALIS, éd.), Paris 1844 (cité: *Discours préliminaire*).
- POTHIER Robert-Joseph, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Paris et Orléans 1772 (cité: *Coutumes d'Orléans*).
- POTHIER Robert-Joseph, *Œuvres posthumes. Tome Premier – Traité des fiefs*, Paris 1777 (cité: *Traité des fiefs*).

- POTHIER Robert-Joseph, *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris/Orléans 1764 (cité: *Traité du contrat de louage*).
- POTHIER Robert-Joseph, *Traité du droit de domaine de propriété. Tome Premier*, Paris 1772 (cité: *De la propriété*).
- POUDRET Jean-François, *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIII<sup>e</sup> à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle (Partie I, les sources et les artisans du droit)*, Berne 1998 (cité: *Les sources*).
- POUDRET Jean-François, *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIII<sup>e</sup> à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle (Partie II, les personnes)*, Berne 1998 (cité: *Les personnes*).
- POUDRET Jean-François, *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIII<sup>e</sup> à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle (Partie V, les biens)*, Berne 2006 (cité: *Les biens*).
- POUDRET Jean-François, *Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX<sup>e</sup> siècle*, in: *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 69/1, 1991, p. 41-61. (cité: *Les limites de l'influence du Code Napoléon*).
- PRADIER-FODERE P. (trad.), *Le droit de la guerre et de la paix par Grotius divisé en trois livres ou sont expliqués le droit de la nature et des gens et les principaux points du droit public. Tome premier*, Paris 1867 (texte de 1625).
- PRINGSHEIM Fritz, *The Inner Relationship between English and Roman Law*, in: *Cambridge Law Journal*, 1935, p. 347-365.
- Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons. Property* (Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Université de McGill, éd.), Cowansville (Canada) 2012.
- PUCHTA Georg Friedrich, *Pandekten*, 3<sup>e</sup> éd., Leipzig 1845.
- PUETTER Karl Theodor, *Die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten, aus den Quellen dargestellt und mit den römischen Rechtsgrundsätzen verglichen*, Berlin 1831.
- VON PUFENDORF Samuel (baron von Pufendorf), *Le droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique. Tome premier* (Jean BARBEYRAC, trad.), Bâle 1732 (texte original de 1706).
- RAGUEAU François, *Glossaire du droit françois contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances des roys de France, dans les coutumes du royaume, dans les anciens arrêts et les anciens titres*, Nouvelle édition (par Eusèbe DE LAURIÈRE), Paris 1704.
- VON RANDA Anton (RITTER VON RANDA), *Das Eigenthumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher. Erste Hälfte*, 2<sup>e</sup> éd., Leipzig 1893.

- RANIERI Filippo, *Das ABGB in der Geschichte des italienischen Zivilrechts. Zugleich ein vergessenes Kapitel in der Geschichte des kontinentalen Privatrechts*, in: *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Barbara DOELEMAYER/Heinz MOHNHAUPT, édit.), Francfort-sur-le-Main 2012, p. 199-234.
- REICHEN Nicolas, *Le trust et le droit suisse. Problèmes et incertitudes juridiques*, in: *Der Schweizer Treuhänder*, vol. 10/05, 2005, p. 797-800.
- REINACH Julien (trad.), *GAIUS. Institutes*, Paris 2003 (cinquième tirage de l'édition de 1951, Les Belles Lettres) (cité: *GAIUS, Inst.*).
- RENAUT Alain, *Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la Déclaration de 1789 en Allemagne*, in: *Droits*, vol. 8, 1988, p. 143-149.
- RENOUX-ZAGAME Marie-France, *Additionnel ou innovatif? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil*, in: *Droits*, vol. 41, 2005, p. 19-36 (cité: *Mise en œuvre du Code civil*).
- RENOUX-ZAGAME Marie-France, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève 1987 (Pratiques sociales et théories, vol. V) (cité: *Origines théologiques*).
- REVILLOUT E., *La propriété, ses démembrements, la possession et leurs transmissions en droit égyptien. Comparé aux autres droits de l'Antiquité*, Paris 1897.
- REY Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum. Grundriss des schweizerischen Sachenrechts. Band I*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2007.
- REY Heinz/STREBEL Lorenz, *Commentaire des articles 678 et 20 Tit. fin. CC*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Thomas GEISER/Christiana FOUNTOLAKIS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité: *BSK ZGB II-REY/STREBEL*).
- REYNOLDS Susan, *Before Eminent Domain. Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good*, Chapel Hill (USA) 2010 (cité: *Before Eminent Domain*).
- REYNOLDS Susan, *Fiefs and Vassals. The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford 1994 (cité: *Fiefs and Vassals*).
- RICHER M., *Recueil des arrêts de M. le premier président de LAMOIGNON, avec les recherches les réflexions des jurisconsultes qui, par ses ordres, avaient préparé son travail*, nouvelle édition, Paris 1783 (cité: *Arrêts de M. DE LAMOIGNON*).
- RIEMER Hans Michael, *Die Stiftungen. Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89<sup>bis</sup> ZGB*, Berne 1975 (*Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*; I. Das Personenrecht, 3. Abteilung. Die juristischen Personen, Dritter Teilband) (cité: *BK ZGB-RIEMER*).
- RIPERT Georges, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris 1902.

- RIQUETTI DE MIRABEAU Honoré Gabriel (comte DE MIRABEAU), *Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe (Lu à l'Assemblée nationale, le jour de la mort de MIRABEAU par M. DE TALLEYRAND. Séance du 2 avril 1791)*, Paris 1826.
- RISTIK Jelena, *Right to property – from Magna Carta to the European Convention on Human Rights*, in: *South East European University Review*, 2015, vol. 11, p. 145-158.
- RIVA Enrico/MUELLER-TSCHUMI Thomas, *Eigentumsgarantie*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse* (Daniel THUERER/Jean-François AUBERT/Jörg Paul MUELLER, édit.), Zurich 2001, p. 765-777.
- RIVIERE H. F., *Examen du régime de la propriété mobilière en France*, Paris 1854.
- ROBLES Gregorio, *El «derecho» como objeto de la Justicia. Breve comentario al artículo de la Quaestio 57 de la Secunda Secundae de la Summa Theologiae de Santo Tomás de Aquino: «Untrum ius sit obiectum iustitiae»*, in: *Persona y Derecho*, vol. 78/1, 2018, p. 51-64.
- ROMANN Martin, *Wie kann die Schweiz das Haager Trust-Übereinkommen umsetzen?*, in: *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz* (Alexander R. MARKUS/Andreas KELLERHALS/Monique JAMETTI GREINER, édit.), Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 39-57.
- ROSSEL Virgile, *Manuel du droit civil de la Suisse romande. cantons de Genève, Fribourg, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais et Berne (Jura bernois)*, Bâle/Genève/Lyon 1886.
- ROUTIER Charles, *Principes généraux du droit civil et coutumier de la Province de Normandie*, Rouen 1742.
- ROUX François, *L'introduction du registre foncier fédéral dans les cantons romands*, thèse de doctorat, Tolochenaz 1993 (Université de Lausanne).
- LE ROYER DE LA TOURNERIE Étienne, *Traité des fiefs, à l'usage de la Province de Normandie, conformément à la nouvelle Jurisprudence*, Paris 1763 (cité: DE LA TOURNERIE).
- DE ROZIERE Eugène, *Recueil général des Formules usitées dans l'Empire des Francs du V<sup>e</sup> au X<sup>e</sup> siècle. Première partie*, Paris 1859.
- RUELLE Annette/FABRI Éric, *Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes*, in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 81, 2018, p. 109-176.
- DE SAINT-JOSEPH Anthoine, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon (Ouvrage terminé et publié par M. A. DE SAINT-JOSEPH, son fils). Tome premier, 2<sup>e</sup> éd.*, Paris 1856 (cité: *Concordance I*).
- DE SAINT-JOSEPH Anthoine, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon (Ouvrage terminé et publié par M. A. DE SAINT-JOSEPH, son fils). Tome troisième, 2<sup>e</sup> éd.*, Paris 1856 (cité: *Concordance III*).



- DE SAINT-JOSEPH Anthoine, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon (Ouvrage terminé et publié par M. A. DE SAINT-JOSEPH, son fils). Tome quatrième*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1856 (cité: *Concordance IV*).
- SALEILLES Raymond, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris 1889.
- SANDERS Francis Williams, *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts. Including a Treatise on Conveyances at Common Law, and those Deriving their Effect from the Statute of Uses*, Londres 1791.
- SAMUEL Geoffrey, *L'esprit de non-codification: Le common law face au Code Napoléon*, in: *Droits*, vol. 41, 2005, p. 123-138.
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Giessen 1803 (cité: *Das Recht des Besitzes*).
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Zweiter Band*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg 1834 (cité: *Geschichte II*).
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts. Erster Band*, Berlin 1840 (cité: *System I*).
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts. Achter Band*, Berlin 1849 (cité: *System VIII*).
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Friedrich Carl von Savigny/Karl Friedrich EICHHORN/Johann Friedrich Ludwig GÖSCHEN, édit.), vol. 1, 1815, p. 1-17 (cité: *Zweck dieser Zeitschrift*).
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (cité: *Von Beruf unsrer Zeit*).
- SCHERRER Urs, *Commentaire de l'article 59 du Code civil*, in: *ZGB Kommentar* (Jolanta KREN KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER), 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (cité: *ZGB Kommentar-SCHERRER*).
- SCHIMA Stefan, *Die religionsrechtliche Dimension des ABGB von 1811 bis heute*, in: *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Barbara DOELEMAYER/Heinz MOHNHAUPT, édit.), Francfort-sur-le-Main 2012, p. 299-352.
- SCHMID Annemarie, *Kasimir Pfyffer und das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Luzern (1831-1839)*, Berne 1960 (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, vol. 342) (cité: *Luzern*).
- SCHMID Jürg, *Commentaire de l'article 943, ainsi que les articles 43, 44 et 45 Tit. fin. CC*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Thomas GEISER/Christiana FOUNTOULAKIS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité: *BSK ZGB II-SCHMID*).
- SCHMIDLIN Bruno, *Droit privé romain I. Origines et sources. Familles, biens, successions*, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2012.

- SCHREIBER Markus, *Das Ende der ehehaften Wasserrechte?*, in: *Pratique juridique actuelle* 2020, p. 95-103.
- SCOTT Austin Wakeman/FRATCHER William Franklin, *The Law of Trusts. Volume I*, 4<sup>e</sup> éd., Boston/Toronto 1987.
- SECRETAN Édouard, *Essai sur la féodalité. Introduction au droit féodal du Pays de Vaud*, Lausanne 1858 (cité: *Essai sur la féodalité*).
- SECRETAN Charles, *Remarques sur le Code civil du Canton de Vaud*, Lausanne 1840 (cité: *Remarques*).
- SICARD Germain, *Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in: *Propriété & Révolution. Actes du Colloque de Toulouse 12-14 octobre 1989*, Paris/Toulouse 1990, p. 17-26.
- SIGRIST Erwin, *Die Bereinigung der dinglichen Rechte als Grundlage der Grundbucheinführung, insbesondere im Kanton Zürich*, thèse de doctorat, Zurich 1947 (Université de Zurich).
- SIMPSON Alfred William Brian, *A History of the Land Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford 2011 (réimpression de l'édition de 1986).
- SMITH Lionel, *The Trust Between Common Core and Common Law*, in: *Le trust en droit international privé. Perspectives suisses et étrangères. Actes de la 17<sup>e</sup> Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne*, Genève/Zurich/Bâle 2005 (Publications de l'Institut suisse de droit comparé n° 52), p. 29-40.
- SOL Thierry, *La controverse VILLEY-TIERNEY sur la naissance du droit subjectif au XII<sup>e</sup> siècle: difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel*, in: *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)* (Nicolas LAURENT-BONNE/Xavier PRÉVOST, édit.), Paris 2016, p. 209-234.
- SOLAKIAN Daniel, *Copartageants ou propriétaires? Interprétations locales de la loi du 10 juin 1793 sur le mode de partage des terrains communaux*, in: *La Révolution et l'ordre juridique privé rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans des 11-13 septembre 1986. Tome II*, p. 429-439.
- SOLARSKY Viràg Astrid, *Der englische trust im internationalen Erbrecht der Schweiz. Eine Diskussion unter dem Standpunkt des Kollisionsrechts*, thèse de doctorat, Zurich 1999 (Université de Zurich).
- SOLEIL Sylvain, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820 1835*, Paris 2021 (cité: *Les controverses anglo-américaines*).
- SOLEIL Sylvain, «On the Vocation of our Age for Codes». *Le recours à Savigny lors de la controverse anglo-américaine sur la codification du common law (1820-1835)*, in: *Historia et ius*, vol. 18, 2020, p. 1-31 (cité: *Le recours à Savigny*).

- STEINAUER Paul-Henri, *La logique au service du droit, étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, thèse de doctorat, Fribourg 1979 (cité: *Étude*).
- STEINAUER Paul-Henri, *La propriété privée aujourd'hui*, in: *Revue de droit suisse* 1981 II 211-246 (cité: *La propriété*).
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels. Tome I*, 6<sup>e</sup> éd., Berne 2019 (cité: *Droits réels I*).
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels. Tome II*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2020 (cité: *Droits réels II*).
- STEINAUER Paul-Henri, *Le titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2009 (Traité de droit privé suisse, vol. II, tome 1; Pierre TERCIER, édit.) (cité: *Le titre préliminaire du Code civil*).
- STEINHAUSER Alois, *Das Zugrecht nach den bündnerischen Statutarrechten mit einem Exkurs über die «Bündnergemeinde»*, thèse de doctorat, Choir 1896 (Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern).
- STEINLECHNER Paul, *Das Wesen der Juris Communio und Juris Quasi Communio. Eine civilistische Abhandlung. Erste Abtheilung (Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete)*, Innsbruck 1876.
- STENTON Frank (Sir), *The First Century of English Feudalism 1066-1166 being the Ford Lectures delivered in the University of Oxford in Hilary Term 1929*, 2<sup>me</sup> éd., Westport 1979 (réimpression de l'édition d'Oxford de 1961).
- STUBBS William, *Select Charter and other Illustrations of English Consitutional History from the Erliest Times to the Reign of Edward the First*, 9<sup>e</sup> éd., Oxford 1960 (réimpression de l'édition corrigée de 1921, impression originale en 1913).
- SUEL Marc, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir*, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 91, 1974, p. 1295-1315.
- SULSER Mathias, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Wallis im 19. Jahrhundert*, thèse de doctorat, Liestal 1976 (Université de Fribourg).
- SWADLING William, *Property: General Principles*, in: *English Private Law* (Andrew BURROWS, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Oxford 2013, p. 173-306.
- SWOBODA Ernst, *Die Einwirkungen der Philosophie Kants auf das österreichische und tschechoslowakische bürgerliche Recht*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol 98/1, 1938, p. 151-172.
- TACITE, *Principes de politique*, in: *Œuvres complètes* (Pierre GRIMAL, édit.), Paris 1990 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 361).
- TALLON Denis, *La codification dans le système de common law*, in: *Droits*, vol. 27, 1998, p. 39-47.

- TELLIEZ René, *Des origines de la propriété*, Lille 1878 (Extrait des Mémoires de la Société des Sciences, de l'Agriculture et des Arts de Lille, tome VI, 4<sup>e</sup> série).
- TERRAT Barthélemy, *Du régime de la propriété dans le Code civil*, in: *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire. Tome Premier (Généralités, Études spéciales)*, Paris 1904, p. 327-353.
- TERRE François, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, in: *Droits*, vol. 1, 1985, p. 33-49.
- THEVENOZ Luc, *Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye*, in: *Journée 2006 de droit bancaire et financier* (Luc THEVENOZ/Christian BOVET, édit.), Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 51-105 (cité: *Créer et gérer des trusts*).
- THEVENOZ Luc, *Purposes, Contents and Implementation of the Hague Convention on Trusts: Elbowroom for Contracting States*, in: *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 3-29 (cité: *The Hague Convention*).
- THEVENOZ Luc, *Trusts en Suisse. Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie/Trusts in Switzerland. Ratification of The Hage Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers*, Zurich 2001 (cité: *Rapport*).
- THIBAUT Anton Friedrich Justus, *System des Pandekten-Rechts. Erster Band*, 8<sup>e</sup> éd., Jena 1834 (cité: *System des Pandekten-Rechts I*).
- THIBAUT Anton Friedrich Justus, *System des Pandekten-Rechts. Zweiter Band*, 8<sup>e</sup> éd., Jena 1834 (cité: *System des Pandekten-Rechts II*).
- THIBAUT Anton Friedrich Justus, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814 (cité: *Die Notwendigkeit*).
- THIBAUT Anton Friedrich Justus, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Zweyter Band*, Jena 1801 (cité: *Versuche 1801*).
- THIBAUT Anton Friedrich Justus, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Zweyter Band*, Jena 1817 (cité: *Versuche 1817*).
- THIREAU Jean-Louis, *Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil*, in: *Droits*, vol. 42, 2005, p. 3-18 (cité: *Fondements du Code civil*).
- THIREAU Jean-Louis, *Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne*, in: *Droits*, vol. 26, 1997, p. 81-100 (cité: *Fondements de la codification moderne*).
- THIREAU Jean-Louis, *Les Arrêtés de Guillaume de LAMOIGNON: une œuvre de codification du droit français?*, in: *Droits*, vol. 39, 2004, p. 53-68 (cité: *Arrêtés*).
- THOMAS Geraint/HUDSON Alastair, *The Law of Trusts*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford 2010.
- THOMAS Ann Van Wynen, *Note on the Origin of Uses and Trusts – Waqfs*, in: *Southwestern Law Journal*, 1949, p. 162-166.
- THORENS Justin, *Les traits caractéristiques de la property law anglo-américaine. Le cas des États-Unis, droits réels, successions, trust*, Berne 1987.

- THORNE Samuel E. (trad.), *Bracton on the Laws and Customs of England. Volume One & Two*, Cambridge (Mass.) 1968 (cité: BRACTON).
- THORNE Samuel E., *English Feudalism and Estates in Land*, in: *The Cambridge Law Journal*, vol. 17/2, 1959, p. 193-209 (The first MAITLAND Lectures given in 1972) (cité: *English Feudalism*).
- TIERNEY Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta 1997.
- TISSET Pierre/OURLIAC Paul, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris 1949.
- TISSOT Pascal-Alexandre, *Les douze livres du Code de l'Empereur Justinien. Tome troisième*, 2<sup>e</sup> éd., in: *Corps de droit civil romain en latin et en français. Tome 10* (Henri HULOT/Jean-François BERTHELOT/Pascal-Alexandre TISSOT/Alphonse BÉRENGER FILS, édit.), Aalen 1979 (N. B.: réimpression de l'édition de 1807) (cité: JUSTINIEN, C. livre, titre).
- TITE-LIVE, *Les origines de Rome*, in: *Historiens romains. Historiens de la République I* (Gérard WALTER, édit.), Paris 1968 (Bibliothèque de la Pléiade, vol. 202), p. 27-436.
- DE TOCQUEVILLE Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris 1856.
- TOSI Giuseppe, *O debate sobre a gênese e a validade dos direitos naturais subjetivos: Michel VILLEY e Brian TIERNEY*, in: *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 75/2, 2019, p. 1067-1102.
- TROPLONG Raymond-Théodore, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris 1848 (Petits traités publiés par l'Académie des sciences morales et politiques).
- TUCKER Lynton/LE POIDEVIN Nicholas (Q.C.)/BRIGHTWELL James, *Lewin on Trusts* (Thomas FLETCHER/Aidan BRIGGS/Simon ADAMYK, édit.). *Volume I*, 20<sup>e</sup> éd., Londres 2020 (cité: *LEWIN on Trusts*).
- TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/JUNGO Alexandra, *Das schweizerische Gesetzbuch*, 14<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2015.
- TURNER Ralph V., *Roman Law in England Before the Time of Bracton*, in: *The Journal of British Studies*, vol. 15/1, 1975, p. 1-25.
- UNDERHILL and HAYTON, cf. HAYTON, et alii.
- UNGER Joseph, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Erster Band*, 5<sup>e</sup> éd., Leipzig 1892.
- VALLENDER Klaus A./HETTICH Peter, *Commentaire de l'art. 26 Cst. féd.*, in: *Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar* (Bernhard EHRENZELLER/Philippe MASTRONARDI/Rainer J. SCHWEIZER/Klaus A. VALLENDER, édit.), Zurich/Bâle/Genève 2002 (cité: SGK BV-VALLENDER/HETTICH).
- VAN BEMMELEN Pieter, *Le système de la propriété mobilière. Droit antérieur – Système du Code civil – Droit futur*, Leiden/Paris 1887.
- VAN CAENEGEM R. C., *The Birth of the English Common Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge 1988.

- VALSAN Remus, *Rights against rights and real obligations*, in: *The Worlds of the Trust* (Lionel SMITH, édité.), Cambridge 2013, p. 481-511.
- VEGTING W. G., *Domaine public et res extra commercium. Etude historique du droit romain, français et néerlandais*, Alphen-sur-le-Rhin 1950.
- VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS Julie, *Droit grec d'Alexandre à Auguste. 323 av. J.-C. – 14 ap. J.-C. Personnes-Biens-Justice. Volume 2*, Athènes 2011.
- VIDAL Michel, *La propriété dans l'École de l'Exégèse en France*, in: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della proprietà*, vol. 5-6, 1977, p. 7-40.
- VILLEY Michel, *Le droit romain*, Paris 2002 (texte de la 8<sup>e</sup> éd., Paris 1987).
- VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne* (Stéphane RIALS, édité.), 2<sup>e</sup> éd., Paris 2013 (cité: *Pensée juridique moderne*).
- VILLEY Michel, *Leçons d'histoire de la Philosophie du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris 1957 (cité: *Leçons*).
- VILLEY Michel, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in: *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 24, 1946, p. 201-228 (cité: *Droit subjectif*).
- VISCHER Frank, *Grundlagen des schweizerischen internationalen Privatrechts*, in: *Geschichte und Geltungsbereich*, Bâle/Stuttgart 1969 (Traité de droit privé suisse, vol. I; Max GUTZWILLER, édité.), p. 511-555 (cité VISCHER F., *Traité*).
- VISCHER Markus, *Commentaires des articles 1, 2 et 3 Tit. fin. CC*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Thomas GEISER/Christiana FOUNTOULAKIS, édité.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité: BSK ZGB II-VISCHER).
- VISCHER Markus, *Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts*, thèse de doctorat, Zurich 1986 (Université de Zurich) (cité: *Die allgemeinen Bestimmungen*).
- VIVIER Nadine, *Les biens communaux en France*, in: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine* (Marie-Danielle DEMÉLAS/Nadine VIVIER, édité.), Rennes 2003, p. 139-156.
- VOGT Nedim Peter, *Das Haager Trust Übereinkommen: Plädoyer für eine Ratifikation*, in: *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz* (Alexander R. MARKUS/Andreas KELLERHALS/Monique JAMETTI GREINER, édité.), Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 127-134 (cité: VOGT, *Plädoyer*).
- VOGT Nedim Peter/PANNATIER KESSLER Delphine, *Introduction aux articles 149a-e LDIP et Commentaire des articles 149a, 149c et 149d LDIP*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Pascal GROLIMUND/Leander LOACKER/Anton SCHNYDER, édité.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cité: BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER).
- WACHSMANN Patrick, *Naturalisme et volontarisme dans la déclaration des droits de l'Homme de 1789*, in: *Droits*, vol. 2, 1985, p. 13-22.

- WAIDER Heribert, «*Ars Juris*» und «*Suum in persona ipsa*» bei Hugo Donellus. Ein Beitrag zur Geschichte der Methodologie und der Lehre von den Menschenrechten, in: *Archiv für Geschichte der Philosophie*, vol. 43/1, 1961, p. 52-69.
- WALDMANN Bernhard, *Commentaire de l'article 26 Cst. féd.*, in: *Basler Kommentar. Bundesverfassung* (Bernhard WALDMANN/Eva Maria BELSER/Astrid EPINEY, édit.), Bâle 2015.
- WALLISER Peter, *Der Gesetzgeber Joh. Baptist Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841-1847 unter besonderer Berücksichtigung der Rechtshistorischen Entwicklung des solothurnischen Privatrechts*, Olten 1948.
- WATERS Donovan W. M., *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, La Haye 1995 (The Hague Academy of International Law, vol. 252).
- DE WECK Robert, *1830 et les codes fribourgeois*, in: *Annales fribourgeoises*, vol. 18/6, 1930, p. 253-280.
- WENDEHORST Christiane, *De la vocation européenne du Code civil autrichien*, in: *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)* (Franz-Stefan MEISSEL/Laurent PFISTER, édit.), Paris 2015, p. 167-174.
- WESTRUP Carl-Wium, *La propriété familiale. Principes fondamentaux et lignes de son évolution*, in: *Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris 1938, p. 163-172.
- WHITMAN James Q., «*Les seigneurs descendent au rang de simples créanciers*»: droit romain, droit féodal et révolution, in: *Droits*, vol. 17, 1993, p. 19-32.
- WIBIER Reinout, *Can a modern legal system do without the trust?*, in: *The Worlds of the Trust* (Lionel SMITH, édit.), Cambridge 2013, p. 67-88.
- WIEACKER Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2<sup>e</sup> éd., Göttingen 1967.
- WILLIAMS Joshua, *Principles of the law of real property. Intended as a first book for the use of students in conveyancing*, Londres 1871.
- WINDSCHEID Bernhard Joseph Hubert, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856 (cité: *Die Actio des römischen Civilrechts*).
- WINDSCHEID Bernhard Joseph Hubert, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band*, 7<sup>e</sup> éd., Francfort-sur-le-Main 1891 (cité: *Lehrbuch des Pandektenrechts*).
- WINFIELD Percy H., *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge (Mass.) 1925 (réimpression Holmes Beach 1997).
- WINIGER Bénédicte, *La propriété de Jean-Étienne-Marie Portalis à Eugen Huber*, in: *Annuaire AFHIP*, vol. 26, 2019, p. 467-475.
- WITZIG Aurélien, *Le droit de propriété a-t-il un avenir?*, in: *La Semaine judiciaire*, 2018 II, p. 59-78 et 79-109 (cité: *Le droit de propriété*).
- WITZIG Aurélien, *Les droits réels limités sur les biens en copropriété*, in: *Pratique juridique actuelle* 2020, p. 3-18 (cité: *Les droits réels limités*).

- VON WOLFF Christian, *Institutions du droit de la nature et des gens, dans lesquelles, par une chaîne continue, on déduit de la Nature même de l'Homme, toutes ses Obligations & tous ses Droits. Tome Premier* (Elie LUZAC, édit.), Leide 1772.
- WOLF Stephan/JORDI Nadine, *Trust und Schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht*, in: *Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens. Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27. März 2008* (Stephan WOLF, édit.), Berne 2008, p. 29-77.
- WOLF Stephan/WIEGAND Wolfgang, *Commentaire et Remarques introductives de l'article 641 CC*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Thomas GEISER/Christiana FOUNTOULAKIS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité: BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND).
- WORMS Émile, *De la propriété consolidée ou tableau historique et critique de tous les systèmes les plus propres à la sauvegarde de la propriété foncière et de ses démembrements*, Paris 1888.
- WYSSBROD Adrien, *De la coutume au code – Résistances à la codification du droit civil à Neuchâtel sous l'Ancien Régime*, thèse de doctorat, Neuchâtel 2019 (Université de Neuchâtel).
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL Karl Salomo, *Handbuch des Französischen Civilrechts. Erster Band*, Heidelberg 1808 (cité: *Handbuch 1808*).
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL Karl Salomo, *Handbuch des Französischen Civilrechts. Erster Band*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg 1811 (cité: *Handbuch 1811*).
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL Karl Salomo, *Handbuch des Französischen Civilrechts. Erster Band*, 3<sup>e</sup> éd., Heidelberg 1827 (cité: *Handbuch 1827*).
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL Karl Salomo, *Handbuch des Französischen Civilrechts. Erster Band*, 4<sup>e</sup> éd., Heidelberg 1837 (cité: *Handbuch 1837*).
- VON ZEILLER Franz, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Erster Band*, Vienne/Trieste 1811 (cité: *Commentar I*).
- VON ZEILLER Franz, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Zweyter Band. Erste Abtheilung*, Vienne/Trieste 1812 (cité: *Commentar II-1*).
- VON ZEILLER Franz, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Zweyter Band. Zweyte Abtheilung*, Vienne/Trieste 1812 (cité: *Commentar II-2*).
- VON ZEILLER Franz, *Das Natürliche Privat-Recht*, 1<sup>ère</sup> éd., Vienne 1802 (cité: *Das Natürliche Privat-Recht 1802*).
- VON ZEILLER Franz, *Das Natürliche Privat-Recht*, 3<sup>e</sup> éd., Vienne 1819 (cité: *Das Natürliche Privat-Recht 1819*).



- VON ZEILLER Franz, *Notwendigkeit eines bürgerlichen, einheimischen Privatrechts*, in: *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten. Erster Band*, Vienne 1806, p. 1-70 (cité: *Notwendigkeit eines bürgerlichen, einheimischen Privatrechts*).
- ZELGER Beat, *Karl von Deschwanden und sein Sachenrechtsentwurf für Nidwalden*, Zurich 1974 (Rechtshistorische Arbeiten, vol. 13).
- ZENATI Frédéric, *Essai sur la nature de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif. Tome I*, thèse de doctorat, Lyon 1981 (Université Jean Moulin) (cité: *Essai*).
- ZIMMERMANN Reinhard, *L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé et émergence d'une science juridique européenne*, in: *Revue internationale de droit économique*, vol. 27, 2013, p. 95-127.
- ZOEPFL Henri, *De l'élément germanique dans le Code Napoléon* (François-Frédéric PONCELET, trad.), in: *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, vol. 9, 1842, p. 161-180.
- ZOGG Samuel, *Commentaire de l'article 17 Tit. fin. CC*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Thomas GEISER/Christiana FOUNTOULAKIS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité: BSK ZGB II-ZOGG).
- ZOGMAL Alain, *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le code civil*, thèse de doctorat, Genève 1998 (Université de Genève).
- ZUERCHER Hanspeter, *Das Sachenrecht der Landbücher des ungeteilten Landes Appenzell*, thèse de doctorat, Zurich 1971 (Université de Zurich).
- ZWEIFEL Ernst, *Johann Jakob Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch*, thèse de doctorat, Zurich 1966 (Université de Zurich).
- ZWEIGERT Konrad/KOETZ Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Tübingen 1996.



## Table de la législation et de la documentation officielle

*Toutes les sources sont classées par ordre alphabétique.*

*Recueils de textes (A); Codifications continentales (B); Législations suisses et cantonales (C); Documentation officielle (D); Remarques quant à la législation anglaise (E).*

### **A. Recueils de textes**

*Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803). I. Band: October 1797 bis Ende mai 1798 (Johannes STRICKLER, édit.), Berne 1886 (cité: Actensammlung I).*

*Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803). II. Band: Juni bis September 1798 (Johannes STRICKLER, édit.), Berne 1887 (cité: Actensammlung II).*

*Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803). III. Band: October 1798 bis März 1799 (Johannes STRICKLER, édit.), Berne 1889 (cité: Actensammlung III).*

*Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803). V. Band: October 1799 bis 8. August 1800 (Johannes STRICKLER, édit.), Berne 1895 (cité: Actensammlung V).*

*Bulletin des loix et décrets du Corps législatif, de la République helvétique. I. Cahier. 1798, Lausanne (année d'édition inconnue, probablement 1799) (cité: Bulletin I).*

*Bulletin des loix et décrets du Corps législatif, de la République helvétique. II. Cahier. 1798, Lausanne (année d'édition inconnue, probablement 1799) (cité: Bulletin II).*

*Bulletin des loix et décrets du Corps législatif, de la République helvétique. III. Cahier. 1799, Lausanne (année d'édition inconnue, probablement 1800) (cité: Bulletin III).*

*Bulletin des loix et décrets du Corps législatif, de la République helvétique. IV. Cahier. 1800*, Lausanne (année d'édition inconnue, probablement 1801) (cité: *Bulletin IV*).

## **B. Codifications continentales**

*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau. Mit Erläuterungen und Anführung wichtiger Entscheidungen herausgegeben von Dr. A. Hirzel. Zweiter Band: Sachenrecht nebst bezüglicher Vollziehungsverordnung und Anhang*, Aarau (année d'édition non indiquée, probablement entre 1867-1883) (cité: CC-AG).

*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Erster & Zweyter Theil*, Berlin 1794.

*Bürgerliches Gesetzbuch des Kantons Luzern*, Lucerne 1840 (cité: CC-LU).

*Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn nebst Civil-Prozeßordnung*, Soleure 1855 (cité: CC 1855-SO).

*Civilgesetzbuch und Civilprozeßordnung für den Kanton Solothurn*, Soleure 1891 (cité: CC 1891-SO).

*Code civil de la République et Canton de Neuchâtel*, Neuchâtel 1853 (cité: CC-NE).

*Code Napoléon. Édition originale et seule officielle*, Paris 1807 (cité: CN).

*Code civil du Canton de Fribourg. Quatrième et Cinquième Partie*, Fribourg 1849 (cité: *Quatrième et Cinquième Partie*, CC-FR).

*Code civil du Canton de Fribourg. Seconde Partie*, Fribourg 1836 (cité: *Seconde Partie*, CC-FR).

*Code civil du Canton de Vaud*, édition originale et officielle, Lausanne 1820 (cité: CC-VD).

*Code civil du Canton du Valais*, édition officielle, Sion 1854 (cité: CC-VS).

*Code civil suisse du 10 décembre 1907* (CC; RS 210).

*Codex Maximilianeus Bavaricus, Civilis. Oder Neu Verbessert- und Ergänzt- Chur-Bayrisches Land-Recht*, [etc.] Munich 1756.

*Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino del 15 novembre 1882 con indice analitico-alfabetico*, Bellinzone 1890 (cité: CC 1882-TI).

*Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino*, edizione originale ed ufficiale, Bellinzone 1837 (cité: CC 1837-TI).

*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen*, Schaffhouse 1865 (cité: CC-SH).

*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, Zurich 1856 (cité: CC-ZH).

*Zivil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern. Zweiter Theil: Sachen-Recht. Erstes Hauptstück: Dingliche Rechte. Mit Anmerkungen von Dr. S. L. Schnell*, Berne 1827 (cité: CC-BE).

### C. Législations suisses et cantonales

*Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (Convention de Lugano, CL; RS 0.275.12).

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950* (RS 0.101).

*Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985* (RS 0.211.371).

*Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (RS 101).

LICC-AG, *Einführungsgesetz vom 27. März 1911 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Partnerschaftsgesetz* (EG ZGB; 210.100).

LICC-AI, *Einführungsgesetz vom 29. April 2012 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (EG ZGB; 211.000).

LICC-AR, *Gesetz vom 27. April 1969 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (EG zum ZGB; 211.1).

LICC-BE, *Loi du 28 mai 1911 sur l'introduction du Code civil suisse* (LiCCS; 211.1).

LICC-FR, *Loi du 10 février 2012 d'application du code civil suisse* (LACC; 210.1).

LICC-GL, *Gesetz vom 7. Mai 1911 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus* (EG ZGB; III B/1/1).

LICC-GR, *Einführungsgesetz vom 12. Juni 1994 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (EGzZGB; 210.100).

LICC-JU, *Loi du 9 novembre 1978 d'introduction du Code civil suisse* (211.1).

LICC-LU, *Einführungsgesetz vom 20. November 2000 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (EGZGB; 200).

LICC-NE, *Loi du 22 mars 1910 concernant l'introduction du code civil suisse* (LI-CC; 211.1).

LICC-NW, *Gesetz vom 24. April 1988 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (EG ZGB; 211.1).

LICC-SG, *Einführungsgesetz vom 3. Juli 1911 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (911.1).

LICC-SH, *Gesetz vom 27. Juni 1911 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (210.100).

LICC-SO, *Gesetz vom 4. April 1954 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (211.1).

LICC-SZ, *Einführungsgesetz vom 14. September 1978 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (210.100).

LICC-TG, *Einführungsgesetz vom 3. Juli 1991 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (EG ZGB; 210.1).

LICC-TI, *Legge del 18 aprile 1911 di applicazione e complemento del Codice civile svizzero* (211.100).

LICC-UR, *Gesetz vom 4. Juni 1989 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (EG/ZGB; 9.2111).

LICC-VS, *Loi du 24 mars 1998 d'application du code civil suisse* (LACC; 211.1).

LICC-ZG, *Gesetz vom 17. August 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug* (EG ZGB; 211.1).

LICC-ZU, *Einführungsgesetz vom 2. April 1911 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (EG ZGB; 230).

*Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse* (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220).

*Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger* (LFAIE; RS 212.412.41).

*Loi fédérale du 22 janvier 1979 sur l'aménagement du territoire* (LAT; RS 700).

*Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural* (LDFR; RS 211.412.11).

*Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier* (ORF; RS 211.432.1).

#### **D. Documentation officielle**

*Circulaire du Conseil fédéral à tous les gouvernements cantonaux concernant l'introduction du code civil du 24 juillet 1908, sans numéro d'objet, FF 1908 IV 635 (cité: Circulaire du Conseil fédéral, FF 1908 IV 635).*

*Le droit fédéral suisse. Jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et de droit administratif depuis 1903. Suite de l'ouvrage de L. R. de Salis, Neuchâtel 1932.*

*Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust du 28 juin 2007, in: Revue suisse du notariat et du registre foncier 2007, p. 377 ss (pour la version allemande) et [https://rnr.ch/download/wegleitung\\_trust\\_f.pdf](https://rnr.ch/download/wegleitung_trust_f.pdf) (pour la version française; consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2022).*

*Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 2 décembre 2005, numéro d'objet 05.088, FF 1983 I 255 (cité: Message CLaH85, FF 2005 561).*

*Message concernant l'évolution future de la politique agricole (Politique agricole 2007) du 29 mai 2002, numéro d'objet 02.046, FF 2002 4395 (cité: Message Politique agricole 2007, FF 2002 4395).*

*Message concernant la loi fédérale sur la conservation des forêts et la protection contre les catastrophes naturelles (Loi sur les forêts, LFo) du 29 juin 1988, numéro d'objet 88.048, FF 1988 III 157 (cité: Message LFo, FF 1988 III 157).*

*Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, numéro d'objet 82.072, FF 1983 I 255 (cité: Message LDIP, FF 1983 I 255).*

*Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse du 28 mai 1904, sans numéro d'objet, FF 1904 IV 1 (cité: Message CC, FF 1904 IV 1).*

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAW, *Uniform Trust Code*, St. Augustine (Floride) 2010 (cité: *U.S. Uniform Trust Code*).

### **E. Remarques quant à la législation anglaise**

*Nous renonçons ici à dresser une liste de la législation anglaise que nous citons dans la présente étude. Usuelle dans la doctrine d'Outre-Manche, un tel table of statutes est en réalité un index qui serait peu utile ici. En revanche, nous pensons être pertinent d'expliquer que la forme de citation reçue est la suivante:*

*Statute of Uses (1536), 27 Hen. VIII, c. 10.*

*Ce qui signifie qu'il s'agit du Statute of Uses adopté en 1536 lors de la vingt septième année de règne du roi HENRY VIII et qu'il s'agit de la dixième loi de la session parlementaire.*





## Table de la jurisprudence citée

*Les juridictions sont classées par ordre alphabétique.*

### Angleterre et Pays de Galles

#### *House of Lords (Appellate Committee)*

Référence	Année
<i>McKendrick v. Sinclair</i> , 1972 SC [HL] 25/[1972] UKHL 9	1972
<i>Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC</i> , [1996] UKHL 12	1996

#### *England & Wales High Court et Court of Chancery*

Référence	Année
<i>Myrfyn v. Fallan</i>	1446
<i>Jane Tyrrel's Case</i>	1557
<i>Sambach v. Dalston</i>	1634
<i>Torkington v. Magee</i> , [1902] 2 KB 427	1902
<i>Re Marshall's Will Trusts</i> , [1945] 1 All ER 500	1945
<i>Green v. Russel</i> , [1959] 2 QB 226	1959
<i>AA v. Unknown persons</i> , [2019] EWHC 3556 (Comm)	2019

### Australie

#### *New South Wales Court of Appeal*

Référence	Année
<i>DKLR Holding CO (No 2) Ltd v. Commissioner of Stamp Duties</i> , [1980] 1 NSWLR 510	1980
<i>Re Transphere Pty Ltd</i> , [1986] 5 NSWLR 309	1986

**Europe***Cour Européenne des Droits de l'Homme*

Référence officielle	Année
<i>Marckx c. Belgique</i> , 13 juin 1979, série A n° 31	1979
<i>Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce</i> [GC], n° 25701/94, CEDH 2000-XII	2000

**Neuchâtel***Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel*

Référence	Parties	Date	Langue
RDAF 1989, p. 202	C. contre Département des finances	3 février 1989	(fr)

**Suisse***Arrêts du Tribunal fédéral publiés au recueil officiel*

Référence	Date	Langue	Éventuelle traduction en français
ATF 9, p. 577, n° 90	12 octobre 1883	(d)	-
ATF 10, p. 253, n° 43	18 avril 1884	(fr)	-
ATF 16, p. 709, n° 97	14 novembre 1890	(d)	-
ATF 35 I 559, n° 92	11 mars 1909	(fr)	-
ATF 38 II 455, n° 72	30 octobre 1912	(d)	JdT 1913 I 429
ATF 38 II 747, n° 117	23 octobre 1912	(d)	-
ATF 39 II 140, n° 26	5 février 1913	(d)	-
ATF 39 II 150, n° 27	5 février 1913	(d)	-
ATF 40 II 211, n° 39	20 mai 1914	(d)	JdT 1914 I 651
ATF 40 III 240, n° 43	1 <sup>er</sup> juillet 1914	(d)	-
ATF 41 II 215, n° 26	5 mai 1915	(fr)	JdT 1916 I 34
ATF 42 II 49, n° 7	29 janvier 1916	(d)	-
ATF 42 III 173, n° 32	30 mars 1916	(d)	-
ATF 42 III 255, n° 46	21 juin 1916	(d)	JdT 1916 II 121
ATF 43 II 341, no 49	5 juillet 1917	(it)	JdT 1917 I 633
ATF 45 II 386, n° 60	10 septembre 1919	(d)	JdT 1920 I 14
ATF 46 II 20, n° 5	28 janvier 1920	(d)	-

Référence	Date	Langue	Éventuelle traduction en français
ATF 47 II 267, n° 48	29 juin 1921	(fr)	-
ATF 49 II 330, n° 47	27 septembre 1923	(d)	JdT 1924 I 194
ATF 50 II 232, n° 37	21 mai 1924	(d)	JdT 1924 I 549
ATF 50 II 338, n° 52	17 septembre 1924	(d)	JdT 1925 I 225
ATF 51 II 547, n° 84	24 septembre 1925	(d)	-
ATF 52 II 16, n° 4	3 février 1926	(d)	JdT 1926 III 322
ATF 52 II 349, n° 57	3 novembre 1926	(d)	JdT 1927 I 9
ATF 53 II 392, n° 68	10 novembre 1927	(d)	JdT 1928 I 162
ATF 55 II 21, n° 8	15 mars 1929	(fr)	-
ATF 57 II 127, n° 20	5 mars 1931	(d)	JdT 1950 I 90
ATF 60 II 399, n° 66	6 novembre 1934	(d)	JdT 1935 I 386
ATF 60 II 483, n° 77	20 décembre 1934	(d)	-
ATF 63 I 110, n° 24	9 juillet 1937	(d)	JdT 1937 I 560
ATF 63 II 107, n° 27	30 avril 1937	(d)	JdT 1937 I 548
ATF 64 II 411, n° 72	11 novembre 1938	(d)	JdT 1939 I 337
ATF 70 II 31, n° 5	28 janvier 1944	(d)	JdT 1944 I 327
ATF 72 I 106, n° 22	8 mars 1946	(it)	-
ATF 74 I 465, n° 79	22 décembre 1948	(fr)	-
ATF 76 II 26, n° 5	2 février 1950	(d)	JdT 1944 I 397
ATF 79 II 401, n° 69	19 novembre 1953	(d)	JdT 1954 I 482
ATF 82 II 103, n° 15	2 février 1956	(d)	JdT 1956 I 598
ATF 83 II 122, n° 20	1 <sup>er</sup> avril 1957	(fr)	JdT 1958, 264
ATF 84 II 179, n° 27	15 avril 1958	(d)	-
ATF 85 II 177, n° 28	1 <sup>er</sup> mai 1959	(d)	JdT 1960 I 13
ATF 85 II 609, n° 84	18 décembre 1959	(it)	JdT 1960 I 510
ATF 86 II 243, n° 39	18 février 1960	(d)	JdT 1961 I 103
ATF 88 I 248, n° 41	14 novembre 1962	(fr)	-
ATF 88 II 252, n° 37	10 mai 1962	(d)	JdT 1963 I 166
ATF 89 I 92, n° 15	29 mars 1963	(d)	JdT 1964 I 111
ATF 89 III 12, n° 4	5 avril 1963	(fr)	-
ATF 90 I 29, n° 5	25 mars 1964	(fr)	-

Référence	Date	Langue	Éventuelle traduction en français
ATF 90 II 135, n° 16	29 avril 1964	(d)	JdT 1964 I 522
ATF 92 I 236, n° 40	14 octobre 1966	(fr)	-
ATF 93 II 71, n° 15	28 avril 1967	(d)	JdT 1968 I 244
ATF 93 II 439, n° 57	15 décembre 1967	(d)	JdT 1969 I 37
ATF 94 I 602, n° 83	10 juillet 1968	(d)	JdT 1970 I 3
ATF 96 II 79, n° 17	29 janvier 1970	(d)	JdT 1971 I 329
ATF 96 I 282, n° 47	9 juin 1970	(d)	JdT 1971 I 468
ATF 97 II 25, n° 4	12 février 1971	(d)	JdT 1972 I 354
ATF 100 II 105, n° 19	28 mars 1974	(d)	JdT 1975 I 136
ATF 102 II 136, n° 22	17 août 1976	(d)	JdT 1976 I 595
ATF 102 III 165, n° 31	31 août 1976	(fr)	-
ATF 103 II 176, n° 31	29 septembre 1977	(d)	JdT 1978 I 333
ATF 105 Ia 134, n° 29	2 mars 1979	(d)	JdT 1981 I 550
ATF 105 Ia 330, n° 61	29 novembre 1979	(d)	JdT 1981 I 493
ATF 105 Ia 370, n° 66	25 octobre 1979	(d)	JdT 1981 I 342
ATF 111 Ia 182, n° 33	20 septembre 1985	(d)	JdT 1987 I 500
ATF 114 II 91, n° 16	24 mars 1988	(d)	JdT 1988 I 310
ATF 116 Ia 401, n° 60	20 décembre 1990	(fr)	-
ATF 116 II 63, n° 9	15 janvier 1990	(d)	JdT 1991 I 251
ATF 116 II 69, n° 10	27 mars 1990	(fr)	-
ATF 117 Ia 35, n° 8	25 janvier 1991	(fr)	-
ATF 117 II 429, n° 80	13 août 1991	(d)	JdT 1992 I 399
ATF 119 Ia 453, n° 53	15 décembre 1993	(d)	JdT 1995 IV 183
ATF 119 II 69, n° 16	21 janvier 1993	(fr)	-
ATF 120 Ia 120, n° 18	13 juillet 1994	(fr)	-
ATF 120 Ib 474, n° 16	8 novembre 1994	(it)	-
ATF 123 II 560, n° 58	12 novembre 1997	(d)	JdT 1998 I 415
ATF 124 III 211, n° 39	27 mai 1998	(fr)	-
ATF 126 III 421, n° 73	10 juillet 2000	(fr)	-
ATF 128 III 370, n° 67	12 mars 2002	(fr)	-
ATF 129 III 738, n° 112	25 août 2003	(fr)	-

Référence	Date	Langue	Éventuelle traduction en français
ATF 131 I 321, n° 33	6 juin 2005	(d)	-
ATF 132 III 155, n° 19	2 décembre 2005	(d)	JdT 2006 I 116
ATF 133 III 105, n° 11	21 décembre 2006	(fr)	-
ATF 133 III 257, n° 30	28 novembre 2006	(d)	-
ATF 132 II 485, n° 39	26 octobre 2006	(d)	RDAF 2007 I 544
ATF 135 III 304, n° 44	13 mars 2009	(d)	-
ATF 135 III 614, n° 90	17 novembre 2009	(fr)	-
ATF 144 III 285, n° 33	11 juin 2018	(d)	-
ATF 145 II 140, n° 13	29 mars 2019	(d)	JdT 2020 I 275; RDAF 2020 I 348

*Arrêts du Tribunal fédéral non publiés au recueil officiel (avant l'an 2000)*

Référence	Date	Langue	Revue de publication
Arrêt du TF, <i>Keller</i> , du	11 mai 1960	(d)	ZBl 1961, p. 69
Arrêt du TF du	24 mai 1978	(d)	ZBl 1978, p. 18

*Arrêts du Tribunal fédéral non publiés au recueil officiel (depuis l'an 2000)*

Référence	Date	Langue	Éventuelle revue de publication
Arrêt du TF, 4C.255/1998	3 septembre 1999	(d)	SJ 2000 I 269
Arrêt du TF, 5C.169/2001	9 septembre 2001	(fr)	-
Arrêt du TF, 1P.705/2000	24 septembre 2001	(fr)	-
Arrêt du TF, 2P.256/2003	24 mars 2003	(d)	-
Arrêt du TF, 4A_6/2009	11 mars 2009	(d)	-
Arrêt du TF, 2C_409/2009	15 janvier 2010	(d)	-

## Vaud

### *Arrêt de la Cour de Cassation civile*

Référence	Parties	Date	Langue
JdT 1861, p. 272	ORMOND et consorts c. G. et J. ORMOND	8 avril 1861	(fr)

## Union européenne

### *Cour de Justice de l'Union Européenne (Cour de Justice des Communautés européennes)*

Référence	Date
Liselotte HAUER, affaire 44/79, ECLI:EU:C:1979:290	13 décembre 1979

# Introduction générale

*« Comme les autres produits de la pensée des hommes, lui aussi, le droit obéit à la logique de chaque temps. »*

VILLEY, *Leçons*, p. 161.

## I. Introduction générale

La propriété accompagne nos sociétés depuis toujours. Ce n'est que banalité de l'écrire. Point n'est besoin d'être grand philosophe pour pouvoir affirmer que le « mien » (*meum*) a toujours été distinct du « tien » (*tuum*). Seulement, au fil des siècles, les notions juridiques ont été en perpétuel mouvement, nonobstant l'apparente permanence de la terminologie. Au gré des époques, les évolutions ont pu être lentes, imperceptibles même aux propriétaires, ou au contraire volontaires, claires, tranchantes et précises, pour ne pas dire brutales. Et cette histoire mouvementée, qui est celle de la propriété, forme la trame de fond de l'étude que nous proposons au lecteur.

La présente étude, précisément, s'apparente à un essai en cinq actes dont le deuxième – celui des complications – et le troisième – celui de la recherche de solutions – se déroulent lors de la codification des droits privés de l'Europe continentale. À cette époque, le droit subjectif de propriété absolu et exclusif – savoir la notion moderne de la propriété privée – est cristallisé par incorporation dans les normes d'une manière telle qu'il s'érige en notion structurante de l'ensemble des institutions du droit des biens ; lui subordonnant par le même mouvement tous les autres droits subjectifs de nature réelle. Or, intrinsèquement, cette notion neuve, ainsi que les implications de systématisation et de conceptualisation qu'elle implique, ont une vocation à l'hégémonie qui conduit à une attitude antagoniste aux autres modèles de droit des biens, dont le maintien ou l'incursion constitue par essence un danger combattu aux fins d'assurer la sûreté politique ou sociale de l'État, selon les époques, et plus rarement la sécurité du droit.

L'antagonisme est particulièrement fort envers ces institutions de droit des biens qui prennent leur source dans des systèmes juridiques chronologiquement antérieurs à la période des codifications et qui constituaient le modèle de maîtrise des biens, savoir ce que l'on nomme de manière générique les *propriétés divisées*. Or, dans la pratique juridique suisse actuelle, il n'est pas si rare d'en rencontrer, car un bon nombre d'occurrences de ces propriétés divisées a traversé les époques en étant, par l'intermédiaire des mécanismes du droit transitoire, toujours régies par des principes fondés sur des ordres juridiques souvent (faussement) tenus pour disparus.

Dans le panorama juridique contemporain, s'ajoutent à ces institutions anciennes les institutions du droit des biens de l'Angleterre. Le droit anglais en général, en raison de sa continuité, demeure en effet gouverné par des principes de très ancienne extraction, ce qui confère à ses notions juridiques des caractéristiques fortement similaires à celles des autres propriétés divisées que nous évoquions, qui possèdent une ascendance juridique par ailleurs commune. Or, par le jeu des règles du droit international privé, la Suisse s'est engagée conventionnellement à reconnaître – à peu de chose près selon un mécanisme similaire au droit transitoire – les effets des *trusts* créés conformément à un ordre juridique de *common law*.

États originaires du droit des biens, les principes applicables aux propriétés divisées donnent matière à l'acte premier de notre essai – celui qui s'attache à poser le contexte initial de tout récit. Les quatrième et cinquième actes clôturent notre étude par la consécration des solutions juridiques que nous privilégions pour résoudre les conflits entre la propriété privée moderne et les propriétés divisées.

§ 1. *Problématique*. Notre étude a pour objet de comprendre et d'explicitier comment l'on se doit de correctement appréhender ces propriétés divisées lorsqu'elles entrent en interaction avec le droit positif suisse par les mécanismes du droit transitoire ou du droit international privé. Pour ce faire, il convient de répondre à deux questionnements successifs – le second étant dépendant du premier.

Dans un premier temps, il conviendra d'étudier les propriétés divisées pour elles-mêmes, dans le cadre des ordres juridiques qui les ont créées. Il s'agira là d'un travail de comparatiste et d'historien du droit. Dans un second temps, fort de la compréhension exacte des institutions en cause, il nous sera possible d'étudier l'articulation entre les propriétés divisées et le droit privé moderne. Cela se fera en deux étapes. D'abord, nous porterons un regard critique sur les options choisies par les États continentaux ayant codifié leur droit quant à l'intégration des propriétés divisées dans le nouveau droit. Armé de l'ensemble de ces réflexions, nous nous attacherons ensuite exclusivement à une étude critique du droit suisse en proposant notre interprétation du droit en vigueur et les solutions qui, selon nous, s'imposent. Sur de nombreux points, le lecteur constatera que notre approche s'écarte de certaines propositions usuellement re-



çues, mais est néanmoins solidement ancrée dans la logique des raisonnements historiques et comparatistes que nous aurons menés.

Formulées sous forme interrogative, les questions qui ponctuent notre étude sont – en particulier, mais non exhaustivement – les suivantes : *Dans quels ordres juridiques historiques est-il possible de rencontrer des propriétés divisées ? Quelles nature et caractéristiques revêtent ces propriétés divisées et quels sont les principes juridiques les régissant ? Comment et dans quelle mesure le droit des biens moderne s'est-il détaché de ces principes anciens ? Est-il possible de faire cohabiter dans un même ordre juridique les principes anciens et modernes ? En tous les cas, comment concilier les effets de propriétés divisées reconnues par le droit suisse avec les principes du droit privé codifié ?*

§ 2. *Méthodologie.* Pour comprendre comment aborder de la façon la plus rigoureuse et adéquate les diverses notions qui se font face et se contredisent, il convient de procéder à un examen historique et comparatiste de fond, en sus de maîtriser les mécanismes de droit positif. Notre étude se veut ainsi être un plaidoyer en faveur d'une approche historique et comparative du droit positif. Il s'agit là de la double approche – l'histoire et la comparaison étant d'ailleurs pratiquement indissociables – que nous avons choisie pour comprendre comment résoudre notre problématique.

Cela implique pour nous, d'une part, de devoir retracer de façon précise le parcours historique de la notion de propriété qui est celle reçue usuellement dans le droit positif et, d'autre part, de procéder de même pour les propriétés divisées. L'histoire du droit est ainsi le principal outil nécessaire à l'examen de ces questions dans l'ordre juridique dans ses dimensions plurielles, savoir les constellations dans lesquelles se heurtent diverses conceptions de ce qu'est la propriété, ou de ce qui en fait office à défaut.

Aussi, adoptons-nous un procédé qui consiste à reprendre méthodiquement la chronologie du développement de chacune des institutions juridiques pertinentes, prises non seulement pour elles-mêmes, mais surtout dans le contexte général des ordres juridiques dans lesquels elles se sont développées, en éprouvant toutes les qualités qui leur sont prêtées, afin d'aboutir à des résultats de recherches sûrs, aptes à fonder nos propres propositions sur des bases solides.

Quoique la chronologie ait une importance particulière, notre étude dans son entier consiste en une analyse diachronique procédant par comparaison à des allers-retours temporels. Autant que faire se peut les institutions des divers ordres juridiques sont mises en relation entre elles, soit pour faire avancer l'analyse, soit pour expliciter le propos.

§ 3. *Cadre de notre étude.* Il va de soi que la problématique que nous venons d'annoncer s'inscrit dans le cadre du droit privé positif suisse. Nous ne nous intéressons donc qu'au droit privé à l'exclusion (absolue) du droit pénal et (partielle) du droit public. Nous ne pouvons nous abstraire totalement du droit public pour des raisons historiques. Très longtemps la dichotomie entre le droit privé et le droit public n'existait pas et, lorsque la notion de propriété prend sa forme moderne en droit privé, cela se fait à l'appui de sa déclaration dans le droit constitutionnel. Pour ces raisons, des incursions dans le droit public s'imposent.

Pour ce qui concerne le droit privé proprement dit, notre matière est uniquement celle du droit des biens. Dans ce cadre, les institutions qui peuvent être qualifiées de propriété ou de propriétés divisées sont les seules qui emportent notre intérêt quant à leur titulaires, natures juridiques, caractéristiques et facultés qu'elles offrent. Sont ainsi hors de notre sujet nombre de questions relevant, certes du droit des biens, mais qui ne sont point utiles à la résolution de notre problématique – tel est en principe le cas des modes d'acquisition ou de transfert de la propriété, ou encore des différentes formes de servitudes et de gages, notamment.

Quant à la dimension historique, le champ de nos recherches commence – hormis quelques remarques toutes génériques sur les ordres juridiques antérieurs – avec le droit romain de la République et remonte jusqu'à nos jours. Nous avons ainsi choisi de nous intéresser uniquement aux ordres juridiques qui ont eu une influence sur le droit actuel. Tout au long de ces vingt et quelques siècles, l'emphase est variable selon les développements liés à l'objet de notre étude.

Dans l'espace, il se justifiait de considérer deux catégories de juridictions. D'une part, il a fallu nous limiter aux ordres juridiques qui ont eu une influence directe sur le droit matériel suisse actuel. Nous avons ainsi retenu les codifications faites en France, en Autriche et en Allemagne, ainsi que le droit romain. D'autre part, il a fallu considérer les ordres juridiques dans lesquels les propriétés divisées se sont développées. Il s'agissait alors de s'intéresser à l'Europe continentale occidentale, ce que nous avons réduit aux régions aujourd'hui couvertes par la France, l'Autriche et l'Allemagne à des fins de cohérence avec l'époque des codifications, ainsi qu'à l'Angleterre, dont l'ordre juridique est évidemment le terreau des *trusts*.

À tout cela s'ajoutent encore les dispositions pertinentes en notre matière du droit transitoire du Code civil suisse, ainsi que celles du droit international privé, qui régissent les conflits de lois dans le temps et l'espace. Ce sont en effet ces normes qui sont en définitive déterminantes à régir le cadre dans lequel doivent s'inscrire les solutions que nous retiendrons pour le droit positif.

§ 4. *Intérêt de notre étude.* L'étude que nous proposons est intéressante à de multiples égards. D'abord, elle contribue de manière importante à retracer l'histoire du droit des

biens dans l'Europe occidentale, sur le continent comme en Angleterre, ainsi qu'à l'étude comparative de ces différents ordres juridiques. Cela explique l'assise de notre travail.

Ensuite, notre étude met en lumière ce qui est selon nous la juste ligne de démarcation entre les propriétés divisées et la propriété moderne, savoir l'esprit philosophique qui préside aux codifications modernes et structure par la figure des droits subjectifs l'ensemble du droit privé – lequel esprit n'avait pas une telle emprise sur l'ancien droit. Il s'agit du mouvement de subjectivisation du droit. En notre matière, la doctrine ne le relève que très ponctuellement.

En outre, notre étude permet de rapprocher les institutions de l'ancien droit continental et celles du droit anglais qui sont les unes comme les autres d'extraction médiévale. Ce rapprochement s'avère impératif pour une juste exégèse du *common law*. Car, sans une bonne rigueur historique, son analyse par un juriste continental se révèle très vite erronée et mène inéluctablement à l'incompréhension.

Enfin, sur un plan plus concret et pratique, nous pensons offrir, par une analyse à la fois du droit transitoire du Code civil et du droit international privé suisses en matière de propriétés divisées, une approche juridique différente de celles que propose généralement la doctrine et qui s'en distingue par le respect des institutions, des principes généraux des ordres juridiques en cause, ainsi que par une certaine simplicité conceptuelle.

§ 5. *Plan de notre étude.* Comme nous l'avons déjà indiqué dans nos lignes précédentes, notre étude se structure implicitement en cinq actes, quoique nous en ayons regroupé certains pour adopter une structure tripartite. Le premier acte passe en revue la situation initiale du droit des biens jusqu'à la fin de l'Ancien Régime; il forme notre *première partie* (chapitres **IV** à **XI**). Le deuxième contextualise les complications induites par le processus de codification et le troisième recherche dans différents ordres juridiques des solutions à ces complications; ils forment ensemble notre *deuxième partie* (chapitres **XII** à **XVII**). Le quatrième acte s'intéresse à la solution choisie par le droit suisse, avant que le cinquième ne rende, en définitive, l'état du droit positif suisse tel que nous le concevons; ils forment notre *troisième partie* (chapitres **XVIII** à **XXI**).

De manière plus détaillée, il convient en guise de préalable à notre étude d'exposer avec une certaine précision la notion de propriété telle qu'elle est reçue en Suisse dans la Constitution fédérale et le droit privé (**I**), afin de nous permettre de disposer d'un concept clair, apte à servir notre travail de comparaison avec des institutions appartenant à des ordres juridiques différents (**II**). À la suite de cette partie préliminaire, notre étude s'articule en trois grandes parties.

La première partie est consacrée à l'étude des grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne. Après de brèves considérations sur les modalités d'une approche historique du droit (IV), puis sur les origines immémoriales de la propriété (V), il s'agit de retracer l'évolution du droit des biens et, spécialement, de la propriété de la République romaine à la fin de l'Ancien Régime. Notre parcours commence donc par les droits romain (VI) et carlovingien (VII), avant de s'intéresser aux institutions féodales développées sur le continent par la pratique juridique médiévale (VIII). Pratique qui est plus tard, d'une part, théorisée par les glossateurs en s'appuyant sur le droit romain (IX), ainsi que, d'autre part, exportée et perfectionnée en Angleterre – perfectionnement qui atteint son paroxysme avec l'apparition des *trusts* (X).

La deuxième partie s'étend de la Révolution française au *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand. Cependant le phénomène juridique des codifications qui caractérise cette période repose sur des acquis philosophiques bien plus anciens, dont la source remonte à la fin du Moyen Âge. Après avoir rappelé les faibles évolutions juridiques induites en notre matière sous l'Ancien Régime (XII), nous allons donc commencer par retracer cette évolution de la pensée en montrant le passage d'une vision philosophique d'abord objective, puis subjective, tout en décortiquant la notion de codification et les grands principes y applicables (XIII). Nous pourrions alors nous intéresser, aux grandes codifications européennes en passant en revue le Code Napoléon (XIV), l'ABGB autrichien (XV) et enfin le BGB allemand (XVI).

La troisième partie constitue en quelque sorte la synthèse opérée par le droit suisse des phénomènes juridiques rencontrés dans les deux précédentes parties, savoir la rencontre entre les institutions objectives de l'ancien droit et du droit anglais avec les institutions subjectives du Code civil suisse. Comme pour les autres codifications, il s'agira d'abord de retracer le sort de la féodalité et des institutions y apparentées, tout en montrant comment les cantons suisses ont codifié leur droit des biens, avant de rappeler les choix effectués par Eugen HUBER pour la Suisse fédérale (XVIII). La notion de propriété ayant déjà été exposée en préliminaire à notre étude à des fins comparatives, nous pourrions rapidement aborder les questions les plus complexes que pose en droit positif notre sujet d'étude, que ce soit en droit transitoire (XIX) – par lequel l'ancien droit se maintient encore – ou en droit international privé (XX) – par lequel les effets des *trusts* de droit anglais doivent être reconnus en Suisse.

Chacune de nos trois parties est clôturée par une synthèse qui donne au lecteur une brève vue d'ensemble (XI, XVII, XXI) et un préambule annonce la matière traitée dans chacune d'entre elles.

Partie            **Fondements du droit des biens dans**  
préliminaire   **l'ordre juridique suisse actuel**



*«La propriété est garantie.»*

Art. 26, al. 1<sup>er</sup> Cst. féd.

*«Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi.»*

Art. 641, al. 1<sup>er</sup> CC.

## **Préambule à la partie préliminaire**

Avant de pouvoir débiter une recherche historique et comparative, il nous faut commencer par déterminer quelque peu le cercle des notions juridiques qui nous intéressent. Cela se fait de la meilleure des manières en rappelant, pour ce qui concerne notre matière, l'état actuel de l'ordre juridique suisse. Un tel rappel préliminaire permet de dégager les prémisses et notions sur lesquelles nous nous appuyons et cadre le champ de notre recherche.

Dans le respect de la systématique des normes, nous commencerons par exposer la notion de propriété telle qu'elle existe dans l'ordre constitutionnel fédéral, puis dans le droit privé suisse (II). Ces considérations de droit positif terminées, nous pourrions alors expliciter une synthèse de la notion de propriété sur laquelle nous appuyer pour la comparer avec des ordres juridiques passés ou étrangers (III).

## **II. Quelques fondements constitutionnels et systématiques en droit suisse**

Notre étude nous conduit à parcourir des ordres juridiques historiques et contemporains pour y rechercher les occurrences des notions de propriété individuelle et de propriétés divisées, lesquelles sont apparentées – de manières très différentes – à la notion du droit subjectif de propriété de notre Code civil suisse. Aussi, s'agira-t-il avant tout d'effectuer un travail de comparaison et donc de qualification. Afin de pouvoir y procéder de façon profitable, il est nécessaire d'établir, au préalable à toute recherche, une synthèse conceptuelle cohérente et logique de la notion de propriété en droit suisse<sup>1</sup>, quitte à devoir l'affiner – ou la remettre en cause – ultérieurement.

---

<sup>1</sup> PIOTET, *Systématique des droits privés subjectifs*, p. 1415.

La première étape pour ce faire (A) consiste à se pencher sur les fondements de la notion de propriété dans l'ordre juridique suisse. Nous les trouvons naturellement dans le droit constitutionnel qui a, d'une part, pour vocation de chapeauter l'ensemble du droit législatif et qui, d'autre part, habite l'esprit des législateurs lors de la transformation moderne du droit des biens dans le courant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles et tient, pour cette raison, un rôle déterminant dans le fonctionnement du droit transitoire suisse<sup>2</sup>. La notion que nous en tirons – quoique vague, encore mal délimitée et au contenu hétéroclite – est fort utile à la réflexion, car elle explicite certaines caractéristiques essentielles.

Ces fondements exposés, il s'agira alors de catégoriser et analyser la notion de propriété au sein du droit législatif (B), c'est-à-dire pour nous le droit privé qui est le seul pan de l'ordre juridique qui fasse l'objet de notre étude, nous l'avons annoncé.

Le présent chapitre a ainsi pour double vocation de donner un premier cadre au champ de nos recherches historiques et comparatives, ainsi qu'une assise méthodologique sûre à notre étude.

## A. Les fondements constitutionnels<sup>3</sup>

### 1. Généralités

L'analyse d'une notion comprise au sein de la liste des droits fondamentaux de la Constitution fédérale suisse, ou de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'Homme), consiste en principe à établir les lignes directrices que le législateur (fédéral et cantonal) se doit de respecter pour garantir – voire «sauvegarder» – la liberté concernée<sup>4</sup>. L'approche est ainsi négative: l'objet de la protection constitutionnelle n'a pas besoin d'être défini (et même ne doit pas l'être sous risque d'en vider la substance)<sup>5</sup>. Le contenu du droit fondamental ne se dégage donc que concrètement, par confrontation aux atteintes qui lui sont portées.

---

<sup>2</sup> Les droits subjectifs qui structurent le droit privé et les droits fondamentaux «[...] procèdent de la même inspiration, de la même conception individualiste et subjective du droit, et même leur contenu présente une incontestable parenté.» (THIREAU, *Fondements de la codification*, p. 90, qui s'appuie sur WAIDER, p. 62 s.). Sur le dernier point, les ordres juridiques allemand et suisse – au niveau national, comme régional – procèdent d'une dynamique commune.

<sup>3</sup> Pour une thèse de droit suisse récente sur la garantie constitutionnelle de la propriété, prenant en compte le droit comparé et l'histoire du droit, voir OTTIMOFIORE, p. 1 ss.

<sup>4</sup> MUELLER, p. 14.

<sup>5</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 868.



La garantie de la propriété – qui figure sans conteste au nombre des droits fondamentaux<sup>6</sup> – ne s’inscrit toutefois pas dans ce schéma général de raisonnement. Pour les raisons que nous allons expliquer ci-après, le constituant se fonde sur une notion préexistante de «propriété»; laquelle se doit d’être délimitée en raison de la spécificité de l’objet de la protection<sup>7</sup>. Aussi, existe-t-il nécessairement une notion constitutionnelle de la propriété; ce qui a tout son intérêt pour notre étude.

Aux côtés de la notion et de ses limites, la systématique constitutionnelle appose les modalités d’une expropriation (formelle ou matérielle). L’existence de telles modalités démontre que la garantie de la propriété ne constitue pas l’assurance du maintien de son objet dans le patrimoine de son titulaire, mais bien plutôt de sa contre-valeur (*Wertgarantie*)<sup>8</sup>. Ces modalités sont toujours distinguées – si ce n’est expressément, du moins sans conteste – de la «garantie matérielle» (*Substanzgarantie*) de la propriété<sup>9</sup>. Dichotomie qui fut d’ailleurs établie dès les origines de la propriété moderne<sup>10</sup> et figure dans les textes les plus fondamentaux, tel que l’article 17 de la Déclaration universelle des droits de l’homme du 10 décembre 1948. La notion de propriété en droit constitutionnel peut donc être traitée de manière distincte des enjeux qui entourent l’expropriation; ces derniers, bien qu’importants, n’intéressent en effet pas directement notre étude. Nous n’y reviendrons donc pas<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Voir, déjà sur le principe conceptuel, PORTALIS, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 10: «[...] droit de propriété; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu’il lui assure les moyens de la conserver.» Ce rattachement historique est rappelé, implicitement, par CR Cst. féd.-DUBEY, n° 19 *ad* art. 26.

<sup>7</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 868; HOTTELIER, p. 148.

<sup>8</sup> La garantie de valeur vient ainsi suppléer à l’atteinte de l’une des deux autres dimensions de la garantie de la propriété que nous allons traiter ci-dessous. Voir RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 21 *ss ad* § 48; HOTTELIER, p. 149 et 152; BK-MEIER-HAYOZ, n° 414 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>9</sup> Cela était également vrai sous le régime des anciennes constitutions fédérales; lesquelles ne consacraient pas expressément de garantie de la propriété, mais prévoyaient néanmoins les modalités de l’expropriation: art. 21 al. 2 Cst. féd. 1848 et art. 23 al. 2 Cst. féd. 1874. Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 873. Toutefois, il faut bien garder à l’esprit que la dissociation des différentes dimensions de la garantie de la propriété (*Instituts-, Bestandes-, Wertgarantie*) sert avant tout à son explicitation et que ces dimensions forment néanmoins un tout: BSK BV-WALDMANN, n° 33 *ad* art. 26 Cst. féd.

<sup>10</sup> La possibilité d’expropriation – moyennant pleine compensation de la part de l’État – existe déjà au moment de l’élaboration du Code Napoléon (art. 545) et reçut à l’époque une acceptation unanime: FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, p. 121 (Jean-Etienne-Marie PORTALIS) et 136 (Louis-Joseph FAURE). Cela n’a rien de surprenant dans la mesure où il est admis que l’expropriation arbitraire ou l’absence de compensation sont contraires au droit des gens: HOTTELIER, p. 136 s. Notons, par ailleurs, les constitutions des cantons d’Uri et de Nidwald qui traitent de l’expropriation dans un article distinct de celui où ils énoncent la garantie de la propriété.

<sup>11</sup> Voir, pour un aperçu historique bien conçu quoique cursif, MESTRE, p. 51 *ss*, et, pour une étude historique et comparative d’autorité (qui plus est récente), REYNOLDS, *Before Eminent*

Commençons notre analyse constitutionnelle en posant les grandes lignes du mécanisme de protection instauré par la garantie de la propriété (2), avant de nous pencher plus avant sur la notion de propriété elle-même (3).

## 2. Le cadre juridique de la garantie de la propriété: un aperçu

§ 1. *Définitions.* Depuis 1969, la Constitution fédérale proclame en toute simplicité que «*la propriété est garantie*<sup>12</sup>.» Pour sa part, la Convention européenne des droits de l'homme ne vise pas directement la propriété. Cela est l'objet de l'article premier de son Protocole additionnel du 20 mars 1952 – signé par la Suisse, mais jamais ratifié. En raison du manque de consensus des rédacteurs<sup>13</sup>, cette disposition n'est guère plus éclairante en prévoyant que «*[t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens*<sup>14</sup>.» Quant aux droits cantonaux, tout aussi imprécis dans leurs formulations<sup>15</sup>, ils n'ont pas (plus) de portée propre en ce domaine<sup>16</sup>. La juris-

---

*Domain*, p. 1 ss (spécialement, p. 33 ss). Voir aussi, pour le droit suisse, BUEHLER-REIMANN, p. 378 ss. Le lecteur lira ainsi que la notion de propriété et l'expropriation n'ont pas une histoire juridique commune.

<sup>12</sup> Voir l'art. 26 al. 1<sup>er</sup> Cst. féd. Cette garantie fut formellement adoptée par votation populaire du 14 septembre 1969 et figurait alors à l'art. 22<sup>ter</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la Cst. féd. de 1874. Auparavant, la garantie de la propriété – non écrite au niveau fédéral, mais figurant expressément, et dans la même mesure, dans presque toutes les constitutions cantonales (par exemple à l'art. 6 de la constitution vaudoise de 1885) – n'en existait pas moins pour autant à dire de jurisprudence: ATF 35 I 559, consid. 4 («[...] *il est certain que la garantie constitutionnelle de la propriété, telle qu'elle est inscrite dans la plupart des constitutions cantonales, et telle d'ailleurs qu'elle découle naturellement de l'état de société* [...]»); ATF 74 I 465, consid. 3a; arrêt du TF, Keller, ZBl 1961, 69, consid. 2; ATF 89 I 92, consid. 3; ATF 94 I 602, consid. 4; ATF 96 I 282, consid. 5c. Ce qui permet de nier toute innovation juridique au texte de 1969. Voir, sur l'ensemble, OTTIMOFIORE, p. 388 ss et 393 ss. SGK BV-VALLENDER/HETTICH, n° 3 *ad* art. 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 875 s. et 879; RIVA/MUELLER-TSCHUMI n° 2 *ad* § 48; BONNARD, p. 122 et les nombreuses références citées. Par ailleurs, d'autres droits fondamentaux contribuent également à la protection de la «propriété»: voir, pour plus de détails, BK-MEIER-HAYOZ, n° 379 ss *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>13</sup> Voir le résumé des discussions dressé par OTTIMOFIORE, p. 376 ss.

<sup>14</sup> Cette norme sert toutefois d'appui à la garantie de la propriété dans l'ordre juridique européen. Voir, notamment, l'arrêt du 13 décembre 1979, Liselotte HAUER, affaire 44/79, ECLI:EU: C:1979:290, point 17. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 consacre la garantie de la propriété à son article 17. Voir, sur l'ensemble, MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 882 s.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 690 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>15</sup> Voir, à titre d'exemple, l'article 25, al. 1<sup>er</sup>, de la constitution vaudoise («*La propriété est garantie.*»).

<sup>16</sup> Comme le montrent les catalogues succincts de certaines constitutions cantonales. Voir l'arrêt du TF, Keller, ZBl 1961, 69, consid. 2. Voir, en outre dans la doctrine constante, CR Cst. féd.-DUBEY, n° 10 *ad* art. 26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 881; BSK BV-WALDMANN, n° 2 *ad* art. 26 Cst. féd.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 5 *ad* § 48; HOTTELIER, p. 145 s.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 378 *ad* Syst. Teil, art. 641-654

prudence<sup>17</sup> et la doctrine, mais surtout la législation ordinaire, pallient heureusement au vide laissé par la lettre de ces dispositions.

§ 2. *Spécificités de la garantie.* Il faut d'abord relever les particularités de cette liberté par rapport aux autres. Car si, en droit suisse, la garantie de la propriété est un véritable droit constitutionnel<sup>18</sup>, l'objet qu'elle protège, est en comparaison des autres droits de ce rang, tout à fait singulier<sup>19</sup>. La garantie tend, en effet, à protéger une liberté dont l'essence est étrangère aux qualités intrinsèques de l'être humain: il s'agit d'une «institution juridique»<sup>20</sup>. La conséquence de cette distance – entre le sujet de droit et la propriété elle-même – en est une nécessaire définition par l'ordre juridique. Une définition qui ne découle pas du droit constitutionnel, mais au contraire du droit législatif<sup>21</sup>. C'est en effet ce dernier pan du droit qui explique concrètement au propriétaire quels comportements il est libre d'adopter et lesquels lui sont proscrits<sup>22</sup>. Il revient alors au juge de vérifier que l'existence des droits patrimoniaux du propriétaire ne soit pas entravée de façon contraire à la Constitution fédérale (*Bestandesgarantie*, *Besitzstandgarantie* ou encore *subjektives Eigentums-garantie*)<sup>23</sup>.

Spécificité supplémentaire, la garantie de la propriété revêt avant tout une finalité sociale<sup>24</sup>: elle est à la base de la société moderne post-révolutionnaire fondée sur des valeurs libérales. Aussi, n'est-elle pas seulement un droit individuel, mais également une institution fondamentale de l'ordre juridique (*Instituts-garantie* ou *objektives Eigen-*

---

CC. La Déclaration des droits de l'homme du 10 décembre 1948 garantit aussi la «propriété», mais cet acte est dépourvu de portée juridique.

<sup>17</sup> Notamment européenne, cf. *supra* note n° 13. Voir aussi OTTIMOFIORE, p. 382 ss.

<sup>18</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 1 ss *ad* art. 26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 12 et 867; OTTIMOFIORE, p. 401; MUELLER, p. 48; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 7 *ad* § 48; BONNARD, p. 121. Ainsi, la garantie protège l'individu dans ses droits patrimoniaux: BSK BV-WALDMANN, n° 43 *ad* art. 26 Cst. féd. Telle est aussi la conception choisie dans la Déclaration universelle des droits de l'homme: OTTIMOFIORE, p. 376.

<sup>19</sup> D'où sa place systématique séparée des autres droits fondamentaux dans les constitutions des cantons de Bâle-Campagne et d'Obwald.

<sup>20</sup> OTTIMOFIORE, p. 400; HOTTELIER, p. 147; MUELLER, p. 49.

<sup>21</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 44 *ad* art. 26; OTTIMOFIORE, p. 401; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 1 et 9 *ad* § 48; HOTTELIER, p. 147.

<sup>22</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 868 et 894.

<sup>23</sup> RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 8 *ad* § 48; BK-MEIER-HAYOZ, n° 413 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC; HOTTELIER, p. 151.

<sup>24</sup> Ce que la constitution du canton de Genève relève expressément à son art. 12, al. 1<sup>er</sup>, et ce qui ressort du droit à l'accès à la propriété du logement, qui découle de l'art. 108, al. 1<sup>er</sup>, de la Cst. féd. et qui est parfois expressément consacré dans les constitutions cantonales. Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 886; HOTTELIER, p. 140. Rappelons néanmoins que toutes les libertés revêtent une dimension sociale: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 14.

tumsgarantie)<sup>25</sup>: «[le contenu essentiel de la propriété] est indispensable à l'homme pour exister, agir en être responsable et assurer le plein et libre épanouissement de sa personne<sup>26</sup>.» En conséquence, le législateur ne peut pas remettre en cause la «propriété privée individuelle» ou l'entraver d'une façon telle que son noyau intangible soit touché<sup>27</sup>. Il s'agit là de la fonction économique de la garantie<sup>28</sup>.

§ 3. *Obligations de l'État*. À l'inverse, pour ce qui concerne les obligations incombant à l'État en vertu de la garantie de la propriété, la situation juridique est plus usuelle. De la sorte, la garantie de la propriété a fondamentalement une fonction protectrice (*Abwehrrecht*) qui impose à l'État une obligation d'abstention<sup>29</sup>; le législateur étant en effet le premier visé, avec les autorités d'application de la loi<sup>30</sup>. Aussi, toute atteinte doit-elle reposer sur une base légale, un intérêt public et être proportionnelle à ce dernier (art. 36 Cst. féd.)<sup>31</sup>. Un cadre précis modère donc l'activité législative<sup>32</sup> et définir l'objet de la garantie devient primordial dans la mesure où le constituant impose aux législateurs un contenu minimal intangible de la propriété, auquel il ne peut être porté atteinte sans vider celle-ci de sa substance<sup>33</sup>.

---

<sup>25</sup> Relevons que la constitution du canton de Berne souligne cette dimension expressément à son art. 24, al. 1<sup>er</sup>. Voir, en outre, l'arrêt du TF, 1P.705/2000, consid. 3a (rendu sous l'empire de la Constitution fédérale de 1999); ATF 116 Ia 401, consid. 9a *in fine*; BSK BV-WALDMANN, n° 34 *ad* art. 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 888; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 7 *ss ad* § 48; HOTTELIER, p. 149; BONNARD, p. 125 et 127; BK-MEIER-HAYOZ, n° 413 et 424 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC (qui utilise le terme de «*Erscheinung des objektiven Rechtes*»). La portée juridique de cette *Institutsgarantie* est controversée: RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 28 *ad* § 48.

<sup>26</sup> BONNARD, p. 127. Dans le même sens, RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 7 *ad* § 48; HOTTELIER, p. 140. La garantie d'un accès à la propriété immobilière, que certaines constitutions cantonales énoncent expressément, se rattache à cette dimension.

<sup>27</sup> ATF 88 I 248, consid. ii.3; ATF 105 Ia 134, consid. 3a. Voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 69 et 133 *ad* art. 26; OTTIMOFIORE, p. 401 (notamment en optant pour une politique de «*maîtrise étatique et collective*»); RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 27 *ss ad* § 48; HOTTELIER, p. 150; BK-MEIER-HAYOZ, n° 438 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>28</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 21 s. *ad* art. 26; HOTTELIER, p. 157.

<sup>29</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 54 *ad* art. 26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 885; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 11 *ad* § 48; MUELLER, p. 55; BK-MEIER-HAYOZ, n° 413 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>30</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 42 s. *ad* art. 26; BSK BV-WALDMANN, n° 31 s. et 35 *ad* art. 26 Cst. féd.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 16 *ad* § 48; MUELLER, p. 98. Voir, à propos du même principe en droit allemand, SGK BV-VALLENDER/HETTICH, n° 10 *ad* art. 26 Cst. féd.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 462 *ss ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>31</sup> Les principes applicables à une expropriation conformément à l'art. 26, al. 2, de la Constitution fédérale doivent également être respectés. Voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 122 *ss ad* art. 26; BSK BV-WALDMANN, n° 44 *ad* art. 26 Cst. féd.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 17 *ss ad* § 48. Voir, déjà, arrêt du TF, *Keller*, ZBI 1961, 69, consid. 2.

<sup>32</sup> BSK BV-WALDMANN, n° 32 *ad* art. 26 Cst. féd.; HOTTELIER, p. 155; MUELLER, p. 98.

<sup>33</sup> Ce que le Tribunal fédéral n'a reconnu qu'en 1962: ATF 88 I 248, consid. ii.3. Voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 69 *ad* art. 26; BONNARD, p. 125.

En sus d'autres devoirs d'agir<sup>34</sup>, cette même garantie impose également à l'État une obligation positive, savoir élaborer la législation nécessaire à l'existence d'un système de droit des biens qui soit efficient et pondère les intérêts privés et publics<sup>35</sup>. C'est sur cette base que le régime du droit des biens – principalement de droit privé – se fonde et contribue largement à définir le contenu de la garantie de la propriété<sup>36</sup>. Cette exigence d'efficience, bien que d'une importance sans doute secondaire et difficilement justiciable, doit guider les travaux du législateur fédéral vers des solutions assurant une certaine harmonie juridique; tel est notamment le cas, pour ce qui concerne notre étude, des aménagements effectués dans le droit positif suisse pour accommoder les effets juridiques des *trusts*<sup>37</sup>.

§ 4. *Les droits acquis*. Enfin, une dernière dimension de la garantie de la propriété nous intéresse tout particulièrement pour notre étude. Il s'agit de la protection des droits acquis (*wohlerworbene Rechte*) – «*iura quaesita*» – (qui ressortit à la *Bestandesgarantie*)<sup>38</sup>. Ici, il ne s'agit pas de prémunir l'individu contre des atteintes aux avantages patrimoniaux qu'il tire de la propriété (les facultés dont il dispose), mais de le maintenir dans une situation, qui, par le passé permise, devient prohibée en vertu d'un changement dans l'ordre juridique<sup>39</sup>. Brièvement dit, les institutions antérieures au droit actuel doivent continuer, en principe<sup>40</sup>, à être protégées en vertu de la garantie

<sup>34</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 55 *ss ad art. 26*; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 893.

<sup>35</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 26 *s. ad art. 26* («[...] l'art. 26 Cst. [...] fait obligation au législateur fédéral d'adopter l'ensemble des règles de droit nécessaires à ce que les individus puissent acquérir, exercer, grever, céder, etc., [...]»); RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 11 *ad § 48* («*programmatische Funktion*»); MUELLER, p. 53; BK-MEIER-HAYOZ, n° 438 *ad Syst. Teil, art. 641-654 CC* (qui envisage l'existence d'une obligation positive). Le caractère justiciable d'une obligation positive est par contre douteux – au même titre que pour les autres droits fondamentaux en général: HOTTELIER, p. 155 *s.* Voir, cependant, RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 12 *ad § 48*.

<sup>36</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 65 *ad art. 26*; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 868 *in fine* et 894. Cette mission confiée au législateur était déjà celle imposée au législateur français en vertu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: BAS-DEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 398 *in fine*.

<sup>37</sup> Cf. *infra* p. 475 (notre chapitre consacré à l'appréhension des *trusts* en droit international privé suisse).

<sup>38</sup> Voir, de façon générale, CR Cst. féd.-DUBEY, n° 48 *s. ad art. 26*; BSK BV-WALDMANN, n° 20 *ad art. 26 Cst. féd.*; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 906; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 13 *ad § 48*; BK-MEIER-HAYOZ, n° 446 *ad Syst. Teil, art. 641-654 CC*. Par ailleurs, la constitution du canton de Nidwald, qui met cet aspect en évidence, utilise le terme de «*unentziehbaren Ansprüche*» (art. 1<sup>er</sup>, al. 2, ch. 7).

<sup>39</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 48 *ad art. 26*; BSK BV-WALDMANN, n° 45 *s. ad art. 26 Cst. féd.*; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 *ad § 48*; BK-MEIER-HAYOZ, n° 448 *ad Syst. Teil, art. 641-654 CC*.

<sup>40</sup> Un intérêt public supérieur peut toutefois forcer la disparition de certaines institutions, aux conditions de l'expropriation: CR Cst. féd.-DUBEY, n° 48 *ad art. 26*; BSK BV-WALDMANN, n° 47 *ad art. 26 Cst. féd.*

de la propriété (art. 26 Cst. féd.) et du principe de la bonne foi (art. 9 Cst. féd.) conjugués<sup>41</sup>. Bien plus, ces institutions se maintiennent dans leur nature et leurs effets perdurent pleinement, comme sous l'ancien droit – aussi longtemps que l'objet sur lequel elles portent existe et indépendamment d'un changement de titulaire<sup>42</sup>. Les droits acquis – qu'ils soient de nature publique ou privée – participent ainsi pleinement à la notion constitutionnelle de la propriété.

Cette dimension de la garantie constitutionnelle est l'ancrage juridique premier de la survivance d'institutions de droit des biens dans notre ordre juridique qui ne correspondent pourtant plus aux conceptions – juridiques ou sociales – actuelles. Nous y reviendrons largement dans la troisième partie de notre étude, lorsqu'il sera question d'analyser ces survivances dans le droit transitoire du Code civil suisse<sup>43</sup>.

Il convient à présent d'approfondir les aspects plus concrets de la notion constitutionnelle de la propriété.

### 3. Une esquisse de définition de la notion de propriété

§ 1. *La nature de la propriété.* La première chose à considérer – avant même son contenu – est la nature de la propriété telle qu'elle ressort de la Constitution fédérale. Droit fondamental, liberté parmi d'autres, nous l'avons vu, elle ne peut avoir une vocation absolue. Quelle que soit la liberté considérée, la vie en société impose des restrictions qui sont inévitables (art. 36 Cst. féd.)<sup>44</sup>. Le caractère (quasi-)absolutiste que prêche, comme nous le verrons<sup>45</sup>, le droit privé au droit subjectif de propriété se concilie donc assez mal avec le concept de droit constitutionnel. En la matière ce ne sont en effet pas tant les libertés garanties qui sont intangibles, mais bien plutôt les motifs et modalités de restrictions acceptables<sup>46</sup>. Cette divergence conceptuelle – entre le droit constitutionnel et le droit privé – se reflète d'ailleurs pour partie dans les discussions doctrinales au niveau constitutionnel déjà.

---

<sup>41</sup> ATF 143 I 65, consid. 6.1; ATF 132 II 485, consid. 9.5; ATF 128 II 112, consid. 10a. Voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 49 *ad* art. 26; MOOR/POLTIER, p. 24 s.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 446 *ss ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>42</sup> BSK BV-WALDMANN, n° 46 *in fine ad* art. 26 Cst. féd. Voir, à propos d'un accident (?) jurisprudentiel récent, la contribution de PIOTET, *Une jurisprudence anticonstitutionnelle?*, p. 455 *ss*.

<sup>43</sup> Cf. *infra* p. 426.

<sup>44</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 17 s. Cette *due process* clause est complétée par l'art. 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, CEDH. Voir SGK BV-VALLENDER/HETTICH, n° 6 s. *ad* art. 26 Cst. féd.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 470 *ss ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>45</sup> Caractère néanmoins, qui a toujours été tempéré par d'autres intérêts, contrairement à ce que l'imaginaire collectif des juristes peut laisser penser. Cf. *infra* p. 293 (codification française).

<sup>46</sup> RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 et 16 *ad* § 48.

D'un côté, certains – les tenants de la *Schrankentheorie* – considèrent, comme en droit privé, que la propriété étant avant tout une liberté, elle doit être protégée dans son principe de manière absolue, les restrictions du droit législatif ne pouvant toucher que certaines facultés découlant de ce droit<sup>47</sup>. À l'opposé, d'autres – les tenants de la *Konkretisierungstheorie* –, mettant l'accent sur l'équivalence des diverses normes constitutionnelles et de la garantie de la propriété elle-même, estiment que liberté et limites vont de pair<sup>48</sup>. En effet, les droits garantis – qu'il s'agisse de la propriété ou d'un autre droit – sont soumis à des limites imposées par la vie en société<sup>49</sup>. La garantie de la propriété n'est donc pas absolue, pas plus que ne l'est la propriété elle-même d'ailleurs<sup>50</sup>.

Selon cette dernière approche, qui emporte les faveurs de la doctrine<sup>51</sup>, de la jurisprudence<sup>52</sup> et que nous retenons également, il est impensable de poser au niveau constitutionnel un droit présenté comme illimité, puis, au niveau de la loi, de restreindre ce droit; les limites appartiennent déjà intrinsèquement au niveau constitutionnel pour ensuite n'être que simplement concrétisées par le législateur<sup>53</sup>. Chaque norme du droit fédéral ordinaire qui limite la propriété découle d'une compétence constitutionnelle de la Confédération, laquelle de par sa simple existence limitait déjà la propriété<sup>54</sup>. L'étendue de la propriété est ainsi fixée par la législation. En tant que liberté, la propriété doit s'incliner devant les exigences intrinsèques à une vie en société qui posent des contraintes externes au postulat de principe de son libre exercice. Aussi, si la ter-

---

<sup>47</sup> BSK BV-WALDMANN, n° 9 *ad* art. 26 Cst. féd.

<sup>48</sup> BSK BV-WALDMANN, n° 9 *ad* art. 26 Cst. féd.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 *ad* § 48.

<sup>49</sup> SGK BV-VALLENDER/HETTICH, n° 11 *ad* art. 26 Cst. féd.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 *ad* § 48, lesquels conjuguent l'art. 26 Cst. féd. avec les art. 41 (buts sociaux), 75 (aménagement du territoire) et 94 ss (économie) Cst. féd., notamment.

<sup>50</sup> BSK BV-WALDMANN, n° 44 *ad* art. 26 Cst. féd.

<sup>51</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 7 et 106 s. *ad* art. 26; BSK BV-WALDMANN, n° 9 *ad* art. 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 895; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 *ad* § 48.

<sup>52</sup> ATF 105 Ia 330.

<sup>53</sup> MUELLER, p. 52 ss; AUBERT, p. 9 *in fine* (*a contrario*) et 20.

<sup>54</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 895. Il est possible de citer, à titre d'illustration, la législation (de droit public) en matière d'aménagement du territoire: un terrain actuellement en zone constructible qui « passe » en zone agricole à raison de l'irrégularité du plan d'affectation (hypothèse du « non classement ») ne constitue pas un cas de restriction supplémentaire à la propriété, mais bien plutôt une explicitation d'un état des choses qui existait déjà auparavant (en vertu des dispositions de la loi fédérale du 22 janvier 1979 sur l'aménagement du territoire, RS 700), mais qui se concrétise dans la décision de l'autorité établissant le plan d'aménagement du territoire. Voir, à ce propos, ATF 105 Ia 330, consid. 3c (confirmé en dernier lieu au registre officiel par un ATF 145 II 140, consid. 4.1). Voir aussi CR Cst. féd.-DUBEY, n° 109 s. *ad* art. 26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 896.

minologie est issue du droit privé, la nature de la propriété en droit constitutionnel est toute différente<sup>55</sup>. Placer ainsi la garantie de la propriété parmi les autres dispositions constitutionnelles met l'ensemble sur un pied d'égalité et nie à la propriété toute présence dans l'ordre juridique<sup>56</sup>.

§ 2. *Les bénéficiaires de la garantie.* Puisque nous évoquons les différences entre droit privé et droit public, notons que la question du cercle des bénéficiaires de la garantie peut constituer une pierre d'achoppement. Fondamentalement, la garantie de la propriété ne protège – comme toutes les libertés<sup>57</sup> – que les personnes physiques ou morales de droit privé<sup>58</sup>. La limite, en principe claire, peut toutefois être difficile à tracer – comme le montre une affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'homme et restée célèbre<sup>59</sup>. Cette difficulté – pas toujours aussi spectaculaire que celle du patrimoine de l'ancien roi de Grèce, CONSTANTIN II, renversé en 1973, mais qui juridiquement se pose dans les mêmes termes – peut être particulièrement prégnante lorsqu'il est question de propriétés divisées, dont les figures sont historiquement liées tant aux affaires privées qu'à celles qui incombent de nos jours à l'État<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> MUELLER, p. 52. Le même (p. 54) admet toutefois que la position du propriétaire, auquel s'impose une nouvelle restriction de droit public, est bel et bien une aggravation de sa position, voire une ponction de son patrimoine. Mais il s'agit là d'une approche subjective qui appartient au droit privé et non pas au droit constitutionnel.

<sup>56</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 68 *ad* art. 26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 895 s.

<sup>57</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 16.

<sup>58</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 35 *ad* art. 26; OTTIMOFIORE, p. 402; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 15 *ad* § 48; BK-MEIER-HAYOZ, n° 443 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC. L'État et les autres collectivités publiques sont en principe hors du champ des titulaires de droits fondamentaux. Il existe de nombreuses exceptions (en particulier s'ils sont touchés de la même manière qu'un particulier: CR Cst. féd.-DUBEY, n° 38 *ss ad* art. 26; HOTTELIER, p. 148 s.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 439 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC), comme le montrent d'ailleurs les constitutions des cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 4 al. 1), d'Obwald (art. 14 al. 1) et de Zoug (art. 11 al. 1). Mais il y a aussi une contre-exception dans la constitution du canton du Valais: «*la loi peut cependant, pour cause d'utilité publique, déterminer des cas d'expropriation, sans indemnité, des terrains bourgeoisiaux et communaux.*» (art. 6 al. 3). BSK BV-WALDMANN, n° 29 *ad* art. 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 900. Contrairement à des époques révolues, le critère de la citoyenneté n'est en principe pas – et ne devrait pas être – un frein à l'accès à la propriété: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 901; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 15 *ad* § 48; HOTTELIER, p. 140 (à propos du droit européen); BK-MEIER-HAYOZ, n° 439 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>59</sup> HOTTELIER, p. 148. Ainsi, la problématique de la qualification des biens à l'usage de la famille royale de Grèce avant la proclamation de la République: *Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC], n° 25701/94, § 60 *ss*, CEDH 2000-XII. Voir aussi, à propos des différents patrimoines en main des collectivités publiques: BSK BV-WALDMANN, n° 30 *ad* art. 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 902.

<sup>60</sup> Il s'agit en réalité de l'un des principaux enjeux de la liquidation des droits féodaux en Europe après la Révolution française: le droit en cause est-il au bénéfice d'un ci-devant seigneur qui a



§ 3. *Champ de la garantie*. La notion même de propriété (*Eigentum, Proprietà*) – qui n'est pas définie par le texte constitutionnel, car supposée déjà connue – ressort, comme nous l'avons vu, de ses concrétisations dans l'ensemble du droit législatif<sup>61</sup>. De façon tout à fait stoïcienne<sup>62</sup>, elle est ainsi d'abord assise sur les conceptions issues du passé<sup>63</sup>, mais – et c'est un élément essentiel – se prête à la flexibilité suffisante pour permettre à l'ordre juridique dans lequel elle s'inscrit de la faire évoluer – ou du moins d'en faire évoluer son contenu<sup>64</sup>. Ainsi, la notion constitutionnelle est-elle dynamique et non pas statique<sup>65</sup>.

Elle comprend, notamment, la propriété mobilière et immobilière telle que définie par le droit privé<sup>66</sup>, mais également d'autres droits patrimoniaux parmi lesquels il est possible de trouver: des droits réels restreints, des droits de la propriété intellectuelle,

---

usé de sa préséance de nature publique lors de sa création ou agissait-il tel un particulier sans prérogative nobiliaire? Et à partir de là, se pose la question suivante: le droit en cause se trouve-t-il de par sa nature soustrait du droit privé (régales, domaine public, etc.)? Si les processus d'abolition de la féodalité sont aujourd'hui politiquement achevés dans les juridictions continentales que nous étudions, des questions juridiques qui y sont liées se présentent encore assez régulièrement. Voir, pour un exemple vaudois, la discussion menée par PIOTET (*Droit de pêche dans le Greny*, p. 379 ss). Cf. *infra* p. 286 (à propos de la liquidation des droits féodaux en France).

<sup>61</sup> Cf. *supra* p. 12. La même approche a été adoptée par l'Union européenne, laquelle, face à la diversité juridique de ses membres, ne s'aventure pas à établir une notion de propriété: art. 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Voir aussi RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 *ad* § 48; HOTTELIER, p. 139; BK-MEIER-HAYOZ, n° 691 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>62</sup> En droit naturel classique, il revient en effet à l'ordre juridique de «maintenir le partage existant en fait, de consolider les possessions»: VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 421.

<sup>63</sup> OTTIMOFIORE, p. 400 s.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 9 *ad* § 48. Le mécanisme est le même en Allemagne: *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 18 *ad* Einleitung zu §§ 903 ff BGB.

<sup>64</sup> ATF 105 Ia 330, consid. 3c; ATF 123 II 560, consid. 3c; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 894; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 10 *ad* § 48; MUELLER, p. 50. L'ambivalence de la notion est sans doute résumée au mieux par le passage suivant de WALDMANN: «es darf insb. keine Garantie einer bestimmten historischen Ordnung des Eigentums erblickt werden. Anpassungen an veränderte (rechtliche/fatsächliche) Verhältnisse und gewandelte Anschauungen bleiben möglich, solange der Wesensgehalt des tradierten Privateigentums erhalten bleibt» (BSK BV-WALDMANN, n° 37 *in fine ad* art. 26 Cst. féd.). La notion de «bonnes mœurs» répond à des caractéristiques similaires.

<sup>65</sup> OTTIMOFIORE, p. 400 (qui utilise le terme «élastique»); BSK BV-WALDMANN, n° 38 *in fine ad* art. 26 Cst. féd.; HOTTELIER, p. 147.

<sup>66</sup> ATF 123 II 560, consid. 3c. Voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 44 *ad* art. 26; BSK BV-WALDMANN, n° 18 *ad* art. 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 897 («[La législation civile] constitue la première et la plus indispensable concrétisation de la garantie constitutionnelle.»); RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 13 *ad* § 48; MUELLER, p. 55; BK-MEIER-HAYOZ, n° 440 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

ainsi que des créances, des droits acquis<sup>67</sup>, voire même des droits subjectifs publics<sup>68</sup> ou un patrimoine<sup>69, 70</sup> – mais pas la possession<sup>71</sup>.

Le dénominateur commun de cette liste semble se réduire à la qualification de circonstances où l'on reconnaît en droit à une personne privée une prérogative spéciale qui revêt une valeur patrimoniale (ce qui est plus large que la notion stricte de droits subjectifs)<sup>72</sup>.

Confronté à la complexité de cette liste, il devient évident qu'une définition abstraite un tant soit peu précise ne puisse être envisagée<sup>73</sup>. Parler, notamment, de justiciabilité des « atteintes étatiques au patrimoine<sup>74</sup> » est par trop imprécis. Il est possible d'atteindre un résultat quelque peu meilleur en décrivant les pouvoirs du propriétaire que le droit constitutionnel protège. Sous cet angle, l'objectif est d'assurer que le titulaire de la garantie puisse, en principe, conserver sa propriété (ou sa valeur intrinsèque), en jouir et l'aliéner<sup>75</sup>. Mais même à ce niveau d'abstraction, il est difficile d'être una-

---

<sup>67</sup> Cf. *supra* p. 15. Ajoutons que les droits acquis peuvent être de nature publique (BK-MEIER-HAYOZ, n° 446 ss *ad Syst. Teil*, art. 641-654 CC) et sont d'ailleurs parfois uniquement présentés comme tels de manière trop cursive (CR Cst. féd.-DUBEY, n° 35 *ad art.* 26).

<sup>68</sup> Sur ce dernier élément, l'étendue du champ d'application de la garantie est controversée: BSK BV-WALDMANN, n° 21 *ad art.* 26 Cst. féd. La Cour Européenne des droits de l'homme considère la propriété comme étant de nature purement civile au sens de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, CEDH (HOTTELIER, p. 138).

<sup>69</sup> ATF 105 Ia 134, consid. 3a (à propos du caractère confiscatoire d'une charge fiscale qui atteindrait la substance du patrimoine du contribuable, non-admis en l'espèce) Voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 72 ss *ad art.* 26; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 13 *in fine ad §* 48.

<sup>70</sup> Sur l'ensemble, voir CR Cst. féd.-DUBEY, n° 35 ss *ad art.* 26; BSK BV-WALDMANN, n° 19 *ad art.* 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 903; MUELLER, p. 50; BK-MEIER-HAYOZ, n° 440 ss *ad Syst. Teil*, art. 641-654 CC. Voir, en 1890 déjà, ATF 16 (n° 97), p. 709 ss, consid. 2, repris en 1909 en français par ATF 35 I 559, consid. 4: «[...] Il est certain que la garantie constitutionnelle de la propriété [...] s'étend non pas seulement à la propriété [sic] au sens restreint du mot, en matière immobilière, ou en matière mobilière et immobilière, mais encore à tous les droits privés capables de former le patrimoine de l'individu [...]»

<sup>71</sup> Faute de valeur patrimoniale, quoi qu'en dise le Tribunal fédéral (ATF 119 Ia 453; ATF 120 Ia 120). Voir CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 118 *ad art.* 1-4 Tit. fin. CR Cst. féd.-DUBEY (n° 45 *ad art.* 26) l'admet, mais avec une grande retenue.

<sup>72</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 31 et 46 *ad art.* 26; HOTTELIER, p. 147; BK-MEIER-HAYOZ, n° 421 et 440 *ad Syst. Teil*, art. 641-654 CC («*alle privaten Vermögensrechte*»). Voir aussi les constitutions des cantons d'Argovie (art. 21 al. 1) et de Bâle-Campagne (art. 6 al. 3). La question d'un champ d'application allant jusqu'à inclure, en l'absence de tout droit subjectif, une maîtrise concrète ouvrant les mêmes facultés qu'à un propriétaire est ouverte en doctrine moderne – SGK BV-VALLENDER/HETTICH, n° 13 *ad art.* 26 Cst. féd.; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 14 *ad §* 48 –, mais ne recueille pas les faveurs de la doctrine classique – BK-MEIER-HAYOZ, n° 454 ss *ad Syst. Teil*, art. 641-654 CC.

<sup>73</sup> ATF 90 I 29, consid. 3b *in fine* (à propos de la délimitation des restrictions admissibles); MUELLER, p. 50; BONNARD, p. 126.

<sup>74</sup> AUBERT, p. 4.

<sup>75</sup> CR Cst. féd.-DUBEY, n° 27 *ad art.* 26; BSK BV-WALDMANN, n° 22 *ad art.* 26 Cst. féd.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 885; BONNARD, p. 144.

nime. Par exemple, l'indépendance entre l'objet de la garantie constitutionnelle et son titulaire rend techniquement possible le transfert volontaire dudit objet à autrui ou, tout simplement, son abandon par dérélition<sup>76</sup>. Or, si le pouvoir d'aliéner n'est nullement contesté en droit interne suisse, les sensibilités nationales au sein des pays du Conseil de l'Europe reflètent des conceptions fondamentalement divergentes de la notion de propriété<sup>77</sup> – elles sont, nous le verrons, le fruit de l'histoire.

Tous ces éléments nous aident néanmoins à circonscrire de façon relativement précise ce qui doit être qualifié comme relevant de la garantie de la propriété ou non<sup>78</sup>. Ainsi, est-il admis de placer une limite au point où l'on s'écarte par trop des concepts traditionnels pour que la flexibilité de la notion ne suffise plus à être encore dans le champ d'application de la notion constitutionnelle; cela est notamment le cas en matière de «propriétés économiques» sur lesquelles le bénéficiaire effectif n'a pas de pouvoir juridique direct<sup>79</sup>.

Aussi, dans cette vaste liste est-il possible d'inclure les institutions offrant à une personne privée une prérogative spéciale qui revêt une valeur patrimoniale et qui ressortent au droit des biens d'un autre ordre juridique (et qui sont pour cette raison qualifiées de droits subjectifs réels ou relatifs du point de vue de l'ordre juridique suisse) et qui doivent être reconnus en droit suisse par le jeu des règles du droit transitoire ou du droit international privé. La garantie de la propriété couvre ainsi les propriétés divisées reconnues par le droit suisse. Nous y reviendrons abondamment dans la troisième partie de notre étude<sup>80</sup>.

#### 4. Synthèse<sup>81</sup>

Bien que le travail de recherche que nous menons n'ait pas pour vocation de revêtir une dimension constitutionnelle, force est de constater que les questions qui occupent notre étude de droit privé trouvent en cette matière des échos pertinents.

---

De même, l'arrêt de la CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 63, série A n° 31: «[...] le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété.»

<sup>76</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 870.

<sup>77</sup> Ainsi, l'opinion dissidente du juge anglais Sir Gerald FITZMAURICE, dans l'arrêt de la CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 18, série A n° 31: «les droits d'hériter et de disposer de ses biens n'accompagnent pas nécessairement le droit de posséder et de conserver. Ce sont des concepts d'un ordre différent.» Cette controverse n'est ni étanche au droit privé continental, ni nouvelle.

<sup>78</sup> MUELLER, p. 50 s.

<sup>79</sup> MUELLER, p. 51.

<sup>80</sup> Cf. *infra* p. 429 ss.

<sup>81</sup> Notons que dans une très large mesure la garantie constitutionnelle de la propriété du droit suisse et celle du droit allemand sont fondées sur des principes et des réflexions identiques, reposant sur un esprit commun. Voyez plutôt les commentaires de *Staudinger-ALTHAMMER*

La notion constitutionnelle de propriété est, nous l'avons constaté, elle-même assise sur une notion préconçue fondée sur la tradition juridique et ancrée dans le droit législatif – en particulier le droit privé. Mais la protection constitutionnelle ne s'arrête pas là. L'État étant obligé de respecter les droits acquis, cela se traduit par la survivance d'institutions juridiques ressortant au droit des biens qui ne sont plus expressément régies par le droit actuel. Il s'agit là de l'un des principes cardinaux du droit transitoire du Code civil suisse. Nous l'avons vu aussi, la garantie de la propriété n'est pas figée dans le passé, puisque, par son aspect dynamique, elle se prête à une application extensive au-delà de la figure traditionnelle des droits subjectifs telle que conçue en droit privé positif, en couvrant toute prérogative spéciale, reconnue en droit et qui revêt une valeur patrimoniale. Ce qui ouvre la porte à l'inclusion d'un droit patrimonial ressortant à un autre ordre juridique et que le droit international privé suisse nous impose de reconnaître.

Voilà pour le champ d'application; plus techniquement, nous avons déjà pu relever certains traits ou enjeux du droit de propriété que nous retrouverons: la distinction fondamentale qu'il convient d'observer entre le sujet de droit, le droit de propriété et l'objet de droit; la relativité et les limites de la propriété; l'étendue et la définition des facultés accordées au propriétaire.

Nous verrons que la garantie de la « propriété » – et en particulier sa dimension concernant les droits acquis – a une importance toute spéciale dès les codifications continentales européennes qui doivent décider de leur reconnaissance ou, au contraire, de leur méconnaissance. L'appréhension de la nature humaine sous l'angle des libertés (fondamentales) qui lui sont prêtées remonte en effet à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>82</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, la loi du 15 septembre 1800 adoptée sous l'éphémère République helvétique s'attache, lorsque doit être réglé le sort des rentes féodales, au « *respect dû au droit de propriété, et l'observation des principes de la Justice, auxquels le Conseil législatif s'est engagé envers la Nation, [...]* »<sup>83</sup>.

---

(n° 18 ss *ad* Einleitung zu §§ 903 ff BGB) et MAUNZ/DÜRIG-PAPIER/SHIVARNI (n° 1 ss *ad* Art. 14 GG).

<sup>82</sup> Voir RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 311 ss et p. 361 (« *Il est bien vrai que les longues discussions que nous venons de présenter [celles des jusnaturalistes modernes], constituent d'une certaine manière le versant négatif d'un mouvement positif, celui qui détermine l'émergence progressive de la vision moderne du droit de propriété conçu comme la mise en œuvre d'un droit naturel de l'homme, et rien ne le montre mieux que leur effacement progressif mais irréversible tout au long du XVIII<sup>e</sup>.* »).

<sup>83</sup> Préambule de la loi du 15 septembre 1800 intitulée « *Exécution de la Loi du 10 Novembre 1798, sur l'abolition des droits appelés féodaux est suspendue* » (*Actensammlung VI*, n° 57, p. 153 s.; *Bulletin IV*, p. 46 s.).

## B. Catégorisation au sein du droit privé

Les différents domaines du droit positif législatif – qu’il s’agisse du droit privé, public ou pénal – concourent ensemble à l’explicitation de la notion de propriété qui ressort de l’ordre constitutionnel<sup>84</sup>. Comme annoncé en introduction, notre étude de droit privé se limitera naturellement aux questions ressortant au droit privé<sup>85, 86</sup>.

Donner une définition abstraite de la propriété en droit privé relève de la gageure intellectuelle<sup>87</sup>. La recherche dans un dictionnaire de la langue française d’usage courant nous définit la propriété comme étant le « *Droit d’user, de jouir et de disposer d’une chose d’une manière exclusive et absolue sous les seules restrictions établies par la loi*<sup>88</sup>. » De son côté, la neuvième édition du dictionnaire de l’Académie française (en cours d’achèvement) adopte une définition similaire: « *Droit par lequel un bien, une chose appartient en propre à quelqu’un, qui peut en jouir et en disposer de la manière la plus absolue, dans les limites établies par la loi ou par les règlements*<sup>89</sup>. » Ces définitions laïques décrivant les facultés du titulaire de la propriété sont en réalité déjà juridiques. Pour s’en convaincre, il suffit de les comparer à celle du Code civil suisse, qui aborde également la question sous un angle subjectif: « *le propriétaire d’une chose a le droit d’en disposer librement, dans les limites de la loi*<sup>90</sup>. »

<sup>84</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 895; RIVA/MUELLER-TSCHUMI, n° 9 *in fine ad* § 48.

<sup>85</sup> Le droit privé est l’ensemble des règles de l’ordre juridique qui régit les relations entre particuliers. Il s’agit du corps de droit déterminant en matière de droit des biens; comme nous l’avons déjà vu, il s’agit de la « *première et la plus indispensable concrétisation de la garantie constitutionnelle*. » Le droit public est l’ensemble des règles de l’ordre juridique qui régit les relations entre l’État et l’administré. La propriété – en particulier immobilière – est évidemment très souvent visée par le droit public (MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 899). La liste énumérative de l’article 702 CC présente une première ébauche de l’importance du droit public, quoique très incomplète (CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad* art. 702 CC). Enfin, il peut être fait mention de la protection pénale de la propriété qui est l’objet du titre deuxième du Code pénal suisse (savoir de ses art. 137 ss) (MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 898).

<sup>86</sup> Distinguer la propriété privée de la propriété publique, ou de toute forme de propriété communautaire est, à défaut de faire l’unanimité, ce qu’il y a de plus classique et de plus facilement admis en doctrine: HELLER, p. 65. En outre, la distinction est connue dès l’époque romaine: ULPPIEN, D. 1, 1, 1, 2; JUSTINIEN, Inst. 1, 1, 4.

<sup>87</sup> SICARD (p. 18) rappelle que Henri DE SUSE (dit HOSTIENSIS, cardinal et canoniste) pose au XIII<sup>e</sup> siècle la question: « *quid sit proprietas?* » sans toutefois qu’il parvienne à y répondre malgré une étude de plusieurs pages. Voir HOSTIENSIS, *Henricus a Segusio cardinalis Hostiensis Aurea summa*, Cologne 1612, p. 471 ss.

<sup>88</sup> *Grand Larousse Illustré 2022*, Paris 2021, sous l’entrée « propriété ».

<sup>89</sup> ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l’Académie française, édition en cours d’achèvement*, sous l’entrée « propriété ».

<sup>90</sup> Teneur de l’art. 641 al. 1 CC, inchangée depuis l’entrée en vigueur en 1912.

La propriété est donc une liberté de l'individu par rapport à une chose, le pouvoir potestatif le plus complet que l'on puisse concevoir vis-à-vis d'une chose<sup>91</sup>. La maîtrise offerte est totale et exclusive<sup>92</sup>. Le propriétaire peut user (*usus*), jouir (*fructus*) et disposer (*abusus*) de l'objet de son droit<sup>93</sup>. Absolutiste dans son principe, la propriété connaît néanmoins de nombreuses restrictions externes<sup>94</sup>.

Ces éléments nous fournissent une définition positive de la propriété. Toutefois, il s'avère difficilement envisageable d'être plus précis en se limitant à cette approche qui nous entraînerait vers une description de plus en plus technique des pouvoirs du propriétaire. Aussi se justifie-t-il d'en adopter une autre.

Approcher négativement la notion de propriété est – nous le verrons dans notre analyse historique – bien plus profitable. Il ne s'agit plus alors de prendre la notion pour elle-même, mais de la comparer à d'autres. La théorie juridique et la dialectique nous le montrent, il est bien souvent justifié de déterminer ce qui n'entre pas dans le champ d'une notion que de décrire ce qui en fait partie<sup>95</sup>: «*l'antithèse est une opposition de deux vérités qui se donnent du jour l'une à l'autre*<sup>96</sup>.»

Cette approche «comparative» du droit de propriété – par ailleurs consacrée<sup>97</sup> – nous mène, dans les pages qui suivent, à dresser une *cartographie* aussi complète que possible des diverses institutions juridiques qui composent ou entourent cette notion. Nous raisonnons du général au particulier, savoir des notions les plus fondamentales du droit privé vers celles plus complexes, et en principe de façon binaire. Partant, au fur et à mesure des étapes, la propriété tend à paraître en filigrane – ou du moins par négation aux concepts y opposés.

---

<sup>91</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 29 s.; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 42 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 31 *ad* art. 641 CC; CR CC II-FOËX, n° 17 ss *ad* art. 641 CC; REY, n° 566.

<sup>92</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 1384; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 12 *ad* art. 641 CC; CR CC II-FOËX, n° 12 *ad* art. 641 CC.

<sup>93</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 29 et 1386; CR CC II-FOËX, n° 8 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; CR CC II-FOËX, n° 7 ss *ad* art. 641 CC.

<sup>94</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 29 et 1386; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 9 s. et 37 ss *ad* art. 641 CC; CR CC II-FOËX, n° 6 et 20 *ad* art. 641 CC; REY, n° 570.

<sup>95</sup> «*We need some reasonably clear conceptions of regimes that are decidedly not [private property], with which [private property] can be compared.*»: MICHELMAN repris par HELLER, p. 65. Voir aussi, à titre d'exemples, MATHIEU, p. 22; STEINAUER, *Étude*, p. 119 ss.

<sup>96</sup> DE LA BRUYERE, p. 72.

<sup>97</sup> L'approche suivie est celle de nombreux auteurs modernes, tel que GIERKE (*Allgemeiner Teil*, p. 250 ss), et caractérise les droits continentaux (EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 91). D'autres classifications ont pu être choisies aussi en mettant l'accent sur des critères différents. SAVIGNY (*System I*, p. 334 ss) oppose ainsi le droit des biens au droit des obligations et au droit de la famille; les deux premiers forment les éléments du patrimoine et tous les trois s'opposent ensemble au droit de la personne.

Pour reprendre les mots d'un auteur contemporain: «*la question scientifique n'est pas <qu'est-ce que?> – la propriété [...] – mais <comment dois-je penser?> – la propriété [...] – en fonction du point de vue adopté, ici du point de vue d'un ordre juridique*<sup>98</sup>.» Bien que l'on puisse déceler là deux questions distinctes, nous pensons que l'approche conceptuelle mise en évidence par cette citation – plaçant les principes de l'ordre juridique dans lequel s'inscrit l'institution étudiée au centre de la réflexion – s'impose.

Cette démarche, forcément subjective<sup>99</sup>, a non seulement pour but de caractériser la propriété telle qu'elle se conçoit en droit suisse actuel, mais aussi de mettre en relief les distinctions (*summa divisio*) que nous serons amené à retrouver plus loin. Il s'agit notamment d'isoler la propriété parmi les autres institutions qui ressortent au droit des biens et que l'on caractérise par l'appellation de droits réels. Le raisonnement se veut encore superficiel, puisqu'il n'a pour seule vocation que de rendre la notion usuelle de propriété telle qu'elle est conçue en droit positif suisse. En effet, aussi frustrant que cela puisse paraître au lecteur – et à l'auteur – il faut bien commencer, sans grande discussion de fond, par attribuer à la propriété les caractéristiques qui suivent, afin de pouvoir mener ensuite notre étude sur les propriétés divisées<sup>100</sup>.

### 1. La propriété comme droit subjectif de jouissance: approche et distinction selon la nature du droit

Les définitions sus-évoquées décrivent la propriété en se positionnant du point de vue de son titulaire, le propriétaire. En analysant le droit de propriété par la situation juridique qu'il accorde au sujet de droit (art. 641, al. 1<sup>er</sup>, CC susmentionné), le droit suisse se rattache à une tradition qui conçoit le droit privé par le prisme de l'individu, c'est-à-dire en termes juridiques, des droits subjectifs<sup>101</sup>. La propriété – comme les autres institutions du droit des biens – est, en effet, sans conteste un droit subjectif<sup>102</sup>.

Le droit subjectif peut se définir comme une faculté ou prérogative accordée à un sujet de droit par l'ordre juridique et qui permet à celui-ci d'imposer un certain comporte-

---

<sup>98</sup> JOUANJAN, *Les droits publics*, p. 57 (qui étudie les écrits du juriste positiviste allemand Georg JELLINEK).

<sup>99</sup> ENGEL, p. 17.

<sup>100</sup> Nous ne sommes naturellement pas seul à procéder ainsi. Voir, parmi d'autres, l'introduction proposée par CHENON (*Démembrements*, p. 1 ss) à son ouvrage qui porte sur le droit des biens avant et après la Révolution française – c'est-à-dire pour bonne partie sur une thématique similaire à la nôtre – et qui comprend une «*définition des droits réels et des droits personnels*», ainsi que l'explication du fait qu'«*[i]l n'existe pas de droits mixtes, ni même d'actions mixtes.*»

<sup>101</sup> REY, n° 23 s.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 248 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>102</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 4; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 46 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; CR CC II-FOËX, n° 4 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; REY, n° 201 et 568 ss; BK-MEIER-HAYOZ, n° 235 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

ment (passif ou actif) à un ou plusieurs autres sujets de droit<sup>103</sup>. L'on distingue ainsi entre le sujet actif – le titulaire du droit – et le sujet passif – le(s) destinataire(s) du droit<sup>104</sup>. Contentons-nous pour l'instant d'une telle définition, tout en notant d'emblée que si la classification de la propriété comme droit subjectif ne prête pas à la controverse en droit suisse, le concept même de droit subjectif est très difficile à établir et donc abondamment discuté<sup>105</sup>. Cela peut s'expliquer par la relative jeunesse du concept (il est consacré dans la législation à la Révolution française sans grande réflexion théorique) qui s'oppose à une vision objective de l'ordre juridique bien plus ancienne; nous y reviendrons abondamment.

Relevons aussi que le système des droits subjectifs requiert que le titulaire du droit soit défini – personne physique ou juridique – et revêtu par l'ordre juridique de la capacité civile nécessaire à une telle titularité<sup>106</sup>.

Parmi les droits subjectifs, il est possible de distinguer, en fonction des facultés offertes au titulaire, entre les droits secondaires (droits subjectifs de compétence) et les droits primaires (droits subjectifs de jouissance)<sup>107</sup>. Par droits de compétence sont compris ceux qui procurent le pouvoir d'organiser ses relations juridiques; il s'agit principalement des droits formateurs<sup>108</sup>. Au contraire, les droits de jouissance visent à directement procurer un avantage au titulaire du droit et à lui permettre d'en user librement<sup>109</sup>. Les droits réels, et *a fortiori* le droit de propriété, ressortent à cette dernière catégorie.

## **2. La propriété comme droit patrimonial: distinction selon le rattachement à un patrimoine**

Notre passage par le droit constitutionnel nous a bien montré que la garantie de la propriété s'adresse aux institutions juridiques auxquelles il est possible d'attribuer une valeur patrimoniale – et uniquement à celles-là. Cette caractéristique fondamentale se retrouve en droit privé: tous les droits réels sont des droits patrimoniaux<sup>110</sup>.

---

<sup>103</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 7; REY, n° 201; ENGEL, p. 14.

<sup>104</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 8.

<sup>105</sup> Voir, déjà pour le droit suisse, BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 46 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC. Voir, en outre, notre contribution dans les *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, à paraître au printemps 2022, et les références citées.

<sup>106</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 26 *ad* art. 641 CC.

<sup>107</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 10; ENGEL, p. 16.

<sup>108</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 10; ENGEL, p. 28 ss.

<sup>109</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 10; CR CC II-FOËX, n° 4 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC.

<sup>110</sup> PIOTET, *Systématique des droits privés subjectifs*, p. 1416 s.; BOCQUET, p. 66.



Par valeur patrimoniale, il faut d'abord comprendre un droit subjectif pour lequel il est possible d'exprimer une contre-valeur en argent<sup>111</sup>.

Les droits subjectifs qu'il s'agit pour nous d'étudier doivent donc avoir une certaine valeur commerciale. Notamment, cela écarte en conséquence les droits de la personnalité, qui par essence ne sont pas patrimoniaux<sup>112</sup>.

Les éléments patrimoniaux forment donc un ensemble ayant un caractère distinctif, dans lequel sont rangés les droits réels aux côtés des droits de créances<sup>113</sup>; deux catégories de droits subjectifs qu'il nous faut aussi classer.

### 3. La propriété comme droit absolu: distinction selon les destinataires du droit

Les droits subjectifs de jouissance comprennent en effet tant des droits relatifs que des droits absolus<sup>114</sup>. La distinction entre ces deux catégories est fondamentale. Elle est fonction du cercle des destinataires<sup>115</sup>.

Les droits relatifs s'inscrivent dans une relation particulière entre deux ou plusieurs sujets de droit. Ces droits ne sont pas opposables à tous, mais seulement à des personnes déterminées ou du moins déterminables<sup>116</sup>. Le cercle des destinataires est donc délimité en vertu du principe de la relativité des conventions<sup>117</sup>. De plus, le comportement qui est imposé à ces personnes n'est pas nécessairement passif; il peut être actif et le sera généralement.

Opposables à certaines personnes uniquement, lesquelles sont liées de façon spéciale au titulaire du droit relatif, les sujets de droit sont – en principe – libres de créer et modeler les droits relatifs comme bon leur semble. Le principe de la liberté contractuelle laisse une pleine marge de manœuvre<sup>118</sup>.

---

<sup>111</sup> PIOTET, *Systématique des droits privés subjectifs*, p. 1415. Renvoi est fait aux développements qui peuvent être trouvés en doctrine en matière de procédure civile à propos de la valeur litigieuse: BRIDEL, n° 131 ss; CR CPC-TAPPY, n° 4 ss *ad* art. 91 CPC.

<sup>112</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 18; BSK ZGB I-MEILI, n° 8 *ad* art. 28 CC; MEIER/DE LUZE, n° 584; CR CC I-JEANDIN, n° 15 *ad* art. 28 CC. Si les droits de la personnalité ne sont ainsi pas de nature patrimoniale, une atteinte à leur encontre peut avoir un effet patrimonial (MEIER/DE LUZE, n° 585) et leur exercice peut revêtir une certaine valeur. De plus, il existe aussi des droits subjectifs non patrimoniaux qui ne sont pas pour autant des droits de la personnalité: PIOTET, *Systématique des droits privés subjectifs*, p. 1415 ss (spécialement p. 1419 ss).

<sup>113</sup> PIOTET, *Systématique des droits privés subjectifs*, p. 1416 s.; REY, n° 14.

<sup>114</sup> ENGEL, p. 16. Sur l'ensemble de cette classification, voir le tableau établi par STEINAUER (*Droits réels I*, n° 6).

<sup>115</sup> ATF 114 II 91, consid. 3aa.

<sup>116</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 64; ENGEL, p. 18; BK-MEIER-HAYOZ, n° 243 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>117</sup> ENGEL, p. 18.

<sup>118</sup> Voir l'art. 19 CO. Voir STEINAUER, *Droits réels I*, n° 127; ENGEL, p. 103 s.

À l'inverse, par droits absolus sont entendus les droits subjectifs opposables à tout un chacun, en vertu d'un lien particulier entre le titulaire et l'objet du droit<sup>119</sup>. L'ensemble des sujets de droit y est soumis; tous sont destinataires du droit<sup>120</sup>. La maîtrise du titulaire est immédiate ainsi qu'exclusive<sup>121</sup>. L'effet de ces droits est ainsi qualifié d'*erga omnes*<sup>122</sup>. Il est imposé à chaque sujet de droit un comportement passif, savoir une obligation juridique d'abstention de tout trouble dans la maîtrise du titulaire du droit<sup>123</sup>. Sous cet angle, le droit absolu est donc latent et ne s'actualise que face au sujet de l'ordre juridique qui crée un trouble de la maîtrise du titulaire<sup>124</sup>.

Comme les droits absolus restreignent la liberté de l'ensemble des sujets de droit du simple fait de leur existence, il convient – dans un souci de sécurité du droit – de non seulement bien les définir, mais aussi d'en limiter les espèces. Le moyen pour ce faire est l'établissement de par la loi d'un *numerus clausus* des droits absolus<sup>125</sup>. En conséquence, la détermination des espèces de droits absolus appartient au législateur, et non pas aux sujets de droit<sup>126</sup>. Pour les mêmes raisons, il existe également un principe dit de publicité visant à s'assurer de la visibilité des droits absolus effectivement existants et qui impose – lorsque la possession de l'objet du droit ne s'y prête pas ou n'est pas possible – leur inscription dans un registre public<sup>127</sup>.

#### 4. La propriété comme droit réel: distinction selon l'objet du droit

Parmi les droits absolus se détache une catégorie particulière qui est celle des droits réels. Ces droits subjectifs se caractérisent par leur objet: les choses corporelles<sup>128</sup>. Ils accordent en effet à leur titulaire, à l'exclusion de toute autre personne, la maî-

---

<sup>119</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 45 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; CR CC II-FOËX, n° 5 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 869; ENGEL, p. 16.

<sup>120</sup> ENGEL, p. 16 s.; REY, n° 578; STEINAUER, *La propriété*, p. 212; BK-MEIER-HAYOZ, n° 242 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>121</sup> D'où l'appellation de droit de maîtrise: STEINAUER, *Droits réels I*, n° 12 ss; CR CC II-FOËX, n° 4 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; ENGEL, p. 16.

<sup>122</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 60; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 13.

<sup>123</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 13 et 19.

<sup>124</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 21.

<sup>125</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 125; CR CC II-FOËX, n° 46 s. *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; REY, n° 318.

<sup>126</sup> CR CC II-FOËX, n° 47 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; REY, n° 320.

<sup>127</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 130 ss; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 52 ss *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; CR CC II-FOËX, n° 49 s. *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; REY, n° 272 ss.

<sup>128</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 16; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 5 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 29 *ad* art. 641 CC; CR CC II-FOËX, n° 12 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC; PICHONNAZ, *Questions choisies*, p. 106; REY, n° 66; BOCQUET, p. 63; BK-MEIER-HAYOZ, n° 117 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

trise – totale ou partielle – d’une chose corporelle individualisée et distincte des autres<sup>129</sup>.

Les droits réels s’opposent ainsi aux droits absolus patrimoniaux qui ont pour objet l’immatériel, soit des «choses incorporelles» (si l’on ose cette absurdité linguistique)<sup>130</sup>. Dans cette seconde catégorie se classent les droits d’auteur, les brevets et l’ensemble des autres droits de la propriété intellectuelle<sup>131</sup>. Les droits de la personnalité se situent également dans la catégorie des droits absolus<sup>132</sup>. Toutefois, au-delà de l’absence de caractère patrimonial, leur objet ne porte ni sur des choses corporelles ni sur celles incorporelles, mais bien la personne du titulaire du droit elle-même<sup>133</sup>. La nécessaire distance entre sujet de droit – objet des droits de la personnalité – et les valeurs patrimoniales – objet des autres droits absolus – ressortait déjà au niveau constitutionnel et montre ici son importance.

Délimiter les droits réels par rapport aux autres droits absolus patrimoniaux repose donc sur la notion de «chose». Or, celle-ci répond à une définition juridique et arbitraire imposée par le législateur<sup>134</sup>, laquelle est parfois discutée en droit interne<sup>135</sup>. Nous verrons que la définition de l’objet de la propriété est un enjeu important lors du processus de codification des droits privés des États européens, de même que dans l’opposition entre la propriété moderne et les propriétés divisées.

Sur la base de vieilles querelles doctrinales, les auteurs peinent à s’accorder sur une définition précise du droit réel en droit positif suisse. S’agit-il d’un pouvoir direct sur

---

<sup>129</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 4. Aux choses matérielles, STEINAUER (*La propriété*, p. 212) ajoute «ou un bien assimilé à une chose»; propos qu’il convient de préciser. D’abord, il y a une série de cas que nous développons plus loin dont font partie les forces naturelles et les droits sur d’autres droits qui ne sont pas l’objet de droits réels: cf. *infra* p. 419 s. Ensuite, – et nous sommes alors plus enclin à accepter la précision de l’auteur – il y a les cas de l’art. 655, al. 2, CC; lequel définit la notion d’immeuble en y incluant effectivement deux objets assimilés à une chose matérielle: les droits distincts et permanents, ainsi que les parts de copropriété d’un immeuble.

<sup>130</sup> La doctrine suisse actuelle n’utilise pas de terme consacré: «choses incorporelles» ou «choses immatérielles». Par souci de commodité, nous nous en tenons à l’opposition entre choses corporelles et incorporelles, car elle correspond au schéma du juriste romain GAIUS (lequel oppose les *res corporalis* aux *res incorporalis*) sur lequel nous en dirons encore beaucoup et qui a occupé les auteurs de toutes les juridictions nous intéressant.

<sup>131</sup> BK-MEIER-HAYOZ, n° 245 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>132</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 6; BSK ZGB I-MEILI, n° 8 *ad* art. 28 CC; MEIER/DE LUZE, n° 572 s.; CR CC I-JEANDIN, n° 16 *ad* art. 28 CC.

<sup>133</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 17; BSK ZGB I-MEILI, n° 5 *ad* art. 28 CC; MEIER/DE LUZE, n° 560 s.; CR CC I-JEANDIN, n° 16 *ad* art. 28 CC; PIOTET, *Systématique des droits privés subjectifs*, p. 1415.

<sup>134</sup> PICHONNAZ, *Questions choisies* 105.

<sup>135</sup> CR CC II-FOËX, n° 12 *ss ad* Introduction aux art. 641-645 CC. Nous y reviendrons dans notre deuxième partie, spécialement à propos des codifications française, autrichienne et allemande.

la chose (*Unmittelbarkeitstheorie*), d'un devoir d'abstention imposé à tous les autres sujets de droit (théorie de l'*erga omnes*) ou des deux à la fois (théorie de l'immanence)<sup>136</sup>? Si le Tribunal fédéral penche pour la première théorie<sup>137</sup>, les auteurs se partagent assez équitablement entre toutes les approches<sup>138</sup>. Quoiqu'il en soit, cela n'a pas d'importance pratique<sup>139</sup>.

## 5. La propriété comme droit réel le plus complet: distinction selon les facultés offertes

Les «autres droits réels», c'est-à-dire les droits réels restreints, sont des droits subjectifs qui correspondent en tout point aux caractéristiques de la propriété, à ceci près qu'ils n'offrent à leur titulaire qu'un nombre de prérogatives déterminées et limitées<sup>140</sup>. Les facultés ainsi offertes sont incomplètes par rapport à celles qu'offre la propriété (droit réel le plus complet; *dingliches Vollrecht*<sup>141</sup>). Les droits réels restreints n'offrent donc qu'une maîtrise partielle de l'objet du droit<sup>142</sup>.

Selon les types de facultés conférées, il est possible de distinguer entre droits réels limités de jouissance (*Nutzungsrecht*) – savoir, les servitudes – ou de garantie (*Verwertungsrecht*) – savoir, les droits de gage et la charge foncière<sup>143</sup>.

La relation entre la propriété et les droits réels restreints est toute particulière. En effet, la clef de voûte du système du droit des biens réside dans la notion de propriété (il y a, sauf incident, toujours un propriétaire de l'objet grevé d'un droit réel restreint). Toutes les facultés offertes par l'objet sont en mains du propriétaire sauf à admettre que certaines aient été accordées au titulaire d'un droit réel restreint. Ce dernier droit porte donc nécessairement sur la chose d'autrui et vient restreindre («compresser») la propriété<sup>144</sup>. Le droit réel restreint viendrait-il à disparaître que la propriété en est automatiquement pleinement reconstituée; sans nécessiter aucun acte juridique de reconstitu-

---

<sup>136</sup> STEINAUER, *La propriété*, p. 213 s.

<sup>137</sup> ATF 132 III 155, consid. 6.2.3 («*unmittelbare Herrschaft über die Sache*»). Voir, en outre, STEINAUER, *Droits réels I*, n° 15.

<sup>138</sup> Sont notamment *pro Unmittelbarkeitstheorie* JHERING et MEIER-HAYOZ, alors que SAVIGNY s'y oppose. Voir le résumé de la discussion par BOCQUET, p. 65.

<sup>139</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 15; STEINAUER, *La propriété*, p. 213 s.

<sup>140</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3216; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 42 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; REY, n° 583.

<sup>141</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 42 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC.

<sup>142</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3216; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 34; CR CC II-FOËX, n° 9 *ad* Introduction aux art. 641-645 CC.

<sup>143</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3217; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 34; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 43 *ad* Remarques introductives aux art. 641 ss CC; REY, n° 228 ss; BK-MEIER-HAYOZ, n° 262 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>144</sup> Il ne correspond donc pas à une part distraite de la propriété, mais à une charge: «*Belastung*» et non pas «*Teil*». STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3228; PIOTET, *Traité*, n° 8; REY, n° 580.

tion de la propriété (principe d'élasticité de la propriété)<sup>145</sup>. Ce système se nomme la théorie de la charge, par opposition à ceux d'autres ordres juridiques que nous aurons l'occasion d'évoquer plus loin<sup>146</sup>. En somme, la propriété est une et indivisible<sup>147</sup> et les droits réels restreints ne se conçoivent qu'en relation avec la propriété: ils lui sont en quelque sorte subordonnés autant systématiquement que logiquement.

### III. Synthèse d'une notion d'étude de la propriété

Nous appuyant sur le droit constitutionnel et le classement systématique de la propriété parmi les autres droits subjectifs dans le droit privé suisse, il nous est possible de dégager une notion d'étude de la propriété qui puisse servir à notre travail de comparaison historique et contemporaine.

De cette notion de travail sont délibérément absentes les nuances qui s'imposeraient à une étude détaillée de la notion de propriété suisse telle qu'elle ressort de notre ordre juridique. Là n'était pas l'intérêt de l'analyse que nous venons d'effectuer. Il aurait d'ailleurs été inutile de répéter un exercice déjà effectué en 1981 pour la Société suisse des juristes. Cette année-là, deux rapports avaient en effet été présentés: l'un, pour le domaine du droit privé, rédigé par le Professeur STEINAUER et l'autre, pour celui des droits constitutionnel et public, par le Professeur MUELLER décrivant l'état du droit et les questions qui se posaient. En introduction, le dernier nommé a écrit les mots suivants: «*Privateigentum heute – das Thema wirft unzählige Fragen auf. Zum Beispiel: Welche Rolle spielt das Privateigentum heute im Vergleich zu gestern? Soll es auch morgen privates Eigentum geben und in welcher Form? [...] Welches ist der Begriff, der Inhalt des Eigentums und wer umschreibt ihn? Wie ist die Eigentumsordnung im geltenden Recht ausgestaltet und was ist daran änderungsbedürftig?*»<sup>148</sup> Nous pensons, ainsi que déjà évoqué, que ces questions peuvent recevoir des réponses nouvelles en procédant en quelque sorte «en creux», par l'analyse de notions antagonistes au droit subjectif de propriété, c'est-à-dire pour notre étude par l'analyse des propriétés divisées dans notre ordre juridique.

Cet examen détaillé sera ainsi fait par après, à la lumière des enseignements de l'Histoire, dans la troisième partie de notre étude consacrée au droit positif suisse. Le but n'était dans la présente partie préliminaire que de déterminer une notion à travers la-

<sup>145</sup> L'explicitation détaillée de ce principe est due à PIOTET P., *Propriétés collectives*, p. 21 ss et les nombreuses références. Voir, aussi, STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3228; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 14 s. *ad* art. 641 CC; PIOTET, *Traité*, n° 10; BK-MEIER-HAYOZ, n° 346 s. *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>146</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3227 s.; PIOTET, *Traité*, n° 8.

<sup>147</sup> PIOTET, *Traité*, n° 8.

<sup>148</sup> MUELLER, p. 13.

quelle nous pouvons observer les ordres juridiques passés et voisins, ainsi que dresser des comparaisons.

À toutes fins utiles pour la suite de nos développements, nous résumons brièvement nos observations (A) et apportons quelques précisions d'ordre terminologique (B).

## A. Une première notion de la propriété

Alors que les fondements constitutionnels sus-développés nous serviront d'ancrage pour nos deuxième et troisième parties, les éléments de droit privé sont ceux qui nous seront le plus utile pour notre première partie. La notion de propriété et les caractéristiques qui en découlent et qu'il convient de garder en tête à ce dernier effet sont en conséquence les suivantes.

La propriété moderne au sens du droit suisse est une institution patrimoniale du droit privé explicitée en la forme d'un droit subjectif de jouissance absolu dont l'objet est une chose corporelle qui se distingue de la personne du titulaire. Ce droit offre au propriétaire la maîtrise exclusive qui est la plus complète que l'ordre juridique puisse reconnaître sur cet objet.

La propriété est donc une institution qui suppose l'interaction de deux groupes de sujets de droit: d'une part, le titulaire du droit et, d'autre part, les tiers auxquels est opposé l'existence du droit de propriété de façon *erga omnes*. Cela implique de rechercher qui sont les sujets actifs (déterminés) et passifs (indéterminés et virtuellement illimités) de la propriété.

Par ailleurs, l'objet de la propriété également revêt une importance particulière comme critère d'ordonnement des diverses institutions dans l'ordre juridique. Nous l'avons déjà constaté, seules les choses corporelles sont objet des droits réels en droit suisse actuel. Nous verrons que dans la majorité des autres ordres juridiques étudiés le champ d'application du droit des biens se trouve être beaucoup plus large.

Enfin, l'étendue des pouvoirs accordés au titulaire nous permet de distinguer la propriété d'autres institutions du droit des biens.

Nous nous retrouvons donc en définitive avec quatre points d'accroche principaux: *le sujet de droit, l'objet de droit, la nature du lien entre les deux et les facultés offertes au titulaire*. Ceux-ci servent de fil directeur à notre analyse.

## B. Précisions d'ordre terminologique

Le lecteur attentif aura déjà remarqué l'usage de plusieurs termes génériques propres à notre domaine. Il convient de préciser la portée de plusieurs d'entre-eux.

Le terme «droits réels», s'il permet de désigner de manière générique la matière qui nous intéresse en droit positif suisse, ne se prête que très mal à un usage en dehors de ce contexte et en particulier à une étude historique et de droit comparé. Si bien que nous lui préférons le terme – certes tiré du droit français, mais qui est plus souple – de «droit des biens». Cette terminologie peut en effet être appliquée sans quiproquo à tous les ordres juridiques qui font l'objet de notre étude, en particulier à ceux qui ne connaissent pas la notion de droit subjectif.

Lors de l'analyse des divers ordres juridiques, nous tâchons de leur emprunter leur terminologie propre dans la mesure où cela n'entrave pas plus que nécessaire la bonne compréhension de nos démonstrations. Ainsi, le terme «propriété» (sans précision) revêt-il une portée générique sans qu'il ne faille y voir un rattachement direct à une notion juridique déterminée – et surtout pas à la notion de droit subjectif. Pour désigner la notion subjective consacrée en droit suisse et dans les codifications continentales modernes, nous optons pour la formule «droit subjectif de propriété exclusive».

De même en va-t-il des termes de «sujet de droit» et «objet de droit» – que nous utiliserons fréquemment – et qui se prêtent bien pour structurer les notions étudiées dans un contexte comparatif<sup>149</sup>. S'ils renvoient en droit positif suisse immédiatement à la notion de droit subjectif, il ne faut pas, sauf précision, les y rapporter dans les lignes qui suivent.

Finalement, l'étude juridique historique et comparative qui suit n'incorporera pas de considérations particulières en matière de linguistique; nous renvoyons à ce propos aux nombreuses études déjà menées sur le sujet<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> Dans sa thèse, PARISE (p. 15 et 372 ss) oppose ainsi l'individu (*individual*), la chose (*thing*) et la société (*society*).

<sup>150</sup> Spécialement en lien avec notre étude, l'on consultera avec profit le volume 38/2, 2008, de la *Revue générale de droit* (revue bilingue français/anglais de l'Université d'Ottawa) consacré aux actes de colloque d'un séminaire de l'année 2006 organisé par l'Université de McGill, intitulé «*Terminologie et modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle*», et «[...] dont le principal objet a été de faire état des questions terminologiques et linguistiques relatives à la propriété.» (EMERICH/SMITH, n° 1). Parmi les nombreuses contributions y figurant, celle de Laurent PFISTER, *Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens*, p. 303-338, mérite une mention particulière.





Première  
partie

**Les grands systèmes de droit des  
biens dans l'histoire européenne**



*« En tous temps les hommes affirmant leurs droits ont dit également: <ce bien est à moi.> Et pourtant cette même phrase, suivant les époques, les races, le milieu évoquait en leur pensée cent conceptions différentes. »*

JOUON DES LONGRAIS, p. 19bis.

## **Préambule à la première partie**

Cette première partie de notre étude passe en revue les droits des biens des différents ordres juridiques qui se sont succédés en Europe occidentale. Le propos n'est pas d'étudier exhaustivement l'ensemble des institutions d'une époque, mais bien plutôt de ne se préoccuper que de celles qui se rapprochent de notre notion actuelle de propriété ou qui consistent en des formes de propriétés divisées.

Après quelques explications génériques quant à une approche historique du droit (IV), les ordres juridiques se succéderont dans l'ordre chronologique et à un rythme variable, fonction de l'intérêt qu'il convient de leur reconnaître pour notre étude. Aussi, après un rapide aperçu des théories ayant trait aux origines de la propriété (V), nous arrêterons-nous assez longuement sur le droit romain et ses diverses notions de propriété (VI). Plus brièvement, l'époque carolingienne suivra afin d'en rappeler l'importance (souvent négligée) dans la suite de l'évolution juridique européenne (VII).

Nous arriverons alors à l'époque médiévale – terrain des propriétés divisées – que nous étudierons en trois chapitres. Les deux premiers sont consacrés au Moyen Âge continental. Il s'agira d'étudier l'établissement dans les faits de la société féodale (VIII), avant d'en examiner l'appréhension scientifique proposée par les glossateurs (IX). Appuyé sur les deux précédents, le troisième chapitre portera avec force de détails exclusivement sur le droit anglais et ses institutions, spécialement les *trusts*, une forme de propriété divisée propre à l'Angleterre (X).

## **IV. Apports & bénéfices d'une approche historique du droit**

L'approche historique d'une institution juridique ne permet pas que de teinter son analyse d'une touche d'érudition, elle permet d'en comprendre les caractéristiques fondamentales. L'Histoire nous révèle l'essence même des notions en retraçant leur parcours dans la société et les forces ayant présidé à leur destinée. Le droit est en

développement constant<sup>151</sup>: s'arrêter à son état présent manque à suffire pour l'étude complète de l'une de ses institutions.

Pour le raisonnement juridique de droit positif, qui est celui qui nous intéressera dans la troisième partie de notre étude et au service duquel s'effectuent en définitive nos recherches, l'histoire conserve ainsi toute sa pertinence – *a fortiori* pour le sujet particulier de notre étude qui confronte le droit positif aux institutions reconnues par le jeu des règles de conflits de lois dans le temps et l'espace. Ainsi, comme l'écrit COING, un grand juriste allemand du XX<sup>e</sup> siècle, «[I]’histoire du droit et le droit comparé sont dans les faits interdépendants à de nombreux égards. Tout d’abord, l’histoire du droit offre au droit comparé, pour ses études comparatives, une abondance de solutions différentes à des problèmes identiques ou similaires, et pour cette seule raison mérite son intérêt<sup>152</sup>.»

Il n'en demeure pas moins que s'intéresser aux aléas historiques de la propriété apparaît comme une discipline à laquelle il n'appartient pas au juriste – privatiste et positiviste s'entend – de participer de manière approfondie. D'ailleurs, rares sont ceux qui s'y sont attelés depuis le XIX<sup>e</sup> siècle; pratiquement inédits sont les doctes qui en ont fait le but même de leurs recherches. Trop souvent considérée comme un préalable élégant avant d'aborder l'étude juridique principale, l'histoire de la propriété en est réduite à une analyse partielle (n'incluant pas de contexte) et partielle (à l'aune d'une perspective purement utilitariste visant à habiller une affirmation non établie). Nombreuses en la matière, en revanche, sont les études philosophiques, sociologiques, statistiques, géographiques et mêmes religieuses. Si cela semble quelque peu attristant, l'explication continentale – somme toute assez rationnelle – relève pour l'essentiel, nous le verrons, d'un mot – tranchant s'il en est – qui fut laissé tomber une nuit d'août 1789 à Versailles.

Les juristes anglais, au contraire, n'ayant pas ou peu connu les maux de l'époque bouleversée qu'est la Révolution française, sont forcés d'assimiler mille ans d'histoire pour ne serait-ce qu'approcher leur notion de propriété privée, que chacun sait être si particulière par rapport à celle du continent, sans néanmoins pouvoir expliquer précisément pourquoi. Nous l'expliquerons grâce à l'histoire du droit.

Toutefois, l'objet de notre travail n'est pas de faire celui de l'historien; nous n'en avons pas la prétention et encore moins les moyens de le réaliser. Le survol historique

---

<sup>151</sup> ZIMMERMANN, p. 105.

<sup>152</sup> Notre traduction de COING, p. 29: «*Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind in der Tat aus einer ganzen Reihe von Gesichtspunkten aufeinander angewiesen. Zunächst bietet die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung für ihre vergleichenden Studien eine Fülle verschiedener Lösungen gleicher oder ähnlich gelagerter Probleme und verdient schon deswegen ihr Interesse.*» Voir aussi, dans le même sens, MONIER, *Manuel*, p. 1 s. (à propos du droit romain).

qui suit se veut être la première pierre de notre étude des *trusts* et des propriétés divisées en ne nous attachant qu'aux institutions aujourd'hui encore pertinentes et à celles dignes d'intérêt de par leurs spécificités. Nous ne chercherons en somme qu'à mieux comprendre le présent à l'aide du passé<sup>153</sup>.

Prendre appui sur l'Histoire pour comprendre – et donc interpréter – le droit actuel est d'ailleurs une démarche qui s'inscrit dans celle que l'article premier du Code civil impose au juge<sup>154</sup>. Aussi, est-il vraisemblable que – comme tout juriste qui s'improvise historien – notre vision du passé soit faussée par le présent. Cela est évidemment regrettable non seulement d'un point de vue historique, mais également du strict point de vue scientifique. Bien de nombreuses fois le droit ancien a été mal compris par les générations postérieures qui s'y appuyaient pour élaborer leur propre droit. Les mœurs changent, les idées avec elles<sup>155</sup>. De la sorte se distinguent deux conceptions juridiques : le véritable droit ancien – tel qu'il aurait dû être compris – et le droit ancien réinterprété à partir du nouveau droit. Aussi, si l'on s'attelle à l'étude d'une institution juridique, c'est en premier lieu par le prisme du nouveau droit que le juriste l'observe, mais il doit, en second lieu (et en réalité dans le même temps), également la considérer du point de vue du véritable droit ancien. Les deux conceptions juridiques ont donc chacune toute leur importance et il importe de déterminer à quel système se rattache le droit nouveau. Une même dynamique existe naturellement en droit comparé<sup>156</sup>.

Une approche historique s'impose donc et implique de s'intéresser aux contextes dans lesquels sont apparues les diverses institutions juridiques<sup>157, 158</sup>. Notre propos est par-

<sup>153</sup> En ce sens, ZIMMERMANN, p. 95. Cette approche se révèle par ailleurs absolument nécessaire en ce qui concerne le droit anglais. Ainsi, voir déjà LEBRET, p. 1 : « *En Angleterre, la loi de la propriété foncière ou immobilière présente cela de remarquable, qu'au lieu de s'être dégagée de son passé historique, pour former un ensemble harmonieusement coordonné, elle n'a de sens et d'existence qu'à la condition de n'être point séparée des institutions, mortes aujourd'hui, qui l'ont préparée et qui l'expliquent.* »

<sup>154</sup> STEINAUER, *Le titre préliminaire du Code civil*, n° 297 ss ; ARNOLD M., p. 4. La perspective historique est de façon générale essentielle à la bonne compréhension d'une institution juridique : PARISE, p. 3 s.

<sup>155</sup> PARISE, p. 3 : « *Ownership is mainly a matter of mentality.* »

<sup>156</sup> Ainsi, par exemple, JOUON DES LONGRAIS, p. 82 ss.

<sup>157</sup> PARISE, p. 4 s. Voir aussi DE WECK, p. 253 (« [...] *l'histoire d'une période ne peut être bien comprise que si, à l'étude des événements politiques, l'on joint celle de son droit. Le droit n'est-il pas l'expression des mœurs et de la conscience juridique d'un peuple à un moment déterminé ? L'histoire du droit est une branche de l'histoire générale ; elle est aussi une branche de la science juridique et personne ne saurait connaître et interpréter parfaitement les lois en vigueur sans avoir étudié le droit ancien. [...] Nous avons aujourd'hui une législation civile et pénale toute neuve, si je puis m'exprimer ainsi, mais, quoi qu'on en dise, elle plonge ses racines dans le temps qui n'est plus.* »).

<sup>158</sup> Par exemple, sous l'Ancien Régime, le principe de la mouvance universelle qui veut que l'ensemble des terres appartienne au roi est défendu en France, comme en Angleterre. Pourtant,

faitement illustré par cette envolée de CARRARD: «*Hélas oui, comme l'a dit Mr F. de Wyss, 'si le droit est séparé de ses racines, la moëlle se corrompt et la force vitale disparaît'; on fauchera plus d'une jolie fleur des alpes; plus que personne nous le regretterons, mais, s'il le faut, que la fleur coupée devienne en séchant un regain savoureux plutôt qu'un bouquet fané*<sup>159</sup>!»

Quoique notre travail historique s'attache donc à servir le droit positif, comme nous l'avons déjà souligné, nous verrons que le parcours des grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne a déjà, pour lui-même, un grand intérêt intellectuel et juridique<sup>160</sup>.

## V. Origines immémoriales de la propriété et droits dits « primitifs »

Dans ce chapitre, il s'agit de passer en revue – assez rapidement somme toute – les différentes théories juridiques, voire sociologiques, qui existent sur l'origine de la propriété. Préliminaires à la suite de nos développements, nos considérations ne mettrons l'accent que sur certains points saillants permettant d'élaguer les notions fondamentales, tout en étant conscients de négliger certaines controverses d'historiens, certes classiques<sup>161</sup>.

Un point particulier, que le lecteur remarquera très vite, est le fait que la distinction essentielle entre deux objets du droit de propriété – savoir celle entre meubles et immeubles – s'esquisse déjà dans les théories relatives à l'origine de la propriété avant de (théoriquement) disparaître pendant la période romaine, puis prendre une forme nouvelle au Moyen Âge, nous le verrons.

---

dans le premier pays, il s'agit avant tout d'une reconstruction faite par les feudistes dans un but politique au début du XVI<sup>e</sup> siècle, alors qu'elle est au cœur de l'esprit du droit des biens dans le second.

<sup>159</sup> CARRARD, p. 140.

<sup>160</sup> Ce qu'exprime avec élégance BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 44 («*And though, in the course of our observations in this and many other parts of the present book, we may have occasion to search pretty highly into the antiquities of our English jurisprudence, yet surely no industrious student will imagine his time misemployed, when he is led to consider that the obsolete doctrines of our laws are frequently the foundation upon which what remains is erected; and that it is impracticable to comprehend many rules of the modern law, in a scholarlylike, scientific manner, without having recourse to the ancient. Nor will these researches be altogether void of rational entertainment as well as use; as in viewing the majestic ruins of Rome or Athens, of Balbec or Palmyra, it administers both pleasure and instruction to compare them with the draughts of the same edifices, in their pristine proportion and splendour.*»).

<sup>161</sup> Nous pensons en particulier aux controverses ayant eu cours sur l'origine de la propriété foncière dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle, même si la question de l'origine de la propriété est bien plus ancienne, comme nous le verrons. Cf. *infra* p. 46.

Cela va sans dire, il nous reste peu (pas) de trace matérielle de l'époque en question ici. Aussi, les premières sources à notre disposition remontent-elles aux civilisations antiques<sup>162</sup>.

### A. La distinction entre l'appropriation factuelle et juridique

La possession d'une chose existe par la volonté de posséder et par le simple fait d'en avoir la maîtrise effective<sup>163</sup>. Posséder présuppose une appropriation. Or, tout comme la vie en société implique – et conditionne – l'existence du droit (*ubi societas, ibi ius*), il n'est pas de communauté humaine concevable sans qu'une certaine forme d'appropriation, individuelle ou communautaire, publique ou privée, soit reconnue par les individus la composant. Et la reconnaissance de la légitimité d'une possession passe par une protection juridique, dont l'essence est la propriété. Il apparaît en effet tout à fait naturel que la possession (légitime s'entend) doit octroyer au possesseur reconnu certains effets juridiques opposables aux autres sujets de droit<sup>164</sup>, ne serait-ce que pour garantir la jouissance paisible de la chose. Il existe en conséquence une « [...] *relation entre une chose et une personne, relation méritant protection de la loi et du tribunal*<sup>165</sup>. » La propriété – si ce n'est juridiquement, du moins sociologiquement et linguistiquement – apparaît donc en tant que constante de la société<sup>166</sup>. Ainsi, très simplement, se dessine la distinction entre le fait de posséder et le droit à posséder.

---

<sup>162</sup> LEVY J.-P., p. 7. Nous pensons évidemment en particulier aux sources historiques romaines.

<sup>163</sup> C'est ce qui ressort du système suisse : art. 919 al. 1 CC ; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 170 et 176. Cela vaut aussi en droit romain : PAUL, D. 41, 2, 3, 1. ; SCHMIDLIN, p. 169.

<sup>164</sup> WESTRUP, *Propriété familiale*, p. 163. Cela se retrouve dans la formule utilisée par les Romains pour revendiquer une chose : « *ex iure Quiritium meum esse aio* » / « j'affirme que [cette chose] est à moi en vertu du droit des Quirites » (GAIUS, *Inst.* 1, 119). Toutefois, c'est par la notion de « saisine », aux temps féodaux, que reconnaissance sociale et maîtrise d'une chose sont le mieux incarnées et exprimées ensemble dans une même institution, de la façon somme toute la plus élémentaire : cf. *infra* p. 99.

<sup>165</sup> CHAMPEAUX, p. 53 (à propos de la définition de la saisine et citant lui-même un auteur anonyme).

<sup>166</sup> MILSOM, *English Feudalism*, p. 37 ; LEVY J.-P., p. 10 ; GIRAUD, *Romains I*, p. 2 ss ; TEL-LIEZ, p. 1 ss ; LABOULAYE, p. 59 ; PRADIER-FODERE, p. 390 ss, note n° 1. À ce sujet, il convient de distinguer deux opinions parmi les philosophes : la première, qui domine le XVIII<sup>e</sup> siècle, est celle des tenants de la conception contractualiste (notamment GROTIUS, MONTESQUIEU, BENTHAM et MIRABEAU) l'admission de la propriété dépend d'un contrat social, alors qu'au XIX<sup>e</sup> siècle pour les naturalistes (notamment, COMTE, FAUCHER, THIERS, mais aussi avant eux DE VATTEL) la propriété a pour origine la nature humaine même.

Tant essentielle qu'élémentaire<sup>167</sup>, cette distinction de principe est facile à concevoir. Elle se trouve d'ailleurs explicitée très tôt dans le monde antique<sup>168</sup>. Il n'y a pas lieu de s'y attarder, si ce n'est pour préciser une évidence: déterminer sous quelle forme et nature apparaît la protection juridique de l'appropriation est une question bien plus difficile à résoudre, car elle a connu dans l'histoire des variations multiples. Si la propriété en un sens tout générique est une constante, le droit (subjectif) de propriété tel que nous le connaissons ne l'est pas<sup>169</sup>. Il constitue, au contraire, une figure juridique relativement récente.

Au-delà de les distinguer, déterminer – quant à l'approche dont il est question ici – si le droit et le fait sont indépendants ou au contraire interdépendants peut se révéler délicat; un passage de ULPYEN<sup>170</sup> nous le montre d'ailleurs bien: «*Mais, la raison de proposer cet interdit est la suivante, [à savoir] que doit être séparée la possession de la propriété; le fait est qu'il est fait que l'un est le possesseur, il n'est pas le propriétaire, l'autre est certes le propriétaire, mais n'est pas le possesseur; il peut être fait que le possesseur soit de même propriétaire*<sup>171</sup>.» Relevons simplement à ce stade qu'historiquement il se rencontre fréquemment qu'une simple situation de fait se trouve renforcée, le temps aidant, par l'apparition d'une protection juridique<sup>172</sup>. Nous le constaterons à toutes les époques et en particulier lors de la période féodale.

---

<sup>167</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 107: «*The most fundamental distinction of all in the law of property [...].*»

<sup>168</sup> Ce serait le cas dès l'époque grecque classique dans le droit des diverses cités: PAUL, D. 41, 2, 1, *pr.* (qui fait référence à la terminologie grecque); KRAENZLEIN, p. 147 ss. *Contra* LEVY J.-P., p. 11. La distinction semble être ignorée dans les premiers temps de Rome (OTTIMOIORE, p. 61 s.), mais apparaît rapidement et clairement par la suite: LEVY J.-P., p. 18 s.; NICHOLAS, *Roman Law*, p. 107 s. Voir aussi, bien plus tard, ULPYEN, D. 41, 2, 12, 1 et D. 43, 17, 1, 2.

<sup>169</sup> Un ordre juridique peut protéger une simple situation factuelle, même si aucun droit ne vient soutenir la possession. L'idée est alors le maintien du *statu quo ante* jusqu'à droit connu. Cette forme de protection purement possessoire prend source dans les droits romains du II<sup>e</sup> siècle avant J.-C. (interdits possessoires) et canon du IX<sup>e</sup> siècle: SCHMIDLIN, p. 204 s.; ELLUL, *Antiquité*, p. 356; PATAULT, p. 114 s. et 118; LEVY J.-P., p. 17. Une telle protection prétorienne refait d'ailleurs surface grâce aux glossateurs; la procédure ressemble alors beaucoup au procès possessoire romain caractéristiquement divisé en deux phases: BESNIER, *Procès possessoire*, p. 383. Voir, pour le droit suisse, les art. 926-929 CC; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 178 s.

<sup>170</sup> Jurisconsulte romain de la fin du II<sup>e</sup> et du début du III<sup>e</sup> siècle après J.-C. C'est l'auteur le plus cité dans le *Corpus Iuris Civilis* (cf. *infra* note n° 210).

<sup>171</sup> «*Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio à proprietate. Fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit, possessor verò non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.*»: ULPYEN, D. 43, 17, 1, 2. Voir LEVY J.-P., p. 11 s.; NICHOLAS, *Roman Law*, p. 107. Citons, pour le droit moderne, l'art. 2276 (originellement 2279) du Code Napoléon, bien connu: «*En fait de meubles, la possession vaut titre [de propriété].*» Voir aussi, pour le droit romain, OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 215.

<sup>172</sup> Tel est en particulier le cas de la position des vassaux dans un contrat féodal. Pour les romains, la propriété trouve son origine dans la possession naturelle: PAUL, D. 41, 2, 1, 1. Voir, en outre, OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 95.



Conceptuellement, la place de la propriété aux côtés de la possession se dessine à nos yeux. Mais comment la propriété est-elle donc apparue à l'origine ?

## B. Sociétés pastorales

Classiquement, l'historiographie nous présente les premières communautés humaines comme itinérantes et non encore sédentarisées. Le mode de vie de ces groupements archaïques est effectivement pastoral : les troupeaux de bêtes domestiquées, et leurs éleveurs, se déplacent d'un lieu de pâture à un autre, sans avoir de centre de vie fixé en un point géographique précis. La terre appartient à tous – ou, plus justement, à personne –, en tout cas dans les tout premiers temps. Si bien que chacun – chaque communauté – est en principe libre de parcourir avec ses bêtes les terres qu'il souhaite. Cette possibilité de laisser librement paître son troupeau peut se concevoir, sans toutefois qu'il soit possible par là d'établir un lien direct, comme une ancestrale forme du droit de parcours que nous retrouverons à travers les époques et jusqu'à nos jours. Dans de telles sociétés, certaines règles peuvent toutefois déjà organiser une répartition des ressources, nous le verrons.

Demeurant commune à de nombreuses peuplades, la vie pastorale – sous certaines formes du moins – ne disparaît pas avec l'émergence des civilisations antiques. Au contraire, elle se maintiendra, au moins partiellement, au-delà des limes de l'Empire romain jusqu'à la fin de celui-ci et même un peu au-delà. Les peuplades barbares, dont il sera encore souvent question plus loin, représentent d'ailleurs l'exemple le mieux documenté (ou du moins commenté) de ce mode de vie.

### 1. L'absence de propriété foncière

Précisément, sur la vie pastorale des Germains, nous disposons de témoignages de première main. Relatant la Guerre des Gaules, Jules CESAR<sup>173</sup> lui-même – dans un passage resté célèbre – nous apprend que ces peuples « [...] *ne s'adonnent pas à l'agriculture et se nourrissent principalement de lait, de fromage et de viande. Nul ne possède en propre de terre aux limites déterminées, [...]*<sup>174</sup>. »

Il est évident, vu ce qui vient d'être dit, que dans le cadre d'une société pastorale une propriété du sol, sous n'importe quelle forme, n'a pas lieu d'être. FUSTEL DE COULANGES<sup>175</sup> résume ainsi la situation : « [...] *les hommes [...] n'avaient pas encore*

---

<sup>173</sup> Homme politique romain, 102/100-44 avant J.-C.

<sup>174</sup> CESAR, livre VI, n° XXII. Voir aussi ERNST, p.2 (« *Was Cäsar an den germanischen Wirtschaftsverhältnissen ganz besonders auffiel, das war das Fehlen des privaten Grundeigentums und Grundbesitzes.* »).

<sup>175</sup> Professeur d'histoire à la Sorbonne, 1830-1889 après J.-C.

*l'idée de labourer, ils n'avaient pas non plus l'idée de s'approprier le sol*<sup>176</sup>. » Si tant est qu'il existe une propriété mobilière – question que nous étudions ci-après –, ce même droit n'a pas pour objet supplémentaire le sol.

Savoir s'il existe d'«autres prérogatives foncières de nature réelle» sous une forme primitive est plus délicat. Les historiens-sociologues sont enclins à penser qu'une forme de réglementation de l'utilisation du sol existe (presque) nécessairement dans chaque société<sup>177</sup>. Quelle que soit la vérité historique, très vite un mode factuel de répartition des terres entre les différentes ethnies émerge, sans qu'elles ne soient pour autant juridiquement attribuées à qui que ce soit. Ainsi, dans le même passage précité de CESAR, ce dernier précise: «[...] tous les ans, les magistrats et les chefs assignent aux clans et aux groupes familiaux des portions de terre dans tel canton qu'ils jugent à propos, pour la durée d'un an. À l'expiration de ce délai, les occupants doivent se transporter ailleurs<sup>178</sup>. » Dans la même ligne, la *Genèse*<sup>179</sup> nous montre que la propriété sur des puits semble avoir précédé la propriété foncière proprement dite.

## **2. Existe-t-il une propriété mobilière distincte des droits de la personnalité?**

Dans les sociétés pastorales, il n'est donc pas surprenant que seule une propriété sur les meubles puisse être ne serait-ce qu'envisagée. La propriété mobilière a précédé la propriété foncière<sup>180</sup>. Reste à qualifier ce lien entre l'Homme et la chose (mobilière). Deux approches sont possibles.

La première consiste en réalité à ne pas distinguer entre les deux. Selon les historiens, en effet, les objets appartenant à l'individu, ou du moins une partie de ceux-ci<sup>181</sup>, apparaissent si intimement liés à sa personnalité qu'il n'est pas concevable que leur sort en diverge. Aussi, la chose doit-elle suivre son titulaire dans la tombe, et disparaître avec lui<sup>182</sup>. D'apparence anodine, la question de déterminer ce qui ressort des droits

---

<sup>176</sup> FUSTEL DE COULANGES, *Origines*, p. 19. Voir aussi, dans le même sens, GIRARD, p. 280; GIRAUD, *Romains I*, p. 5 ss.

<sup>177</sup> Voir la synthèse de LEVY J.-P., p. 7 ss. Cet auteur n'admet que de rares exceptions, dont les peuples non encore sédentarisés.

<sup>178</sup> CESAR, livre VI, n° XXII.

<sup>179</sup> *Genèse*, XXI, 25 ss et XXVI, 13-15 et 18. La propriété sur les puits consiste en une vague sorte de «droit de superficie»; droit qui prend la forme d'une propriété au sens du droit français ou du droit romain, au contraire du droit suisse (art. 779 ss CC).

<sup>180</sup> GIRAUD, *Romains I*, p. 2: «[...] la propriété mobilière est aussi ancienne que l'homme lui-même.» Distinguer entre l'origine de la propriété mobilière, respectivement immobilière, est une approche, que GIRAUD, professeur de droit à Aix au XIX<sup>e</sup> siècle, distingue des théories sociologiques moins fines dans l'analyse (cf. *supra* note n° 166).

<sup>181</sup> Tel est notamment le cas des biens (matériels) exclusivement affectés à l'usage personnel de leur possesseur (bijoux, vêtements, armes, etc.) ou ceux fabriqués par lui. Voir, pour le surplus, les références citées en note n° 182.

<sup>182</sup> BART, p. 34; LEVY J.-P., p. 7 et 37 (cette pratique existe chez les Barbares); OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 74; WESTRUP, *Propriété familiale*, p. 164. Les deux premiers relient cette

de la personnalité ou d'un autre domaine du droit privé s'avère important dans des domaines tels que le droit de la propriété intellectuelle ou le droit de la personnalité<sup>183</sup>.

Toutefois, d'autres éléments paraissent avoir un lien plus distant avec leur titulaire et peuvent donc avoir une existence propre, indépendante. Ainsi, il convient effectivement de distinguer entre le sujet de droit et l'objet du droit, et partant de qualifier le lien entre les deux<sup>184</sup>. Quelle que soit la forme revêtue par ce lien juridique, la prérogative qui en découle entre dans le patrimoine de son titulaire. Si ce lien est réel, c'est-à-dire opposable à tout autre sujet de droit, il pourra alors être question d'une forme de « propriété » sur une chose mobilière.

Ces considérations conceptuelles et abstraites ne sont pas d'un grand apport pratique en droit positif. Elles permettent néanmoins de montrer qu'aux origines déjà il existait un régime juridique distinct entre les objets mobiliers et immobiliers; d'où l'éventualité pour un ordre juridique de pouvoir contenir deux formes de propriété. Contrairement à d'autres époques toutefois, c'est le sol qui n'a qu'un intérêt secondaire pour les peuplades pastorales; caractéristique que nous retrouverons chez les Romains. Les quelques lignes qui précèdent permettent également de mettre en exergue le lien profond qui uni l'individu à ce qui est sien, mais se distingue de sa personne.

### C. Sociétés agricoles et sédentarisées

Pour les peuples qui connaissent l'essor de la technique agricole, la sédentarisation devient la norme. Émerge alors l'appropriation des terres. Il y a à ce propos de nombreuses – et virulentes – controverses d'historiens quant à la question de déterminer quelle forme a revêtu la première occupation du sol<sup>185</sup>.

---

pratique à la coutume française dite de la « *part du mort* » qui a court au Moyen Âge encore, coutume qui voulait que le défunt « hérite » lui-même d'une part de son patrimoine mobilier.

<sup>183</sup> « *Mobilia personae inhaerent* » écrit JOSSERAND, p. 41. Nous pouvons déjà évoquer la classification *sui generis* des « droits de la propriété immatérielle » opérée par la doctrine juridique suisse qui les place entre les droits réels et les droits de la personnalité; ces trois catégories formant les droits absolus. Voir, en ce sens, PIOTET, *Traité*, n° 1; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 6. De même, des biens distincts de la personnalité, mais néanmoins tellement nécessaires à la vie sociale de l'être humain, peuvent justifier un traitement juridique spécial: à ce propos, à l'époque des glossateurs, cf. *infra* p. 98.

<sup>184</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE (p. 13 relèvent la question à propos de la distinction romaine traditionnelle entre *jus in rem* ou *jus ad rem*).

<sup>185</sup> Voir, en particulier, FUSTEL DE COULANGES, *Origines*, p. 19 ss, qui expose les diverses théories élaborées au XIX<sup>e</sup> siècle et s'attache à en démontrer les faiblesses historiques. La littérature sur cette thématique est très abondante.

## 1. La possibilité d'une absence de propriété foncière ?

À la suite de grandes controverses au XVIII<sup>e</sup> siècle, de nombreux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle défendent l'idée (aujourd'hui dite traditionnelle) qu'une fois sédentarisé l'Homme a, dans un premier temps, cultivé le sol en commun, sans que la terre n'appartienne à personne à titre individuel. Selon cette conception, la terre est donc un bien commun: elle dépend de la communauté humaine l'occupant, dans son ensemble. Ce ne serait que dans un second temps que la propriété du sol, au sens moderne, serait apparue<sup>186</sup>.

Ces théories qui s'inscrivent dans le prolongement historique logique de ce que nous avons décrit de l'époque pastorale sont pourtant contestées – et contestables – faute de preuves suffisamment étayées et dans la mesure où elles se veulent universelles<sup>187</sup>. Elles se recourent néanmoins avec les conceptions philosophiques ou religieuses de tout temps qui conçoivent une communauté humaine immémoriale et idéalisée dans laquelle le communisme ambiant impliquait l'absence de toute forme de propriété<sup>188</sup>.

Bien que cela soit largement utopique, au premier siècle de notre ère, il existe chez les Germains une certaine organisation foncière – certes primitive – qui n'utilise effectivement pas de la propriété comme clef de répartition, alors que l'assiette géographique des divers peuples semble établie avec une relative précision<sup>189</sup>. C'est ce que nous rap-

---

<sup>186</sup> Sur l'ensemble, voir RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 254 ss et 335 ss; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 70; LEVY J.-P., p. 12; MONIER, *Manuel*, p. 356; MACQUERON, p. 503; FUSTEL DE COULANGES, *Origines*, p. 19 et les références citées; DE FELICE, p. 66 s.; GIRAUD, *Romains I*, p. 2. D'où la question classique de l'explication d'une transformation vers la propriété individuelle: HELLER, p. 66.

<sup>187</sup> LEVY J.-P., p. 12; FUSTEL DE COULANGES, *Origines*, p. 115. Le dernier nommé est le premier, et sans doute le plus virulent, opposant à la théorie de la «communauté primitive». Notons, au passage, que cette théorie recueille des partisans dans tous les milieux politiques, notamment parmi les conservateurs qui considèrent – non sans un certain humour – que «le progrès social ne peut se trouver dans une régression, il est donc plus rassurant d'avoir le communisme derrière soi.» Voir, en outre, OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 70 s.; MACQUERON, p. 503 ss.

<sup>188</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 73; LEVY J.-P., p. 34; GAUDEMET, *Église*, p. 570 (avant le péché originel, il y avait absence de propriété immobilière, comme mobilière d'ailleurs); GIRAUD, *Romains I*, p. 7. Ainsi, SAINT AMBROISE (repris par D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae, question 66, art. 2; traduction d'AUBENAS, p. 24): «c'est la nature qui a créé le droit à la propriété commune; c'est la violence qui a créé le droit à la propriété privée.» De même, D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae, question 66, art. 2 ad 1: «Ad primum ergo dicendum quod communitas rerum attribuitur iuri naturali, non quia ius naturale dictet omnia esse possidenda communiter et nihil esse quasi proprium possidendum.[...]» Voir, sur cette dernière citation, RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 75 ss.

<sup>189</sup> Les Germains ne sont pas les seuls. De nombreux peuples ont connu une phase de communauté des biens notamment les Égyptiens et certaines cités grecques; d'où l'idée émise par certains que tel fut le cas pour tous. Pour un aperçu, voir LEVY J.-P., p. 9; GIRAUD, *Romains I*, p. 7 ss.

porte TACITE<sup>190</sup> lorsqu'il écrit que « [I]es terrains sont occupés par des villages entiers, selon le nombre des cultivateurs, et répartis ensuite entre eux d'après le rang; l'étendue des plaines rend ce partage facile. Ils changent chaque année de terre, [...]»<sup>191</sup>. Il y a bien dès lors ici un cas de communauté de biens. Une occurrence sans doute plus parlante encore est, un siècle plus tôt, la tentative d'incursion des Helvètes en Gaule. Ils proposèrent de se transporter – avec leur famille et tous leurs biens – vers des contrées plus propices à l'élevage de troupeaux, en abandonnant purement et simplement les terres qu'ils occupaient, sans que cela ne semble poser la moindre difficulté<sup>192</sup>.

Bien plus tard dans l'histoire européenne, nous retrouverons l'influence de ces constructions. En effet, les Germains restent fidèles à leurs mœurs communautaires et – tout un chacun le sait – leurs conceptions juridiques jouèrent un rôle majeur dans l'évolution du droit dès la fin du Dominat et jusqu'à nos jours encore, en de nombreux points.

## 2. L'apparition d'une propriété foncière privée

À un moment donné – que celui-ci ait été précédé d'une phase de communisme ou non –, la propriété du sol s'est retrouvée entre les mains des particuliers. Dès la fondation de Rome, au milieu du VIII<sup>e</sup> siècle avant J.-C., il est ainsi admis qu'il existe une « propriété » foncière, dont la nature ne ressort pas au droit public<sup>193</sup>. N'appartenant pas à « l'État », la propriété ne tombe pas pour autant forcément entre les mains des individus.

Il y a d'abord l'approche religieuse – chrétienne en particulier – qui laisse à Dieu la propriété, l'homme n'ayant que des droits de jouissance, précaires qui plus est<sup>194</sup>. La propriété féodale – qui sera étudiée plus avant – repose pour partie sur cette idée fondamentale<sup>195</sup>.

Mais, si la propriété n'est ni à l'État ni à Dieu (ou si, par commodité, il est fait abstraction de cette étape du raisonnement<sup>196</sup>), elle appartient nécessairement à l'homme.

<sup>190</sup> Historien romain de la deuxième moitié du I<sup>er</sup> et du début du II<sup>e</sup> siècle après J.-C.

<sup>191</sup> TACITE, chapitre XXVII, n<sup>o</sup> XXVI.

<sup>192</sup> CESAR, livre premier, n<sup>o</sup> I-V; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 129 (« état de semi-nomadisme »).

<sup>193</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 73 s.

<sup>194</sup> D'AQUIN, *Somme Théologique*, IIa IIae, question 66, art. 1 (« *Videtur quod non sit naturalis homini possessio exteriorum rerum. Nullus enim debet sibi attribueri quod Dei est. Sed dominium omnium creaturarum est proprie Dei, secundum illud Psalm., domini est terra et cetera. Ergo non est naturalis homini rerum possessio.* »). Voir RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 38 s. 64 et 75 ss; LEVY J.-P., p. 12.; GAUDEMET, *Église*, p. 570. Voir aussi *Lévitique*, 25, 23.

<sup>195</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 237 ss.

<sup>196</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 195 (« [Pour les modernes, le domaine de l'homme] n'est plus fondé que sur la seule nature humaine, et, si les nécessités de cette nature traduisent la volonté du Créateur de permettre à l'homme d'user des choses, cette concession

Rien n'empêche alors que cette propriété soit attribuée à une communauté<sup>197</sup>, une famille ou un individu.

Autre est la question de la justification morale, philosophique ou encore religieuse de l'existence même de la propriété – question qui sort du champ de notre étude<sup>198</sup>.

### 3. Propriétés communautaires, familiales ou individuelles : un débat théorique

Qui que soit le titulaire de la propriété, et à quelque époque que ce soit d'ailleurs, celui-ci doit composer avec les réalités et impératifs sociaux qui l'entourent. La propriété peut bien être une puissance absolue sur son objet, il faut pourtant reconnaître des contraintes nécessaires à la vie en société (les germanophones parleraient de *Sozialadäquanz*): «[...] *Rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, [l'homme] doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, civiliter*<sup>199</sup>.» Aussi, même aux époques lors desquelles être propriétaire signifie être «monarque absolu» des limites aux pouvoirs existent, imposées par l'intérêt général<sup>200</sup>. Déterminer les modalités de ces limites et savoir si elles ressortent au droit public ou privé, là est une autre question<sup>201</sup>.

---

*n'est que la permission d'user d'un monde d'où Dieu s'est retiré, non une sorte de délégation par laquelle Dieu inviterait l'homme à participer au domaine par lequel il gouverne les choses. Ces références à l'origine divine du domaine humain vont au reste progressivement s'effacer au milieu d'une indifférence assez générale, et c'est bien là la preuve qu'elles ne jouaient pas un rôle essentiel.»*; LEVY J.-P., p. 12 («la portée pratique [du texte biblique] est modeste.») et 33.

<sup>197</sup> Dans les premiers temps de Rome, une certaine forme de communautarisme a très certainement existé: HERMON, p. 18; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 73 s.; GIRARD, p. 282.

<sup>198</sup> Un bref aperçu des principales sources antiques et chrétiennes, ainsi qu'une relation des théories qui en ressortent, peuvent être trouvées chez OESTERREICH, p. 19 ss. L'on trouve une analyse plus riche et plus récente chez RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 1 ss.

<sup>199</sup> JOSSERAND, p. 7. Comme le montre cet auteur avec un exemple frappant (p. 284 s.), cela vaut également dans le système du droit anglais dont les principes absolutistes connaissent d'innombrables dérogations.

<sup>200</sup> Dans le même sens, par exemple, RUELLE/FABRI, p. 112; WITZIG, *Le droit de propriété*, p. 77; MEYNIAL, p. 8. C'est en réaction à la doctrine «absolutiste» de la fin du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècle qu'une telle approche voit le jour. Voir ainsi JOSSERAND (p. 10): «[...] *nos droits ne peuvent se réaliser à l'encontre et au mépris de leur mission sociale, à tort et à travers [...]*» Voir, en outre, le même, p. 13 s. et 40 s. Même en Angleterre, de nombreuses exceptions viennent tempérer le dogme de l'absolu: voir déjà dans l'ensemble de l'œuvre de BRACON.

<sup>201</sup> JOSSERAND, p. 16 s. La question est importante en droit positif pour définir la compétence des cantons à créer des restrictions à la propriété foncière face au droit fédéral privé: voir, par exemple, PIOTET, *Propriété foncière*, n° 119.

Même en se cantonnant au domaine du droit privé, il peut être difficile de saisir quelle construction juridique fut dictée par les impératifs sociaux. Si bien que savoir, par exemple dans les premiers temps de Rome, s'il existe déjà une propriété individuelle du *pater familias* sur l'ensemble des biens se trouvant sous le joug familial ou si au contraire le chef de famille ne fait que représenter la famille qu'il dirige, elle-même étant la seule «propriétaire», devient un débat largement théorique<sup>202</sup>. Il n'empêche que traditionnellement, la propriété familiale est placée antérieurement à la propriété individuelle<sup>203</sup>. En outre, nous verrons que pour certaines institutions médiévales, en particulier les fidécumms de famille ou les communaux, une telle «propriété» familiale ou communautaire existe bel et bien<sup>204</sup>.

#### D. Synthèse

Ces quelques lignes ont permis avant tout de poser le décor et d'exposer les principales catégories que nous retrouverons dans les diverses questions que nous allons traiter tout au long de notre étude historique.

Elles permettent d'illustrer les principales oppositions entre les concepts que nous retrouverons plus bas: meubles et immeubles, propriété divine, étatique ou d'un individu, propriété publique ou privée, propriété individuelle, communautaire ou familiale, etc.

## VI. Antiquité romaine<sup>205</sup>: de la République à la chute de l'Empire

Tout juriste suisse connaît la place qu'occupe le droit romain dans le monde juridique continental actuel, il n'a pas lieu ici de la rappeler<sup>206</sup>. En droit des

<sup>202</sup> Voir, dans la même idée, LEVY J.-P., p. 9 s.

<sup>203</sup> LEVY J.-P., p. 15, qui cite en appui l'absence de testament dans les droits grecs. Pour une contribution complète sur le sujet voir WESTRUP, *Propriété familiale*, p. 5-46. Par ailleurs, ce développement «traditionnel» de la propriété se tient assez bien en regard avec l'évolution de la division des biens, comme le montre CHAMPEAUX, p. 58.

<sup>204</sup> Cf. *infra* p. 233 (à propos des communaux). Voir déjà PIOTET, *Fidécumms*, p. 483.

<sup>205</sup> En raison du cadre restreint que doit conserver notre étude, les autres civilisations occidentales de l'Antiquité ne seront pas traitées, faute d'avoir offert un héritage substantiel aux ordres juridiques modernes. Nous nous contentons en conséquence de mentionner, pour le droit grec, les ouvrages précités de VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS et de KRAENZLEIN, ainsi que pour le droit égyptien, celui de REVILLOUT. Sur la question du rôle éphémère du droit grec dans le sud de la France, voir GIRAUD, *Essai I*, p. 2 ss.

<sup>206</sup> Bien souvent le droit romain guide encore le juriste dans la qualité de ses réflexions et parfois permet de trancher des points litigieux. Voir ainsi les ATF 47 II 267; ATF 128 III 370; ATF 133 III 257, cités par PICHONNAZ, *Droit romain*, p. 62 ss.

biens<sup>207</sup>, cela est d'autant plus vrai que suite à la Révolution française, nous le verrons, les législateurs du continent européen – y compris les législateurs suisses – se sont très largement inspirés des principes de droit romain pour établir «*le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue*<sup>208</sup>.» Bien avant eux, les glossateurs mirent également le droit romain à contribution de leurs propres constructions juridiques et inversement. Mais, d'emblée, ne nous méprenons pas, car si le droit romain a servi d'inspiration aux uns et aux autres, il n'a pas été purement et simplement copié; loin s'en faut<sup>209</sup>. Si l'esprit du droit est différent, il n'en demeure pas moins qu'en notre domaine d'étude les fondamentaux y prennent clairement source.

D'une durée millénaire<sup>210</sup> et d'emprise transcontinentale<sup>211</sup>, il est illusoire de vouloir résumer les notions romaines de «propriété» (car il y en a plusieurs) dans les quelques lignes qui vont suivre. Cela sans compter que le droit romain n'est pas homogène sur l'immense territoire couvert par l'Empire; il vaudrait ainsi mieux parler de «droits romains»<sup>212</sup>. L'évolution temporelle a elle aussi été importante: l'élaboration des notions de propriété ne fut pas le fait d'une, mais de plusieurs causes, et ce fut un processus étalé sur plusieurs siècles qui n'a trouvé sa forme finale qu'à Byzance dans les codifications de l'Empereur JUSTINIEN<sup>213</sup>. Par ailleurs, si la propriété civile romaine paraît de prime abord simple d'approche (intuitivement il est facile de penser être en

---

<sup>207</sup> Pour rappel, par souci de clarté et d'uniformité, nous utilisons la terminologie française de «droit des biens» pour désigner les règles qui régissent les rapports juridiques entre sujets de droit et objets de droit. En effet, bien que cette terminologie ne soit pas intemporelle, elle se prête mieux au traitement de notre sujet au fil des époques. Il n'est ainsi pas toujours possible d'utiliser la terminologie suisse de «droits réels» et encore moins celle de «propriété». Cf. *supra* p. 33.

<sup>208</sup> Extrait de l'art. 544 du Code Napoléon. Voir ZENATI, *Essai*, p. 187.

<sup>209</sup> Ce qui appelle donc une analyse plus fine – notamment sociologique – que nous tenterons de rappeler au lecteur au fil de nos analyses. Voir ZENATI, *Essai*, p. 187 s. Ainsi, «*One must not attribute to Roman jurists of any age the sharp perception and ruthless logic of a nineteenth century German metaphysician.*»: BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 77. Cf. *infra* p. 68.

<sup>210</sup> La fondation de Rome par Romulus est placée vers 750 avant J.-C. par les historiens et la chute du dernier empereur romain d'Occident, Romulus Augustus, date de 476 après J.-C. L'Empire d'Orient dure lui jusqu'en 1453 de notre ère.

<sup>211</sup> À son apogée, l'Empire romain s'étend du Sud de l'Égypte aux frontières de l'Écosse et de l'Afrique saharienne aux portes de la mer Caspienne.

<sup>212</sup> Pour illustrer l'hétérogénéité de l'Empire romain, il est souvent fait référence à l'Empire britannique: si formellement l'«*Union Jack*» flotta sur un quart de la surface du globe, il est évident que les régimes juridiques des différents territoires n'avaient que peu de rapport entre eux. De même en allait-il dans l'Europe romaine; ce qui explique en partie les disparités dans la survie de l'héritage juridique romain après la fin de cette civilisation, importante dans le Sud de la France, mais quasi-inexistante dans le nord et en Angleterre. Cf. *infra* p. 82 ss.

<sup>213</sup> Empereur romain d'Orient, ayant vécu de 482 à 565 après J.-C., dont les compilations – nommées *Corpus Iuris Civilis* depuis le XVI<sup>e</sup> siècle de notre ère – datent de la première moitié du VI<sup>e</sup> siècle après J.-C.



terrain connu), son étude détaillée révèle sa complexité et la variété du génie antique. C'est pourquoi il est parfois délicat de distinguer la propriété des autres institutions du droit des biens, voire même de la possession, tant les institutions apparentées sont légions<sup>214</sup>.

Si bien que nous n'allons décrire l'évolution chronologique des notions romaines que dans la mesure pertinente pour notre étude; étude pour laquelle l'analyse du droit romain trouve son intérêt principal dans l'usage (ou le mésusage, comme nous l'expliquerons) qu'en font les juristes européens postérieurs. C'est pourquoi nous nous permettrons d'être ici succinct sur certaines particularités, tout en approfondissant certains points tels que le principe de spécialité, l'exigence d'exclusivité de la propriété et la problématique des «propriétés superposées», si proches des propriétés divisées qu'elles ont parfois été confondues par les auteurs.

### A. Principes et fondements du droit romain de la propriété

C'est à l'aube du dernier siècle avant notre ère que le fondement de la notion classique de propriété prend forme en droit romain<sup>215</sup>. Le terme *dominium ex jure Quiritium* («maîtrise quiritaire ou civile») apparaît en effet dans ce sens à cette époque, après (déjà) une longue évolution<sup>216</sup>.

Le *dominus* (entendez «maître» plutôt que «propriétaire») est titulaire de la souveraineté sur l'objet de sa propriété<sup>217</sup>. L'essentiel est résumé dans cette phrase: un titulaire (le sujet), un objet (ce sur quoi porte la propriété) et un pouvoir (le lien entre les deux). Cette façon de présenter la chose correspond assez bien au raisonnement tenu par les Romains, comme le montre GAIUS: «*Omne autem ius quo utimur uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones.*»/«*Les droits dont nous faisons usage se rapportent tous, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions*<sup>218</sup>.» Il s'agit là

<sup>214</sup> Dans le même sens, voir, parmi d'autres, LEVY J.-P., p. 17.

<sup>215</sup> RUELLE/FABRI, p. 118. ELLUL (*Antiquité*, p. 411) situe autour de l'an 40 avant J.-C. l'utilisation du terme *dominium* pour désigner la propriété. Peu importe; l'essentiel est de noter que l'affaire se fait dans le courant du dernier siècle de la République romaine.

<sup>216</sup> En effet, l'adoption de la loi des Douze Tables et la transformation de la procédure romaine ont renforcé la nature de la «propriété» romaine, à l'origine très relative. Il est ainsi possible d'affirmer que le *dominium* (d'autres institutions existaient à l'origine – *mancipium*, *nexus*, etc. –, mais n'ont pas de liens d'ascendance forts avec celui-ci: RIPERT, p. 48) apparaît par la procédure formulaire: PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1104 ss. Sur l'origine de la propriété à Rome, voir surtout ZENATI, *Essai*, p. 199 ss, et aussi OTTIMOFIORE, p. 63; ELLUL, *Antiquité*, p. 355 ss; LEVY J.-P., p. 16 s.; AUBENAS, p. 11 ss; BESNIER, *Vicissitudes de la notion romaine de propriété*, p. 322 et 324 ss; GUIRAUD, p. 221.

<sup>217</sup> Voir PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1111; AUBENAS, p. 14; MACQUERON, p. 502.

<sup>218</sup> GAIUS, *Inst.* 1, 8.

d'une approche objective qui consiste à observer le droit de la même manière qu'un spectateur assiste à une pièce de théâtre<sup>219</sup>.

D'emblée, il nous faut souligner le caractère particulier de ce pouvoir offert au *dominus* qui n'est pas un droit subjectif<sup>220</sup>, mais une souveraineté, une puissance, la domination complète et exclusive sur l'objet. Il s'agit de l'emprise la plus absolue qui puisse exister sur un bien<sup>221</sup>. Elle n'est cependant pas illimitée pour autant<sup>222</sup>.

La définition du titulaire est, dans son principe, rapidement réglée. Caractéristique qui se retrouve plus tard dans l'Europe carlovingienne, l'ancien droit romain a un fort caractère personnel en plus d'être territorial et formel, comme nous le verrons. Cela implique que seul un citoyen romain peut être titulaire d'un droit de propriété, à l'exclusion des pérégrins – faute pour ces derniers, non pas simplement d'être reconnus comme participants à la vie politique, mais en réalité d'être reconnus déjà comme sujets de droit<sup>223</sup>.

Avant de nous intéresser aux caractéristiques du *dominium* et aux facultés qu'il offre (2), nous étudions la question de son champ d'application (1). Puis, nous nous penchons sur les particularités du droit foncier (3).

Par ailleurs, si le droit privé s'est très tôt largement débarrassé du carcan religieux<sup>224</sup> et communautaire pour se centrer sur l'individu, le cadre familial reste pour sa part assez lourd et mérite que nous nous y attardions quelque peu (4).

---

<sup>219</sup> VILLEY, *Droit romain*, p. 45 («Trois choses, doivent être examinées sur le vaste théâtre qu'est le monde du droit: [...]»); ZENATI, *Essai*, p. 214 («[L]a vie juridique est un théâtre dont il convient de déterminer les personnages [...], le décor (res) et les activités (actions en justice)»). Voir aussi, dans le même sens, VILLEY, *Droit subjectif*, p. 206 ss. Cette approche sera souvent reprise, par exemple, par SAVIGNY, *System I*, p. 334 s.

<sup>220</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 17; VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 247.

<sup>221</sup> JUSTINIEN, Inst. 2, 4, 4 (*plena in re potestas*); RUELLE/FABRI, p. 118 s.; CORIAT, p. 18; GIRARD, p. 277. Un parallèle fort existe entre le *dominium* du propriétaire, la *patria potestas* du chef de famille et même l'*imperium* des magistrats; autres formes de puissance sociale: PAUL, D. 50, 16, 215.

<sup>222</sup> PAUL, D. 8, 2, 24.

<sup>223</sup> LEVY J.-P., p. 22; GIRARD, p. 284 s. En réalité, des distinctions plus fines s'imposent. D'abord, tous les citoyens romains ne peuvent pas prétendre à la propriété. Il faut pour cela être revêtu du *commercium* (soit du plein exercice des droits civils), ce dont ne dispose que le *pater familias*, en principe seul *sui iuris*. Plus tard, par le truchement de traités, les Latins sont assimilés aux Romains et il est possible pour des pérégrins – en tant qu'individus ou tribus (ou même comme cités pérégrines, notamment Marseille) – de recevoir le *commercium*. Voir GIRAUD, *Essai I*, p. 9, ainsi que PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 420 et 1124; AUBENAS, p. 15; CORNIL, p. 13.

<sup>224</sup> Aux origines, la propriété foncière est religieusement consacrée et, de ce fait, déplacer les limites d'un champ était un crime puni de la mort: RIPERT, p. 41 et 48 (il en allait de même chez les Grecs); LABOULAYE, p. 69 s. Le caractère pénal d'un tel comportement se maintiendra: FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 4; LOYSEL, n° 255.

## 1. Classification des biens et de l'immatériel

Les juriconsultes romains – comme tout bon juriste depuis lors – élaborent une méthode d'analyse reposant avant tout sur les catégorisations, autrement dit sur un travail de qualification, c'est-à-dire de classification<sup>225</sup>. Les biens n'y échappent pas. D'une *summa divisio* simple de nombreuses sous-catégories peuvent être esquissées, ce qui complexifie quelque peu la vision d'ensemble, malgré des distinctions de principe assez claires. Il s'agit ici de s'attacher aux objets visés par la *dominium*.

§ 1. En droit romain – et ce dès les premiers temps – le critère essentiel pour déterminer ce qui peut être objet du *dominium* repose sur le caractère maîtrisable de l'objet en question: il doit être susceptible de domination, c'est-à-dire de possession<sup>226</sup>. En d'autres termes, la chose – car c'est bien ce dont il s'agit – doit être tangible, délimitée et singulière; il est donc question de *res corporales* (choses corporelles)<sup>227</sup>, séparées et individualisées<sup>228</sup>. Par là s'exprime le principe de spécialité, qui impose que la propriété ne porte que sur un seul bien et implique ainsi qu'il existe autant de propriétés que d'objets – nous verrons d'ailleurs dans un instant qu'en droit romain il y a une identité quasi-parfaite entre les deux.

*Res corporales* donc, mais pas toutes<sup>229</sup>. Le critère de maîtrise n'est que le premier élément; un second est nécessaire pour qu'un bien puisse être susceptible de devenir l'objet de la propriété d'un particulier. Il est en effet possible de distinguer deux groupes de choses corporelles; et le second doit être soustrait du champ d'application. Le premier est composé des *res in patrimonio*<sup>230</sup>. Cette catégorie procède d'une définition négative par rapport au second groupe. Celui-ci est formé par les choses qui

<sup>225</sup> GIRARD, p. 260. Cf. *infra* note n° 233, les développements sur GAIUS, D. 1, 8, 1, *pr.*-1 (GAIUS, *Inst.* 2, 2); MARCIANUS, D. 1, 8, 2, *pr.*-1. Ces textes sont frappant par la clarté de la systématique juridique qu'ils expriment.

<sup>226</sup> SCHMIDLIN, p. 158; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 900 ss. En droit romain, la possession se compose de deux éléments absolument nécessaires: le *corpus* (élément matériel), soit la maîtrise matérielle, et l'*animus* (élément psychologique), soit la conscience et la volonté de posséder: PAUL, D. 41, 2, 3, 1; SCHMIDLIN, p. 161; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 997 ss; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 216 ss. Par souci de synthétisation du propos, nous faisons l'économie de l'analyse approfondie de cette notion; l'analyse de la possession n'étant d'ailleurs pas comme telle indispensable à l'étude de la propriété: GIRARD, note n° 1 de la p. 288.

<sup>227</sup> Le mot *res* s'utilise en latin pour qualifier tout ce qui se distingue du sujet de droit (KÆLIN, p. 20 s.). Il est donc d'une acception très large *a priori*. Sur cette notion, cf. *infra* p. 99 s.

<sup>228</sup> SCHMIDLIN, p. 161; KASER, *Römisches Privatrecht I*, p. 376; GIRARD, p. 272 s.

<sup>229</sup> Bien qu'il n'existe pas de source romaine à ce propos, certains auteurs ont avancé l'hypothèse qu'aux origines de Rome seules les *res Mancipi* fussent susceptibles d'être soumises à la propriété quiritaire à l'exclusion des *res nec Mancipi*. Voir MONIER, *Manuel*, p. 354 ss; GIRARD, p. 272 et 285. Théorie à laquelle s'oppose MONIER (*Manuel*, p. 355 s.). Sur cette distinction particulière, cf. *infra* p. 61.

<sup>230</sup> SCHMIDLIN, p. 159; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 906; GIRARD, p. 260.

sont *res extra patrimonium*<sup>231</sup>, car elles n'ont pas vocation à servir des intérêts privés. Elles sont « *inutiles*<sup>232</sup> ». Pour les Romains, ce sont les biens affectés à la religion et les biens publics (communs à tous ou affectés à une tâche publique)<sup>233</sup>. Ces distinctions théoriques sont certes clairement délimitées dans les textes, néanmoins il faut prendre garde aux évolutions technologiques et sociales qui tendent à changer la composition de ces deux masses<sup>234</sup>.

§ 2. Aux *res corporales*, les juristes romains opposaient les *res incorporales*, et ce avec une systématisation clairement explicitée par GAIUS<sup>235</sup> dans ses *Institutes*: « *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae [...]; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum [...]* » / « D'autre part les choses sont ou corporelles ou incorporelles. Sont corporelles celles qu'on peut toucher; exemples: un terrain, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent, et

---

<sup>231</sup> La distinction entre *res in commercio* et *extra commercium* se recoupe pour partie avec celle qui vient d'être faite, mais ne porte que sur le caractère aliénable des choses et non sur leur habilité à être objet de la propriété privée: GIRARD, p. 260 et note n° 1 de la même page. Nous nous reposons à ce propos sur l'analyse de ce dernier auteur qui semble être, parmi les principaux auteurs, celui qui a l'approche la plus fine. VILLEY (*Droit subjectif*, p. 208 s.) et MONIER (*Manuel*, p. 343) considèrent que seule la seconde terminologie est pertinente. Les questions étudiées ici n'en sont pas affectées.

<sup>232</sup> PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 902.

<sup>233</sup> Il s'agit en latin des *res nullius divini iuris*, respectivement des *res nullius humani iuris*. GAIUS, D. 1, 8, 1, *pr.* (GAIUS, *Inst.* 2, 2 ss); MARCIANUS, D. 1, 8, 2, *pr.*-1; SCHMIDLIN, p. 159 s.; PICHONNAZ, *fondements romains*, n° 908 ss; KAELIN, p. 21 s.; MONIER, *Manuel*, p. 343; GIRARD, p. 260 ss. Comme en droit positif suisse, les Romains distinguaient entre le patrimoine qui en raison de son affectation à des tâches publiques échappe à la manne privée et les éléments naturels qui échappent à toute appropriation, publique ou privée (air, mer, eaux courantes et rivages), et qui sont partant toujours des *res extra patrimonium*. Nous voyons, dans les passages du Digeste ici cités que les distinctions entre droit divin et humain, droit privé et public, choses corporelles et incorporelles sont clairement établies. La distinction entre chose publique ou commune n'est toutefois pas très claire (voir KAELIN, p. 22). Mais, cela importe peu pour nous, car dans un cas comme dans l'autre, la chose échappe au droit privé, et donc à toute propriété individuelle ou commune des particuliers. En ce sens, le fait qu'une chose soit commune à tous (*res communes*) n'implique pas qu'elle soit la propriété (de droit privé) de tous les citoyens; distingo parfois mal exprimé, notamment par KAELIN, p. 22. Dans notre sens, GIRARD (p. 264) qualifie ces choses comme étant « *hors du patrimoine des particuliers* » (dans le même sens, voir MONIER, *Manuel*, p. 347), ce qui est bien plus précis que de dire qu'elles échappent à la propriété privée, car rien n'est moins sûr: à ce propos, cf. *infra* nos développements sur la nature (controversée) de la détention par l'État des choses en son pouvoir en note n° 330.

<sup>234</sup> SCHMIDLIN, p. 158.

<sup>235</sup> Éminent jurisconsulte romain du II<sup>e</sup> siècle après J.-C. ayant vécu sous les règnes des Antonins.

*ainsi de suite. Sont incorporelles les choses qu'on ne peut toucher, telles que les choses qui consistent en un droit, comme une succession, un usufruit, les obligations, de quelque manière qu'elles aient été contractées. [...] – car le droit de succession lui-même, ainsi que le droit d'usufruit, et le droit de l'obligation sont, en eux-mêmes, incorporels. Comptent également parmi les biens incorporels les droits afférents aux biens-fonds urbains et ruraux [...]»<sup>236</sup>.*

Nous pouvons d'ores et déjà annoncer ici que cette systématisation opérée par GAIUS est un leitmotiv tout au long de cette étude, puisqu'elle est et fut connue de pratiquement tous les juristes européens, des glossateurs à nos jours, y compris des juristes anglais; elle est ainsi surabondamment convoquée aux fins des raisonnements menés par la doctrine sur les problématiques de systématique du droit des biens. Visuellement, nous pouvons voir le résultat proposé dans un schéma dressé par VILLEY<sup>237</sup>.

Cela précisé, revenons à la distinction opérée. Les choses incorporelles sont celles qui n'ont pas d'existence physique; elles sont immatérielles<sup>238</sup>. Il s'agit, notamment, des *iura in re aliena* (l'équivalent fonctionnel des autres droits réels modernes) et des *iura ad rem* (l'équivalent fonctionnel des droits relatifs modernes)<sup>239</sup>. Cette classification crée un premier écueil: où situer le *dominium* parmi ces catégories? Manifestement, il ne figure pas au nombre des *iura* dans les *res incorporalis*<sup>240</sup>. Ce qui conduit – dans un classement binaire des éléments – à une seule conclusion: assimiler le *dominium* à son objet<sup>241</sup>. En ce sens, ce constat est regrettable, car il en découle une perte de clarté dans la distinction du matériel et de l'immatériel<sup>242</sup>. Et cela l'est d'autant plus

<sup>236</sup> GAIUS, D. 1, 8, 1, 1 (GAIUS, *Inst.* 2, 12 s.). Pour les besoins de nos explications, nous rompons ici la linéarité historique de la présentation, car les choses incorporelles furent longtemps ignorées et la terminologie n'apparaît qu'au début de notre ère sous l'influence de la philosophie stoïcienne hellénistique: PATAULT, p. 18; MONIER, *Manuel*, p. 341; GIRARD, p. 273. Cette division des biens est tellement fondamentale que, selon PATAULT (p. 18), «[p]our comprendre la propriété hier, aujourd'hui, demain, il faut toujours revenir au fil conducteur donné par GAIUS.»

<sup>237</sup> Cf. *infra* p. 539, schéma n° 1. GRETTON, p. 803 ss brosse un panorama complet des ordres juridiques en proposant des classements schémas de chaque ordre juridique en opposant, les *Gaianisms* aux *Non-Gaianisms*. La versatilité de l'exercice proposé montre également ses limites intrinsèques. Sur le schéma de GAIUS précisément, voir GRETTON, p. 804 ss.

<sup>238</sup> KAELIN, p. 21 («*nicht berührbaren Vermögenswerte*»); NICHOLAS, *Roman Law*, p. 98 («*Things which exist only in the mind's eye*»); GIRARD, p. 273 («*celles qui ne tombent pas sous les sens*»).

<sup>239</sup> GIRARD, p. 273.

<sup>240</sup> Ce point n'est pas controversé: RUELLE/FABRI, p. 126; VILLEY, *Droit subjectif*, p. 212 ss.

<sup>241</sup> ULPPIEN, D. 7, 6, 5 *pr.* Voir ELLUL, *Antiquité*, p. 411; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1112 et note n° 1017 de la p. 280; NICHOLAS, *Roman Law*, p. 107; MONIER, *Manuel*, p. 342; GIRARD, p. 273. Raccourci d'autant plus commode que le langage courant (tant latin que actuel) semble le permettre.

<sup>242</sup> GIRARD, p. 273. Cela pose toutefois peu de problèmes pour notre étude, puisqu'il est clair que seules les *res corporales* peuvent être l'objet du *dominium*; un pouvoir, même complet, sur une

que la propriété ne peut être assimilée de la sorte aux *res corporales* et se réduire ainsi à une simple chose.

Cela amène au second écueil – dont la résolution correcte permet de résoudre le premier –, mais qui a conduit à un certain niveau de confusion pour nombre d'auteurs: le *dominium* est-il bel et bien considéré comme un droit, *a fortiori* subjectif<sup>243</sup> ?

La réflexion impose une réponse négative, bien que nuancée, car tout est question de point de vue. En effet, l'assimilation du *dominium* à son objet n'est pas absolue. Les juristes connaissent bien la distinction, mais ne font pas grand cas de la terminologie. De même, la possession est bien distincte de la chose – sans pour autant entrer dans la catégorie des *iura in re aliena*<sup>244</sup>. Or, pour des raisons que nous développons plus bas, ils mélangeront aussi les termes *possessio* et *dominium*. Une même indépendance de la chose peut-elle être donnée au *dominium*<sup>245</sup> ? Rien n'est moins sûr.

Ce que nous pouvons tenir pour certain est que les Romains ne raisonnent pas en termes de droits subjectifs<sup>246</sup>. À Rome, l'enjeu est procédural. Les juristes romains conçoivent bien que la propriété lie une chose à un sujet de droit, mais l'éventualité d'une notion de droit (subjectif) sur un bien ne s'envisage que de manière *ad hoc* et pour des *iura in re aliena* (et encore cette affirmation est une bravade contre la logique romaine classique<sup>247</sup>). Ils n'imaginent par contre en aucune manière que le propriétaire puisse lui avoir un «droit» sur son propre bien<sup>248, 249</sup>. Seuls des «droits» sur la

---

*res incorporales* ne peut évidemment pas consister en une propriété: NICHOLAS, *Roman Law*, p. 107. Par ailleurs, l'avantage du classement est de nettement distinguer la propriété (souveraineté en principe absolue) de tous les autres droits (à vocation bien moins absolutiste).

<sup>243</sup> OTTIMOFIORE, p. 71 ss (qui se pose la question sans y répondre); ELLUL, *Antiquité*, p. 411 (qui ne considère pas, à juste titre, la propriété comme un *iura* au sens strict); PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1112; ZENATI, *Essai*, p. 213 ss (qui fait l'analyse la plus poussée et conclut par la négative); MONIER, *Manuel*, p. 342 (qui souligne la dissociation intellectuelle opérée par les Romains entre *iura* et propriété).

<sup>244</sup> JAVOLENE, D. 41, 2, 23, *pr.*-1. Voir, de manière détaillée sur ce sujet, MONIER, *Possession*, p. 238 ss.

<sup>245</sup> MONIER, *Possession*, p. 243, qui explique que la même assimilation est faite entre possession et objet, ainsi qu'entre *dominium* et objet. S'il existe certainement des liens conceptuels entre la possession et la propriété romaines, la systématique juridique les distingue clairement: MONIER, *Possession*, p. 244.

<sup>246</sup> La démonstration a été faite, de manière convaincante, par VILLEY, *Droit subjectif*, p. 201 ss et spécialement p. 221 ss («À notre avis, la notion de droit subjectif ne joue à peu près aucun rôle dans la systématique ordinaire du droit romain classique.»). Voir, dans le même sens, THI-REAU, *Fondements de la codification moderne*, p. 90; ZENATI, *Essai*, p. 213 ss.

<sup>247</sup> VILLEY, *Droit subjectif*, p. 206 ss et 225 s. («Seuls certains des *iura* particuliers, l'*usufruit* ou le *gage*, par exemple, envisagés objectivement dans le système des *Institutes*, ont pu être conçus comme des droits subjectifs, par un glissement de sens très naturel. Ces quelques créations isolées ne sauraient constituer un système véritable de droits subjectifs.»).

<sup>248</sup> ULPIEN, D. 7, 6, 5 *pr.*; ZENATI, *Essai*, p. 218; MONIER, *Manuel*, p. 342. À la vue des écrits cités *supra* en note n° 243, il convient d'admettre avec les plus importants de ces auteurs qu'il

chose d'autrui sont envisageables; mais ceux-ci, comme le *dominium*, sont également des choses (incorporelles) conformément au schéma de GAIUS. Ainsi, VILLEY écrit que «[I]e mot *proprietas* ne [lui] paraît nullement désigner (à l'époque classique) un quelconque droit subjectif, c'est une qualité du fonds, sa qualité d'être propre à quelqu'un, qualité objective dont on peut se rendre le maître comme d'un usufruit, d'un jus, d'une chose incorporelle: *dominus proprietatis*<sup>250</sup>.»

Aussi, il convient d'abandonner notre approche subjective moderne et de chercher une autre clef de classification<sup>251</sup>. L'opposition entre *res corporales* et *res incorporales* s'utilise lorsqu'il s'agit de décrire les objets appréhendés par l'ordre juridique. Pour appréhender le *dominium*, il convient d'utiliser l'opposition entre *iura* et *corpus* (ou *corpora*)<sup>252</sup>. La portée respective des deux oppositions est cependant identique<sup>253</sup>. Si bien que si nous retrouvons dans la seconde la même opposition que celle du droit moderne entre le droit de propriété et les autres droits réels, il n'est pas pour autant possible de considérer que *iura* et *corpus* puissent être regroupés sous une appellation autre que celle de *res*. Aussi, un constat s'impose-t-il, savoir celui de la très claire distinction entre la propriété quiritaire et les *iura in res aliena*, fondée non pas sur un critère quantitatif (la mesure de la maîtrise sur la chose), mais bien sur une distinction qualitative (la chose dans sa corporalité face aux utilités que l'on peut en tirer)<sup>254</sup>.

En lien avec cela, est également intéressante pour nous la discussion consistant à se demander si lors du transfert d'une *res corporalis* vers un nouveau *dominus*, le même

---

nous faut, pour bien comprendre le système juridique romain, s'extraire de notre logique subjective, contrairement à ce qui se fit chez les glossateurs; même si cela requiert un effort considérable. Nous avons, par ailleurs, déjà évoqué le lien entre le sujet de droit et l'objet de droit: cf. *supra* p. 51 et note n° 221. Notons toutefois que, de façon quelque peu paradoxale, la terminologie romaine – *dominium* puis *proprietas* – est centrée sur l'individu, alors que la linguistique de la féodalité est plus portée sur la reconnaissance de la légitimité du titulaire d'une prérogative par les tiers: PATAULT, p. 26. Notons par ailleurs que la locution «*ius in re propria*», en usage dans la doctrine anglo-américaine, n'est pas issue du droit romain.

<sup>249</sup> En ce qui concerne la *possessio*, si celle-ci peut éventuellement être comprise comme une forme de *res incorporales*, elle n'est en aucun cas un droit: MONIER, *Possession*, p. 239.

<sup>250</sup> VILLEY, *Droit subjectif*, p. 225.

<sup>251</sup> L'erreur fréquente consistant à attribuer aux juristes romains une approche subjective du droit (telle que la pratiquent les juristes continentaux modernes et actuels) est fort ancienne puisqu'elle remonte aux déformations opérées par les glossateurs, puis les auteurs de l'École du droit naturel. Cf. *infra* p. 258 (notre chapitre sur le processus de subjectivisation du droit du point de vue philosophique). Voir déjà EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 18; VILLEY, *Droit romain*, p. 47 ss.

<sup>252</sup> Dans le même sens, PATAULT, p. 85 et 109.

<sup>253</sup> Monier, *Possession*, p. 239.

<sup>254</sup> GAIUS, D. 39, 2, 19 («*sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant*»). La propriété correspondant à son objet, GIRARD (p. 273) synthétise – par une élégante substitution – la classification ainsi: «*le premier terme de la division [les choses corporelles] correspond au droit de propriété, et le second à tous les autres droits.*» Dans le même sens, MONIER, *Manuel*, p. 343.

*dominium* perdue avec une simple rocade dans la personne du titulaire ou si, au contraire, le changement de titulaire implique la disparition du *dominium* actuel et simultanément la création d'un nouveau de toute pièce. Autrement formulé, le *dominium* peut se concevoir comme ayant une existence indépendante du sujet de droit, tout en étant lié au sort de l'objet – c'est l'approche objective. Mais, l'on peut aussi imaginer à l'inverse que le *dominium* soit lié au sujet de droit et que toute substitution (ou *a fortiori* la disparition du sujet de droit) entraîne son anéantissement – c'est l'approche subjective. L'alternative ne semble pas pouvoir être définitivement tranchée sur la base des textes<sup>255</sup>. L'approche objective correspond toutefois bien à l'idée de confusion entre la *res corporalis* et le *dominium*, de même qu'elle s'inscrit aisément dans le principe de l'hérédité jacente.

§ 3. Revenons à la question du champ d'application du *dominium*. Faute de pouvoir être possédées (critère de maîtrise), les *res incorporales* ne devraient pas être susceptibles de faire l'objet d'une propriété, au contraire des *res corporales*<sup>256, 257</sup>. La question est pourtant controversée chez les juristes – romains comme modernes. La terminologie de GAIUS (que nous avons reprise), qui qualifie tant le corporel que l'incorporel de « *res* », ouvre la porte à une assimilation des deux catégories en une seule; ce qui est en droit romain dogmatiquement juste<sup>258</sup>. C'est la position de cet auteur: pas celle des auteurs classiques ultérieurs, à la tête desquels se trouve ULPYEN<sup>259</sup>. Pour le premier, lorsqu'il est question des *res incorporales*, le critère de la possession tomberait, mais pas celui de la maîtrise (qui serait donc en réalité plus large): le *ius in re aliena*, pour être une chose au sens juridique, doit être susceptible d'appropriation, de maîtrise; en somme, il doit être factuellement utilisable<sup>260</sup>. Cette chose juridique existe bel et bien dans l'esprit romain<sup>261</sup>.

La distinction opérée par GAIUS est utilisée au Moyen Âge par les glossateurs, lesquels ne manquent pas d'exploiter cette controverse<sup>262</sup>. Cela en particulier, car la notion de *res*, qui « *correspond, au point de vue juridique, à l'ensemble des avantages*

---

<sup>255</sup> PIOTET, *La perpétuité de la propriété*, p. 21.

<sup>256</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 106 s. Cet auteur (britannique) note que si le continent a repris en droit moderne la distinction esquissée par GAIUS, le *common law* ne l'a fait que dans une certaine mesure.

<sup>257</sup> Si nous admettons ce point, cela ne signifie pas pour autant – cela va sans dire – que le droit privé ne s'occuperait pas des *res incorporales*: KAELIN, p. 20.

<sup>258</sup> VILLEY, *Droit subjectif*, p. 215. Les *res incorporales* sont ainsi des « objets » juridiques (créés de toute pièce par le droit), au même égard que les *res corporales*.

<sup>259</sup> ULPYEN, D. 5, 3, 18, 2; *id.*, D. 37, 1, 3, *pr.*-1; *id.*, D. 39, 2, 13, 1; *id.*, D. 43, 26, 2, 3; *id.*, D. 44, 2, 7, *pr.*; PAUL, D. 41, 2, 3, *pr.* Voir aussi KASER, *Römisches Privatrecht I*, p. 376.

<sup>260</sup> PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 896 ss, 900 et 920 ss; KASER, *Römisches Privatrecht I*, p. 377 (qui précise que toute usucapion sur les choses incorporelles est impossible).

<sup>261</sup> PATAULT, p. 85.

<sup>262</sup> Cf. *infra* p. 129.



[que la *res*] peut procurer à l'homme [...]»<sup>263</sup>, s'apparente remarquablement à la saisine du droit coutumier qui ne s'intéresse qu'aux *utilités* des choses – nous le verrons. Toutefois, le système romain a ceci de clair: le *dominium* ne porte que sur les *res corporales*<sup>264</sup>.

§ 4. En définitive, à Rome est adoptée une approche matérialiste de la division des biens; elle se fonde en effet purement sur les caractéristiques propres aux biens et non sur une approche fonction de la valeur sociale qu'ils revêtent<sup>265</sup>, comme nous en rencontrerons plus tard, ni en aucun cas sur une approche subjective du droit.

§ 5. Parmi les *res incorporales* évoquées par GAIUS se trouve aussi, en sus des droits, l'*hereditas* (le patrimoine successoral)<sup>266</sup>. Classer ainsi ce dernier nommé est interpellant pour le juriste continental moderne. En effet, il apparaît par cette classification qu'un patrimoine peut – en tant que tel – être appréhendé comme un tout et faire l'objet, si ce n'est du *dominium*, au moins d'un *ius in re aliena*; ce qui de toute évidence serait contraire au droit suisse actuel<sup>267</sup>. Nous pouvons nous interroger sur la mesure dans laquelle cela est techniquement vrai.

Le droit romain connaît incontestablement le principe de spécialité des droits réels; nous venons en effet d'évoquer l'exigence de singularité et d'individualité. POMPONIUS<sup>268</sup> le démontre d'ailleurs par un exemple simple: celui d'un troupeau de bêtes qui ne peut pas être l'objet d'une propriété: «*Quant à la troisième sorte d'objets, il faut le voir. Tout un troupeau n'est pas usucapé comme chaque bien [peut l'être], ni comme ainsi les choses liées entre elles. Qu'en est-il donc? Quoique la nature de celui-ci soit qu'avec un ajout des corps, le troupeau reste, il n'existe pas, de même, cependant, d'usucapion de la totalité du troupeau, mais de même qu'il y a la possession d'animaux singuliers, de même, il y a une usucapion [de ceux-ci]*»<sup>269</sup>.» Aussi, chaque animal doit-il être l'objet d'un *dominium* qui lui est propre. La propriété ne porte que

<sup>263</sup> MONIER, Possession, note n° 1 de la p. 236 qui s'appuie notamment sur PAPINIEN, D. 31, 66, 6 («*ususfructus enim, etsi in jure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet*»).

<sup>264</sup> PICHONNAZ, *Questions choisies*, p. 112; MONIER, *Possession*, p. 235; MONIER, *Manuel*, p. 364.

<sup>265</sup> PATAULT, p. 92.

<sup>266</sup> GAIUS, D. 1, 8, 1, 1 (GAIUS, *Inst.* 2, 13).

<sup>267</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 85. KAELIN, p. 20 et note n° 81; KASER, *Römisches Privatrecht I*, p. 319.

<sup>268</sup> Autre éminent jurisconsulte du milieu du II<sup>e</sup> siècle après J.-C.

<sup>269</sup> «*De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capiatur usu, quomodo singulae re: nec sic, quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio; sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.*»: POMPONIUS, D. 41, 3, 30, 2. Dans le même sens, JULIANUS, D. 6, 1, 56. En latin, la situation est qualifiée de *corpus ex distantibus*: SCHMIDLIN, p. 164.

sur un seul à la fois et il y a autant de propriétés que d'animaux dans le troupeau; le troupeau est uniquement l'agrégation des animaux qui le composent. Donc, si l'ordre juridique romain reconnaît un ensemble de valeurs patrimoniales<sup>270</sup> comme formant un tout qu'il est possible de régir collectivement, ce doit être dans des situations exceptionnelles et bien particulières.

Deux cas sont envisageables: l'*hereditas* mentionné par GAIUS<sup>271</sup>, pour un motif propre à la technique romaine de transmission à cause de mort, et certains patrimoines d'affectation, pour des raisons socio-économiques<sup>272</sup>. Prenons d'abord la question successorale. Le patrimoine du *de cuius* est apte à former un tout cohérent – appréhendable en tant qu'entité propre –, car sa composition est définitivement arrêtée<sup>273</sup>. Unité juridique – *universitates* en droit postclassique – sujette à une action unique<sup>274</sup> certes, mais l'*hereditas* n'est pas pour autant l'objet d'une propriété (par hypothèse unique): cette masse patrimoniale n'appartient en effet (provisoirement) à personne, pas même aux héritiers légaux<sup>275</sup>. Il s'agit là du système original (par rapport au droit suisse du moins<sup>276</sup>) de l'hérédité jacente adopté par les Romains: une phase transitoire existe entre le dessaisissement du mort et la saisine du vif. En conséquence, il peut exister des *res in patrimonio* qui n'ont cependant aucun propriétaire, bien que visées globalement par une unique action procédurale. Pour ce qui a trait aux patrimoines d'affectation, leur existence résulte d'une ambiguïté quant à leur propriétaire. La dot, par exemple, appartient tant au mari qu'à sa femme<sup>277</sup>; il convient donc de distinguer cette masse du patrimoine (propre) du mari<sup>278</sup>. De même, les personnes qui se trouvent sous la puissance du *pater familias* – membres de la famille ou esclaves – n'ont pas de patrimoine

---

<sup>270</sup> Les Romains – comme le droit suisse, nous l'avons déjà expliqué – n'incluent dans le patrimoine que ce qui a une valeur vénale. Le patrimoine se compose donc des diverses *res*: *dominium*, *ius in re aliena* et *obligationes* (créances et dettes). Pour plus de détails sur cette notion, voir PAUL, D. 50, 16, 5. Voir aussi COLLINET, p. 387 ss; MONIER, *Manuel*, p. 348; GIRARD, p. 275 s.

<sup>271</sup> KASER, *Römisches Privatrecht I*, p. 377.

<sup>272</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 60 s. Aux deux catégories de situations énoncées, il ne convient pas d'ajouter les cas d'acquisition universelle d'un patrimoine, telle que la *venditio bonorum*. Bien que l'entier d'un patrimoine soit acquis en une seule fois, il s'agit bien de l'ensemble des droits individuels sur chacune des composantes de celui-ci qui est transmis et non «le patrimoine» lui-même.

<sup>273</sup> Juridiquement du moins, puisque matériellement la composition dudit patrimoine peut évoluer par subrogation réelle: ULPPIEN, D. 33, 4, 1, 4; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 60 s.; COLLINET, p. 386.

<sup>274</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 60 s.; COLLINET, p. 380.

<sup>275</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 9.

<sup>276</sup> Mais pas pour les juristes autrichiens, italiens, espagnols et portugais qui appliquent encore – avec des variantes nationales – le système de l'*hereditas jacens*: DUTOIT, *Perspectives*, p. 13-15.

<sup>277</sup> La situation est à dire vrai plus nuancée, floue et controversée chez les jurisconsultes: MONIER, *Manuel*, p. 298.

<sup>278</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 61.

qui leur est propre: tout appartient au chef de famille (seul *sui iuris*). Ces personnes se voient toutefois attribuer par lui un *peculium profecticium* (pécule), soit un ensemble patrimonial, qu'ils ont la charge d'administrer<sup>279</sup>. Par commodité, il convient donc – tant pour la dot que le pécule – de tenir une comptabilité propre à ces universalités juridiques<sup>280</sup> et distincte des autres éléments du patrimoine du sujet de droit<sup>281</sup>.

En réalité, des trois spécificités dont nous venons de discuter, aucune ne constitue donc une véritable exception au principe d'unité du patrimoine d'une personne<sup>282</sup>, mais elles forment des ensembles juridiques déterminés<sup>283</sup>. C'est pourquoi la dot et le pécule peuvent être qualifiés de quasi-patrimoines<sup>284</sup>. Quant au patrimoine (général) d'un sujet de droit, il ne forme lui-même en principe ni une entité propre, ni une *universitates*<sup>285</sup>.

§ 6. Finalement, au sein même des objets soumis au régime de la propriété romaine, il convient de distinguer entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi*. D'aucune portée en droit moderne<sup>286</sup>, cette catégorisation demeure intéressante à un égard au moins. Elle reflète l'importance sociale essentielle revêtue par certains objets de la propriété dans une civilisation encore rurale: biens fonds, bêtes de trait, esclaves, etc.<sup>287</sup>. En effet, l'aliénation de ces objets – dits *res Mancipi* – est entourée de précautions particulières impliquant un important formalisme<sup>288</sup>. Nous voyons ainsi le transfert d'immeubles et de meubles recouvert par une même exigence de forme, ce qui tranche avec les régimes

<sup>279</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 61 s.; MONIER, *Manuel*, p. 349.

<sup>280</sup> ULPIEN, D. 15, 1, 7, 2; COLLINET, p. 385. Le principe de la subrogation réelle s'applique: ULPIEN, D. 15, 1, 32, 1.

<sup>281</sup> ULPIEN, D. 15, 1, 5, 4.

<sup>282</sup> PAPINIEN, D. 27, 1, 30, 1; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 61.

<sup>283</sup> COLLINET, p. 386 s.

<sup>284</sup> ULPIEN, D. 15, 1, 5, 3 (« *petit patrimoine* » selon les traductions de HULOT et GAURIER); OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 61; COLLINET, p. 381 et 383. Voir PIOTET, *Pluralités de patrimoines*, p. 563.

<sup>285</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 62; MONIER, *Manuel*, p. 348 (qui relève qu'il n'existe pas de terme technique pour désigner le patrimoine); COLLINET, p. 377 ss. Toutefois, notre affirmation est à tempérer face à la divisibilité sans limite consacrée par les droits médiévaux: par rapport à ces droits, Rome connaît bien une notion de patrimoine individuel unique. Voir PIOTET, *Pluralités de patrimoines*, p. 563 s.

<sup>286</sup> La distinction disparut sous JUSTINIEN: JUSTINIEN, C. 7, 31; SCHMIDLIN, p. 166; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 969; GIRARD, p. 271.

<sup>287</sup> ELLUL, *Antiquité*, p. 357; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 967; GIRARD, p. 272.

<sup>288</sup> ELLUL, *Antiquité*, p. 357; SCHMIDLIN, p. 166; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 968. Le transfert des *res Mancipi* ne peut se faire que par *mancipatio* (présence de témoins) ou *in iure cessio* (concours du prêteur). Alors que pour les *res nec Mancipi*, la *traditio* est suffisante. Sur le mécanisme de ces modes de transferts, voir GAIUS, *Inst.* 1, 119 ss; *id.*, *Inst.* 2, 24; SCHMIDLIN, p. 221 ss, 223 s. et 224 s.; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1309 ss et 1333 ss. Quant au rôle de ces exigences formelles, il est possible d'y voir – toute proportion gardée – d'antiques précurseurs de la forme authentique (55a Tit. fin. CC).

juridiques d'autres époques<sup>289, 290</sup>, mais rapproche au contraire le droit romain du droit médiéval.

## 2. Caractéristiques du *dominium* et facultés offertes à son titulaire

§ 1. La propriété quiritaire est absolue, exclusive et perpétuelle<sup>291</sup>. Absolue; car le propriétaire a plein pouvoirs sur le bien. Toutefois, quoiqu'en apparence infinis et universels, les impératifs sociaux viennent logiquement limiter les prérogatives du *dominus*, qui n'a donc pas à Rome un pouvoir arbitraire sur la chose<sup>292</sup>. En outre, dans la tradition romaine, la propriété se conçoit comme une liberté (par rapport à un objet) garantie par l'ordre juridique. Ce qui entraîne deux conséquences. La première – intuitive – implique de conditionner la titularité du *dominium* aux personnes aptes à jouir de la liberté, savoir celles qui ont la capacité civile. Autrement dit, un pérégrin ne peut pas être propriétaire: seul un citoyen romain peut l'être<sup>293</sup>. De la seconde conséquence – technique, mais bien plus importante pour nous – découle qu'en tant que liberté, la propriété ne peut pas être démantelée de l'intérieur; si des restrictions existent (et il y en a), elles proviennent nécessairement de l'extérieur<sup>294</sup>. Ces restrictions peuvent exister tant dans l'intérêt public que privé<sup>295</sup>. En matière de droit privé, le raisonnement conduit à retenir la théorie dite «de la charge» – que nous savons être celle toujours applicable en droit positif suisse – laquelle conçoit la propriété comme un tout complet, cependant que les prérogatives de tiers sur l'objet viennent comprimer ladite liberté<sup>296</sup>.

§ 2. Le *dominus* est maître sur le bien à l'exclusion de toute autre personne (*erga omnes*). Cette dernière caractéristique du droit écarte donc la possibilité qu'il puisse y avoir plusieurs propriétés sur un même objet; ce qui n'empêche toutefois pas la présence d'autres droits réels en sus de la propriété, car celle-ci garde alors vocation à retrouver sa plénitude<sup>297</sup>. Cela étant dit, une difficulté non négligeable se présente

---

<sup>289</sup> Nous pensons ici aux droits continentaux modernes.

<sup>290</sup> À aucune époque, nous ne traitons dans cette étude de la question de la propriété des esclaves, car cela nous mènerait trop loin et surtout l'intérêt pour le droit positif est fort heureusement inexistant.

<sup>291</sup> ELLUL, *Antiquité*, p. 411; CORIAT, p. 19; LEVY J.-P., p. 19; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 88 et 263; CORNIL, p. 83.

<sup>292</sup> PATAULT, p. 85; CORIAT, p. 18 s.; LEVY J.-P., p. 19 s.; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 90; GIRARD, p. 277.

<sup>293</sup> Ce que nous savons déjà: cf. *supra* p. 49.

<sup>294</sup> SCHMIDLIN, p. 212.

<sup>295</sup> LEVY J.-P., p. 20; GIRARD, p. 277. La sixième table de la Loi des Douze Tables contient d'ailleurs déjà des règles limitant les pouvoirs effectifs du propriétaire et déterminant les rapports de voisinage: ELLUL, *Antiquité*, p. 356 s.; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 75; MONIER, *Manuel*, p. 361; MACQUERON, p. 510; GIRARD, p. 278 s.

<sup>296</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3227; PIOTET, *Traité*, n° 8.

<sup>297</sup> LEVY J.-P., p. 20 s.

quand il s'agit de construire un système de copropriété. Il semble en effet impossible qu'un bien puisse appartenir en totalité à plusieurs personnes<sup>298</sup>. Les Romains connaissaient pourtant le *condominium*. Comment alors réconcilier cette situation avec l'exigence d'exclusivité de la propriété?

D'abord, s'il est admis dans les premiers temps de la République que chaque copropriétaire peut disposer seul du bien (sauf opposition d'un autre)<sup>299</sup>, cela n'est très vite plus le cas. Des limites apparaissent. La propriété d'un copropriétaire d'omnipotente devient, face à celle des autres, «conditionnelle»<sup>300</sup>. Or, de deux choses l'une, soit il reste possible de faire coïncider le système de la copropriété avec la définition de la propriété, soit il devient nécessaire d'admettre qu'il existe plusieurs sortes de propriétés<sup>301</sup>. En réalité, et contrairement à la seconde branche de l'alternative – dogmatiquement inadmissible –, il faut bien plutôt admettre que chaque copropriétaire est titulaire d'une propriété complète, néanmoins limitée par celle des autres copropriétaires<sup>302</sup>. La situation est en somme identique à celle qui existe en présence, sur un même objet, d'un droit de propriété et d'autres droits réels: celle-là ne change pas de nature du fait de la présence de ceux-ci; c'est l'exercice de la propriété qui se trouve modifié<sup>303</sup>. Le caractère exclusif (et absolu) du droit n'en souffre donc pas<sup>304</sup>. Dans cette mesure, il existe plusieurs propriétés complètes sur un même objet, ce que nous pouvons qualifier de «propriétés superposées».

<sup>298</sup> DESTRAIS, p. 24.

<sup>299</sup> MONIER, *Manuel*, p. 370; GAUDEMET, *Étude*, p. 18 s., à propos de l'indivision héréditaire. Selon la qualification d'un auteur repris par GAUDEMET (*Étude*, p. 18), il s'agit d'un «*dominio in solido di tutti i soci*».

<sup>300</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 264; MONIER, *Manuel*, p. 370; PELLAT, p. 2. Dans ces passages – à dire vrai peu clairs – les auteurs utilisent le terme de «*propriété partielle*», ce qui laisse à penser que les copropriétaires sont titulaires d'une forme spéciale de droit de propriété, et celui de «*propriété partagée*», ce qui évoque plutôt un droit de propriété unique entre les mains de tous. Il s'agit là de deux courants doctrinaux qui ont existé en Suisse au XX<sup>e</sup> siècle. Voir PIOTET P., *Propriétés collectives*, p. 18 ss et 30 ss.

<sup>301</sup> DESTRAIS, p. 2 s. De même, en droit suisse, PIOTET P., *Propriétés collectives*, p. 22. Contra CORNIL, p. 85, qui écrit faussement que «*le droit appartient à tous*».

<sup>302</sup> ULPIEN, D. 13, 6, 5, 15; SCHMIDLIN, p. 217; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 264; MONIER, *Manuel*, p. 370 ss; DESTRAIS, p. 25. Pendant la période classique et dans les codifications de JUSTINIEN, le copropriétaire peut donc agir de manière pleinement indépendante: MONIER, *Manuel*, p. 372.

<sup>303</sup> DESTRAIS, p. 3. Par ailleurs, cela est conforme au principe d'externalité des contraintes à la propriété.

<sup>304</sup> En droit positif suisse, il convient de distinguer entre exclusivité et élasticité, nous y reviendrons. Cette distinction permet d'affirmer sereinement que la copropriété respecte elle aussi l'exigence d'exclusivité du droit de propriété: PIOTET P., *Propriétés collectives*, p. 21 ss et les nombreuses références.

§ 3. Le *dominium* ne disparaît qu'avec son objet, sauf volonté contraire de son titulaire<sup>305</sup>. Cela implique également que la propriété ne peut être transmise pour un terme ou sous condition résolutoire<sup>306</sup>.

§ 4. Ayant énoncé ces trois caractéristiques de la propriété romaine, rien n'a encore été révélé sur les facultés concrètes offertes au *dominus*. Il convient de corriger cela, car à Rome toute analyse juridique passe par une approche concrète, pragmatique et procédurale<sup>307</sup>. Aussi, l'ordre juridique romain donne-t-il au propriétaire le droit d'user et de disposer du bien, ainsi que les actions judiciaires lui permettant d'en repousser toute ingérence (*actio negatoria*) et de revendiquer le bien dont il se trouve dépossédé (*rei vindicatio*)<sup>308</sup>. Il s'agit là du reflet, sous une autre forme, du célèbre triptyque: *uti, frui, abuti*; souvent cité, mais anachronique<sup>309</sup>. Le droit romain étant (purement) pragmatique, il n'énonce pas les facultés du propriétaire. Ce n'est donc que par voie détournée qu'il est possible de déduire ce qu'elles sont. Ainsi, dans l'inventaire des facultés offertes à l'usufruitier figurent les droits de jouir et d'user de la chose<sup>310</sup>. Le régime foncier, de la même façon, nous donne une description des facultés de l'occupant de terres conquises<sup>311</sup> par les termes utilisés pour désigner son droit sur le sol: «*habere possidere frui licere*»<sup>312</sup>.

---

<sup>305</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 88. Le propriétaire peut ainsi perdre ou faire déréliction de son droit. Voir OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 326.

<sup>306</sup> LEVY J.-P., p. 21; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 326.

<sup>307</sup> CORIAT, p. 17 et 19: «*Le droit romain a préféré à l'élaboration d'un concept unitaire théoriquement défini l'énumération concrète des pouvoirs du propriétaire: ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une analyse dogmatique mais ont été dégagés par voie empirique en étudiant les démembrements de la propriété – [...] – et les recours judiciaires [...]*».

<sup>308</sup> GAIUS, *Inst.* 4, 16 (en procédure des actions de la loi); le même, *Inst.* 4, 92 (en procédure formulaire); SCHMIDLIN, p. 212; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1137 ss; GIRARD, p. 359 ss; CORNIL, p. 121 ss et 129 ss; DESTRAIS, p. 27 ss et 61 ss. Ces moyens procéduraux s'ajoutent aux interdits possessoires déjà évoqués: cf. *supra* note n° 169.

<sup>309</sup> OTTIMOFIORE, p. 65; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 869 et 1112; ZENATI, *Essai*, p. 191; MACQUERON, p. 512; PELLAT, p. 1 s. Cette formule n'a fait son apparition que bien plus tard au Moyen Âge, par extrapolation d'un fragment de ULPPIEN, *D.* 5, 3, 25, 11. Elle ressort d'une approche juridique étrangère à la vision pratique des jurisconsultes romains. Voir SCHMIDLIN, p. 213; CORIAT, p. 17; LEVY J.-P., p. 18. Cf. *infra* p. 132.

<sup>310</sup> ULPPIEN, *D.* 7, 6, 5, *pr.*; JUSTINIEN, *Inst.* 2, 4, 1; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1130 ss (qui omet de préciser que ce sont les facultés de l'usufruitier qui sont énumérées, d'où en sont déduites celles d'un propriétaire); LEVY J.-P., p. 18.

<sup>311</sup> Système particulier que nous expliquons plus avant. Cf. *infra* p. 66.

<sup>312</sup> CORIAT, p. 20; GIRARD, p. 380; LABORDERIE, p. 92. Cette formule figure dans une loi agraire de l'an 111 avant J.-C. Des siècles plus tard, GAIUS (*Inst.* 2, 7) utilisa la formule: «*nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere iudemur.*» Voir GIRARD, p. 285 et 380. Cette description du contenu de la propriété provinciale ressortit d'une conception pratique plus forte des magistrats que celle du *dominium* régie par le droit quiritaire: LABORDERIE, p. 90.

L'approche romaine est d'ailleurs très pertinente. Parce qu'une énumération – aussi complète qu'elle puisse paraître – ne permet pas d'approcher une notion de propriété qui résiste à l'analyse, car « *énumérer c'est limiter, et limiter l'absolu est contraire à toute logique*<sup>313</sup> ». Or, ce constat est parfaitement en accord avec la théorie de la charge qui n'admet pas que la propriété puisse être considérée comme un ensemble de facultés, car elle est un tout non-démembable<sup>314</sup>. Plus tard, nous verrons qu'une vision diamétralement opposée régira le droit féodal et influencera les codifications modernes.

En conséquence, l'essentiel ayant été exposé dans son principe, nous n'avons au fond pas grand-chose à ajouter sur les facultés concrètes du *dominus*.

§ 5. Ajoutons néanmoins la remarque suivante. En droit romain, le pouvoir de disposition sur le bien (*abusus*) fait pleinement partie des attributs du propriétaire<sup>315</sup>. Cela se reflète notamment dans la systématique des matières du *Corpus Iuris Civilis* et des *Institutes* de GAIUS: le droit des successions est traité immédiatement après celui des biens; le dénominateur commun étant la question du transfert des *res*<sup>316</sup>. Le critère du *ius disponendi* permet également une distinction nette entre *dominium* et *iura in re aliena*; ces derniers ne comprenant effectivement que des éléments d'*usus* et de *fructus* (l'*abusus* demeurant toujours sur la tête du *dominus*)<sup>317</sup>. Quoiqu'il en soit, en matière foncière le pouvoir de disposition peut être fortement restreint, ce que nous allons constater ci-dessous. Nous verrons que les juristes modernes utilisent ce critère de pouvoir de disposition comme clef de classification des institutions d'origine féodale<sup>318</sup>.

### 3. Particularités du droit foncier: *ager romanus*, *ager publicus* et fonds provinciaux

Ce qui a été dit de manière générale sur la propriété romaine vaut *mutatis mutandis* pour les biens-fonds et – conformément au principe de l'accession – ce qui leur est rattaché (bâtiments et plantations)<sup>319</sup>. Les Romains ne faisaient d'ailleurs guère la dif-

<sup>313</sup> DESTRAIS, p. 3. Dans le même sens, EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 102; PIOTET, *Traité*, n° 8; MONIER, *Manuel*, p. 361.

<sup>314</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3227.

<sup>315</sup> AUBENAS, p. 15; MEYNIAL, p. 6 (« *le vrai symbole de la propriété romaine c'est l'abusus* »).

<sup>316</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 98 s. et note n° 1 de la p. 99.

<sup>317</sup> MEYNIAL, p. 6. Il s'agit là d'un argument, comme l'évoque cet auteur, pour refuser la théorie du démembrement de la propriété en droit romain.

<sup>318</sup> Cf. *infra* p. 346 (à propos du sort des institutions féodales et communautaires en droit autrichien).

<sup>319</sup> POMPONIIUS, D. 19, 1, 40; GAIUS, D. 41, 1, 7, 10 (bâtiments) et 13 (plantes); ULPPIEN, D. 43, 18, 1, *pr.*; PICHONNAZ, n° 1488; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 268 s. et 372 s.; NICHOLAS, *Roman Law*, p. 135; GIRARD, p. 265; CORNIL, p. 169.

férence<sup>320</sup>; aucun juriste ne va dresser une division de principe entre meubles et immeubles. Bien entendu, la dissemblance est connue, et reflétée dans le régime juridique foncier<sup>321</sup>, mais le sol n'a pas la prééminence sociale sur la propriété mobilière, comme ce sera le cas au Moyen Âge et, dans une moindre mesure, de nos jours<sup>322</sup>.

Un même régime juridique réel est donc applicable pour toutes les choses corporelles – mobilières et immobilières<sup>323</sup>. Cela n'empêche pas de nouveaux retranchements au champ d'application de la propriété des particuliers. En effet, le droit romain est fortement territorial. Il n'y a ainsi que l'*ager romanus* (aussi nommé *ager privatus*) qui soit susceptible d'occupation (par un citoyen) sous la forme du *dominium*<sup>324</sup>.

Les terres conquises par les légions romaines forment au contraire l'*ager publicus*<sup>325</sup>. À l'origine, toutes les conquêtes de Rome sont concernées, puis dans le courant du dernier siècle avant notre ère, la condition des fonds latins fut unifiée. Sous l'exception d'un grand nombre de pâturages, toute l'Italie passe dans la propriété privée et devient *res mancipi*<sup>326</sup>. Seuls les fonds provinciaux restent donc hors du champ de la propriété des particuliers<sup>327</sup>.

En effet, «[Rome] ne reconnaît pas au sol provincial l'aptitude à la propriété quiritaire, ou plus exactement, en vertu de la doctrine à laquelle elle s'est arrêtée après

---

<sup>320</sup> Cela est expliqué, brièvement mais clairement, par VAN BEMMELLEN, p. 15 ss, qui montre que les différences de traitement qui peuvent exister dans l'ordre juridique romain entre meubles et immeubles n'impliquent aucune différence de nature. Voir, en outre, SCHMIDLIN, p. 167; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 965; KAELIN, p. 24.

<sup>321</sup> L'importance de la dissemblance se serait d'ailleurs matériellement accentuée avec le temps: GIRARD, p. 265.

<sup>322</sup> Soulignons toutefois que la question agraire est à Rome une querelle fréquente et importante qui préside à la lutte des classes sociales et à d'importants changements. Voir TITE-LIVE, *Histoire romaine II*, chapitre XLI; LABOULAYE, p. 76 ss. De même, dès la période royale, sont distinguées différentes catégories de terres qui suivent des régimes juridiques distincts: la grande distinction entre terres romaines et terres pérégrines existe ainsi déjà dans son principe. Voir, pour plus de détails et des explications graphiques, HERMON, p. 18 ss. Chez les peuples barbares, la propriété mobilière est évidemment la seule qui compte socialement: JACQUES, p. 64 s.

<sup>323</sup> von der Decken, p. 11.

<sup>324</sup> LEVY J.-P., p. 22; GIRARD, p. 285; LABORDERIE, p. 89; DESTRAIS, p. 18.

<sup>325</sup> «*La guerre a donné à l'État le territoire conquis.*»: TROPLONG, p. 87. Sur le régime des terres conquises à l'époque royale, voir HERMON, p. 18 ss; TROPLONG, p. 87 s. Notons aussi en passant que, en vertu de la loi agraire de l'an 111 avant J.-C., les propriétaires ou éleveurs avaient le droit de laisser paître gratuitement leurs troupeaux sur l'*ager publicus*: ELLUL, *Antiquité*, p. 356; MONIER, *Manuel*, p. 360.

<sup>326</sup> MONIER, *Manuel*, p. 360; MACQUERON, p. 513; LABORDERIE, p. 92. Les pâturages restent dans le domaine public de l'État et le reste des terres entre certes pleinement dans les mains des particuliers, mais celles des grands propriétaires et non des plébéiens: LABOULAYE, p. 84 ss.

<sup>327</sup> MONIER, *Manuel*, p. 366 s.; LABOULAYE, p. 92. Il faut excepter les cités ayant reçu le *commercium* (cf. *supra* note n° 223).



quelques tâtonnements dès la fin de la République, elle prétend seule en être propriétaire<sup>328</sup>.» Ces terres appartiennent donc collectivement au peuple romain<sup>329</sup>. Elles sont en effet *res publicae*, une sous-catégorie des *res nullius humani iuris*<sup>330</sup>. Nonobstant, pour leur mise en culture, l'usage de ces terres est cédé à des particuliers. Cette cession (opérée par un magistrat) ne donne pas à l'occupant la propriété du sol, mais sa simple jouissance<sup>331</sup>. Ces fonds concédés sont alors nommés *ager occupatorii* (ou *possessionses*)<sup>332</sup>.

En raison de la propriété retenue par Rome, les moyens procéduraux sont limités puisque le concessionnaire ne dispose d'aucune des actions pétitoires du *dominus*<sup>333</sup>. La concession reste ainsi précaire et son titulaire peut facilement être «exproprié» par l'État<sup>334</sup>. Pourtant, souvent exploitées et mises en valeur par une même famille sur plusieurs générations, les terres (et les liens créés avec ces dernières) font naître un senti-

<sup>328</sup> GIRARD p. 285. Voir aussi LABORDERIE, p. 91; LABOULAYE, p. 95. En outre, cf. *infra* la note n° 330.

<sup>329</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 7.

<sup>330</sup> Cf. *supra* p. 54 et note n° 233. Le peuple romain est alors considéré comme entité propre, incarnation de l'État. La question de la nature de cette occupation étatique a fait l'objet de débats modernes: la puissance publique est-elle titulaire d'un droit de souveraineté *sui generis* ou d'une propriété privée? En effet, il n'est pas clair au strict point de vue de la systématique romaine de déterminer si les *res extra patrimonium* sont inaccessibles à la propriété des particuliers ou purement et simplement non susceptibles de faire l'objet d'une propriété. Ces débats donnèrent lieu à une abondante littérature (Rudolf VON JHERING, *Der Streit*; DERNBURG, *Rechtsgutachten*; puis la réponse du premier au second, *Erwiderung auf das von H. Dernburg, Prof. in Halle in dem [...] rechtstreit [...] abgestellte Rechtsgutachten*, Bâle 1862) et ne furent pas purement théoriques puisque dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, il fallut trancher un conflit entre les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne nouvellement créés quant au sort des anciennes fortifications de la ville de Bâle dans le cadre du partage patrimonial des possessions de l'ancien canton de Bâle. Les auteurs du XX<sup>e</sup> siècle (SALEILLES, GIRARD, VEGTING) sont enclins à admettre une propriété privée de l'État, tout en admettant que le cadre de son exercice soit particulier puisqu'il ressort au droit public. En somme, la puissance publique bénéficie des mêmes attributs qu'un particulier et dispose dans l'exercice de ceux-ci de latitudes plus importantes découlant du pouvoir d'*imperii*. Sur cette question bâloise, hormis les références déjà citées, voir surtout la compilation des documents officiels relatifs à l'affaire commandée par la ville de Bâle (intitulée *Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke*, Bâle 1862) et l'ouvrage de Hermann Friedrich Fridolin EISELE, *Ueber das rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. Programm zur Rectoratsfeier der Universitaet Basel*, Bâle 1873, ainsi que le résumé de SALEILLES, p. 81 ss, mais aussi GIRARD, note n° 3 de la p. 262; VEGTING, p. 3 et 31 ss. Sur les conséquences modernes de ce débat quant aux théories dualiste et moniste relatives au domaine public, avec une emphase historique, voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 609 ss.

<sup>331</sup> GIRARD (p. 379) utilise le terme de «pseudo-propriété».

<sup>332</sup> MONIER, *Manuel*, p. 359; GIRARD, p. 285. En droit classique, des sous-catégories existent: fonds tributaires (propriété du peuple romain lui-même) et fonds stipendiaires (propriété de l'Empereur). Voir GAIUS, *Inst.* 2, 21; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 100; MONIER, *Manuel*, p. 366.

<sup>333</sup> GIRARD, p. 285 et 379.

<sup>334</sup> MONIER, *Manuel*, p. 359; LABOULAYE, p. 73 ss et 96.

ment d'appropriation aussi fort que le *dominium*. L'équité conduit alors à la promulgation par le préteur d'interdits protégeant l'occupant contre toute intrusion de tiers<sup>335</sup>. Puis, une action analogue à la revendication est accordée au concessionnaire à l'époque classique. Ce malgré quoi le *dominium* reste tout de même exclusivement à l'État.

L'ordre juridique ne considérant pas le concessionnaire comme un *dominus*, il a par conséquent été nécessaire d'expliquer quelles étaient les facultés offertes à lui. Or, en étudiant celles-ci il appert en réalité qu'elles sont identiques à celles d'un propriétaire<sup>336</sup>. Il existe donc – dans un même ordre juridique – deux institutions juridiques qui offrent les mêmes facultés (et avec le temps les mêmes garanties) sur deux objets juridiques différents: le *dominium fundi* et la concession d'un fonds provincial (*possessio*)<sup>337</sup>. Ce qui est là une immense différence avec le droit privé moderne suisse<sup>338</sup>. Un autre élément très intéressant de cette construction est qu'en un sens deux propriétés se superposent l'une sur l'autre<sup>339</sup>. État de fait qui intéressera tout particulièrement les glossateurs.

#### 4. Exercice « familial » d'un droit individuel et autres restrictions au *dominium*

La propriété romaine telle que nous l'avons présentée jusqu'ici semble dans son exercice particulièrement proche de celle que nous connaissons. Il faut toutefois se méfier de cette première impression, car il convient de contextualiser notre analyse.

Nous l'avons dit, quelle que soit l'époque, l'exercice de la propriété est soumis aux us et coutumes de la société<sup>340</sup>. Or, à Rome, le noyau fondamental de la société n'est pas l'individu, mais la famille<sup>341</sup>. Celle-ci est représentée par un *pater familias* qui a vir-

---

<sup>335</sup> LABOULAYE, p. 75 et 97 (qui met en avant la dichotomie entre la relation spéciale du possesseur face à l'État et celle qui est la sienne face à un particulier, assimilable à celle du propriétaire).

<sup>336</sup> SCHMIDLIN, p. 212; LABORDERIE, p. 93.

<sup>337</sup> LABORDERIE, p. 91 s. («*propriété secondaire*, sui generis»). Sur la distinction entre les deux institutions, voir SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, p. 133 ss.

<sup>338</sup> SCHMIDLIN, p. 211. Ainsi, au sens du droit suisse, les choses étant juridiquement distinctes des objets de la propriété intellectuelle, la propriété, ne portant que sur celles-là, ne peut pas porter sur la seconde catégorie: STEINAUER, *Droits réels I*, n° 62 ss. Cependant, en droit suisse, un droit de superficie dont la titularité dépend d'une concession de droit public – notamment d'une concession hydraulique – offre une forte analogie avec le droit romain, quoiqu'il s'agisse alors d'une superficie régie par le droit public (fédéral ou cantonal). Voir PIOTET, *Superficie*, p. 73 ss, n° 27 ss (spécialement n° 32).

<sup>339</sup> FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 10; LABORDERIE, p. 93.

<sup>340</sup> La sixième table de la Loi des Douze Tables contient d'ailleurs déjà des règles limitant les pouvoirs effectifs du propriétaire et déterminant les rapports de voisinage: ELLUL, *Antiquité*, p. 356 s.; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 75; MONIER, *Manuel*, p. 361; GIRARD, p. 278 s. Dans la même veine, l'abus de droit limite aussi le droit de propriété: GAIUS, *Inst.* 1, 53; CORIAT, p. 20; AUBENAS, p. 15.

<sup>341</sup> MACQUERON, p. 508; GIRARD, p. 282.

tuellement les pleins pouvoirs sur les biens familiaux. Ce n'est que dès la période classique que le propriétaire s'extrait du joug familial, notamment par le biais de la reconnaissance d'un pécule nous l'avons déjà montré<sup>342</sup>.

Aussi, la propriété quiritaire qui, en raison de sa proximité avec la notion moderne de propriété privée individuelle, nous apparaît si individuelle ne l'est pas tant<sup>343</sup>. Notre vision est en réalité biaisée par notre propre conception et celle des glossateurs qui ont coloré le *dominium* d'une teinte individualiste étrangère à la pensée romaine<sup>344</sup>. En effet, d'une part, l'autorité familiale du *pater familias* limite – à tout le moins conceptuellement – la liberté des *agnats* et, d'autre part, la famille a son mot à dire en ce qui concerne les aliénations des immeubles (en particulier ceux que l'époque carlovingienne qualifiera de «propres»), ce qui n'est pas sans appeler un parallèle avec certaines institutions de la période féodale<sup>345</sup>.

Par ailleurs, le *dominium* ne fut jamais la seule et unique «propriété» (au sens large). Son rôle social n'est pas le même qu'à d'autres époques, ni même encore que de nos jours. D'autres institutions juridiques le concurrencent et viennent en restreindre l'aura et la portée; surtout lors de l'expansion territoriale et commerciale que connaît la République dans son dernier siècle, puis dès l'avènement de l'Empire, ce sur quoi nous allons maintenant nous pencher.

## B. Droit romain de la fin de la République à la fin du Principat

Dans les quelques pages précédentes, nous venons de décrire les caractéristiques principales de la propriété de droit romain. Toutefois, les choses sont plus complexes qu'elles n'y paraissent; et ce particulièrement en droit vulgaire. La mosaïque juridique d'institutions de droit des biens commence à prendre de l'ampleur à la fin de la République, ainsi que sous le Principat, et se diversifie à outrance pendant le Dominat, à mesure que les situations factuelles reçoivent la sanction juridique de l'État. En quelque sorte, la réalité rattrape progressivement le droit.

Le langage juridique se diversifie aussi. Dans le droit romain classique, il existe plusieurs façons de désigner la propriété: *dominium* bien sûr, mais aussi *proprietas*<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 97; MONIER, *Manuel*, p. 349; MACQUERON, p. 509. Cf. *supra* p. 61.

<sup>343</sup> AUBENAS, p. 14.

<sup>344</sup> OTTIMOFIORE, p. 74; MACQUERON, p. 501.

<sup>345</sup> En ce qui concerne l'époque féodale, nous pensons en particulier au *retrait lignager*: cf. *infra* p. 119.

<sup>346</sup> Le terme *proprietas* remonte aux premières heures de l'Empire. (Quasi-)synonyme de *dominium*, utilisé surtout par opposition à l'usufruit, il n'y a pas lieu d'analyser ici plus avant les distinctions linguistiques et étymologiques: NERATIUS, D. 41, 1, 13, *pr.*; RUELLE/FABRI,

Ici, nous nous pencherons sur les nouvelles formes de propriété – «*d'une dignité inférieure*<sup>347</sup>» – consacrées par les magistrats que sont la propriété pérégrine (1) et la propriété prétorienne (2). Nous évoquerons aussi les évolutions juridiques subséquentes survenues avant les codifications de l'Empereur JUSTINIEN (3).

### 1. La « propriété » pérégrine

Pour les pérégrins, nous l'avons vu, il n'est pas question d'accéder à la propriété quiritaire et à la protection judiciaire qui lui échoit<sup>348</sup>. Or, avec le développement des échanges commerciaux et l'extension des territoires sous domination romaine, il devient néanmoins nécessaire de leur trouver une forme de protection qui soit reconnue par le droit romain. C'est l'objet du travail du préteur pérégrin<sup>349</sup>. Ce dernier va donc promulguer des actions analogues à celles à disposition des citoyens pour protéger leur propriété. Partant, sera reconnue une propriété pérégrine; résultat d'une fiction qui consiste à considérer les pérégrins comme s'ils étaient des citoyens romains<sup>350</sup>. En conséquence, la situation du pérégrin est similaire à celle du propriétaire provincial, ou bonitaire (que nous allons étudier immédiatement)<sup>351</sup>.

Un ordre juridique, deux formes de propriété? Notre logique s'y oppose. Pourtant, le pérégrin se voyant reconnaître une propriété (pérégrine) dans les mêmes circonstances qu'un citoyen, le seul élément distinguant la propriété pérégrine du *dominium* devient le sujet de droit lui-même. Dans cette configuration, il existe bien deux formes de propriété dans le même ordre juridique. Mais, les objets de la propriété pérégrine et l'institution elle-même demeurent régis par des principes identiques à ceux du *dominium*.

À l'inverse, la propriété pérégrine peut aussi avoir pour vocation la protection par l'État romain d'une propriété régie par un droit étranger, l'institution caractérise alors

---

p. 117; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1111; PATAULT, p. 17; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 100 s.; MACQUERON, p. 502; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 3.

<sup>347</sup> AUBENAS, p. 15 s.

<sup>348</sup> GIRARD, p. 380.

<sup>349</sup> Après l'apparition d'un préteur en l'an 367 avant J.-C., un second magistrat judiciaire – le préteur pérégrin – lui fut adjoint en l'an 242 avant J.-C. pour faire face à la recrudescence des affaires judiciaires entre Romains et pérégrins. Par la promulgation annuelle d'un édit et l'*imperium*, ces deux magistrats remodelent en profondeur le paysage juridique romain dès le III<sup>e</sup> siècle avant J.-C., mais en particulier au I<sup>er</sup> siècle avant J.-C. Voir ELLUL, *Antiquité*, p. 312 s.

<sup>350</sup> D'abord uniquement possessoires, les actions à disposition sont rapidement de nature pétitoire. Voir ELLUL, *Antiquité*, p. 411; MONIER, *Manuel*, p. 366 et 382; GIRARD, p. 380; CORNIL, p. 78.

<sup>351</sup> MONIER, *Manuel*, p. 366. CORNIL (p. 77 ss) introduit d'ailleurs ces trois institutions ensemble. Il s'agit en effet à chaque fois d'agir en souplesse sur un critère du *dominium* qui fait défaut: le sujet de droit (propriété pérégrine), l'objet de droit (propriété provinciale) ou la forme du mode d'acquisition (propriété prétorienne).

en réalité une règle de droit international privé (dans un sens très lâche)<sup>352</sup>. Différents ordres juridiques interviennent donc, chacun ayant sa propre forme de propriété; Rome assimilant, par le jeu de la qualification, la propriété étrangère à la sienne, agissant ainsi dans une perspective hégémonique dont la rationalité est inconnue au droit suisse actuel, comme nous le verrons dans la troisième partie de notre étude.

## 2. La propriété prétorienne

Une autre forme inédite de propriété est le *dominium in boni* (propriété prétorienne ou bonitaire), nommée ainsi car protégée par l'*actio Publiciana* (action Publicienne); variante de l'action en revendication et accordée par le préteur<sup>353</sup>. GAIUS la présente en miroir de la propriété quiritaire: «[...] ; *sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*»/«Plus tard, la notion de propriété se scinda: une même chose pouvait appartenir à l'un de droit quiritaire et se trouver au nombre des biens de l'autre<sup>354</sup>». Comment cela est-il possible? C'est en réalité simple. À Rome, pour acquérir la propriété (quiritaire), les modes ordinaires d'acquisition dérivée doivent être strictement respectés<sup>355</sup>; faute de quoi la propriété ne passe pas. Aussi, tout autre mode (extraordinaire) comporte un «vice» empêchant l'opération de venir à chef: soit que les formes de transfert d'une *res mancipi* ne sont pas respectées, soit que l'acquisition résulte de l'effet d'une loi ou d'une décision de justice<sup>356</sup>. Néanmoins, nonobstant ce vice, l'acquéreur dispose d'un titre d'acquisition et se trouve être légitime dans sa maîtrise du bien<sup>357</sup>. Il dispose alors de l'*actio Publiciana* pour protéger sa maîtrise paisible contre toute usurpation d'un tiers dès le moment où il reçoit le bien<sup>358</sup>. Ce dernier point représente toute l'originalité du

<sup>352</sup> MONIER, *Manuel*, p. 366. OURLIAC/DE MALAFOSSE (p. 94) écrivent que la propriété pé-régrine ressort du droit public.

<sup>353</sup> Voir le titre du D. 6, 2 intitulé «*De Publiciana in rem actione*»; MODESTIN, D. 41, 1, 52; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1121; MONIER, *Manuel*, p. 364; GIRARD, p. 375 s.; CORNIL, p. 81 et 131 s.; DESTRAIS, p. 27. Le mot «*Publiciana*» prend une majuscule, car il dérive du nom du préteur qui a semble-t-il consacré cette action: PUBLICIUS.

<sup>354</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 40. Voir PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1119; DIGBY, p. 316 s.

<sup>355</sup> Cf. *supra* note n° 288.

<sup>356</sup> Il est possible de trouver des auteurs mentionnant le cas du disposant n'ayant pas le pouvoir de transférer la chose (PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1121; GIRARD, p. 376), ce qui correspond à l'état de fait d'une acquisition d'un tiers de bonne foi (cf. *infra* note n° 358). Toutefois, cette situation ne semble pas correspondre aux situations envisagées par les textes d'ULPIEN; l'acquéreur étant alors assimilé à un usufruitier: MONIER, *Manuel*, p. 365 s. et la référence citée; DESTRAIS, p. 55, qui mentionne la «*différence fondamentale*» entre les deux situations. Dans le même sens, VAN BEMMELEN, p. 23 ss. Voir, en outre, DIGBY, p. 316 s.

<sup>357</sup> ELLUL, *Antiquité*, p. 411; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1121 s.; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 93; DESTRAIS, p. 56. Par «*légitime*», il faut comprendre une situation pouvant donner lieu à usucapion, autrement dit l'équité impose l'acquéreur comme seul ayant droit sur la chose.

<sup>358</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 40.; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1121 s.; CORNIL, p. 132 s.; DESTRAIS, p. 56. Sur le principe, il ne s'agit pas là d'un mécanisme totalement inconnu au

système, car il n'est plus nécessaire d'attendre la fin du délai d'usucapion pour obtenir une protection judiciaire complète<sup>359</sup>. C'est néanmoins la finalité de ce mécanisme qui nous est totalement étrangère: la création d'une «autre» propriété en sus de la propriété quiritaire par le jeu d'une fiction procédurale. Il ne faut en effet pas se méprendre. Le *dominium* reste – conformément aux règles qui en régissent le transfert – sur la tête du propriétaire quiritaire<sup>360</sup>, alors que la propriété prétorienne suit un régime distinct qui est indépendant de la première. En conséquence, il est possible (c'est le cas d'école dans lequel la propriété prétorienne trouve toute sa justification) que la titularité de ces deux propriétés n'appartienne pas à la même personne<sup>361</sup>.

En complément de cette action en revendication spéciale, le propriétaire bonitaire dispose assez sûrement – aux mêmes conditions – de l'*actio negatoria* le prémunissant contre les immixtions de tiers dans sa maîtrise du bien<sup>362</sup>. Par le truchement de ces deux moyens de procédure, ce propriétaire bénéficie des mêmes protections que le *dominus*<sup>363</sup>.

Entre propriété pérégrine et propriété quiritaire, il était possible de douter qu'elles fassent partie d'un seul et même ordre juridique, le doute n'est pas permis ici<sup>364</sup>. Le droit romain classique connaît deux formes de propriétés: celle quiritaire et celle prétorienne; les deux offrant les mêmes prérogatives<sup>365</sup>, aux mêmes personnes et visant les mêmes objets. Les juriconsultes en sont d'ailleurs parfaitement conscients

---

juriste suisse: celui protégeant le tiers acquéreur de bonne foi est – techniquement – très similaire (art. 933 et 937 al. 1 CC). Précisons par ailleurs que l'*actio Publiciana* ne protège que le propriétaire bonitaire dessaisi de la chose; pour celui qui est simplement dérangé dans sa possession, il doit élever l'exception Publicienne, à sa disposition aux mêmes conditions: GIRARD, p. 378. Voir aussi CORNIL, p. 131 ss (qui souligne le glissement vers un mélange, une perte de systématique).

<sup>359</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 41. Cette action implique donc qu'il soit fait fi du délai d'usucapion de la chose. Néanmoins les autres conditions de la prescription acquisitive doivent être remplies, soit en particulier la qualité romaine de la chose et du possesseur: ELLUL, *Antiquité*, p. 411; GIRARD, p. 287 et 376; CORNIL, p. 79.

<sup>360</sup> CORIAT, p. 21; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 93; GIRARD, p. 287.

<sup>361</sup> Il est néanmoins aussi envisageable que seule la propriété prétorienne existe, à défaut de toute propriété quiritaire: *bonorum possessio* et *bonorum venditio*. Voir OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 93.

<sup>362</sup> GIRARD, p. 379. Cela est assez logique, si nous pensons à l'argument: «*qui peut le plus peut le moins.*»

<sup>363</sup> Cf. *supra* p. 64.

<sup>364</sup> Ces deux formes de propriété s'adressent en effet aux mêmes destinataires, savoir les citoyens romains disposant du *commercium* et donc capables de bénéficier d'une usucapion: ELLUL, *Antiquité*, p. 411; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1121 s.; GIRARD, note n° 2 de la p. 375; CORNIL, p. 131; DESTRAIS, p. 57.

<sup>365</sup> GIRARD, p. 287. Seulement, conformément au principe «*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*» (ULPIEN, D. 50, 17, 54), le propriétaire prétorien ne peut transférer qu'une propriété prétorienne et non pas une propriété quiritaire.

puisque lorsque ces deux propriétés se trouvent réunies sur une même tête, il est alors question d'un *duplex dominium* (double propriété), c'est-à-dire de deux «propriétés superposées»<sup>366</sup>.

Une réconciliation avec le principe d'exclusivité – déjà largement abordé – s'impose. Il ne peut y avoir deux propriétaires sur un même bien. Or, l'argument de l'élasticité n'a pas lieu d'être ici. En effet, l'une des propriétés doit prévaloir sur l'autre, c'est-à-dire l'anéantir, sans quoi nous ne pourrions parler d'une double *propriété*. Il est facile de comprendre laquelle doit s'incliner. Ayant émergé pour corriger une iniquité, la propriété prétorienne doit pouvoir faire obstacle à la propriété quiritaire, si les conditions de celle-là sont remplies. Protégé contre tout tiers, le propriétaire bonitaire l'est aussi contre le *dominicus* qui perd, en cas de procès, définitivement l'usage de son droit<sup>367</sup>. À terme, la situation se normalise par l'échéance du délai d'usucapion, le propriétaire bonitaire devenant alors seul propriétaire quiritaire<sup>368</sup>. Dans l'intervalle, il n'en demeure pas moins que le *dominium* est vidé de sa substance et que sa dimension exclusive est mise à mal<sup>369</sup>. Ce qui n'échappera pas aux compilateurs de JUSTINIEN.

L'émergence de cette «seconde» propriété n'est donc ni plus ni moins que le fruit de la rigidité de la loi civile romaine. Correctif de la propriété quiritaire ne souhaitant qu'en améliorer l'équité et non la détruire, la propriété prétorienne est destinée à disparaître; la conciliation entre le droit au fond et le droit de procédure se devant, nécessairement, de prévaloir au final<sup>370</sup>. L'affaire se fait formellement sous JUSTINIEN, mais, dans les faits, les moyens pétitoires et publiciens évoluent de concert

<sup>366</sup> GAIUS, *Inst.* 1, 54. Voir PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1123. Ce qui est remarquable d'abstraction si nous rappelons que les Romains sont avant tout des pragmatiques qui raisonnent en fonction des actions judiciaires disponibles.

<sup>367</sup> Le propriétaire bonitaire peut en effet élever la *replicatio doli* (à fondement contractuel et effet relatif) ou la *replicatio rei venditae et traditae* (réplique de la chose vendue et transférée, à effet *erga omnes*) pour s'opposer à l'*exceptio iusti dominii* (exception du véritable propriétaire) du propriétaire quiritaire, dans l'hypothèse où le préteur aurait jugé cette exception fondée: PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1125; GIRARD, p. 377 s.; CORNIL, p. 80 s. Voir aussi ELLUL, *Antiquité*, p. 411; CORNIL, p. 131; DESTRAIS, p. 55.

<sup>368</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 41 *in fine*; GIRARD, p. 287. La propriété prétorienne n'a ainsi vocation qu'à exister temporairement (dans le même sens: GIRARD, p. 287). Ce qui nous laisse très emprunté sur le caractère perpétuel qu'elle devrait en théorie revêtir. Une approche permettant de résoudre la situation serait de souligner la fiction utilisée par le préteur. L'acquéreur est en effet traité *comme s'il était propriétaire* jusqu'à l'échéance du délai d'usucapion, moment à partir duquel il acquiert la qualité de propriété *ex ius Quiritium*. Parler de «propriété» prétorienne ne serait ainsi qu'un abus de langage. L'obstacle à une telle interprétation est évidemment la terminologie romaine. La solution (législative) est donnée par JUSTINIEN.

<sup>369</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 94. Ce qui appelle de nombreuses questions que l'époque féodale reprendra à son profit: cf. *infra* p. 132.

<sup>370</sup> PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1126.

(ce qui permet de les assimiler<sup>371</sup>) et l'abandon du formalisme se déroule bien avant déjà.

En quoi la propriété prétorienne peut-elle intéresser notre étude dans ce cas? Pour deux raisons au moins. D'abord, car elle fut ressuscitée par l'interprétation erronée des glossateurs au XIII<sup>e</sup> siècle, qui croient y voir l'explicitation de leur système féodal. La propriété bonitaire sert ainsi à la conceptualisation du double domaine féodal, puis à sa destruction théorique par les doctes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle, comme nous le verrons abondamment<sup>372</sup>. De même, en pur droit coutumier, un mécanisme similaire existe, nous y reviendrons<sup>373</sup>. Ensuite, parce que le droit anglais a suivi une approche – étonnamment – similaire au droit romain en distinguant la *legal interest* (issu du *common law*) et l'*equitable interest* (développé par la *Court of Chancery* selon les règles de l'*equity*); ce en particulier dans le cadre des *trusts*, nous le verrons aussi.

### 3. L'Édit de CARACALLA et l'évolution du régime juridique des fonds italiques

En 212 après J.-C., l'Empereur CARACALLA étend la citoyenneté romaine à tous les habitants libres de l'Empire (exception faite des pèlerins déditices)<sup>374</sup>. Cela ne laisse donc qu'une portion congrue à la propriété prétorienne, la propriété civile étant désormais ouverte très largement. L'embûche de la personnalité des lois disparaît.

Par contre la territorialité existe toujours. Les fonds provinciaux suivent, nous l'avons vu, le régime de l'*ager publicus*. Toutefois, la disparité de régime en comparaison de l'*ager privatus* s'atténue. Les possesseurs de ces terres sont bien mieux protégés puisqu'ils bénéficient d'une action en revendication analogue à celle à disposition du *dominus* (et non plus seulement de simples interdits)<sup>375</sup>. En outre, ils ont la libre disposition du fonds occupé<sup>376</sup>. Si bien que finalement, ce qui distingue en pratique les fonds latins des fonds provinciaux, c'est l'exemption d'impôt dont bénéficient encore les premiers<sup>377</sup>. Sans compter que bien qu'il s'agisse de concessionnaires, il devient courant de les désigner formellement en tant que *dominus*<sup>378</sup>. Pour ces raisons, au fur et à mesure de l'avancement du temps, la distinction – à l'origine très claire – entre propriété et possession va

---

<sup>371</sup> Ainsi, par exemple, l'action Publicienne fut étendue – avec l'ajout d'un degré de fiction supplémentaire – aux fonds provinciaux dans le courant du II<sup>e</sup> siècle après J.-C.: PAUL, D. 6, 2, 12, 2 (les biens-fonds « *qui ne peuvent être usucapés* »); GIRARD, p. 379 s.

<sup>372</sup> PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1127.

<sup>373</sup> Cf. *infra* p. 101 (à propos de la saisine *purement défensive*).

<sup>374</sup> ULPIEN, D. 1, 5, 17.

<sup>375</sup> MONIER, *Manuel*, p. 367; MACQUERON, p. 513; GIRARD, p. 379; CORNIL, p. 79.

<sup>376</sup> GAJUS, *Inst.* 2, 21 (par le moyen de la tradition); MONIER, *Manuel*, p. 367.

<sup>377</sup> LEVY J.-P., p. 20; AUBENAS, p. 15; LABORDERIE, p. 91; LABOULAYE, p. 97.

<sup>378</sup> LABORDERIE, p. 94 (qui s'appuie sur l'exemple de DIOCLETIEN); DESTRAIS, p. 18. Notons toutefois que dès le règne d'AUGUSTE, la transmission à cause de mort (notamment) de fonds latins est fiscalisée: LABOULAYE, p. 101 s.



s'estomper au IV<sup>e</sup> siècle après J.-C., la seconde étant assimilée à la première<sup>379</sup>. Mais, quoi qu'il en soit, la théorie admet toujours une propriété de l'État romain<sup>380</sup>, non plus représenté par le peuple, mais par le premier de ses citoyens: l'empereur.

## C. Dominat: l'unification formelle et la diversité juridique pratique

### 1. L'unification formelle de la notion de propriété au VI<sup>e</sup> siècle après J.-C.

Lorsque DIOCLETIEN<sup>381</sup> supprime l'exemption fiscale dont bénéficiaient les fonds italiques, il ne reste plus beaucoup d'éléments de distinction à gommer pour que les fonds provinciaux disparaissent complètement<sup>382</sup>. JUSTINIEN fait le peu qui restait à faire entre 530 et 531 de notre ère. En sus, au même moment, l'empereur supprime, d'une part, la distinction entre propriété quiritaire et prétorienne pour qu'il n'existe désormais plus qu'une seule forme de propriété de droit privé<sup>383</sup>. Il supprime, d'autre part, également l'obsolète distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi*<sup>384</sup>. Sous JUSTINIEN toujours, la propriété pérégrine disparaît finalement complètement<sup>385</sup>. La propriété quiritaire voit donc son champ d'application étendu, ses anciennes limites formelles étant supprimées<sup>386</sup>.

En pratique, cela fait bien longtemps déjà que l'unification des diverses formes de «propriétés» est admise. La codification permet de franchir le pas théorique en les unifiant formellement sous une même institution, par incorporation dans le *dominium*<sup>387</sup>.

<sup>379</sup> OTTIMOFIORE, p. 83; CORIAT, p. 20; KASER, *Römisches Privatrecht II*, p. 189; LABOULAYE, p. 97. Non seulement ici, mais aussi en matière de propriété prétorienne, rappelons-le.

<sup>380</sup> LABORDERIE, p. 91; LABOULAYE, p. 103.

<sup>381</sup> Empereur romain, ayant vécu de 244 à 311 après J.-C.

<sup>382</sup> Bien que dogmatiquement toujours rationnellement exposée, la propriété «retenue» de Rome n'est alors plus défendue que pour justifier la fiscalisation des provinces: LABORDERIE, p. 91, lequel soulève (p. 92) par ailleurs l'hypothèse que toute cette construction juridique n'aurait été imaginée que dans un but fiscal. FUSTEL DE COULANGES (*Alleu*, p. 2 et 9 s.) souligne lui que la réalité de la rétention du *dominium* par l'État «n'a jamais été prouvée historiquement.» Dans la même veine, LABOULAYE avance (p. 102) que l'union des deux notions permet d'étendre l'application des (autres) impôts existant en Italie à toutes les provinces.

<sup>383</sup> JUSTINIEN, C. 7, 25; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1126; MONIER, *Manuel*, p. 368.

<sup>384</sup> JUSTINIEN, C. 7, 31; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1126; MONIER, *Manuel*, p. 368.

<sup>385</sup> MONIER, *Manuel*, p. 368; CORNIL, p. 13. Toutefois, il convient de préciser que les personnes extérieures à l'Empire, ainsi que celles qui ne sont pas libres, ne pourront jamais accéder à la propriété romaine: MONIER, *Manuel*, p. 369.

<sup>386</sup> MONIER, *Manuel*, p. 368 s.; LABOULAYE, p. 103. Précisons encore que d'autres distinctions dont nous nous passons l'analyse furent unifiées: modes de transfert, inaliénabilité dotale, etc.

<sup>387</sup> MONIER, *Manuel*, p. 368 s.; GIRARD, p. 287; LABORDERIE, p. 94 (qui affirme que la distinction entre fonds latins et provinciaux était «*lettre morte*»); DESTRAIS, p. 20.

Avec ce qui vient d'être dit, d'aucuns pourraient penser que le régime juridique de la propriété atteint ici un degré de clarté – et de simplicité – jamais atteint jusqu'alors<sup>388</sup>. Ce serait fortement se tromper, car la fin de l'épopée romaine marque l'avènement des *iura in re aliena*, qui viennent redéfinir leur place vis-à-vis de la propriété<sup>389</sup>. Nous allons donc maintenant nous pencher sur ces éléments plus complexes – que certains n'hésitent pas à qualifier de tenures en référence aux temps féodaux<sup>390</sup> – tardivement apparus. Il s'agit du droit de superficie et de l'emphytéose (2). En même temps, presque paradoxalement, l'époque est propice aux grands propriétaires fonciers au premier rang desquels se trouvent l'Église chrétienne<sup>391</sup> et l'État romain<sup>392</sup>, ainsi que de hauts fonctionnaires fortunés; les trois occupant l'essentiel des terres<sup>393</sup>. Ce qui nous conduira à finalement étudier l'institution particulière du colonat (3).

## 2. Le droit de superficie et l'emphytéose comme formes de droit de propriété

§ 1. En vertu du principe de l'accession (présent en droit romain sous la formule *superficies solo cedit*), tout bâtiment élevé sur une terre appartient au propriétaire de cette terre. Cependant, l'État romain, pragmatique une fois de plus, dans le but politique de promouvoir les logements tout en conservant la propriété des terres et d'en économiser les coûts de construction, se met à accorder la jouissance du bâti à perpétuité ou à très long terme contre une redevance<sup>394</sup>. Comme pour les fonds provinciaux, il s'agit

---

<sup>388</sup> BESNIER, *Vicissitudes de la notion romaine de propriété*, p. 321.

<sup>389</sup> MONIER, *Manuel*, p. 369.

<sup>390</sup> MACQUERON, p. 514; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 55 ss; MEYNIAL, p. 8 s. («*domaine utile*»); POCQUET DE LIVONNIERE, p. 1 s. (à propos de l'origine des fiefs, mais qui refuse tout lien de parenté). Pour BESNIER (*Vicissitudes de la notion romaine de propriété*, p. 322) «[...] la crise économique et sociale du Bas Empire fait apparaître, [...], des formes nouvelles de propriété divisée qui préparent et annoncent la propriété médiévale.» Pour les historiens de l'Allemagne de l'Est, l'«*ordre social féodal*» s'établit par un processus qui débute dès le IV<sup>e</sup> siècle: PELLATON, p. 266 s. (à propos de l'ouvrage dirigé par l'historien Joachim HERRMANN, *Deutsche Geschichte*, de 1988). Soulignons d'emblée que le terme de tenure est d'une acception toute générale puisqu'il désigne une terre «possédée» en vertu d'un titre quelconque: DE LA TOURNERIE, p. 427.

<sup>391</sup> MACQUERON, p. 513. Après les bouleversements que les crises du III<sup>e</sup> siècle amenèrent, l'Empire se transforme en profondeur. Sa christianisation – initiée par l'Empereur CONSTANTIN dans les premières années du IV<sup>e</sup> siècle – en est l'une des caractéristiques majeures. Prohibé un siècle auparavant, le christianisme devient par l'Édit de Thessalonique en 380 la seule religion officielle du monde romain. Sur l'ascension du christianisme au rang de religion d'État et sur l'Église chrétienne dans le monde romain en général, voir GAUDEMET, *Église*, p. 7 ss.

<sup>392</sup> BLOCH, *Structures économiques*, p. 35. Le domaine impérial couvre ainsi notamment les pâturages sus-évoqués: cf. *supra* p. 66.

<sup>393</sup> PATAULT, p. 19.

<sup>394</sup> PICHONNAZ, n°1488; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 86 et 99; AUBENAS, p. 16; GIRARD, p. 411; CORNIL, p. 169; LABOULAYE, p. 120 ss. Le droit de superficie fait son apparition dès la période classique (le premier cas d'application aurait été la construction de commerces sur le forum romain qui fait partie du domaine public: AUBENAS, p. 16;

d'une concession accordée à un particulier<sup>395</sup>. Nommée *superficies* (superficie)<sup>396</sup>, cet outil public migra par la suite dans le domaine privé et le concédant peut lui-même être un particulier<sup>397</sup>.

La jouissance s'accompagne de protections contre toute immixtion: d'abord par des interdits, puis, sous le Dominat, par des actions réelles analogues à celles à disposition du *dominus*<sup>398</sup>. Partant, le droit du superficiaire de personnel devient réel. Cette concession étant en outre potentiellement perpétuelle, il est possible d'assimiler le concessionnaire à un propriétaire<sup>399</sup>.

Comme tout propriétaire, le superficiaire peut lui aussi créer des *iura in re aliena* grevant sa propre position juridique<sup>400</sup>. Sa position est en outre, dans le dernier état du droit romain, cessible et transmissible à cause de mort<sup>401</sup>. Le volet *abusus* de la propriété est donc bien présent.

Le droit de superficie n'est pas en droit romain une servitude, pas plus qu'il n'est un autre droit réel restreint. C'est une forme spéciale de propriété, une propriété *sui generis*<sup>402</sup> qui s'ajoute au *dominium* ordinaire du sol. Une double propriété existe donc<sup>403</sup>, mais porte-t-elle sur le même objet? Selon certains tel est le cas, car le propriétaire du sol conserverait la propriété du bâti<sup>404</sup>. En un sens cela est vrai, car la situation juridique peut s'analyser de façon analogue à celle qui existe en présence d'une copropriété. Comme nous l'avons écrit plus haut, chaque copropriétaire a alors une propriété qui porte sur le tout, dont l'exercice est néanmoins limité par le droit des autres

---

MACQUERON, p. 514) avant de se développer avec le temps. De nos jours, en Suisse, c'est toujours pour ces mêmes motifs que les collectivités publiques ont recours à l'instrument du droit de superficie.

<sup>395</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 268 s.

<sup>396</sup> ULPIEN, D. 43, 18.

<sup>397</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 148; MONIER, *Manuel*, p. 445; MACQUERON, p. 514.

<sup>398</sup> ULPIEN, D. 43, 18, 1, *pr.*; PICHONNAZ, n° 1489; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 372 s.; MONIER, *Manuel*, p. 445; MACQUERON, p. 515. Notons bien qu'à ses débuts le droit de superficie revêt la forme d'un simple contrat de location, sans aucun effet réel.

<sup>399</sup> ULPIEN, D. 43, 18, 2; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 86; AUBENAS, p. 16.

<sup>400</sup> PAUL, D. 13, 7, 16, 2; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 373; MONIER, *Manuel*, p. 445; MACQUERON, p. 515.

<sup>401</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 149; MONIER, *Manuel*, p. 444; AUBENAS, p. 16; MACQUERON, p. 515.

<sup>402</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 157. Ce même auteur (p. 148) avance l'hypothèse que l'absence du droit de superficie parmi les droits réels restreints se justifie par l'origine de droit public de l'institution, faute d'y trouver un autre fondement. La parenté avec la propriété provinciale est frappante dans la définition que LABORDERIE (p. 93) donne de cette dernière: «une propriété privée, mais non *quiritaire*, tenue de l'État, sous réserve d'un domaine éminent et sous condition de paiement d'une redevance [soit l'impôt foncier].» Voir aussi la remarque générale de MEYNIAL, p. 15.

<sup>403</sup> AUBENAS, p. 16.

<sup>404</sup> NICHOLAS, *Roman Law*, p. 149; CORNIL, p. 170 (à propos de la possession).

copropriétaires; limité au bâtiment pour le superficiaire et limité au sol pour le concédant. Il s'agit là encore de deux « propriétés superposées ».

§ 2. En sus du droit de superficie, une autre forme analogue de cession de l'usage du sol existe<sup>405</sup>. Il s'agit de l'emphytéose. Par cette institution, le propriétaire – uniquement l'État romain dans un premier temps, puis n'importe quel *dominus*<sup>406</sup> – cède son bien-fonds à l'emphytéote à charge pour ce dernier de payer le prix de vente (modique) et une redevance annuelle, ainsi que – et c'est là la caractéristique de l'institution – d'exploiter la terre<sup>407</sup>. Pour autant que l'emphytéote se conforme à ses obligations, il jouit pratiquement des mêmes droits qu'un *dominus* et ce à perpétuité. Il est de plus, grâce aux codifications de JUSTINIEN, protégé par des actions pétoires<sup>408</sup>. Seule ombre au tableau, il ne peut ni modifier le mode d'exploitation<sup>409</sup> ni transférer (entre vifs) son droit sur le sol à un tiers sans l'accord du *dominus*, à défaut de quoi ce dernier pourrait invoquer son inexécution<sup>410</sup>.

Ces mécanismes quelque peu étranges s'expliquent par le caractère hybride de l'institution, résultat de ses origines plurielles<sup>411</sup>. Ni contrat de bail, ni vente nous dit l'Empereur ZENON à la fin du V<sup>e</sup> siècle de notre ère: il s'agit d'un contrat spécial<sup>412</sup>. Bien

---

<sup>405</sup> Sont visées par le droit de superficie les *praedia urbana*; au contraire, nous nous intéressons maintenant aux *praedia rustica*: CORNIL, p. 169.

<sup>406</sup> MACQUERON, p. 516.

<sup>407</sup> AUBENAS, p. 17 s.; MACQUERON, p. 516; CORNIL, p. 165 ss. Le but premier fut en effet la mise en valeur des nombreuses terres inexploitées dans l'Empire (AUBENAS, p. 17 s.). Les unes devaient être irriguées, les autres défrichées. Redevance en principe en argent, bien qu'il s'en trouve aussi sous la forme de service militaire (de telles « colonies militaires » existent aux limes de l'Empire dès le deuxième quart du III<sup>e</sup> siècle après J.-C. et il fut possible d'en trouver de semblables aux frontières orientales de l'Empire d'Autriche dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle), ou encore à charge de construire des bâtiments embellissant la ville, ce qui marque le prélude aux temps féodaux: SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 17 s. (à propos de l'École romaniste, cf. *infra* note n° 488); LABOULAYE, p. 121. Lorsqu'il est accordé par l'État, l'emphytéose est très semblable à la concession sur l'*ager publicus*: CORNIL, p. 165.

<sup>408</sup> PAUL, D. 6, 3, 1, 1; AUBENAS, p. 22; MACQUERON, p. 516; CORNIL, p. 167.

<sup>409</sup> En tout cas pas si cela implique une détérioration du sol ou des revenus: CORNIL, p. 166 s.

<sup>410</sup> AUBENAS, p. 22 s.; MACQUERON, p. 517; CORNIL, p. 167. Si le *dominus* refuse, il doit lui-même se porter acquéreur au prix offert. S'il accepte, il touche une part du prix de vente (*laudemium*); mécanisme que nous retrouvons à l'époque médiévale.

<sup>411</sup> AUBENAS, p. 17 ss; MACQUERON, p. 516; CORNIL, p. 166. L'emphytéose a, d'abord, une origine ancienne puisqu'elle remonte aux temps égyptiens, helléniques et carthaginois. Elle est, ensuite, le fruit de diverses institutions romaines: l'*ager vectigalis* (institution conférant un droit réel limité à des conditions analogues à l'emphytéose que nous décrivons), le *ius perpetuum* (seconde forme issue de la précédente ayant acquis un caractère perpétuel) et la vente ou location emphytéotique (la distinction, floue, entre les deux modes de transfert de l'occupation ayant d'abord existé). Toutes ses institutions furent finalement regroupées en une seule par JUSTINIEN.

<sup>412</sup> AUBENAS, p. 22; MACQUERON, p. 516. MEYNIAL, p. 15, souligne la difficulté systématique à laquelle se heurtent les Romains. Voir aussi JUSTINIEN, C. 11, 61, 1, 12 et, PAUL, D. 6, 3, 1, 1.

que commode, cette qualification entraîne une grande incertitude: le *dominium* passe-t-il complètement à l'emphytéote? Ce dernier semble bien jouir de tous les attributs d'un *dominus*. Mais le concédant retient néanmoins le droit à une redevance: en vertu de quel droit si nous admettons qu'il a renoncé à sa propriété? Une forme de *iura in re aliena* ou un simple rapport contractuel ne s'envisage pas bien. Il est mal aisé de dresser une construction juridique claire et systématique. L'on s'éloigne trop des principes classiques du droit romain (et des droits continentaux modernes). Nous retrouverons et étudierons ces problématiques à l'époque médiévale, dans l'analyse de ce qui en est le lointain pendant (mais pas l'héritage): le contrat de fief.

§ 3. Nous avons ici traité de deux situations fondées sur des rapports contractuels n'offrant d'abord que des prérogatives relatives à l'exploitant du sol. Deux situations qui permettent pourtant, au fil du temps, à ce dernier d'accéder à une position réelle; solide en pratique, cependant dogmatiquement flottante. Dans ces deux institutions, une forme de propriété est «superposée» au *dominium*. De fait, plusieurs titulaires se revendiquent – d'une façon ou d'une autre – propriétaires de la terre.

### 3. Le colonat romain

Peuple conquérant et militaire, les Romains ont un besoin important de main-d'œuvre pour exploiter les grandes étendues de terres conquises et de la sorte assurer des rentrées fiscales, la garde des frontières et l'approvisionnement alimentaire<sup>413</sup>. L'emphytéose et le droit de superficie ne suffisent pas à ces fins, il faut pouvoir forcer et garantir l'occupation du sol.

Aussi, favorisée par la relative insécurité des derniers siècles de l'Empire qui conduit les faibles à se protéger auprès des puissants en se soumettant à leur joug<sup>414</sup>, apparaît formellement<sup>415</sup> au IV<sup>e</sup> siècle une forme d'occupation du sol qui prend une importance cruciale<sup>416</sup>: le colonat.

<sup>413</sup> MONIER, *Manuel*, p. 226; BLOCH, *Structures économiques*, p. 35 s.; GIRARD, p. 146.

<sup>414</sup> KERNEIS/POLY, p. 39. Les puissants sont les grands propriétaires terriens: État et Église (cf. *supra* p. 76), ainsi que riches particuliers (il s'agit bien souvent de sénateurs). Les mêmes sont également les plus friands utilisateurs du droit de superficie et de l'emphytéose sous le Dominat; alors que par le passé, ils privilégiaient pour exploiter leurs domaines l'emploi de nombreux esclaves.

<sup>415</sup> Les auteurs qui se sont penchés sur la question se réfèrent à une constitution impériale de CONSTANTIN datant de l'an 332 comme premier texte législatif: GIRARD, p. 146; CLAUSING, p. 64; FUSTEL DE COULANGES, *Colonat*, p. 4. L'origine du colonat est une question ouverte. Des textes législatifs du Dominat, il a été déduit que l'institution n'est pas nouvelle, mais résulte au contraire d'une longue évolution dont l'origine reste difficile à retracer: AUBENAS, p. 20; MONIER, *Manuel*, p. 227; GIRARD, p. 145 s.; CLAUSING, p. 63 ss; LABOULAYE, p. 115.

<sup>416</sup> MONIER, *Manuel*, p. 226. Cette forme d'occupation s'étend ainsi jusqu'en Gaule: PATAULT, p. 38.

Homme libre (en théorie juridique du moins)<sup>417</sup>, le *colonus* (colon) est un fermier: il exploite la terre d'autrui pour en extraire les fruits<sup>418</sup> et doit en contrepartie une redevance<sup>419</sup> au *dominus*. Le fermage est perpétuel<sup>420</sup> et héréditaire<sup>421</sup>. D'une part, le colon est en effet attaché au sol qu'il exploite et ne peut en être séparé par quiconque, pas même par lui-même, car cela est constitutif d'un délit pénal. S'il quitte sa terre, le *dominus* de celle-ci peut le revendiquer tel un accessoire du bien-fonds<sup>422</sup>. Le *dominus* ne le peut pas non plus, pas plus qu'il ne peut établir de nouveaux colons au préjudice des anciens, revendiquer pour lui-même l'occupation de la terre ou augmenter la redevance<sup>423</sup>. La position du colon est donc inamovible. D'autre part, sa condition passe également à ses enfants<sup>424</sup>. Au contraire de l'esclave, il n'est donc pas directement rattaché à son maître, mais à la terre<sup>425</sup>. Ce lien très fort (quasi-indestructible) entre le colon et la terre est une caractéristique unique dans le monde romain.

---

<sup>417</sup> AUBENAS, p. 20; MONIER, *Manuel*, p. 228. Il n'est pas un esclave, mais le colon est, de par les liens particuliers qui l'unissent à la terre, moins libre que le citoyen romain. Souvent d'origine barbare, il a, selon les mots de LABOULAYE (p. 116) une condition «*mitoyenne entre l'esclavage et la liberté*». Il peut être propriétaire et créancier, bien qu'il ne puisse pas toujours aliéner ses biens. Avec le temps, sa condition se rapprochera en pratique de celle de l'esclave; elle s'en distinguera toutefois toujours. Voir MONIER, *Manuel*, p. 227 ss; GIRARD, p. 145; LABOULAYE, p. 117 s.

<sup>418</sup> AUBENAS, p. 22.

<sup>419</sup> Celle-ci se monte en principe à un dixième de la récolte. Cette même fraction se retrouvera par la suite en droit barbare: AUBENAS, p. 19.

<sup>420</sup> «*presque éternelle*» selon le Codex. Voir aussi FUSTEL DE COULANGES, *Colonat*, p. 110.

<sup>421</sup> MONIER, *Manuel*, p. 227 s. Il s'agit là de la façon pratique la plus importante de devenir *colonus*, il y en a toutefois d'autres. Notamment, celle sus-évoquée de soumission à un puissant propriétaire. Les textes parlent alors de *colonis adscripticii*; sous-classe inférieure aux autres que l'on peine à distinguer de l'esclave. L'Empire n'est pas favorable à ce processus de soumission et exige donc que la «convention d'asservissement» soit portée dans un acte public: KERNEIS/POLY, p. 39 s.; MONIER, *Manuel*, p. 228 (qui s'appuie sur une constitution impériale). Sous cet angle, le colonat rappelle une autre institution romaine qui est le clientélisme. Ce dernier relevant du droit des personnes et non de celui des biens (CLAUSING, p. 65), nous ne l'abordons pas. Il y a encore – sous-classe supérieure cette fois – les colons dont la condition découle de celle de paysans d'une durée supérieure à trente ans. Voir MONIER, *Manuel*, p. 228; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 356.

<sup>422</sup> JUSTINIEN, C. 11, 51, 1; MONIER, *Manuel*, p. 227; LABOULAYE, p. 117 s.

<sup>423</sup> AUBENAS, p. 20; MONIER, *Manuel*, p. 229; CLAUSING, p. 64; FUSTEL DE COULANGES, *Colonat*, p. 115; LABOULAYE, p. 118. Pour se défendre d'une revendication de la terre ou de l'augmentation de la redevance, le colon peut agir en justice contre le propriétaire: MONIER, *Manuel*, p. 229; GIRARD, p. 145. Toutefois, FUSTEL DE COULANGES (*Alleu*, p. 75 et 77) nuance quelque peu en soulignant l'essence avant tout pratique de l'institution, ce qui a pu ouvrir la porte à de nombreuses variations et partant des exceptions de contenu, mais le principe d'immutabilité des conditions est une constante.

<sup>424</sup> AUBENAS, p. 22; MONIER, *Manuel*, p. 227 («*profession obligatoire dans certaines familles*»).

<sup>425</sup> JUSTINIEN, C. 11, 51, 1; «*esclave de la terre*» écrit GIRARD, p. 145.

À nouveau, il s'agit d'une institution hybride<sup>426</sup>, néanmoins pas de la même façon que le droit de superficie ou l'emphytéose. Préambule aux temps féodaux, le colonat lie condition foncière et personnelle<sup>427</sup>, en induisant – par le parallélisme avec l'esclavage – une relation de subordination entre l'exploitant de la terre et le *dominus*. D'un certain point de vue (celui de l'analyse du lien entre le sujet et l'objet), la position du colon n'est pas très éloignée de celle d'un emphytéote ou d'un superficiaire: il a la libre jouissance du bien<sup>428</sup>, les meilleures garanties de pouvoir le faire et ce droit est transmissible à ses héritiers (qu'il ne peut toutefois pas désigner). Mais, nonobstant ces éléments, il n'a pas la libre disposition du bien et il est soumis au pouvoir disciplinaire du *dominus*.

Trois autres formes d'exploitation du sol proches du colonat existent en concurrence (souvent sur un même domaine foncier) et antérieurement à celui-ci déjà: les tenures d'esclaves (dites serviles), d'affranchis et celles des fermiers. Elles ont cela de commun avec le colonat que l'exploitant du sol se trouve attaché au sol qu'il exploite d'une manière telle qu'il en est personnellement inamovible (pour le fermier, le temps de son bail seulement), mais contrairement aux *coloni*, les esclaves et les affranchis ne disposent pas de patrimoine propre (ce qui coupe cours à toute discussion nous intéressant) et les fermiers n'ont aucune action réelle à disposition<sup>429</sup>. Ces divers outils juridiques entrent dans la catégorie générique de ce qui sera nommé bien plus tard les «*locationes perpétuelles*».

#### D. Synthèse

Notre rapide parcours de la conception romaine du droit des biens aura mis en évidence au moins un point: la complexité et la protéiforme que peut prendre la notion de propriété au sein d'un unique ordre juridique. Nous avons analysé trois institutions qui représentent des variations du *dominium* classique: la propriété bonitaire, la propriété provinciale et la propriété pérégrine, auxquelles il faut ajouter le droit de superficie, l'emphytéose et le colonat. Autant d'exemple de propriétés superposées, préfigurant la féodalité et les véritables propriétés divisées<sup>430</sup>.

<sup>426</sup> AUBENAS, p. 22.

<sup>427</sup> Ce mélange de la condition personnelle et foncière est caractéristique du glissement vers la féodalité: PATAULT, p. 19 et 38 s.

<sup>428</sup> PATAULT, p. 38; AUBENAS, p. 22. Tout est néanmoins relatif, car le colon ne peut notamment pas modifier le mode d'exploitation du sol, nous venons de le souligner. Voir MONIER, *Manuel*, p. 229.

<sup>429</sup> Mais, comme nous l'avons évoqué, un bail à ferme courant depuis plus de trente ans transforme le paysan en colon. Sur ces différentes formes de tenures, voir FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 50 ss.

<sup>430</sup> Sur cette «préfiguration», voir BUCKLAND/MCNAIR, p. 82 ss.

Mais face à cette multitude, la notion de *dominium* et les principes qui en découlent présentent un concept clair et empreint de rationalité, qui correspond très largement à la notion moderne de propriété.

Cela étant rappelé, il n'est pas surprenant que le droit romain soit invoqué tant par les glossateurs que par les codificateurs pour expliquer et structurer le système de droit des biens qu'ils entendent défendre<sup>431</sup>. Mais avant cela, une longue période d'assouplissement du droit romain a lieu, dans toute l'Europe.

## VII. Période carolingienne: des invasions barbares à l'aube de la féodalité

Si la chute de Rome en 410 après J.-C. choque les contemporains, l'an 476 retenu par les historiens<sup>432</sup> n'est pas un saut brutal de l'ordre vers l'anarchie. La transition vers les temps féodaux est bien plus diffuse que ne se le représente l'imaginaire collectif. Pour reprendre les mots du vicomte DE CHATEAUBRIAND, «[e]ntre les monarchies barbares et l'empire purement latin-romain, il y a eu un empire romain-barbare, qui a duré près d'un siècle avant la déposition d'Augustule. C'est ce qu'on n'a pas remarqué, et ce qui explique pourquoi, au moment de la fondation des royaumes barbares, rien ne parut changé dans le monde: aux malheurs près, c'étaient toujours les mêmes hommes et les mêmes mœurs<sup>433</sup>.»

Cela explique pour partie la survivance (éphémère) du droit romain en Europe et une certaine continuité juridique. Les codifications de JUSTINIEN continuent de circuler pendant quelques temps et des traductions en sont faites du latin en grec et inversement. Mais la perte d'importance pratique de cette législation est relativement rapide, d'autant plus en Europe occidentale. L'époque qui nous intéresse ici demeure donc une période de grandes métamorphoses. La rencontre et le mélange des traditions juridiques conduisent à la création d'institutions de droit des biens originales obéissant à une logique nouvelle; logique qui s'intéresse moins à l'objet de droit qu'aux utilités offertes par celui-ci. Ces transformations, une fois encore, ne se font ni de manière raisonnée, ni rapidement. D'ailleurs, la période féodale ne commence véritablement qu'au X<sup>e</sup> siècle. Or, pour bien comprendre cette époque complexe, il convient de savoir quels ont été les aléas juridiques qui l'ont précédée. Il s'agit là du sujet qui nous occupe dans ce chapitre.

---

<sup>431</sup> Dans le même sens, MACQUERON, p. 517; MEYNIAL, p. 10 («il n'est pas exagéré de dire que les glossateurs, [...], n'ont guère fait que suivre la voie dans laquelle les circonstances avaient dès longtemps déjà engagé la législation romaine.»).

<sup>432</sup> Cf. *supra* note n° 210.

<sup>433</sup> DE CHATEAUBRIAND, *Étude*, p. 73.



Nous l'avons déjà vu, sous le Dominat, propriété romaine, possessions et tenures se confondent dans la pratique comme dans le langage juridique, néanmoins il convient d'étudier distinctement leur évolution. Nous divisons notre analyse en deux parties principales. Une première partie détermine donc le sort qui fut fait à la propriété romaine et tout spécialement aux (grandes) propriétés foncières (A). Puis, une seconde partie se penche sur la transformation des diverses formes de tenures (B).

L'état du droit que nous allons décrire existe, à peu près, de la même façon dans les territoires germaniques (c'est-à-dire ceux qui n'ont jamais été inclus dans l'Empire romain)<sup>434</sup>. Cela s'explique historiquement par l'étendue que prend au IX<sup>e</sup> siècle l'Empire carolingien – dont l'administration centralisée permet une relative uniformisation juridique – puisque celui-ci incorpore toute l'Europe occidentale hormis l'essentiel de la péninsule ibérique, le Sud de l'Italie, la Bretagne et les Îles d'Irlande et de Grande-Bretagne. Ce n'est qu'à la fin de la période carolingienne que les États germaniques se séparent définitivement de la France.

## A. Que devient la grande propriété foncière ?

### 1. La surprenante continuité de la propriété foncière romaine

L'Empire disparu, l'influence barbare – et celtique<sup>435</sup> – prend tout son essor dans les territoires de l'Europe occidentale. Des peuples variés – Lombards, Wisigoths, Allemands, Francs et autres Vandales<sup>436</sup> – s'implantent dans les différentes régions respectives<sup>437</sup> et apportent en bagages leurs mœurs sociales et juridiques. Numériquement inférieurs aux habitants (romains) locaux, ces peuples ne font pas, comme nous pourrions le croire, table rase des possessions et institutions juridiques de ces derniers.

D'une part, une répartition des terres, relativement respectueuse des propriétaires romains, a lieu entre ces derniers et les Barbares. Les populations et propriétaires fonciers locaux ne sont pas, en vertu des invasions, déracinés de leurs terres dans le plus

<sup>434</sup> FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 369. Dans le même sens, VAN BEMMELEN, p. 31 s., qui distingue systématiquement entre, d'une part, « le droit assez uniforme des diverses peuplades germaniques » et, d'autre part, « le caractère local du droit postérieur, qui se diversifia à l'infini. »

<sup>435</sup> Cette influence (toute relative) est mise en avant par une partie de la doctrine : KERNEIS/POLY, p. 21 ; IMBERT, p. 5.

<sup>436</sup> Il serait trop long ici d'exposer le récit détaillé des invasions et migrations barbares. Il nous faut néanmoins souligner – malgré les importants traits communs (BLOCH, *Structures économiques*, p. 41) – la diversité juridique des peuples barbares (voir FUSTEL DE COULANGES, *Germanie*, p. 294). Le poids historique de chacun n'est toutefois pas identique. Ainsi, en France, le droit franc est celui déterminant. En Germanie, ce sont les droits saxon, alaman et bavarois qui le sont. Voir DUFOUR, *Choses en droit germanique*, p. 105.

<sup>437</sup> Des régions qui sont à cette époque largement isolées les unes des autres : BLOCH, *Structures économiques*, p. 36 s.

grand chaos, bien au contraire<sup>438</sup>. Les grandes propriétés survivent ainsi à la chute de l'Empire<sup>439</sup>. D'autre part, face à la multitude de peuplades qui se retrouve sur un même territoire, le principe de la personnalité des lois reprend toute sa vigueur passée. Aux Barbares s'appliquent les différents droits barbares respectifs, aux (anciens) Romains le droit romain; ces droits étant codifiés dans des lois édictées par les rois barbares<sup>440</sup>.

Pour ces deux raisons, les propriétaires romains maintenus dans leurs droits conservent non seulement leurs terres, mais aussi le régime juridique romain précédemment applicable à celles-ci. Nulle trace ne peut être trouvée dans les différentes lois romaines des barbares d'un changement de régime juridique des biens-fonds<sup>441</sup> et les actes juridiques de la pratique «*nous montrent le droit de propriété aussi nettement conçu, aussi complètement appliqué qu'au temps de l'empire*<sup>442</sup>.» De même, les formulaires (qui sont transcrits en latin) reprennent les terminologies romaines<sup>443</sup> et précisent, pour des actes de transfert de propriété, que sont transférées les facultés d'avoir, de détenir et d'user librement du bien à perpétuité<sup>444</sup>. Il en

---

<sup>438</sup> Souvent, la technique particulière et assez obscure de l'*hospitalité* sert de clef de répartition des terres: OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 134; AUBENAS, p. 28. Il en allait d'ailleurs de même lors des conquêtes romaines, d'où le développement de la propriété provinciale: LABORDE-RIE, p. 91.

<sup>439</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 134; AUBENAS, p. 28; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 30 s.

<sup>440</sup> Ces lois (rédigées, en latin, entre la fin du V<sup>e</sup> siècle et le début du VI<sup>e</sup> siècle) se divisent en deux groupes. Il y a d'abord les lois romaines des barbares – par exemple le Bréviaire d'Alaric rédigé pour le territoire des Wisigoths, puis largement diffusé en Gaule et au-delà. Elles se bornent effectivement à reprendre – certes parfois maladroitement – les règles romaines tirées des codifications d'alors soit le Code Théodosien et les Nouvelles postthéodosiennes (GAUDEMET, *Bréviaire*, p. 9; même d'autres codifications, plus timides quant à une pure reprise du droit romain, y procèdent en matière de droit privé: CHEVRIER/PIERI, p. 31 s.). Il y a ensuite les lois barbares qui codifient les coutumes barbares – la plus célèbre est la loi salique rédigée pour les Francs du Nord de la France. Il arrive néanmoins aussi que des textes s'appliquent indépendamment du rattachement personnel, tel l'Édit de Théodoric. Voir BART, p. 13 ss; IMBERT, p. 8 ss.

<sup>441</sup> TISSET/OURLIAC, p. 84; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 99. Plus loin (p. 113), ce dernier précise que «[s]i nous regardons les lois romaines qui ont été rédigées par l'ordre des rois germains, elles sont sur la propriété foncière, exactement semblables aux lois qu'avaient faites les empereurs.»

<sup>442</sup> FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 115.

<sup>443</sup> Les termes *dominium* (parfois substitué par *dominatio*), *proprietas*, *possessio*, etc. sont ainsi encore d'usage: BART, p. 36; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 117 s. Il faut toutefois se méfier de la terminologie utilisée, car elle n'est qu'une façade et désigne également des éléments qui ne sont que des attributs de la propriété.

<sup>444</sup> Voir les formules compilées par DE ROZIERE, *Formules I*, p. 254 (donation à l'Église), 298 (donation entre vifs) et 329 (vente immobilière), notamment. Voir également FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 115 s.

va de même, *a fortiori*, pour la propriété mobilière des Romains, comme des Barbares<sup>445</sup>.

Plus encore, et même si le maintien du droit romain a pu être exagéré par certains historiens, le propriétaire foncier se trouve délivré des limites légales à sa puissance imposées par l'administration romaine, qui n'est plus là pour les faire respecter. Devant l'effacement de l'État, ce même propriétaire tend – par un phénomène de «privatisation» – à le remplacer dans ses régales judiciaires et fiscales<sup>446</sup>: il devient – plus que jamais à l'ère chrétienne – souverain quasi-tout puissant en ses terres<sup>447</sup>.

## 2. La propriété germanique et ses influences collectivistes

Les caractéristiques que nous venons d'esquisser pour le propriétaire foncier romain surprennent peu. À l'inverse, la situation juridique du propriétaire foncier barbare a de quoi déconcerter. En effet, il ressort des sources de cette époque que le régime applicable à ce dernier est exactement le même: une forme de propriété privée individuelle qui se nomme, se définit et se transmet selon les mêmes formules latines; si bien qu'aucune différence d'importance ne peut être décelée entre la propriété d'un Romain et celle d'un Barbare<sup>448</sup>. Il ressort en effet des lois barbares (notamment de la loi salique<sup>449</sup>) que ces peuples connaissent une propriété privée individuelle du sol<sup>450</sup>. Cela a de quoi surprendre, à la vue de ce que nous avons déjà écrit sur ces peuplades. L'explication se trouve sans doute dans l'évolution sociale des Barbares qui, ayant défait l'Empire romain, se sont pour la première fois véritablement sédentarisés et n'avaient pour référence que le modèle juridique romain<sup>451</sup>.

<sup>445</sup> BART, p. 34; TISSET/OURLIAC, p. 36 (à propos des Germains, «*sur les objets mobiliers d'usage individuel [...] une propriété individuelle a toujours été reconnue.*»); JACQUES, p. 64.

<sup>446</sup> LEVY J.-P., p. 39.

<sup>447</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 127 s. Cela sera d'autant plus vrai à l'époque féodale, car le seigneur sera «*[...] un chef en même temps qu'un maître [...]*» (OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 151).

<sup>448</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 75 («*les Francs adoptent la propriété privée à l'image du système romain*»); PATAULT, p. 19; AUBENAS, p. 28; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 120 s.

<sup>449</sup> Voir, ainsi, la loi salique, titre 62; la loi des Burgondes, titre 84; la loi des Saxons, titre 17; IMBERT, p. 11; JACQUES, p. 65 ss.

<sup>450</sup> TISSET/OURLIAC, p. 84; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 101 ss (qui invoque les lourdes peines qui protègent la propriété privée pour prouver la force de celle-ci dans les mœurs germaniques); SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 21 et 23 (qui, relevant en p. 21 les mêmes peines que l'auteur précédent, les tient lui comme preuve d'une assimilation récente de la propriété privée).

<sup>451</sup> LEVY J.-P., p. 38; SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 20 («*les Germains ont vaincu la civilisation et se la sont appropriée*»). Toutefois, les Barbares connaissent déjà la propriété individuelle de la maison et des terres dans sa proximité immédiate (OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 128; JACQUES, p. 64; SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 27, selon ce dernier une même évolution exista pour les peuples celtiques) et, pour ce qui concerne les autres

Quoi qu'il en soit, nous avons déjà fait quelque mention des mœurs germaniques, à forte tendance communautaire<sup>452</sup>, qui ne restent pas sans influence en matière de droit des biens à l'époque qui nous occupe: «*Der Begriff des Eigentums als der unbeschränkten Herrschaft über eine Sache war dem alten burgundischen und alemanischen Rechte wohl bekannt nur dass demselben thatsächlich in Verbindung mit der übrigen Rechtsordnung eine andere Bedeutung zukam, als im heutigen oder römischen Recht. Einmal nämlich hat sich das Eigentum als Privateigentum nur sehr allmählich über Grundstücke befestigt. Sodann war der Eigentümer, sobald er, wie dies doch die Regel bildete, in genossenschaftlichen und Familienverbindungen stand, einer Reihe der tiefgreifendsten Beschränkungen unterworfen, [...]*»<sup>453</sup>.

Ainsi, si – pour reprendre notre grille d'analyse – nous nous intéressons aux objets de la propriété des Barbares, nul n'est besoin ici de s'aventurer dans des considérations d'immatérialité. Seules les choses corporelles sont, en effet, appréhendées par les droits barbares<sup>454</sup>. L'immatériel ne réapparaîtra qu'à l'époque médiévale. Au sein même des choses corporelles, sont néanmoins distinguées deux catégories: les acquêts (*capitale, caput, comparatum*), d'une part, et les propres (*hereditas, terra, res, alodium*), d'autre part<sup>455</sup>. L'établissement de la classification consiste à qualifier comme propres tout ce qui ressort à l'environnement naturel, c'est-à-dire le sol, les forêts, les étangs, etc. Le reste – récoltes, bétail, armes, esclaves, etc. – va aux acquêts<sup>456</sup>. En somme, comme cela sera clairement explicité au XIII<sup>e</sup> siècle, il s'agit là de distinguer les biens perpétuels et productifs de ceux éphémères<sup>457</sup>. Par voie de conséquence, l'emprise de l'individu sur les biens varie en fonction de la qualification<sup>458</sup>. Les propres sont des biens en principe inaliénables<sup>459</sup> et destinés à demeurer de génération en génération au sein d'une même famille, car leur titulaire actuel en a déjà lui-même hérité<sup>460</sup>. Par opposition, sur les acquêts, une maîtrise complète et exclusive de l'indi-

---

terres, il s'agit avant tout du passage, sous la forte influence de l'héritage romain à un nouveau degré de civilisation – plutôt que d'un changement de paradigme (BLOCH, *Structures économiques*, p. 37). Voir BLOCH, *Structures économiques*, p. 41; PLATON, p. 382).

<sup>452</sup> Cf. *supra* p. 46. OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 130 («*les droits du groupe priment forcément les droits de l'individu*»).

<sup>453</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 691 s.

<sup>454</sup> BART, p. 33.

<sup>455</sup> PATAULT, p. 88; JACQUES, p. 66; LABOULAYE, p. 371.

<sup>456</sup> PATAULT, p. 88 s.

<sup>457</sup> Cf. *infra* p. 124. CHAMPEAUX, p. 77 et 92 ss. Une distinction similaire se retrouve en droit anglais; elle oppose les «*lands and tenements*» aux «*goods and chattels*»: cf. *infra* p. 170.

<sup>458</sup> PATAULT, p. 88 s.

<sup>459</sup> L'Église, qui est évidemment grande bénéficiaire de donations en tout genre, cherche à contre-carrer une éventuelle opposition familiale par la rétribution soit de leur acceptation, soit de l'opération elle-même. Voir TISSET/OURLIAC, p. 85.

<sup>460</sup> BART, p. 34; LABOULAYE, p. 372; BREYE, p. 3. Notons en passant que chez les Barbares, les femmes ne peuvent pas hériter des terres: BART, p. 75. Les limites touchent tant le droit successoral que les aliénations entre vifs; à disposition de la famille existe ainsi sous l'Ancien

vidu est possible (ce sont les choses qui sont susceptibles d'être dérobées) et il s'agit en principe des biens qui ont été acquis par le travail<sup>461</sup>. L'on peut en disposer librement, soit sans que l'aval de quiconque soit requis<sup>462</sup>. Aussi, en définitive, est adoptée une approche sociale de la division des biens; approche qui tient pour élément essentiel la maîtrise familiale<sup>463</sup>. Par la suite, cette distinction mènera à celle entre meubles et immeubles, dans un sens assez particulier, nous le verrons<sup>464</sup>.

Il est utile de rappeler ici le mécanisme germanique de la «part du mort» réglant le sort des objets mobiliers indissociables de la personnalité qui s'érige – dans la distinction que nous venons d'esquisser – comme catégorie hybride<sup>465</sup>. Ces restrictions sont la caractéristique de l'aspect communautaire de la propriété germanique qui est très proche d'une propriété en réalité très familiale, bien qu'individuelle<sup>466</sup>.

Une autre manifestation du communautarisme dans le système de la propriété foncière individuelle – cette fois-ci en faveur des habitants d'un même village (*vicus*<sup>467</sup>) – apparaît lorsqu'il est question de fonds privés cultivés. D'abord, les pâtres ont le droit de laisser leurs bêtes errer sur les champs (privés) après la récolte. Ce qui correspond à l'usage de la vaine-pâturage<sup>468</sup>. De même, en va-t-il d'ailleurs pour les forêts et pâturages d'une *villae* qui sont à l'usage de tous<sup>469</sup>. Ensuite, la vente d'un bien-fonds (propriété privée d'un habitant) à un étranger au village est conditionnelle à l'absence d'opposition de la part d'un autre membre de la communauté<sup>470</sup>. Une configuration qui mènera dans les faits à celle des communaux, tout en étant aussi une vérité géné-

---

Régime un droit de retrait dit *lignager* (LABOULAYE, p. 372): cf. *infra* p. 119. Toutefois, au VII<sup>e</sup> siècle, les limites au droit de disposer ne sont plus que des survivances. Voir ELLUL, *Moyen Âge*, p. 75.

<sup>461</sup> BREYE, p. 3.

<sup>462</sup> PATAULT, p. 89. BART, p. 34.

<sup>463</sup> CHAMPEAUX présente ainsi (p. 58) cette division des biens – fondée sur le critère de la durabilité – comme une étape de développement social intermédiaire: la communauté générale des biens a disparu, mais les biens individuels ne sont pas encore la norme. Sur toutes ces questions, voir Patault, p. 92; JOUON DES LONGRAIS, p. 22 s.

<sup>464</sup> Dans le même sens, CHAMPEAUX, p. 58. Bien plus tard, la distinction entre propres et acquêts prend un tout autre sens (BART, p. 219 s.); les biens propres sont les immeubles acquis par succession (*Arrêts de M. de LAMOIGNON*, 2, 9, 1; ROUTIER, p. 48) et ce qui ne rentre pas dans cette catégorie devient un acquêt (LOYSEL, n° 222).

<sup>465</sup> Cf. *supra* p. 44 et les références en note n° 182.

<sup>466</sup> TISSET/OURLIAC, p. 85. Sans pour autant se rapprocher du modèle de la *pater familias*: les Germains ne mettent pas le chef de famille au centre, mais bien la famille elle-même en tant que communauté.

<sup>467</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 56 (qui précise que par village il faut entendre un groupement de personnes qui ne dépend pas d'une *villae*); OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 134.

<sup>468</sup> BART, p. 35.; LEVY J.-P., p. 38; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 129 («*servitudes collectives*»).

<sup>469</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 56; OECHSLIN, p. 13 s.

<sup>470</sup> Loi salique, titre 45, *de migrantibus*. Voir BART, p. 35; PATAULT, p. 67; LEVY J.-P., p. 38; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 134 et 138; AUBENAS, p. 28.

rale dans le cadre familial au X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles<sup>471</sup>. Enfin, il convient de souligner que les terres qui ne sont ni cultivées, ni habitées – soit principalement les forêts et les terres incultes – sont affectées à l'usage collectif de tous<sup>472</sup>. Ces divers éléments de communautarisme sont essentiels à la bonne compréhension de la féodalité naissante, laquelle se fonde sur l'interdépendance des individus entre eux et à celle de l'émergence «imperceptible» des communaux.

### 3. Le retour à la territorialité et la marginalisation de la *plena in res potestas*

Au fil du temps, l'assimilation des divers peuples barbares entre eux, et avec les anciens Romains, rendra impossible le maintien du principe de la personnalité des lois. Remplacé par le principe de la territorialité dans le courant du VIII<sup>e</sup> siècle, le droit appliqué sera nécessairement mixte: à plus forte empreinte romaine dans le sud que dans le nord<sup>473</sup>.

Par ailleurs, le vocabulaire évoluant, le terme d'*alodis* (*alleu*) fait son apparition pour désigner à l'époque carolingienne, non plus les biens reçus en héritage, mais les biens-fonds dont le titulaire jouit en toute liberté, car, d'une part, il est lui-même un homme libre et, d'autre part, sa propriété est pleine et entière<sup>474</sup>. En d'autres termes, il s'agit de la position inverse – et c'est pour exprimer cette opposition que le terme est utilisé – à celle qui existe pour le tenancier d'une tenure dans un grand domaine foncier<sup>475</sup>.

L'occupation du sol par une seule personne à l'exclusion de toute prérogative d'un tiers, caractéristique de l'*alleu*, est une situation qui – déjà inhabituelle sous le Dominat<sup>476</sup> – se raréfie extrêmement vite et devient exceptionnelle dès l'aube du XI<sup>e</sup> siècle en France<sup>477</sup>. Terreau de prédilection des vestiges du droit des biens romain, il se retrouve réduit à une portion congrue. Aussi, si le vocabulaire des lois et formulaires est constant, cela n'est qu'une façade et l'on désigne par le terme de propriété ce qui n'en constitue – au regard du droit romain – que des attributs, des «démembrements»<sup>478</sup>, colorés d'une couleur nouvelle et étrangère aux théories sus-exposées.

---

<sup>471</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 142.

<sup>472</sup> BART, p. 35; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 129 et 137; OECHSLIN, p. 13 s.

<sup>473</sup> IMBERT, p. 9.

<sup>474</sup> BART, p. 38; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 140; BREYE, p. 3 (le terme *alleu* succède à celui de propre); POCQUET DE LIVONNIERE, p. 6.

<sup>475</sup> TISSET/OURLIAC, p. 85. La terminologie utilisée et en particulier le sens qu'il faut donner au mot *proprietas* demeurent de nos jours encore flous, si ce n'est obscurs: BALON, p. 31 ss.

<sup>476</sup> PATAULT, p. 19. Les *alleux* seraient encore relativement nombreux au VII<sup>e</sup> siècle: ELLUL, *Moyen Âge*, p. 75.

<sup>477</sup> TISSET/OURLIAC, p. 85 (qui notent toutefois une accalmie dans la concentration des terres avant la période carolingienne); LEVY J.-P., p. 40; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 134 s. et 139; AUBENAS, p. 56 (pour qui l'*alleu* sera à l'époque féodale «une anomalie»).

<sup>478</sup> PATAULT, p. 24 (à propos de la terminologie romaine utilisée pour désigner en réalité la *saisine*); BALON, p. 30.

C'est pourquoi il apparaît peu utile dans le cadre de notre étude de procéder plus avant à l'analyse des facultés de l'alleutier à cette époque puisque la *plena in re potestas*, déjà notablement tempérée par le communautarisme, se marginalise et se retrouve dénaturée par les rédacteurs, pour finalement perdre toute relation avec le droit romain<sup>479</sup>. Nous y reviendrons plus en détails à l'époque féodale.

## B. Émergence du système féodal

Ce glissement vers d'autres formes de « propriétés » n'est pas que la conséquence des invasions ; nous avons trouvé chez les Romains déjà les premiers changements qui préfigurent l'apparition du système féodal<sup>480</sup>. Les grandes propriétés foncières qui existaient à l'époque romaine s'étant, comme nous l'avons vu, largement maintenues, l'usage de l'essentiel de ces domaines<sup>481</sup> reste confiée à des exploitants qui ne sont pas propriétaires du sol, mais néanmoins inamovibles<sup>482</sup>. Ce mode d'exploitation s'était ainsi étendu à tous les peuples pour les mêmes raisons : les changements sociaux et l'insécurité quotidienne<sup>483</sup>. Aussi, retrouvons-nous les institutions romaines que nous avons déjà rencontrées (soit principalement le colonat qui a été pleinement maintenu<sup>484</sup>), teintées cependant de nouveaux mécanismes et sous de nouvelles terminologies<sup>485</sup>. Le terme *mansus* (manse) fait ainsi son apparition. Il désigne concrètement les

<sup>479</sup> PATAULT, p. 83.

<sup>480</sup> Comme nos développements précédents le montrent : cf *supra* p. 76. Voir aussi OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 139 (lequels relèvent que BLOCH utilise de manière parlante la notion de « dédition du sol »).

<sup>481</sup> Le domaine continue à être nommé *villae*. Comme à l'époque romaine, de l'ensemble des terres comprises dans la *villae*, une portion congrue est réservée à l'usage direct du propriétaire (*indominicatum/terra salica*) et le reste est divisé en tenures en faveur d'un individu, voire d'une famille : ELLUL, *Moyen Âge*, p. 55 s. ; LEVY J.-P., p. 39 ; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 135 ; AUBENAS, p. 29.

<sup>482</sup> TISSET/OURLIAC, p. 85. Cet état de fait historique permettra par la suite aux feudistes d'asseoir leur conception des droits fonciers qui veut qu'à l'origine toutes les terres aient appartenu aux « seigneurs » en pleine propriété. Ceux-ci ayant alors distribué – « à leur bon cœur » (CHAMPEAUX, p. 20) – divers usages sur les terres sans jamais abandonner leurs droits. Voir, CHAMPEAUX, p. 19 s. et la référence à la Coutume de Reims en note n° 1 de la p. 20.

<sup>483</sup> FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 362. Ce sont là les ingrédients sociologiques et économiques qui mèneront à la formation de la féodalité : voir, sur l'importance du contexte économique à ce propos, SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 31 ss.

<sup>484</sup> TISSET/OURLIAC, p. 85 s. ; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 356. Dans le même sens, voir MEYNIAL, p. 3.

<sup>485</sup> L'École dite du « régime domanial » – qui a eu court au XIX<sup>e</sup> siècle et dont FUSTEL DE COULANGES est sans doute le plus fameux représentant – a mis en évidence le rôle déterminant du droit romain dans la formation de la féodalité. Quoique son rôle soit à mettre en balance avec celui des droits barbares, il est vrai que le droit romain vulgaire est, à égale mesure avec les droits barbares, l'une des bases de celle-ci. Ce constat n'est pas anodin, car il souligne la distance qui sépare nos droits modernes du droit de l'Empire romain. Voir LEVY J.-P., p. 38 ; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 127 et 145.

terres et l'habitation de l'exploitant et de sa famille<sup>486</sup>, mais est aussi synonyme de tenure. À l'instar de ce que nous avons fait sous le Dominat, il est donc possible de distinguer entre les *mansus ingenuiles* (tenures libres), qui succèdent économiquement au colonat, et les *mansus serviles*, qui succèdent aux tenures serviles ou d'affranchis<sup>487, 488</sup>. L'ensemble de ces terres cédées en tenure peut être désigné, conformément à la tradition romaine, de terres fiscales<sup>489</sup>.

Avec les temps, et sous les nombreuses influences, ces diverses formes tendent à se confondre<sup>490</sup>. Les *mansus* restent héréditaires, cependant les charges y rattachées sont augmentées<sup>491</sup>.

En outre, hormis pour les domaines fonciers en mains du roi<sup>492</sup>, de l'Église<sup>493</sup> ou d'un alleutier, celui qui concède l'exploitation du sol à autrui est lui-même socialement subordonné à quelqu'un d'autre; ce qui est une conséquence de la pratique de la *recom-mandation* qui a court très largement entre hommes libres<sup>494</sup>. Ainsi, même celui qui se réserve une partie de son domaine, sans en concéder l'usage à autrui, n'est pas le seul

---

<sup>486</sup> BART, p. 36; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 135 et 137; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 366.

<sup>487</sup> Loi des Bavarois, I, 13; loi des Alamans, ch. XXI s. Voir BART, p. 36; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 135 s.; FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 374.

<sup>488</sup> Sur l'ascendance juridique du système féodal, il existe plusieurs écoles de pensée. La première, l'École romaniste (à ne pas confondre avec les juristes romanistes), considère que les institutions féodales dérivent du droit romain vulgaire. Au contraire, pour l'École germaniste, l'origine de la féodalité est à rechercher dans les diverses coutumes des Barbares. Un troisième courant, l'École dite celtique, de moindre importance, considère de son côté que la féodalité est un héritage purement gaulois (mais pas breton: SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 33). À notre sens, il convient de se rattacher à une voie médiane qui correspond sans doute mieux aux réalités historiques: la féodalité est le fruit de la rencontre de ces trois traditions sus-évoquées dont il est d'ailleurs facile de retrouver des caractéristiques propres à chacune à l'époque féodale (dans le même sens, SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 30 s.). Quant à déterminer quelle tradition a eu la plus grande influence, il s'agit là d'un débat que nous laissons au sociologue (SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 38, érige d'ailleurs le système économique de l'époque comme cause principale de la féodalité) et à l'historien. Notons simplement qu'en ce qui concerne la conceptualisation intellectuelle des rapports juridiques, le droit romain n'a été réutilisé que dès XII<sup>e</sup> siècle et que donc entre-temps ce sont avec les outils d'autres droits que les réflexions ont été menées. Aussi, concluons-nous modestement à la seule certitude qu'il nous est possible d'avoir: la féodalité n'a pas été pensée en termes romains et consiste bien plutôt en la résultante des réalités factuelles du temps dans lequel elle s'inscrit. Voir les développements de SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 16 ss; POCQUET DE LIVONNIERE, p. 1 ss.

<sup>489</sup> BREYE, p. 3.

<sup>490</sup> BART, p. 36; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 145; TISSET/OURLIAC, p. 86.

<sup>491</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 145.

<sup>492</sup> «*Les villae royales étaient organisées comme celles des particuliers*»: FUSTEL DE COULANGES, *Alleu*, p. 365. Notons toutefois, pour être complets, que pendant longtemps encore les rois barbares se plaisaient à recevoir leurs insignes royaux de l'Empereur d'Orient.

<sup>493</sup> LEVY J.-P., p. 35 s.

<sup>494</sup> BART, p. 30; IMBERT, p. 14; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 140.



titulaire de droits sur ce sol et se trouve donc redevable, en vertu de liens à la fois réels et personnels, envers une autre personne<sup>495</sup>. Aussi, en sus des anciennes tenures, des tenures d'un genre nouveau sont-elles créées: le *beneficium* (1) et la *precaria* (2)<sup>496</sup>. La transformation des *mansus* et l'apparition de ces nouvelles tenures sont deux phénomènes distincts qui, en se conjuguant, mèneront à l'établissement d'un « domaine divisé » par superposition des ayants droit, caractéristique de la féodalité qui lie étroitement conditions réelle et personnelle<sup>497</sup>.

### 1. Le *beneficium* : terreau des propriétés divisées à venir

Nous l'avions mentionné, les Romains connaissaient déjà un système d'attribution des terres à charge de rendre un service militaire<sup>498</sup>. L'objectif est ici le même, cependant l'institution est différente. Le *beneficium* (bénéfice) implique en faveur du bénéficiaire une tenure viagère à charge de rendre un service militaire ou religieux au concédant qui retient la propriété du sol<sup>499</sup>. Bien que dans une position précaire<sup>500</sup>, le bénéficiaire jouit des fruits issus de la terre, mais n'est lui-même jamais un exploitant. En effet, l'attribution d'un *beneficium* est un moyen – le numéraire étant rare, mais la terre abondante – de rémunérer les services fournis<sup>501</sup>. Par ce biais, sont liées fonctions et terres<sup>502</sup>.

Devenant héréditaire en l'an 877 en vertu du célèbre Capitulaire de Quierzy<sup>503</sup>, le *beneficium* prendra par la suite la forme du fief<sup>504</sup>: l'institution caractéristique de la féodalité, nous y revenons abondamment.

<sup>495</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 141.

<sup>496</sup> La terminologie est flottante: OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 140 s.

<sup>497</sup> IMBERT, p. 31; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 150. L'origine de la structure féodale n'en est pas moins controversée depuis des temps immémoriaux: DE LA TOURNERIE, p. 1 s.

<sup>498</sup> Il s'agissait de l'emphytéose « militaire » avec laquelle plusieurs auteurs font le lien lorsqu'il s'agit d'introduire le *beneficium*: SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 18; LABOULAYE, p. 121. Cf. *supra* note n° 407.

<sup>499</sup> LEVY J.-P., p. 39; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 139.

<sup>500</sup> LABOULAYE, p. 384. MATILE (p. XXIX) décrit cette « première époque vers le régime féodal, ou plutôt le premier pas vers l'introduction de ce système » comme le temps « où la relation du vassal au seigneur, de personnelle qu'elle était devint réelle, [...] ».

<sup>501</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 153; GARSONNET, p. 301; MATILE, p. XXVIII. Voir aussi ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 sur la persistance du terme *beneficium* en ce sens jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle.

<sup>502</sup> Ce système forme ainsi « la base d'une aristocratie [...] féodale »: SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 8.

<sup>503</sup> PATAULT, p. 42 s.; GARSONNET, p. 302; MATILE, p. XXX. Ce capitulaire ne sera en réalité appliqué qu'en France, à l'exclusion de la Germanie, bien que promulgué par le roi CHARLES LE CHAUVÉ, l'un des successeurs de CHARLEMAGNE en qualité d'Empereur d'Occident. BREYE (p. 5) situe lui aussi le passage à l'hérédité à cette période, sans toutefois citer de source législative. À noter que le Capitulaire de Quierzy reste consacré en droit canon: voir ATF 72 I 106, consid. 3.

<sup>504</sup> Il s'agit là de l'opinion de DUMOULIN, parmi d'autres, rapportée par DE LA TOURNERIE (p. 2) et à laquelle celui-ci semble s'associer. Il en va de même chez BREYE, p. 4. Voir, chez

## 2. La *precaria*<sup>505</sup>

L'emphytéose romaine continue à être pratiquée en certaines régions<sup>506</sup>, mais pour l'exploitation des terres, l'Église développe dès le VI<sup>e</sup> siècle<sup>507</sup>, la *precaria* (précaire): un acte contractuel qui repose sur l'échange de deux lettres<sup>508</sup> et accorde au bénéficiaire une tenure<sup>509</sup> durable ou viagère, puis héréditaire dès le VIII<sup>e</sup> siècle, à charge envers l'Église de services ou, plus fréquemment, de redevances<sup>510</sup>. Si cet acte peut avoir pour objectif de déléguer l'exploitation de certaines terres ecclésiastiques, le processus peut aussi être inverse: pour obtenir la protection de la puissante Église catholique un alleutier cède ses terres, qui lui sont rétrocédées immédiatement à titre précaire, c'est-à-dire en retenant formellement la propriété (ce qui fut qualifié rétrospectivement de *recommandation des terres*)<sup>511</sup>.

Le bénéficiaire de la *precaria* n'assure pas forcément lui-même l'exploitation de la terre, tâche qu'il peut déléguer à un fermier. Au contraire, le bénéficiaire peut être socialement important et puissant, tout en souhaitant simplement soustraire ses terres à l'impôt (comme le font les anglais avec les *uses*, puis les *trusts* dès le XIII<sup>e</sup> siècle) ou se soustraire lui-même au service militaire et ainsi bénéficier des privilèges afférant aux terres ecclésiastiques<sup>512</sup>.

Par la suite, les diverses formes de *precaria* prendront à l'époque féodale le nom de censive<sup>513</sup>. Il s'agit là à cette époque de l'influence principale de l'Église en matière de droit des biens<sup>514</sup>.

---

les auteurs récents, PATAULT, p.42; LEVY J.-P., p.39; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p.139; GARSONNET, p.297.

<sup>505</sup> Il existait déjà en droit romain le *precarium* (BART, p.36; LEVY J.-P., p.39), un contrat de précaire qui n'avait toutefois aucun lien avec l'exploitation du sol. Par contre, certains dressent un lien entre colonat et *precaria*: SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p.18 (à propos de l'École romaniste). Pour le surplus, voir, en particulier, LEVY E., *Precarium*, p.1 ss.

<sup>506</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p.141; TISSET/OURLIAC, p.86.

<sup>507</sup> BART, p.36; LEVY J.-P., p.39.

<sup>508</sup> *Littera precaria* (preuve de la propriété de l'Église) et *littera prestaria* (preuve de la tenure): BART, p.36; LEVY J.-P., p.39; TISSET/OURLIAC, p.86.

<sup>509</sup> Les droits offerts sont-ils de nature réelle ou relative? Cette question est à étudier au cas par cas, sans la promesse d'une véritable réponse, selon OURLIAC/DE MALAFOSSE, p.141. Ce qui est également notre opinion.

<sup>510</sup> BART, p.36; LEVY J.-P., p.39; TISSET/OURLIAC, p.86.

<sup>511</sup> BART, p.36 s.; TISSET/OURLIAC, p.86 s. Voir aussi ELLUL, *Moyen Âge*, p.56 s. (le phénomène est largement répandu). Il est aussi possible de recevoir plus de terres que l'on en possédait au départ, ce qui permet de rendre l'acte onéreux et facilite la transmission de terres familiales: cf. *supra* note n°459. Une autre forme de précaire est celui dit «à la demande du roi» qui se fait pour des raisons d'arbitrage politique entre les intérêts temporels et spirituels. La *precaria* s'apparente au colonat romain: LABOULAYE, p.384.

<sup>512</sup> TISSET/OURLIAC, p.86 s.

<sup>513</sup> BART, p.37.

### C. Synthèse

Dans le prolongement de ce que nous avons pu observer sous la fin du Dominat, les quelques siècles que dure l'époque carolingienne offre du monde européen une image juridique profondément modifiée, ainsi que les premières esquisses d'une féodalité naissante. Tout cela s'inscrit dans le cadre d'une société fortement communautarisée, dont les mœurs et l'organisation sont radicalement différentes de l'Empire romain.

## VIII. La féodalité continentale de droit coutumier

La confusion juridique qui règne en matière de droit des biens lors des premiers siècles du deuxième millénaire laisse perplexe le juriste qui cherche à rationaliser et catégoriser les différentes institutions féodales<sup>515</sup>. Cela s'explique pour deux raisons au moins. La première – qui ressort de ce qui a été expliqué dans le chapitre précédent – est la complexification du paysage juridique par la multiplication des titulaires de droits, l'effacement de l'État, ainsi que le mélange entre conditions personnelle et réelle. La seconde découle de la déchéance intellectuelle des élites du VIII<sup>e</sup> siècle qui, ne maîtrisant plus le droit romain, finissent par le négliger, puis l'oublier<sup>516</sup>. Aussi, s'il y a une institution dont il ne sera pas question ici, c'est bien la propriété: aucune construction médiévale – qu'il soit question du fief (l'archétype juridique de l'époque) ou d'autres institutions apparentées (censives, etc.) – ne s'en approche, pas même de loin<sup>517</sup>, et c'est à tort que dès le XII<sup>e</sup> siècle les glossateurs cherchent parmi les notions juridiques coutumières celles du *dominium* romain.

Pour notre étude, il convient de considérer la notion de «féodalité» dans son sens le plus étroit et le plus juridique, soit celui où n'est envisagée que l'institution du fief. En effet, elle est la seule à incorporer toutes les particularités de l'époque: d'une part, en impliquant un «domaine divisé» – ce qui n'est que peu singulier dans l'histoire humaine –, mais surtout, d'autre part, en amalgamant prérogatives personnelles et

<sup>514</sup> IMBERT, p. 13. Contrairement à d'autres domaines du droit à propos desquels l'Église a une grande influence.

<sup>515</sup> LEVY J.-P., p. 35; CHENON, *Démembrements*, p. 25; MEYNIAL, p. 15; VAN BEMMELEN, p. 99. Quoi qu'il en soit, le système féodal européen n'est pas inédit dans l'histoire de l'humanité. Ainsi, les Égyptiens ont connu à certaines époques un tel système (*Genèse*, XLVII, 20; LEVY J.-P., p. 12 s. et 14; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 162). De même en va-t-il des Achéens (ELLUL, *Antiquité*, p. 29), des Chinois ou encore des Japonais (OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 152 s.).

<sup>516</sup> PATAULT, p. 83; IMBERT, p. 10.

<sup>517</sup> Ainsi, PATAULT, p. 22 («[d]ans l'éventail médiéval des maîtrises de l'homme sur le sol, il n'y a pas de propriété-matière, il n'y a que des droits.»); ERNST, p. 120.

réelles, ainsi que droit public et privé. Caractérisant de manière exorbitante son époque, le fief sert de modèle à la compréhension des autres institutions juridiques qui le côtoient; il les «contamine» d'ailleurs par raisonnement analogique<sup>518</sup>.

Si la féodalité a été un peu plus lente à s'implanter dans la société germanique qu'en France, elle est finalement installée dans le second quart du X<sup>e</sup> siècle avec l'avènement du Saint-Empire romain germanique et couvre ainsi l'Europe occidentale tout entière<sup>519</sup>. Toute? Non! Les cantons suisses primitifs résistent et se soulèvent au XIII<sup>e</sup> siècle justement contre les vellétés du Saint-Empire de leur imposer un système féodal trop autoritaire<sup>520</sup>; l'influence juridique germanique n'en est pas moins déterminante, comme nous le verrons ultérieurement.

Bien qu'ils demeurent en bonne partie dans leur état primaire d'usages oraux, les principes du droit féodal sont assez rapidement transcrits, d'abord par les doctes qui en font l'étude, puis plus tard dans des coutumiers<sup>521</sup>. Aussi, la clarté apportée par l'écrit et la relative uniformité des principes juridiques (féodaux) européens nous permettent-elles de traiter la matière en une fois, en mettant ci et là en évidence les points saillants qui distinguent la France et le Saint-Empire<sup>522</sup>. De façon cursive, nous pouvons dire que les droits germaniques restent, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, plus «rigoureux» que le droit français qui admet assez rapidement certains assouplissements pratiques.

---

<sup>518</sup> Il faut cependant nuancer cette affirmation d'un point de vue historique et sociologique. Si Marc BLOCH considère en effet qu'il faut donner à la féodalité une large et extensive portée, Susan REYNOLDS (*Fiefs and Vassals*, Oxford 1994) redonne au mot une précision terminologique saluée par la doctrine spécialisée. Voir, pour les diverses notions de féodalité, SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 2 ss et, sur ce qui vient d'être dit, PATAULT, p. 44. La terminologie allemande correspondante à notre définition de féodalité est *Lehns- ou Benefizialwesen*: PELLATON, p. 265.

<sup>519</sup> Dans le sens strict que nous venons d'adopter. Voir, ainsi, PELLATON, p. 267; GARSONNET, p. 302 et 311 ss. Toutefois, la notion «générale» de féodalité connaît une application au Saint-Empire qui se prête à de nombreuses controverses rappelées, récemment, par PELLATON, p. 264 ss. La première occurrence «conceptualisée» d'une construction féodale voulue comme telle est sans doute celle qui fut observée en Lombardie: POCQUET DE LIVONNIERE, p. 2.

<sup>520</sup> GARSONNET, p. 312. Aussi, de façon continue les cantons suisses rejeteront toute application officielle du droit romain, parfois perçu comme le «bras armé du prince». Avec certes des cautions admises face à la qualité indéniable de ce droit pour combler les lacunes du droit coutumier. Il en va en outre de même pour certaines régions qui n'étaient pas encore intégrées à la Suisse pendant la durée de l'Ancien Régime; nous pensons en particulier au canton de Neuchâtel. Sur tout ce qui précède, voir WYSSBROD, p. 299 ss.

<sup>521</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 142.

<sup>522</sup> Les termes «Saint-Empire» et «France» que nous utilisons dans ce chapitre ont un sens évidemment avant tout géographique, sans que soit sous-entendue aucune unité juridique ou politique.

Quelque peu désorienté par le décor, nous ne sommes pas pour autant complètement perdu<sup>523</sup>; les apports des droits carlovingiens nous guident<sup>524</sup>. La division entre meubles et immeubles permet de localiser la plupart des complications dans la seconde catégorie – devenue socialement la plus importante au mépris de l'autre (*B*). En outre, comme à l'époque carlovingienne<sup>525</sup>, il est possible de distinguer entre les divers cas de «domaines divisés» (*D*) et les situations particulières (*E*) que sont les alleux et les communautés. Aux deux derniers, précédera l'étude d'une nouvelle institution: la saisine (*C*) qui, de bien des façons, tient le rôle fonctionnel laissé vacant par la propriété disparue<sup>526</sup> et se trouve ainsi être d'une importance fondamentale pour la bonne compréhension du droit des biens à l'époque féodale. Notre parcours du droit féodal nous conduira donc graduellement du fait vers le droit.

Souignons d'emblée que la plupart des analyses et concepts développés à propos des institutions féodales l'ont été après la redécouverte du droit romain dans le courant des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles. Si bien que si nous tentons ici d'abord de mettre en exergue les aspects purement coutumiers uniquement, notre présentation souffrira nécessairement du biais de beaucoup se fonder sur les raisonnements des glossateurs<sup>527</sup> et les romanistes postérieurs, auxquels nous accordons des développements fouillés dans le chapitre suivant.

Le présent chapitre de notre étude nous est non seulement utile à une meilleure compréhension du droit des biens européen de l'époque médiévale, mais prépare également notre chapitre consacré au droit anglais. Nous verrons, en effet, que l'Angleterre elle aussi est régie par un système féodal. Dans la mesure où les principes juridiques y applicables sont communs avec ceux du continent, les lignes qui suivent n'auront pas à être répétées.

### **A. Le mélange des statuts personnel et foncier, ainsi que l'absence de distinction entre les droits privé et public**

Liens personnels et fonciers sont devenus interdépendants. Nous l'avions vu, à l'époque carlovingienne, le *beneficium* servait à rémunérer les services d'un subordonné lié au cessionnaire par un lien personnel. Avec l'essor du fief, la situation s'est

<sup>523</sup> LEVY J.-P., p. 52: «*Au moins de façon implicite, [la propriété] existe comme partout.*»

<sup>524</sup> GARSONNET, p. 302. De même, notre droit positif est aussi apte à servir d'appui, nous constaterons ainsi certains parallèles.

<sup>525</sup> En effet, l'Histoire respecte une certaine continuité et impose le constat que «[...] la location perpétuelle est antérieure à la féodalité et lui a quelquefois survécu; [...]»: GARSONNET, p. 300.

<sup>526</sup> PATAULT, p. 120.

<sup>527</sup> Cette problématique est parfaitement résumée par PATAULT, p. 21, à propos de la saisine.

même inversée au XII<sup>e</sup> siècle: le lien foncier impose le lien personnel<sup>528</sup>. Aussi, hiérarchies sociales (personnelles) et foncières – dont la structure pyramidale est l'un des piliers de la société féodale – coïncident-elles en principe<sup>529</sup>. «*La terre est le prolongement de la personne [...]*<sup>530</sup>», nous dit PATAULT. Le statut juridique des individus à l'époque médiévale – quoiqu'étroitement lié aux prérogatives réelles qu'ils peuvent faire valoir – constitue néanmoins une thématique qui s'écarte du propos de notre étude.

Autre mélange encore, à l'époque féodale, il est impossible – et en réalité artificiel – de distinguer ce qui ressort au droit public, respectivement au droit privé: le mélange est tout aussi inextricable que naturel<sup>531</sup>. Ainsi, en raison de la situation socio-économique de l'époque, le seigneur – qui remplace désormais le grand propriétaire foncier<sup>532</sup> – a plus qu'une puissance foncière; il dispose d'une véritable souveraineté politique et tient un rôle public<sup>533</sup>. Il incarne à lui seul le naufrage de l'État et sa dislocation en une multitude de réalités locales: «*[l]a souveraineté se brisa en mille fractions: c'est là la féodalité*<sup>534</sup>.» Cela est particulièrement vrai en France, bien que formellement chaque fief relève (déjà) du roi<sup>535</sup>. Dans le Saint-Empire, le pouvoir central se maintient mieux, c'est d'ailleurs lui qui pousse au développement de la hiérarchie féodale à grande échelle, mais est rapidement fortement marginalisé. D'abord, dès l'origine le «roi des Romains» est un monarque élu par (et parmi) les souverains des différents royaumes germaniques qui forment le Saint-Empire, ce qui tempère la hiérarchisation. Ensuite, et cela découle du point précédent, le principe qui veut que le roi soit la source de toutes les souverainetés n'a pas cours en droit commun germa-

---

<sup>528</sup> LEVY J.-P., p. 41; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 153 et 163; JACQUES, p. 68; SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 9 («*L'État féodal est le système qui fait reposer les services publics sur la possession de certaines terres.*»).

<sup>529</sup> IMBERT, p. 36 s.; GARSONNET, p. 299. Dans le Saint-Empire, où la hiérarchie est particulièrement précise, la correspondance est frappante: il existe ainsi sept classes militaires de *Heerschild* (boucliers) qui correspondent trait pour trait à la hiérarchie des fiefs: SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 169 ss (qui précise, en p. 305 s., qu'un alleutier germanique peut lui aussi fournir un service militaire, aussi la correspondance n'est-elle pas absolument parfaite). Concrètement, cela signifie que jusqu'à six personnes peuvent se partager, en fiefs superposés, une même portion de terre.

<sup>530</sup> PATAULT, p. 48.

<sup>531</sup> Dans le droit romain des origines, il existe aussi une confusion similaire: OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 75.

<sup>532</sup> Rien que dans les pays romands, il est toutefois fréquent qu'un seigneur féodal reçoive l'appellation de *dominus*: PLOUDRET, *Les personnes*, p. 331 ss.

<sup>533</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 75 s. (à propos de la période mérovingienne déjà); OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 151; GARSONNET, p. 299; LABOULAYE, p. 389; BREYE, p. 5 («*ils usurpèrent tous les droits, toutes les prérogatives du Souverain dans leurs bénéfices*»).

<sup>534</sup> Voir JACQUES, p. 67.

<sup>535</sup> GARSONNET, p. 314. Cf. *infra* p. 253 (à propos de la mouvance universelle).

nique<sup>536</sup>, contrairement à ce qui sera plus tard tenté en France. Enfin, l'instabilité politique et les querelles avec le Saint-Siège auront raison du pouvoir germanique central jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle.

## B. Classification des biens: principes et renvois

Il convient de constater qu'aux temps féodaux aucune chose ne reste en dehors du champ d'application du droit. Il n'y a pas, comme en droit romain, de *res extra patrimonium*<sup>537</sup>. Cela s'explique pour partie par l'absence de distinction entre droit privé et droit public. Le particulier peut ainsi s'approprier les choses les plus variées (une église<sup>538</sup>, le banc d'une église, un droit de pêche, etc.), et même au-delà puisqu'un office public<sup>539</sup> ou toute forme de création juridique sont également susceptibles d'appropriation et de maîtrise par les individus par le moyen d'une seule figure juridique: la saisine<sup>540</sup>. En conséquence, toutes les choses – corporelles et incorporelles, comme les désignait GAIUS<sup>541</sup> – obéissent à une division binaire: elles sont nécessairement meubles ou immeubles<sup>542</sup>. Ce qui n'est pas sans créer des complications, comme nous le verrons.

Néanmoins, nous avons écrit plus haut que distinguer entre meubles et immeubles permet de localiser les problématiques dans la seconde catégorie. Cela va même plus loin. Nous pouvons nous aventurer à affirmer – avec d'autres – que le droit féodal n'a pas d'emprise sur les meubles: il n'y a ainsi pas de fief sur des meubles<sup>543</sup>. Aussi, cela res-

<sup>536</sup> GARSONNET, p. 316. Certes, les souverains locaux doivent prêter serment au roi, mais il s'agit là de l'établissement d'un lien personnel de sujétion et non d'un élément réel: GARSONNET, p. 312. Il en va différemment selon les coutumes locales, au niveau des rois germaniques.

<sup>537</sup> Il convient néanmoins de revenir à une cautèle que les Romains élevaient déjà: ce qui échappe tout bonnement à l'emprise humaine (air, ciel, mer, etc.) ne peut *a fortiori* pas tomber dans la maîtrise d'un particulier.

<sup>538</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 153.

<sup>539</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 s. Une des conséquences de l'absence de distinction entre les occupations qui relèvent des régales de l'État et celles purement privées est la patrimonialisation des fonctions publiques qui deviennent des offices vénaux. Ce mouvement vers l'inféodation des charges publiques est décrit par MATILE (p. XXXIV) comme la « troisième époque de la féodalité », les terres disponibles n'étant plus assez nombreuses pour rémunérer les vassaux.

<sup>540</sup> BREYE, p. 7 (« *Tout se donna en fief [...] jusqu'aux esseins d'Abeilles qui pourroient être trouvées dans les forêts.* »). Voir, aussi, BART, p. 218.

<sup>541</sup> À propos de cette distinction purement descriptive, nous pouvons simplement renvoyer à ce qui avait été dit en droit romain. Cf. *supra* note n° 238.

<sup>542</sup> *Arrêtés de M. de LAMOIGNON*, 2, 8, 1; LOYSEL, n° 209; ROUTIER, p. 45. OLIVIER-MARTIN (*Tome I*, p. 206), tout en se rattachant à l'exorbitance de la division meubles-immeubles, relève l'existence de catégories intermédiaires dans certaines régions: cf. *infra* p. 124 (à propos des *cateux*).

<sup>543</sup> Dans le même sens, notamment, SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 304; POCQUET DE LIVONNIERE, p. 6. Cf. *infra* p. 171 (à propos du droit anglais).

treint-il considérablement le champ d'application du droit féodal, objet du présent chapitre.

Demeure cependant une interrogation: si le droit des fiefs ne peut trouver application, quel régime les meubles suivent-ils dans ce cas? De prime abord, la question est délicate<sup>544</sup>. À défaut d'être rattachés d'une façon ou d'une autre au sort d'un immeuble, il nous faut bien constater qu'une sorte de «propriété privée individuelle» doit s'appliquer aux meubles. Ce constat n'est pas surprenant dans la mesure où nous avons fait le même dans notre premier chapitre sur les droits primitifs<sup>545</sup>. Par conséquent, la protection accordée aux meubles est minimale<sup>546</sup>. Ajoutons encore que, sous l'Ancien Régime, les dettes n'ont pour garantie que les meubles du débiteur («*meubles sont le siège des dettes*»), à l'exclusion de tout ce qui se tient en saisine<sup>547</sup>. Cela rend ainsi ces meubles indispensables à la vie économique de l'individu<sup>548</sup>.

La suite de nos analyses de la période féodale portera donc uniquement sur les immeubles qui prennent socialement une importance écrasante face aux meubles<sup>549</sup>. Reste cependant à déterminer ce en quoi ils consistent, car les notions sont assez singulières. Au stade où nous en sommes, il est permis de nous contenter de renvoyer à ce qui a été dit à propos de la division des biens à l'époque carolingienne: les réflexes fondamentaux sont en effet les mêmes. Comment pourrait-il en aller autrement d'ailleurs, car aucune influence extérieure n'est encore venue troubler cette classification. Cette influence, ce seront les glossateurs qui l'apporteront.

En cette époque aristocratique, la qualité noble ou roturière du titulaire d'un bien permet une catégorisation des biens eux-mêmes. Catégorisation d'abord terminologique qui a une influence certaine sur le partage des successions, mais plus limitée sur les

---

<sup>544</sup> VAN BEMMELEN, p. 32 s. («[...] *les sources médiévales sont loin d'être riches en dispositions concernant la propriété mobilière* [...]»); RIVIERE, p. 50 («*On sait, en effet, combien nos statuts coutumiers étaient peu favorables à la propriété mobilière.*»).

<sup>545</sup> Cf. *supra* p. 40.

<sup>546</sup> RIVIERE, p. 50.

<sup>547</sup> BART, p. 220; CHAMPEAUX, p. 67 s.

<sup>548</sup> Posséder ces biens saisissables apparaît ainsi dans cette optique comme un droit naturel. Voir CHAMPEAUX, p. 68 et note n° 1 de la même page. Nous sommes à un point d'équilibre dans la qualification: ces biens saisissables, juste en dehors de la catégorie des droits de la personnalité, sont à peine des objets de droit, ce qui justifie de leur appliquer un régime spécial. Cf. *supra* p. 44.

<sup>549</sup> La prééminence des immeubles s'explique par la dimension avant tout aristocratique et agrarienne de la société féodale, alors que le commerce (de meubles par les bourgeois, artisans et commerçants) est encore secondaire: CHAMPEAUX, p. 77 s.; VAN BEMMELEN, p. 99 s. Cela explique pourquoi la distinction meubles-immeubles soit si importante de nos jours encore. Il s'agit, en effet, du point de départ à une réglementation distincte de la propriété selon son objet. Reste à déterminer si cette différence d'objet implique une nature de la «propriété» qui soit différente. À l'époque féodale, cela est certain puisque les meubles ne peuvent être l'objet d'une saisine.



modalités d'aliénation ou d'acquisition. Il n'y a effectivement pas de limite de principe à la capacité d'un homme libre d'acquérir une tenure libre quelle qu'elle soit, mais plutôt certaines contraintes à respecter<sup>550</sup>.

## C. La Saisine<sup>551</sup>

### 1. Principes et place dans l'ordre juridique

À la frontière entre le fait et le droit, nous tournons maintenant notre regard sur l'institution particulière<sup>552</sup> de la saisine dont la maîtrise est – pour nous comme pour le lecteur – essentielle à la bonne compréhension du droit féodal des biens<sup>553</sup>.

La saisine (*Gewere*<sup>554</sup>) est une notion qui prend source dans les droits carolingiens et se développe dans le droit coutumier entre les X<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles<sup>555</sup>. Elle ne concerne que les propres, savoir – rappelons-le – les biens productifs (conceptuellement un bien-fonds)<sup>556</sup>. Elle consiste en la jouissance effective et légitime de ceux-ci<sup>557</sup>.

Plus précisément que de porter sur un bien-fonds directement, la saisine a pour objet les utilités offertes par ce dernier<sup>558</sup>. En cela, nous sommes remarquablement proche de la notion de *res incorporales* du droit romain<sup>559</sup>, de même que celle de *possessio*<sup>560</sup>.

<sup>550</sup> POUURET, *Les biens*, p. 64.

<sup>551</sup> Il a beaucoup été écrit sur la saisine. Dans la doctrine moderne, le premier auteur à faire autorité en la matière est ALBRECHT en 1828. Il sera suivi tout au long de ce siècle par divers auteurs tels que HEUSLER, CHAMPEAUX ou HUBER.

<sup>552</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 18: «*Qu'est-ce que la saisine ? Est-ce une sorte de propriété relative ? Est-ce une possession de fait ? Est-ce quelque chose d'intermédiaire ?*»

<sup>553</sup> Dans le même sens, PATAULT, p. 20 s. ; OLIVIER-MARTIN, *Tome II/1*, p. 2.

<sup>554</sup> La graphie (*Gewere*, *Gewer*, *Gewehre* ou *Were*) et la terminologie est variable: *investitura* (formule latine traditionnelle), *tenure*, *possessio*, etc. Ce sont des synonymes. Voir HEUSLER, p. 1 et 50; EICHHORN, p. 395. Voir aussi POUURET, *Les biens*, p. 438; OURLIAC/DE MALA-FOSSE, p. 237; CHAMPEAUX, p. 7 ss. Sur l'origine de la terminologie, voir HUBER, *Gewere*, p. 48 et 53.

<sup>555</sup> Pendant cette période, la notion demeure assez floue: HUBER, *Gewere*, p. 8.

<sup>556</sup> PATAULT, p. 22, 83 et 117 («*elle ne porte que sur le bien frugifère, à fruits périodiques*»); JOUON DES LONGRAIS, p. 23 s.; VAN BEMMELEN, p. 104. Pour la définition des propres, cf. *supra* p. 86. Cette limite du champ d'application de la saisine aux immeubles est vraie jusqu'à la fin de l'Ancien Régime: VAN BEMMELEN, p. 106.

<sup>557</sup> PATAULT, p. 21 («*le pouvoir légitime d'en tirer profit*») et 117; CHAMPEAUX, p. 43 («*saisina iuris*») et 54 («*la saisine est donc la possession protégée par la loi*»).

<sup>558</sup> PATAULT, p. 22; HUBER, *Gewere*, p. 23 (en allemand le terme est *Nutzung*, à comprendre dans un sens large: «*jede[r] Gebrauch und Vorteil*»); VAN BEMMELEN, p. 104 s.

<sup>559</sup> MONIER, *Possession*, note n° 1 de la p. 236, précitée *supra* p. 59.

<sup>560</sup> MONIER, *Possession*, p. 242 qui traduit un passage d'ÆLIUS GALLUS: «*la possessio, c'est l'usage d'un fonds ou d'un édifice, et non le fonds ou le champ lui-même: [...].*»

Il n'y a donc aucune confusion entre la chose physique, objet uniquement indirect de la saisine, et la saisine elle-même, élément nouveau dans notre grille d'analyse, car elle constitue l'interface entre le sujet de droit et les utilités offertes par la chose corporelle. Le biais dans la classification de GAIUS, que nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer, n'a pas lieu d'être ici: toutes les prérogatives sur les biens sont rangées dans une même catégorie, y compris par hypothèse celle qui donne à son titulaire la maîtrise complète d'une chose corporelle<sup>561</sup>. Par contre, en gagnant cela, se perd la claire distinction entre la «propriété» (prérogative réelle la plus aboutie) et les autres formes moindres de maîtrise<sup>562</sup>. Par ce constat, nous retrouvons la caractéristique essentielle de la féodalité: l'absence de toute forme de «propriété» au sens moderne ou actuel et une multitude de facultés réelles individualisées auprès de multiples ayants droit, sans qu'aucun d'entre eux n'ait un pouvoir exclusif de disposition sur la chose elle-même. En effet, il serait bien mal aisé – surtout à partir de l'époque des glossateurs – de vouloir juridiquement distinguer deux formes de prérogatives, étant donné que les facultés qu'elles offrent à leur titulaire sur les utilités des choses corporelles sont de nature identique (seuls des contenus, certes fort variés, les distinguent). Il s'agit de la faculté d'user et de jouir de ces utilités, sans que le pouvoir de disposition (*l'abusus* ou *ius disponendi*) sur la matière ne soit déterminant<sup>563</sup>. Aussi, l'admission d'un système de démembrement intellectuel des utilités de la chose s'impose-t-elle<sup>564</sup>.

## 2. Caractéristiques de la saisine

La saisine relève à la fois du fait, car elle requiert la maîtrise du bien et l'exercice matériel (visible pour les tiers) de celle-ci<sup>565</sup>. Mais elle relève également du droit, car cette maîtrise doit être légitime<sup>566</sup>. Cependant, la notion de maîtrise n'est déjà pas en

---

<sup>561</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 25 s. («Tous les droits, [...], apparaissent comme faits d'une même étoffe.»). D'ailleurs, PATAULT (p. 22) s'avance à affirmer que «[s]i GAIUS avait connu la saisine coutumière, il l'aurait classée dans les choses incorporelles.»

<sup>562</sup> Cette fusion en une seule catégorie se retrouve également dans la terminologie (BARTOLE): *ius rei*, *ius reale* désignent l'ensemble des droits réels, sans autre retenue: PATAULT, p. 22.

<sup>563</sup> MEYNIAL, p. 7.

<sup>564</sup> MEYNIAL, p. 7; GIERKE, *Sachenrecht*, p. 356 ss.

<sup>565</sup> Il faut, en effet, user de sa maîtrise pour que celle-ci soit reconnue. Autrement dit un comportement actif est requis (une exploitation, la perception des fruits de l'objet), comme l'explique BESNIER (*Procès possessoire*, p. 379-381). Voir, chez les anciens, DE BEAUMANOIR, n° 685 (à propos de l'acquisition de la saisine: «Usages de an et de jour pesiblement soufist a aquerre saisine: si comme quant aucuns a une terre labourée, – ou une vigne ou un autre eritage, [...]» Voir, notamment, PATAULT, p. 122; CHAMPEAUX, p. 90 ss; HUBER, *Gewere*, p. 5 («die Nutzung aus der Sache [ziehen] und die Sache in Nutz und in Gelde [haben]»). Une approche large de la notion permettra ainsi de reconnaître une saisine à de nombreux sujets de droit.

<sup>566</sup> POUURET, *Les biens*, p. 438; PATAULT, p. 117; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 238. Si nous analysons les choses de la façon la plus précise, les sources historiques ne semblent pas admettre que la saisine soit elle-même un droit, car elle n'en serait que l'expression publique et

soi synonyme de possession au sens auquel nous l'entendons en droit moderne, car la saisine porte aussi bien sur les utilités d'un bien-fonds que sur celles tirées d'une institution juridique; la division entre choses corporelles ou incorporelles n'est ainsi pas déterminante en droit féodal<sup>567</sup>.

La légitimité de la saisine est acquise par une investiture publique doublée de l'exercice de la maîtrise de la chose qui soit reconnaissable par les tiers et paisible pendant au moins un an et un jour<sup>568</sup>, celle-là étant pour le fief la cérémonie de prestation de serment. C'est pourquoi il est possible de parler de «cérémonie d'ensaisinement» sans laquelle aucun transfert juridique n'a lieu<sup>569</sup>.

En outre, la pérennisation de la maîtrise peut également être obtenue par la simple possession publique et paisible pendant au moins un an et un jour<sup>570</sup>. Apparait alors à ce terme, une saisine que nous qualifions de «purement défensive» (la doctrine de langue allemande utilise le terme confus de «*rechte Gewere*»)<sup>571</sup>. Cette deuxième

---

factuelle. Voir HUBER, *Gewere*, p. 5 s.; HEUSLER, p. XX (pour qui la saisine consiste en la «*faktische Realisierung der Sachenrechte*»); ALBRECHT, p. 125. En admettant cela, il convient alors également d'admettre que derrière la saisine (pur fait) existe toujours le droit y corrélatif. Aussi, soit la saisine *incorpore* un droit, soit elle *induit* un droit (HUBER, *Gewere*, p. 10). Brièvement dit, la saisine implique donc bel et bien *fait et droit*. En outre, celui qui a un droit réel, mais n'a plus la maîtrise factuelle, est juridiquement fondé à retrouver cette dernière. Voir HUBER, *Gewere*, p. 22 («*was nicht in einer Gewere thatsächlichen Ausdruck finden kann, ist kein dingliches Recht*») et note n° 47.

<sup>567</sup> Par contre, les acquêts (meubles) ne sont pas objets de la saisine. Voir PATAULT, p. 23 et 117. Ce qui conduit à une importante – quoique rationnelle – relativisation de l'exigence d'exercice matériel de la maîtrise. Ainsi, en va-t-il du *retrait lignager* (cf. *infra* p. 119): celui qui a la saisine de ce droit ne peut «l'exercer» que lors d'un cas d'application; dans l'intervalle, aucun signe de publicité de sa «maîtrise» n'existe. En ces circonstances, la saisine est qualifiée de *latente* ou est dite *en sommeil*. Voir PATAULT, p. 24.

<sup>568</sup> POUURET, *Les biens*, p. 438; PATAULT, p. 117; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 238. Il s'agit là d'une forme, certes très primitive, d'exigence de publicité des droits réels. Non seulement parce que le transfert de la maîtrise de la chose est public, mais surtout car la validité du transfert y est conditionnée.

<sup>569</sup> PATAULT, p. 28 s. (qui rappelle que le droit français actuel ne requiert au contraire aucun acte solennel pour transférer la propriété); OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 153 s.; JOUON DES LONGRAIS, p. 28 s. C'est d'ailleurs le sens primitif du mot «saisine» qui signifie «envoi en possession»: PATAULT, p. 21.

<sup>570</sup> Voir POUURET, *Les biens*, p. 438 s.; PATAULT, p. 122 s.; VAN BEMMELEN, p. 107 s. Notons la formule latine, rapportée par POUURET (*Les biens*, p. 439): «*tanti temporis spacium quod facit titulum possessionis*.» Cette formule préfigure celle de l'art. 2279 du Code Napoléon que nous avons déjà citée. Cf. *supra* note n° 171.

<sup>571</sup> Cette saisine n'a ainsi pas d'effet offensif (*Offensivwirkung*) et ne donne aucun pouvoir de disposition sur la saisine (*Translativwirkung*): disposer d'une saisine signifie transférer un droit (voir HUBER, *Gewere*, p. 19 s.), ce qui n'est pas possible ici faute, pour cette saisine purement défensive, d'incorporer un droit (la situation est donc la même qu'à Rome pour le propriétaire bonitaire qui ne peut en aucun cas accorder le *dominium* à autrui en cédant sa position).

forme de saisine s'est développée dans un second temps<sup>572</sup>, mais reste une institution de pur droit coutumier. Elle a ceci de particulier qu'elle n'est pas concomitante à l'acquisition de la titularité d'une nouvelle position juridique<sup>573</sup>. Il n'y a donc pas de véritable saisine. Le but de cette saisine est, en effet, uniquement la défense du « possesseur » contre tout tiers<sup>574</sup>: en termes procéduraux, l'ensaisiné bénéficie d'une exception; les actions judiciaires des tiers – en particulier l'action (trop) tardive du titulaire de la véritable saisine – sont bloquées<sup>575</sup>. Nous observons ainsi que la saisine purement défensive joue un rôle similaire à celui tenu par la propriété bonitaire en droit romain, savoir l'atténuation des conséquences strictes du non-respect de prescriptions formelles<sup>576</sup>.

La maîtrise factuelle de la chose qu'implique la saisine doit avoir une certaine durée, sans toutefois que la position juridique (par exemple, une censive) n'ait à être perpétuelle<sup>577</sup>; une condition résolutoire peut en conséquence la limiter. Ce qui admet dans le champ d'application de la saisine une infinité de possibilités qui, la perpétuité aurait-elle été une de ses qualités, n'auraient pas pu être envisagées. De la sorte, le tenancier dont la concession est donnée à terme ou encore le titulaire d'un bail à ferme à temps sont tous ensaisinés<sup>578</sup>. De cette constatation se déduit déjà le rejet de tout caractère exclusif pour la saisine. À cela s'ajoute par essence l'absence de volonté de l'ensaisiné d'être « propriétaire » exclusif de la chose<sup>579</sup>. Cette volonté de maîtrise mesurée est d'ailleurs ce qui permet de distinguer et de départager les différentes saisines sur un même objet<sup>580</sup>. En effet, l'assiette de la saisine de chaque ensaisiné est non seule-

---

<sup>572</sup> Ainsi, antérieurement la bonne foi du possesseur ne suffisait jamais à lui permettre d'être juridiquement protégé dans sa possession dans la mesure du droit putatif dont il se prévaut, car la publicité attachée à la saisine lui est opposable (ce qui n'est donc vrai que pour les objets de la saisine; *a contrario* l'acquéreur de bonne foi d'un meuble est protégé). Voir HUBER, *Gewere*, p. 12 ss. Ce dernier explique (p. 14) que « [d]urch das Beschwören oder Beweisen seiner Unkenntnis erreichte er [le possesseur de bonne foi] nur so viel, dass er wenigstens nicht als Dieb oder Räuber bestraft werden konnte. » Voir, en ce sens, les références de HUBER (*Gewere*, notamment en note n° 24) aux droits coutumiers codifiés. Voir aussi PATAULT (p. 122) qui s'attache à une présentation chronologique de l'évolution de la saisine.

<sup>573</sup> *Contra* JOUON DES LONGRAIS, p. 30, pour lequel il s'agirait là concurremment d'un cas de création et d'extinction de saisines.

<sup>574</sup> Sa fonction correspond donc au rôle premier de l'institution: HUBER, *Gewere*, p. 10.

<sup>575</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE (p. 239 et 242 s.) écrivent que ces actions se prescrivent, mais nous devons bien plutôt admettre qu'une action en revendication ni ne se prescrit ni ne se périmé; sans quoi le mécanisme de l'exception n'aurait pas lieu d'être.

<sup>576</sup> Cf. *supra* p. 71.

<sup>577</sup> PATAULT, p. 23; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 237.

<sup>578</sup> DE BEAUMANOIR, n° 968. Voir aussi PATAULT, p. 23; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 237.

<sup>579</sup> Ainsi, PATAULT (p. 15): « *Aucun n'est propriétaire pour le tout; chacun tire privativement profit d'un aspect particulier de l'immeuble.* » Il s'ensuit que la distinction entre possesseur et détenteur n'a pas lieu d'être en principe. Sur ces questions, voir POUURET, *Les biens*, p. 440.

<sup>580</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 26 s.

ment clairement délimitée, mais surtout distincte de celle des autres : chaque saisine est relative (à l'*animus* de son titulaire)<sup>581</sup>. Cela autorise ainsi l'usage et la jouissance sans heurt de plusieurs personnes sur un même objet matériel. Aussi, existe-t-il tout de même une part d'exclusivité : mais celle-ci ne se rapporte pas à la chose (corporelle ou incorporelle), mais à l'objet de la saisine, savoir les utilités offertes par la chose qui tombe dans le champ de la saisine en cause<sup>582</sup>. De la sorte, le censitaire est l'ayant droit exclusif de la saisine sur les fruits et le seigneur féodal de celle portant sur le cens, et ainsi de suite.

Il s'en suit que l'exclusivité n'est pas en soi une caractéristique propre de la propriété moderne, mais que tout dépend de l'objet de droit en cause. Distinguer entre l'objet de droit – la chose proprement dite ou ses utilités – permet de mieux comprendre ce qui sépare le droit féodal et, nous le verrons, le droit anglais des droits continentaux modernes<sup>583</sup>.

Si les conditions de maîtrise et de légitimité sont cumulativement remplies, le droit coutumier reconnaît l'existence d'une saisine et accorde une protection judiciaire<sup>584</sup>. À un simple possesseur par contre, aucune protection n'est reconnue<sup>585</sup>. Du point de vue procédural, cette protection s'apparente aux actions à caractère réel du droit romain ou moderne (action en revendication ou action négatoire)<sup>586</sup>.

### 3. Synthèse

La saisine fait figure à l'époque féodale de clef de voûte du système de droit des biens<sup>587</sup>. Elle régit la reconnaissance par l'ordre juridique du bien-fondé de la maîtrise d'un immeuble. L'esprit des justiciables est pleinement capté par la saisine : maîtrise légitime et protection judiciaire vont de pair, sans qu'il soit concevable de les distinguer<sup>588</sup>. Aussi, est-il possible d'affirmer avec LEVY qu'à l'époque féodale « [l]a propriété est conçue, transférée et défendue sous forme de saisine<sup>589</sup>. » Il s'agit du méca-

<sup>581</sup> De la même façon, l'abus de droit (art. 2 CC) est aussi relatif : pour un même droit, le titulaire peut avoir un comportement abusif à l'égard d'une personne, tout en agissant conformément aux règles de la bonne foi à l'égard d'une autre. Dans la même idée, l'acquéreur de bonne foi n'acquiert que le droit putatif dont il pensait de bonne foi être investi, pas plus.

<sup>582</sup> Dans le même sens, mais à propos de la « propriété » germanique, MEYNIAL, p. 7.

<sup>583</sup> C'est ce à quoi EMERICH (*Conceptualising Property Law*, p. 100 ss ; *Propriété, relation et exclusivité*, p. 1841 ss, spécialement p. 1850 ss) procède en érigeant comme caractéristique fondamentale des institutions du droit des biens, quelle que soit la tradition juridique considérée, celle de l'exclusivité vis-à-vis de l'objet (certes, différente).

<sup>584</sup> PATAULT, p. 117. Légitimité et garantie de l'État vont ainsi de pair : PATAULT, p. 21.

<sup>585</sup> PATAULT, p. 117 s.

<sup>586</sup> HUBER, *Gewere*, p. 10, qui montre en détail aux pages suivantes qu'il existe un véritable droit de suite.

<sup>587</sup> Dans le même sens, BALON, p. 38, qui qualifie la saisine de « Ersatz » de la propriété.

<sup>588</sup> PATAULT, p. 113 et 120.

<sup>589</sup> LEVY J.-P., p. 51. En des termes presque identiques : OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 238 ; HUBER, *Gewere*, p. 22. Dans le même sens, voir JOUON DES LONGRAIS, p. 21 ; CHAM-

nisme original qui permet de distribuer de façon très libre les utilités qu'il est possible d'extraire d'un bien. Interface entre le sujet et les biens, il s'agit de la notion première du droit féodal.

Cependant, lorsque les juristes redécouvrirent le droit romain, ils distinguèrent la saisine (requalifiée en simple possession) du « domaine de propriété » (d'inspiration romaine). La procédure nous en fournit la preuve pratique: avec la réapparition du droit romain, émergent les voies de droit distinctes du pétitoire et du possessoire, voies qui n'existent pas en tant que telles dans le pur droit coutumier<sup>590</sup>.

#### D. Le « domaine divisé »

Dans le système féodal, que ce soit en France ou dans le Saint-Empire<sup>591</sup>, la chose (typiquement le bien-fonds) est l'objet des droits de deux personnes au moins: le seigneur – qui est toujours un homme libre, en principe noble<sup>592</sup> – et un tenancier. Selon que ce dernier soit libre ou dans un état servile, il est possible de distinguer de manière systématique, d'une part, les tenures libres (fief et censive) que nous étudions ici et les tenures serviles, d'autre part.

L'un des moyens de distinguer les tenures libres entre elles est de s'intéresser à la qualité du sujet de droit qui les détient<sup>593</sup>. En effet, tous les hommes libres ne sont pas égaux; une stricte hiérarchie de classes existe, malgré la disparition depuis longtemps de la personnalité des lois. Aussi, faut-il distinguer schématiquement entre nobles et roturiers. Les premiers<sup>594</sup> – seuls aptes à rendre des services nobles<sup>595</sup> – sont en prin-

---

PEAUX, p. 4. HUBER synthétise (*Gewere*, p. 21) les fonctions de la saisine en trois effets juridiques distincts: *Defensivwirkung* (ce qui correspond à un effet *erga omnes*), *Offensivwirkung* (ce qui correspond à un droit de suite) et *Translativwirkung* (ce qui correspond à l'*abusus*); effets résumés dans la formule imagée: «*das dingliche Recht kleidet sich in die Gewere*» (*Gewere*, p. 22).

<sup>590</sup> POUURET, *Les biens*, p. 440 s.; PATAULT, p. 117 s.; JOUON DES LONGRAIS, p. 27.

<sup>591</sup> GARSONNET, p. 300.

<sup>592</sup> S'il s'agit bien là de l'ancien dogme, très vite celui-ci sera réduit à un simple principe et les roturiers pourront acquérir des fiefs. Voir, à ce propos, DE LA TOURNERIE, p. 5 s.; ROUTIER, p. 99 s.; BREYE, p. 10 (qui relève que la question a été unifiée et qu'il demeure des coutumes contraires); POCQUET DE LIVONNIERE, p. 14 s. Au contraire, dans le Saint-Empire, seuls les nobles peuvent acquérir «*en propre*» un fief: BREYE, p. 10.

<sup>593</sup> Cette division des biens en fonction de la qualité du titulaire de droit se retrouve dans les présentations faites sous l'ancien droit. Notamment, au XVIII<sup>e</sup> siècle chez ROUTIER (p. 43) qui distingue les biens ecclésiastiques des biens séculiers, ce qui a évidemment une immense importance pratique, spécialement quant à la juridiction applicable.

<sup>594</sup> La noblesse – il est facile de s'en douter – ne forme pas une classe homogène. Bien au contraire, chacun occupe un rang qui lui est assigné et qui ne se trouvera que renforcé par l'implémentation de la hiérarchie féodale.

<sup>595</sup> Par service noble est entendu notamment le service militaire qui tient un rôle déterminant dans la formation de la féodalité. Nous l'avons mentionné pour le *beneficium* chez les Francs (cf. *supra*

cipe les seules personnes capables de devenir tenancières dans un contrat de fief. Les seconds sont donc normalement tenanciers dans le cadre d'une censive<sup>596</sup>.<sup>597</sup> Ces deux constructions juridiques, de par les utilités de la chose qu'elles offrent au seigneur et au tenancier, sont des objets de la saisine.

Nous allons donc introduire successivement le fief (1) et la censive (2), puis étudier les facultés de leurs diverses parties d'une même traite (3). Finalement, pour répondre au souci de dépeindre un tableau aussi complet que possible, nous évoquerons les tenures serviles (4).

## 1. Le fief

L'expression *feudum* ou *feodum* apparaît aux alentours de l'an mille, puis se généralise dans le courant de ce siècle et du suivant<sup>598</sup>. Le fief (*Lehn* en allemand<sup>599</sup>) remplace peu à peu le *beneficium*. Hormis le temps qui les sépare, il s'agit donc de la même institution à laquelle a été assortie, en sus des caractéristiques déjà décrites, une forte dimension personnelle<sup>600</sup>.

Fondamentalement, le fief se définit ainsi comme étant la concession par un concédant, le seigneur féodal, d'une terre en faveur d'un concessionnaire, le vassal, à charge pour ce dernier de prêter *foi et hommage* au concédant – ce qui caractérise l'institution –, ainsi que d'effectuer des services nobles, en faveur de celui-ci<sup>601</sup>. Malgré

---

p. 91). Ce rôle déterminant est encore plus fort dans le Saint-Empire, car c'est en réaction au péril militaire pesant sur les frontières orientales que la féodalité s'y est véritablement développée à l'échelle nationale : GARSONNET, p. 311 ; SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 305.

<sup>596</sup> Les censives sont aussi nommées « fiefs roturiers » ou simplement « rotures » : BART, p. 218 ; LEVY J.-P., p. 41 ; ROUTIER, p. 44.

<sup>597</sup> Les femmes sont extrêmement marginalisées en ces temps reculés : l'explication réside dans le rôle primitif de la féodalité qui est avant tout militaire (BREYE, p. 4). Aussi, comme les femmes ne pouvaient pas rendre de services militaires, ne pouvaient-elles pas non plus accéder à la vassalité (POCQUET DE LIVONNIERE, p. 13). De même, en cas de succession, étaient-elles écartées, la préférence allant à un homme, sauf circonstances particulières, auquel cas une femme pouvait effectivement devenir le vassal d'un seigneur, le service se transformant alors en redevance. Pour le surplus, voir le titre 62 de la loi salique, ainsi que l'art. 46 de la Coutume de Bois et l'art. 40 de la Coutume de Ponthieu, tous deux rapportés par DE LA TOURNERIE, p. 5.

<sup>598</sup> BART, p. 217 s.

<sup>599</sup> GARSONNET, p. 298. En français, le fief peut aussi être désigné par le terme de *tenure par hommage* : DE LA TOURNERIE, p. 428.

<sup>600</sup> Cette dimension personnelle serait un héritage des Barbares en leur institution du *gasindi* (SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 23 ss), qui est un système de hiérarchie sociale verticale entre hommes libres, mais qui n'a rien à voir avec le droit des biens. À cet égard, il est comparable au clientélisme romain (POCQUET DE LIVONNIERE, p. 1 et 7). C'est pourquoi nous n'étudions aucune de ces deux institutions.

<sup>601</sup> POUURET, *Les biens*, p. 61 ; ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 ; IMBERT, p. 36 ; LEVY J.-P., p. 41 ; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 151 ; AUBENAS, p. 57. Notons qu'en droit normand, les

l'énorme écart temporel, l'on trouve au XVIII<sup>e</sup> siècle une définition très similaire dans l'ouvrage de Gabriel OLIVIER sur le coutumier du pays de Vaud: «*Le fief est donc un héritage qu'on tient du Roi où autre Prince, à foi & hommage, & quelquefois sous la condition de rendre service en guerre, & qui n'est sujet à aucune cense ni autre redevance*<sup>602</sup>.» De façon semblable à ce qui avait cours à l'époque carolingienne, il est possible que le futur vassal soit un alleutier et cède ainsi ses propres terres au futur seigneur féodal pour obtenir une protection de sa part, les terres étant rétrocédées en fief<sup>603</sup>.

Le seigneur féodal et le vassal – tels deux parties à un contrat de vente – concluent entre eux un contrat solennel<sup>604</sup> d'une durée viagère, qui passe cependant automatiquement aux descendants respectifs dès le XI<sup>e</sup> siècle. Les deux parties sont obligées l'une envers l'autre. Le vassal doit prêter un serment de fidélité (foi et hommage<sup>605</sup>): négativement il ne peut pas agir contre son seigneur et positivement il doit lui fournir un service militaire (en nature ou en espèces) ou un service de conseil de cour<sup>606</sup>. Le serment est l'occasion d'une cérémonie d'investiture par laquelle le vassal acquiert la saisine de son fief. De son côté, le seigneur doit *foi et loyauté* et a la charge de rendre la justice en ses terres<sup>607</sup>.

Aussi, l'attribution d'un fief ne répond-elle à aucune logique mercantile pour le seigneur féodal: il ne reçoit aucune redevance à but purement économique<sup>608</sup>. L'objet de cette tenure noble est militaire, de même que politique<sup>609</sup>. Ce sont pourtant bien les utilités du fonds que se répartissent seigneur et vassal.

---

fiefs n'impliquent pas forcément à charge du vassal une obligation de services: DE LA TOURNERIE, p. 7 s. Pour un exemple historique contraire, voir BREYE, p. 6.

<sup>602</sup> OLIVIER, p. 24. Voir aussi CHAMOREL, p. 5 s. («*Cette définition, qui nous est donnée pour le XVIII<sup>e</sup> siècle, est vraie également pour la période classique, l'époque coutumière.*»).

<sup>603</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 151; AUBENAS, p. 56; POCQUET DE LIVONNIERE, p. 5 s. Il est alors question d'un *fief de reprise*, selon les feudistes. Comme pour la *precaria*, il arrive aussi que la rétrocession inclue des terres supplémentaires. Il semble qu'un tel procédé ait également lieu dans l'Angleterre anglo-saxonne: SIMPSON, p. 4.

<sup>604</sup> SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 309.

<sup>605</sup> ROUTIER, p. 41.

<sup>606</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 152 s.; JACQUES, p. 70.

<sup>607</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 152 s.; JACQUES, p. 71.

<sup>608</sup> La concession de fief est «*gratuite*» nous dit DUMOULIN. Voir CHENON, *Démembrements*, p. 33; GARSONNET, p. 298.

<sup>609</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 163.



## 2. La censive et les diverses formes de tenures économiques

§ 1. La censive est le nom donné aux tenures roturières<sup>610</sup>. Bien que sensiblement distincte du fief, de nombreux parallèles sont possibles, car la situation du tenancier se différencie – en termes réels – assez peu<sup>611</sup>. Il s’agit en effet de terres concédées<sup>612</sup> à perpétuité à un concessionnaire, le censitaire, à charge pour lui de services non-nobles (c’est-à-dire de corvées, comme l’exploitation de la terre par des plantations) et de redevances en argent (cens) ou en nature en faveur du concessionnaire, le seigneur censier<sup>613</sup>. D’emblée, de cette définition ressort l’élément économique de la relation qui caractérise la censive par rapport au fief<sup>614</sup>.

Le censitaire n’a pas de lien personnel avec le seigneur censier<sup>615</sup>. Il n’est lié par ces obligations qu’en vertu de ses droits sur la terre; autrement dit, ces obligations sont accessoires à la tenure: le cens est dû par le fonds, pas par le censitaire<sup>616</sup>. Nous retrouvons là une dimension proche de celle que nous avons rencontrée dans le cadre du colonat romain. Cependant, ce lien avec la terre n’est plus aussi fort qu’alors. De telle façon que s’il abandonne sa tenure, le roturier se trouve alors libéré de toute obligation envers le censier. Cet abandon s’appelle le *déguerpissement*<sup>617</sup>.

En rapprochant ce qui précède aux développements accordés au fief, nous parvenons difficilement à déterminer en quoi la censive revêt un caractère féodal. Certes, le seigneur censier doit-il bien retenir un «droit» sur le sol, qui justifie le prélèvement du cens. Certes, le censitaire a-t-il, comme nous le verrons, un droit héréditaire et aliénable, mais cette situation se distingue peu des tenures libres de l’époque romaine ou carolingienne. L’aspect féodal existe néanmoins dans la conceptualisation de la censive qui sera adoptée par les glossateurs: il sera ainsi fait à son égard – par analogie au fief – un dédoublement du *dominium* entre le seigneur censier et le censitaire. De la

<sup>610</sup> Par ailleurs, *villenage* est synonyme de *roturière*: notamment, IMBERT, p. 38; DE LA TOURNERIE, p. 24.

<sup>611</sup> Dans le même sens, AUBENAS, p. 58 s.: «[J]uridiquement, la doctrine de la censive est, dans ses grandes lignes, calquée sur celle du fief. [...] L’histoire de la censive s’est déroulée parallèlement à celle du fief, quant à son caractère héréditaire et patrimonial.»

<sup>612</sup> Comme pour le fief, il peut s’agir d’une rétrocession de terres au nouveau censitaire qui les tenaient en alleu avant d’en faire don, par exemple à l’Église: POUURET, *Les biens*, p. 18 s.

<sup>613</sup> BART, p. 218; IMBERT, p. 38; AUBENAS, p. 58. Voir aussi, au XIX<sup>e</sup> siècle, les explications de CALAME (p. 66), sensiblement identiques.

<sup>614</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 163; AUBENAS, p. 58 (la censive ne revêt «aucun caractère honorifique»).

<sup>615</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 166.

<sup>616</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 166.

<sup>617</sup> IMBERT, p. 39 et surtout le célèbre Traité de LOYSEAU, *Déguerpissement*, p. 1 ss. Par le *déguerpissement*, nous voyons un exemple de ce que nous nommerions aujourd’hui une obligation *propter rem* (art. 730 al. 2 CC). Il en va de même en droit français: OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 166.

sorte, le paiement du cens doit être compris comme constituant l'élément de publicité de l'éminence du seigneur censier sur le sol<sup>618, 619</sup>.

§ 2. À côté de la censive, qui est donc bien – plutôt par l'époque dans laquelle elle baigne que par ses caractéristiques – une institution propre à la féodalité, il existe d'autres institutions dont le but est également de tirer des revenus économiques de la terre. Il y a les domaines congéables, le bail héréditaire, le bail emphytéotique (nommé *abergement* dans le pays de Vaud<sup>620</sup>), etc. En bref, l'imaginaire est sans limite à concevoir des modes d'exploitation du sol. Les glossateurs les systématiseront en fonction de l'intensité des droits de l'exploitant, puis les révolutionnaires procéderont de même, en fonction du caractère féodal de l'institution<sup>621</sup>.

### 3. Facultés du seigneur féodal ou censier, du feudataire et du censitaire

§ 1. La conceptualisation de la nature revêtue par le fief et la censive se fera essentiellement lors de la redécouverte du droit romain. C'est pourquoi cette question sera développée plus loin<sup>622</sup>. Pour l'instant contentons-nous d'observer quelles sont les facultés concrètes de chacun des intervenants, celles-ci n'évoluant que peu jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

§ 2. Le seigneur (féodal ou censier) retient bon nombre de droits sur le sol. Ces droits se matérialisent du côté du tenancier, nous l'avons déjà vu, sous forme de charges féodales (services et redevances) grevant le sol, ce qui extériorise la position prééminente du seigneur. Ayant ainsi une position essentiellement passive, le seigneur a une condition assimilable à celle peu ou prou d'un créancier ou d'un nu-propriétaire, quoique juridiquement la nature des institutions soit fort différente.

Aussi, les facultés du seigneur se manifestent-elles essentiellement en réaction à des actes du tenancier (en particulier lors du transfert de la tenure)<sup>623</sup>. Que nous considérons le feudataire ou le censitaire, le tenancier a bon nombre des facultés d'un «pro-

---

<sup>618</sup> PATAULT, p. 45; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 166; GARSONNET, p. 300.

<sup>619</sup> Si la censive apparaît ici – selon notre intention – rationnellement présentée et conceptualisée, il ne sera jamais assez répété que – à l'instar de toute institution non-codifiée – cette notion recouvre une immense variété de pratiques et coutumes locales, reflétée par une terminologie variable et des particularités individuelles. Aussi, ce qui, dans notre terminologie, regroupe les diverses formes de censive est le partage du *dominium* entre le censitaire et le seigneur censier, tous deux étant titulaires d'une position réelle.

<sup>620</sup> CHAMOREL, p. 11. À ne pas confondre avec les *albergements* qu'il est possible de trouver en Savoie voisine et qui se rattachent plutôt au modèle des communaux, même s'ils s'appuient bien sur une «*espèce de bail perpétuel*». Voir BOURJOL, p. 91, lequel se réfère aussi à BUTTIN, p. 21.

<sup>621</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 165, qui passent en revue (p. 164 s.) les institutions locales de la France. Cf. *infra* p. 286 (à propos de la liquidation des droits féodaux en France).

<sup>622</sup> Cf. *infra* p. 132.

<sup>623</sup> IMBERT, p. 37; JACQUES, p. 70.

priétaire» ou à tout le moins d'un titulaire de droits réels. Il peut user et jouir du sol<sup>624</sup>, de même qu'en abuser matériellement, mais pas juridiquement comme nous allons le voir<sup>625</sup>. Ainsi, hormis les obligations personnelles et réelles qu'il doit supporter en faveur du seigneur, le tenancier peut se comporter comme s'il était titulaire d'un droit exclusif sur le sol<sup>626</sup>. Le fief et la censive sont des biens patrimoniaux<sup>627</sup>, dont il est possible de disposer dans le cadre que nous allons maintenant déterminer.

§ 3. Il convient de distinguer deux cas de transfert de la titularité d'une tenure libre. D'abord, la transmission à cause de mort n'est, à l'origine, pas du ressort du tenancier – le seigneur ayant un pouvoir discrétionnaire à cet égard (malgré le Capitulaire de Quierzy<sup>628</sup>) –; elle le sera dès le XI<sup>e</sup> siècle pour le fief et dès le XII<sup>e</sup> ou XIII<sup>e</sup> siècles pour la censive<sup>629</sup>. Ensuite, la cession entre vifs d'un fief, bien que possible dès le début du XIII<sup>e</sup> siècle également<sup>630</sup>, est limitée par le lien personnel et impose une contrainte: l'agrément de l'acquéreur par le seigneur<sup>631</sup>. Cette règle rigoureuse ce maintiendra à l'est du Rhin, mais sera assouplie en France<sup>632</sup>: le seigneur n'a plus à approuver le transfert, mais peut reprendre le fief aliéné par le moyen du retrait féodal<sup>633</sup>. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, l'acquéreur est toutefois dédommagé par le seigneur féodal à hauteur du prix d'achat<sup>634</sup>. Pour la censive, il existe aussi un mécanisme identique – nommé le retrait censuel – mais qui est rare en pratique: l'agrément du seigneur ne peut être refusé que lorsque l'acquéreur provient du dehors de la seigneurie<sup>635</sup>.

<sup>624</sup> Le censitaire est ainsi très libre dans sa jouissance (AUBENAS, p. 59), de la même façon que l'était le colon à l'époque romaine. Voir aussi PATAULT, p. 43.

<sup>625</sup> BREYE (p. 6) expose le principe historique de la sous-inféodation. LEVY J.-P., p. 42; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 154.

<sup>626</sup> GARSONNET, p. 299.

<sup>627</sup> LEVY J.-P., p. 41; POCQUET DE LIVONNIERE, p. 13. Ce sont comme nous l'avons déjà répété des objets de la saisine.

<sup>628</sup> Cf. *supra* p. 91. Dans le Saint-Empire, il existera toujours des fiefs viagers: GARSONNET, p. 314.

<sup>629</sup> PATAULT, p. 43 et 47; AUBENAS, p. 57. Moins précis, LEVY J.-P. (p. 42) écrit à propos du fief: «*bien avant le XIII<sup>e</sup> siècle.*»

<sup>630</sup> En effet, les *Libri feudorum* interdisent encore toute aliénation au motif de la trop forte dimension personnelle des services qu'implique le fief: *Libri feudorum*, 2, 9 («*Est autem optima consuetudine interdicta feudi alienatio*»); POUURET, *Les biens*, p. 86.

<sup>631</sup> En somme, cette situation s'apparente assez bien à une cession de parts dans une société de personnes au sens du droit suisse; cession limitée par la forte dimension *intuita personae* de la relation entre les sociétaires.

<sup>632</sup> Voir à ce propos les explications de BREYE (p. 81 ss) sur le droit de la Lorraine, d'abord sous domination germanique puis française, qui mettent en lumière les distinctions juridiques.

<sup>633</sup> LEVY J.-P., p. 42; AUBENAS, p. 58; BREYE, p. 15. Ainsi, voit-on le comte AMEDEV VI de Savoie s'organiser afin d'être informé des transferts de fiefs opérés par ses vassaux: POUURET, *Les biens*, p. 64.

<sup>634</sup> LEVY J.-P., p. 42. Cette monétarisation du retrait féodal à hauteur du prix d'achat apparente l'institution à un droit de préemption (art. 216 CO).

<sup>635</sup> LEVY J.-P., p. 43; AUBENAS, p. 59. À nouveau, un parallèle avec le droit positif suisse est possible. L'élément personnel est moins intensif dans la censive que dans le fief. Tel de nos

Tous ces cas de transmission et de cession sont soumis à un droit de mutation en faveur du seigneur et à charge du nouveau tenancier<sup>636</sup>. Le montant du droit est avec le temps objectivement fixé dans les coutumes<sup>637</sup>. Rien qu'à la terminologie, nous reconnaissons là le domaine du droit fiscal moderne<sup>638</sup>; plus que théorique, cette qualification peut avoir des incidences modernes surprenantes<sup>639</sup>. À cette taxe s'ajoute une autre dans les cas où l'acquéreur d'un fief n'est pas de noble extraction et ne peut par conséquent pas rendre de services nobles: en France elle se nomme «droit de franc-fief» et, dans les pays romands, «*soufferte*»<sup>640</sup>. Dans le Saint-Empire, les règles sont plus strictes: si un roturier reçoit un fief (ou inféode son bien-fonds), le contrat de fief ne

---

jours lors de la présentation d'un locataire pour la reprise d'un contrat de bail, seuls les impératifs économiques viennent en principe justifier un refus du bailleur.

<sup>636</sup> Voir, par exemple, TROPLONG, p. 100 s.

<sup>637</sup> IMBERT, p. 37 ss; LEVY J.-P., p. 43; AUBENAS, p. 58 s.; JACQUES, p. 71. Dans le détail, les droits de mutation se distinguent dans leur terminologie: celui sur la transmission à cause de mort se nomme, selon les conceptions, le *relief* (le seigneur est rémunéré pour relever le fief tombé) ou le *rachat* (rachat de la concession par le nouveau vassal), celui sur la cession de fief se nomme le *quint* (car il se monte à un cinquième du prix de vente) et celui sur la cession de censive le «*lods et ventes*». Voir OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 154.

<sup>638</sup> TROPLONG, p. 101 («*On le voit: c'est du sein de la féodalité que sont sortis les droits de succession et de mutation qui se payent aujourd'hui à l'État. [...] Il semble que l'État, après avoir tué la féodalité, aurait dû donner satisfaction à l'opinion de Montesquieu, qui s'était élevé contre cet abus de la fiscalité des seigneurs. Mais loin de détruire les droits sur les successions et les mutations, l'État en a au contraire hérité; il s'est approprié cette invention productive.*»). Voir aussi JACOTTET, *Des projets de Code civil*, p. 809; CALAME, p. 69 ss.

<sup>639</sup> Nous avons vu que les lods «[...] ne sont autre chose que la condition imposée par le seigneur au tenancier, que la reconnaissance perpétuelle du droit primitif du seigneur sur la terre dont il concédait la jouissance» (JACOTTET, *Des projets de Code civil*, p. 809). Une jurisprudence toute récente fut forcée de se pencher à nouveau sur ces notions. Il s'agit de l'Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 3 février 1989, dans la cause C. contre Département des finances, publié à la RDAF 1989, p. 202 ss. Dans cette affaire, il est question de la légalité de l'exemption des lods dans le territoire dit du franc-alleu qui figurait comme règle première du Code des lods de 1842 (par ailleurs successeur du Code des lods de 1710, qui constitua la première occurrence du terme en terres neuchâteloises: WYSSBROD, p. 200). Question laissée ouverte par la cour de céans, mais qui relève aujourd'hui – véritablement – de l'histoire du droit puisque le Code des lods a été abrogé en 1992 (!) par l'art. 28 litt. a de la Loi neuchâteloise concernant la perception de droits de mutation sur les transferts immobiliers (LDMI), supprimant ainsi l'exemption des franc-alleux. Sous l'Ancien Régime déjà, la perception des lods donna lieu – pour des raisons politiques – à une «affaire des lods» et une pratique très aléatoire: WYSSBROD, p. 149 ss.

<sup>640</sup> Les auteurs citent, en ce sens, une Ordonnance royale de PHILIPPE III (dit le Hardi) datant de 1275. Effectivement, au XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, il arrive fréquemment qu'un fief soi en mains d'un bourgeois. Voir POUURET, *Les biens*, p. 64 ss; LEVY J.-P., p. 43; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 156; SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 309; DE LA TOURNERIE, p. 6; POCQUET DE LIVONNIERE, p. 15. Pour le surplus, ce qui a été dit plus haut sur le fief s'applique de la même façon; notamment, le vassal (potentiellement noble) doit prêter serment au seigneur féodal (roturier): POUURET, *Les biens*, p. 61 (il semble que ce soit une spécificité des pays romands); SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 310.

liera que les parties, à l'exclusion du successeur du seigneur féodal<sup>641</sup>; il n'y a donc d'effet réel au contrat que sous une condition résolutoire, savoir le changement de la personne du seigneur.

Le droit de mutation est d'autant plus facile à percevoir que la transmission de la saisine du fief ou de la censive doit nécessairement être le fait du seigneur. Aussi, le tenancier-cédant doit-il se dessaisir (se «*désensaisiner*») en main du seigneur, lequel pourra ensuite ensaisiner le tenancier-repreneur («*dessaisine-saisine*»/«*devest-vest*»)<sup>642</sup>. Cette construction est logique dans la mesure où ces tenures sont envisagées en tant que concession: il apparaît impossible à un concessionnaire de transférer lui-même son droit. L'observation de ce procédé permet d'introduire la théorie moderne dite «*du démembrement*». Selon cette théorie, «*la constitution d'un droit réel limité [doit] être comprise comme l'individualisation et le transfert à un tiers de l'une des facultés liées à la propriété*<sup>643</sup>». En effet, cette conception de la propriété implique que le droit réel restreint accordé par le propriétaire – par exemple un usufruit – lui soit «retourné» à l'échéance de ce droit afin que sa propriété soit pleinement reconstituée, et puisse ensuite à nouveau être démembrée<sup>644</sup>. Toutefois, en même temps que le droit se romanisera, le formalisme s'estompera et les démembrements tendront à circuler sans repasser par les mains du seigneur<sup>645</sup> (en pratique, car la théorie ne change pas jusqu'à la fin de l'Ancien Régime); ce qui explique l'importance du retrait féodal qui vient en contrepoids de la pratique<sup>646</sup>.

Par cette théorie du démembrement s'observe ici encore le principe dit «*de la séparation*» qui impose le transfert effectif de la chose en tant que condition au transfert de la titularité. Ce principe est toujours applicable en Allemagne, en Autriche et en Suisse, mais plus en France où le principe dit «*du consentement*» est jugé suffisant<sup>647</sup>.

<sup>641</sup> SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 308 (par contre, ces conséquences non pas lieu d'être si les terres concernées ne sont pas soumises à un service noble impérial et si le vassal est une femme il peut lui être demandé à la place du service une redevance). En comparaison avec notre droit positif, la situation n'est pas la même que celle de l'usufruit qui ne s'éteint en principe pas au décès du nu-propiétaire (art. 749 al. 1 CC), même si une telle condition résolutoire peut être convenue (art. 748 al. 2 CC). De même en va-t-il en matière de bail (art. 261 CO).

<sup>642</sup> AUBENAS, p. 59; CHAMPEAUX, p. 28.

<sup>643</sup> STEINAUER, *Droits réels II*, n° 3227.

<sup>644</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE (p. 238) expliquent ainsi que le déguerpissement n'est possible que par le «désensaisinement».

<sup>645</sup> PATAULT, p. 30 s.

<sup>646</sup> Pour BREYE (p. 80) le retrait féodal va de soi dès qu'il existe un fief aliénable, même dans le silence de la coutume; ce que cet auteur démontre en relatant l'évolution du droit de la Lorraine (p. 87 ss).

<sup>647</sup> JACOTTET, *Des projets de Code civil*, p. 809 s. («*La propriété immobilière ne peut se transférer d'une personne à une autre que par un acte public, passé devant notaire. C'était un souvenir des formes germaniques du transport, qui ne pouvait avoir lieu que par l'investiture publique devant l'assemblée des hommes libres; c'était plus encore un hommage rendu au seigneur, sans l'approbation duquel le tenancier n'avait pas la faculté d'aliéner; une garantie*

§ 4. Tout ce qui précède ne concerne que les transferts de fiefs et de censives en tant que tels et dans leur intégralité. Il n'est pas possible au feudataire sans l'autorisation du seigneur ni de morceler son fief ni de procéder à un *abrègement* de fief (sous-inféodation), car cela réduirait à terme ses revenus et donc sa capacité à remplir les services nobles qu'il doit<sup>648</sup>. Il y a de la sorte une double présomption juridique: l'indivisibilité du fief et la prohibition de l'*abrègement* de fief<sup>649</sup>. De même, en va-t-il pour le censitaire, au risque de voir l'accumulation de charges décourager toute exploitation de la terre («*cens sur cens ne vaut*») <sup>650</sup>. Ces restrictions, si elles sont certes maintenues, ne sont pas moins contournées dès les XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles. Les moyens pour ce faire sont les *rentes* et le *jeu de fief*<sup>651</sup>.

§ 5. Tous ces développements sur les transferts de tenures montrent la nature imparfaite du pouvoir de disposition sur le bien, qui passe au second plan, alors que l'*abusus* était essentiel à la notion de *dominium* à l'époque romaine; à l'époque féodale, le «domaine» se caractérise par l'*usus* et le *fructus*<sup>652</sup>. Aussi, prise sous le seul angle de la nature réelle de l'institution, se pose la question de la distinction entre le fief et les autres constructions juridiques apparentées. Dans tous les cas, le titulaire reçoit la jouissance de certaines utilités – plus ou moins triviales – qu'il est possible de tirer du bien en question. L'important est en effet de pouvoir tirer un revenu de ses biens et non pas d'en disposer matériellement ou juridiquement. L'immobilisme n'est pas un inconvénient.

Ce constat se trouve d'autant plus renforcé par les limitations aux pouvoirs de disposition qui découlent de la division «familiale» des biens que nous avons vu à l'époque carolingienne, lesquelles existent toujours à l'époque féodale. En conséquence, en plus des limites inhérentes aux mécanismes applicables au transfert (entre vifs ou à cause de mort) des fiefs et censives, il faut prendre en compte la place de la communauté familiale, ainsi que celle des communautés villageoises ou agricoles (ce que l'on nomme les communaux)<sup>653</sup>. Des droits de retrait communautaires viennent en toute hypothèse limiter les possibilités. Ce que nous étudions plus loin<sup>654</sup>.

---

*de ses droits, auxquels des aliénations clandestines auraient pu porter atteinte. Aujourd'hui, c'est une mesure d'utilité publique, plus propre que toute autre à assurer les transactions, à donner au crédit les bases réelles sur lesquelles on veut le faire reposer. [...] En France, l'aliénation est parfaite par le seul consentement.»*

<sup>648</sup> LEVY J.-P., p. 43.

<sup>649</sup> AUBENAS, p. 58 (qui n'utilise pas le terme «présomption», mais «principe»).

<sup>650</sup> LEVY J.-P., p. 43; AUBENAS, p. 58.

<sup>651</sup> LEVY J.-P., p. 43.

<sup>652</sup> AUBENAS, p. 91; MEYNIAL, p. 6 s.; CHAMPEAUX, p. 51. Constat qui s'est vérifié dans notre analyse de la saisine et en particulier de son objet. En ce qui concerne nos développements en droit romain, cf. *supra* p. 65.

<sup>653</sup> LEVY J.-P., p. 52.

<sup>654</sup> Cf. *infra* p. 119.

§ 6. Les obligations du vassal et du censitaire sont assorties de sanctions: commise, action en vide-main, amendes et surtout le retrait (saisie) féodal<sup>655</sup>. Le dernier nommé – que nous avons déjà évoqué – est particulièrement intéressant, car il exprime la position réelle du seigneur<sup>656</sup>. À l'inverse, les tenanciers ont à l'encontre de l'arbitraire des seigneurs féodaux et censiers la «garantie» de conserver leur tenure pourvu qu'ils se conforment à leurs obligations; de même ont-ils l'assurance de ne pas voir ces dernières augmenter sans leur consentement<sup>657</sup>. L'émergence d'une véritable justiciabilité de cette garantie est le point de départ de la reconnaissance – dès le courant du XII<sup>e</sup> siècle – d'une position réelle dans le chef des tenanciers; droit qui explique les prérogatives (croissantes avec le temps) dont ces derniers peuvent se prévaloir<sup>658</sup>.

§ 7. En définitive, il convient de procéder aux observations suivantes. Alors que les prérogatives du vassal ou du censitaire – ainsi que le cadre contractuel et social (en particulier la forte légitimité des seigneurs) qui les entourent – apparentent leur tenure à un usufruit ou un bail de notre droit positif<sup>659</sup> (selon laquelle des facultés du tenancier il est accordé le plus d'importance<sup>660</sup>), les mécanismes applicables à ces institutions démontrent leur extrême mixité: entre position réelle et personnelle<sup>661</sup>.

Pourtant, dans la chronologie historique des institutions, il est cohérent de considérer à l'époque que nous étudions ici que le tenancier n'a pas encore en concours avec le seigneur un «domaine divisé», mais bien une sorte de position réelle restreinte à laquelle sont attachés des attributs propres à une position relative; le seigneur ayant de ce fait une sorte de nue-propriété<sup>662</sup>. En effet, d'une part, la tenure est héréditaire et cessible, mais, d'autre part, le seigneur a un droit de regard sur le tenancier successeur et peut même reprendre son bien.

En conséquence, ce que nous pouvons tenir pour certain – en ce qui se rapporte aux siècles entourant le premier millénaire de notre ère – se résume ainsi: «[c]e n'était pas une pleine et absolue propriété, qu'acquerrait [le tenancier]: le seigneur se réservait [...] un droit supérieur, dont la nature ne fut jamais bien déterminée, et qui alla

<sup>655</sup> POUURET, *Les biens*, p. 66; AUBENAS, p. 58 s.

<sup>656</sup> Ce droit se nomme aussi *retenue féodale*: BREYE, p. 15.

<sup>657</sup> MEYNIAL, p. 3 s.

<sup>658</sup> MEYNIAL, p. 4 s.

<sup>659</sup> Ce qu'ils ne sont en aucun cas: PATAULT, p. 24; AUBENAS, p. 91 s. Le même constat était possible à l'époque romaine, spécialement à propos de la propriété provinciale, mais le caractère fictif de la propriété retenue par l'État romain affaiblit toute comparaison qui puisse se tenir.

<sup>660</sup> Les termes «*locations perpétuelles*» sont aussi utilisés pour décrire les tenures libres. Ils figurent d'ailleurs en titre de l'ouvrage de GARSONNET.

<sup>661</sup> Dans le même sens, PATAULT, p. 44.

<sup>662</sup> JACQUES, p. 69 s. Cf. *infra*, sur l'opinion de CUJAS qui, bien que dépassée au XVI<sup>e</sup> siècle, est d'autant plus juste ici.

*toujours en diminuant, jusqu'au jour où il disparut complètement [c'est-à-dire à la Révolution française]<sup>663</sup>.»*

#### 4. La situation des serfs

Si économiquement la tenure servile se distingue peu de la censive, car toutes deux visent à l'exploitation économique du sol, la condition personnelle de l'exploitant est bien distincte. Le serf n'est pas un homme libre et, partant, comme aux époques précédentes, ne dispose pas de la (pleine) capacité civile et n'a donc ni patrimoine proprement dit ni fief ou censive<sup>664</sup>. Il se trouve soumis à la volonté du seigneur, qui fixe à l'origine arbitrairement les charges qui grèvent la tenure<sup>665</sup>. Par la suite, le mécanisme des « *abonnements* » permettra une détermination plus objective des charges<sup>666</sup>.

Comme cela a été le cas aux époques précédentes, le serf n'a en principe pas la « propriété » de son pécule que ce dernier contienne des biens mobiliers ou immobiliers. Si bien qu'à son décès, les biens « reviennent » au seigneur, sans qu'il n'existe de véritable héritier. Il s'agit là du mécanisme dit de la « *mainmorte* ». Ce mécanisme perdra vite en importance et se transformera en simple taxe (dont le cercle des assujettis est d'ailleurs limité)<sup>667</sup>.

Ne disposant d'aucune prérogative propre, ni de garantie spécifique, l'analyse plus avant de la position des serfs peut être mise de côté.

#### E. Aspects particuliers

Deux questions doivent encore compléter notre exposé du droit coutumier. D'abord, il nous faut analyser le sort réservé aux terres qui ne sont pas entrées dans la féodalité, ce que nous faisons ci-dessous (1). Ensuite, il faudra encore s'intéresser aux aspects communautaires qui entourent les fiefs (2). Afin de respecter la chronologie historique, nous accordons des développements particuliers aux communaux dans notre chapitre consacré aux évolutions générales jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

---

<sup>663</sup> JACQUES, p. 69.

<sup>664</sup> Voir, notamment, BREYER, p. 6.

<sup>665</sup> LEVY J.-P., p. 41.

<sup>666</sup> LEVY J.-P., p. 41.

<sup>667</sup> LEVY J.-P., p. 43.



## 1. L'alleu

§ 1. *Principes*. Seule survivance d'une « propriété libre » proche des conceptions romaines ou actuelles<sup>668</sup>, l'alleu (*Allod, freies Eigen*) – nommé aussi abusivement franc-alleu ou franc-fief<sup>669</sup> et, lorsqu'en main de l'Église, « *franche-aumône* »<sup>670</sup> – perdue depuis la période carolingienne en mains de particuliers, essentiellement dans le Midi et à Paris<sup>671</sup>, mais aussi en Normandie<sup>672</sup>. Il s'agit ainsi des biens-fonds qui ne sont pas entrés dans le système féodal<sup>673</sup> ou qui en sont sortis. Cette seconde hypothèse est rare, mais elle existe. Ainsi, lorsqu'un censitaire (plus rarement un feudataire) ne paie pas pendant une longue durée – environ une génération – de redevance au seigneur, il est admis que ce dernier perd ses droits sur la censive, celle-ci devenant un *alleu de prescription*<sup>674</sup>. De manière intéressante, les *franches-aumônes* acquises à l'Église par donation le sont en tant qu'*alleux de concession personnels* (de sorte que si elles retournent à un particulier, celui-ci ne les tiendra pas en alleu, mais bien en fief<sup>675</sup>).

Tenues de personne, si ce n'est « *de Dieu et de l'épée* »<sup>676</sup>, les terres allodiales ne doivent aucune charge féodale, qu'il s'agisse de services ou de redevances<sup>677</sup>. Seule la justice seigneuriale leur est applicable<sup>678</sup>, dans la mesure où l'alleutier n'est pas lui-même un seigneur ayant droit de justice<sup>679</sup>.

<sup>668</sup> AUBENAS, p. 56 (« *vestige de l'ancienne propriété pleinement libre* »). Il nous faut toutefois nous garder de toute simplification exagérée. Ainsi, POUURET, *Les biens*, p. 18: « [...] *il serait un peu simpliste d'expliquer l'allodialité médiévale par la survivance de la propriété romaine.* »

<sup>669</sup> GARSONNET, p. 300; SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 407. En théorie, l'alleu devrait pourtant échapper à toute inclusion dans une classification féodale: AUBENAS, p. 56.

<sup>670</sup> LEVY J.-P., p. 40 s.

<sup>671</sup> IMBERT, p. 40 (mais, au XIII<sup>e</sup> siècle, il n'y a plus un seul alleu en Bretagne et en Beauvaisis); LEVY J.-P., p. 40; AUBENAS, p. 57; GARSONNET, p. 300 et 303 (qui souligne la continuité depuis l'époque carolingienne).

<sup>672</sup> Il s'agit de maisons tenues en (*franc*-)bourgage, forme de détention qui se retrouve en Angleterre: GARSONNET, p. 304. Cf. *infra* p. 177 (chapitre sur le droit anglais).

<sup>673</sup> BART, p. 218; GARSONNET, p. 304 (il est alors question d'un *alleu d'origine*).

<sup>674</sup> IMBERT, p. 39 s.

<sup>675</sup> GARSONNET, p. 304.

<sup>676</sup> En ce sens, LOYSEL, n° 227; RAGUEAU, p. 23. De même, chez les auteurs récents, BART, p. 218; IMBERT, p. 40. Ainsi, la Principauté de Monaco est un alleu qui n'est tenu que « *de Dieu et de l'épée* », ce que reconnaît le roi de France LOUIS XII en 1512. Avec la même signification, en langue allemande existe l'appellation « *Sonnenlehn* » qui dérive sans doute de traditions religieuses hors de la chrétienté: GARSONNET, p. 314.

<sup>677</sup> PATAULT, p. 51 s.; BART, p. 218; HENRION DE PANSEY, *Traité des fiefs de DUMOULIN*, p. 686; BREYE, p. 4; RAGUEAU, p. 22.

<sup>678</sup> *Arrêtés de M. DE LAMOIGNON*, 2, 19, 4. BART, p. 218; GARSONNET, p. 316 (de même en va-t-il dans le Saint-Empire).

<sup>679</sup> IMBERT, p. 40.

Pour le surplus, l'alleutier jouit avec la plus grande liberté de ces terres. Il est, sans aucun doute, le «propriétaire» le plus libre de l'époque féodale; exempt de toute sujétion personnelle ou réelle, il n'est pas non plus entravé de quelque manière dans l'exercice de son droit par l'État embryonnaire<sup>680</sup>. Il peut – c'est une évidence – concéder la jouissance de son alleu à un tiers en fief ou en censive et ainsi devenir seigneur féodal ou censitaire<sup>681</sup>. Ce faisant, il inféode bien sa terre, tout en restant alleutier vis-à-vis du reste de la société. Partant, est créée une hiérarchie indépendante, au sommet de laquelle se trouve l'alleutier lui-même. Il s'agit là, à peu de choses près, la position des rois germaniques et du roi de France<sup>682</sup>.

§ 2. *Le sort des terres allodiales.* Comme il est possible de faire tenir en quelques lignes ce qu'il est nécessaire de dire sur l'évolution postérieure des alleux entre l'époque purement coutumière et la fin de l'Ancien Régime, nous dérogeons ici à la linéarité de notre propos général.

De caractère exceptionnel<sup>683</sup>, l'alleu dérange évidemment l'ordre féodal. En France, l'on tente de l'assimiler à des institutions proprement féodales. Ainsi, l'alleu se voit-il transformé en fief ou censive<sup>684</sup> ou alors qualifié de noble ou roturier en fonction de la personne qui en est titulaire. Aussi, lorsque l'alleutier inféode sa terre, comme nous venons de le voir, ou lorsqu'il a la qualité de seigneur justicier, son alleu devient noble, alors que dans les autres cas, il est roturier<sup>685</sup>. Il ne faut pas y voir là une sorte de reconnaissance sociale, mais la simple volonté des seigneurs féodaux d'assujettir les alleux au régime des droits de mutation applicables au fief, que nous avons déjà expliqué plus haut<sup>686</sup>. Dans la même veine, la présomption – faute de preuve du caractère libre de la saisine ou parfois même irréfragable<sup>687</sup> – est en faveur d'une tenure. Ce qui débouche sur la maxime «*nulle terre sans seigneur*» reçue de manière générale dans

---

<sup>680</sup> Voir CALAME, p. 54 s.

<sup>681</sup> Ce dont se plaint d'ailleurs LOUIS XIV dans un Édît de 1692: NERON/GIRARD, p. 239, colonne de gauche. Voir POUURET, *Les biens*, p. 61 s.; GARSONNET, p. 303. Toutefois, il semble que cette faculté n'appartienne qu'aux alleutiers de noble extraction: *Arrêtés de M. DE LA MOIGNON*, 2, 19, 5.

<sup>682</sup> LABOULAYE, p. 390.

<sup>683</sup> Cf. *supra* p. 88.

<sup>684</sup> PATAULT, p. 51; BART, p. 218 s.; IMBERT, p. 40. Nous pensons ainsi à la Bretagne.

<sup>685</sup> Ainsi, GARSONNET, p. 304; *Arrêtés de M. DE LA MOIGNON*, 2, 19, 4 ss. La distinction entre alleux nobles et alleux roturiers n'a d'incidence qu'en matière successorale (en effet, la primogéniture masculine régit les successions des nobles, alors que les roturiers se partagent à égalité les biens: IMBERT, p. 40). Voir, en outre, AUBENAS, p. 56; HENRION DE PANSEY, *Trait des fiefs de DUMOULIN*, p. 686; RAGUEAU, p. 23.

<sup>686</sup> AUBENAS, p. 56.

<sup>687</sup> Ainsi, en va-t-il des régions françaises de la Bretagne, du Beauvaisis et du Boulenois, dans lesquelles l'alleu est tout bonnement exclu: AUBENAS, p. 57.

les coutumes françaises depuis le tout début du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>688</sup> et renforcée par une série d'ordonnances royales<sup>689</sup>. La règle est ancienne puisque LOYSEL l'expose déjà<sup>690</sup> et avant lui DE BEAUMANOIR<sup>691</sup>. Les tenants de cette maxime se rattachent à la conception théologique du domaine humain concédé par Dieu au souverain, lequel cède lui-même en fief certaines terres qui peuvent être à nouveau concédées<sup>692</sup>. LOUIS XIV fait personnellement l'éloge de cette doctrine dans ses instructions au dauphin<sup>693</sup>.

Mais, dans le Midi – pays de droit écrit où le souvenir du droit romain est plus fort –, la maxime inverse est applicable «*nul seigneur sans titre*<sup>694</sup>». Aussi, en cette région, la présomption est-elle au caractère allodial des terres<sup>695</sup>. Il est intéressant de souligner

<sup>688</sup> Ainsi, GALLAND (p.3) écrit en 1629 «[...] : *Que tous heritages non relevants d'autres Seigneurs, sont censez relever du Roy: Et que tous heritages relevants de sa Majesté en pays Coustumier, ou de Droict Escrit, sont obligez à la foy, hommage, & payement des lods, ventes, quintes, requints, & autres droicts ordinaires, selon la condition des heritages & Coustumes des lieux: si les possesseurs ne font apparoir de liberté ou affranchissement par tiltres de l'investiture, descharge, remise, ou convention particuliere, comme estans ces droicts attachez à l'essence & nature du fief. Ceste regle n'est point nouvelle, mais ancienne & generale par tout le Royaume, non iamais controversée au pays Coustumier.*» Voir les Arrêtés de M. DE LAMOIGNON, 2, 19, 1; POCQUET DE LIVONNIERE, p. 6; RAGUEAU, p. 22 (qui invoque une décision du Parlement de Paris de 1608); LOYSEL, n° 228. Il s'agit du premier principe exposé en matière d'alleu chez les anciens. Voir, chez les auteurs récents, PATAULT, p. 51; BART, p. 219; IMBERT, p. 40; AUBENAS, p. 57; GARSONNET, p. 305; TROPLONG, p. 104. Nous verrons que ce principe est reçu en Angleterre dès le XI<sup>e</sup> siècle; les juristes anglais modernes n'hésitent ainsi pas à citer cette maxime: voir, par exemple, SIMPSON, p. 1.

<sup>689</sup> Ainsi, l'Édit «*portant confirmation du franc-aleu*» de LOUIS XIV du mois d'août 1692 retrace la longue suite d'ordonnances faites depuis 1629 afin de tenter de restreindre au maximum la liberté des alleutiers. Voir NERON/GIRARD, p. 239 s.; TROPLONG, p. 104.

<sup>690</sup> LOYSEL, livre II, titre II, I.

<sup>691</sup> DE BEAUMANOIR, n° 688: «*Quant li sires voit aucun de ses sougiès tenir eritage de quoi il ne rent a nului cens, rentes ne redeveances, li sires i puet jeter les mains et tenir loi comme sien propre, car nus, selonc nostre coutume, ne puet pas tenir d'alues et l'en apele aluef ce que l'en tient sans fere nule redevance a nului.*»

<sup>692</sup> Cf. *supra* p. 47 (à propos des origines primitives de la propriété).

<sup>693</sup> «*Tout ce qui se trouve dans l'étendue de nos Etats, de quelque nature qu'il soit, nous appartient à même titre, et nous doit être également cher*»: LOUIS XIV, *Œuvres*, p. 93. Voir, pour d'autres sources contemporaines allant dans le même sens, TROPLONG, p. 104 ss.

<sup>694</sup> GALLAND, p. 32. L'ouvrage de ce dernier, paru en 1629, s'intitule «*Contre le franc-alleu, sans tiltre: pretendu, par quelques provinces, au preiudice du Roy*» et constitue une source de premier ordre sur cette question. Voir, sur le tout, les Arrêtés de M. DE LAMOIGNON, 2, 19, 2; RAGUEAU, p. 22. Voir, chez les auteurs récents, PATAULT, p. 51; BART, p. 219; IMBERT, p. 40; AUBENAS, p. 56; GARSONNET, p. 306 (qui relève que certaines villes conservent encore à cette époque les privilèges que les Romains leur avaient accordés; cf. *supra* note n° 223).

<sup>695</sup> BART, p. 219; AUBENAS, p. 56. La création de nouveaux alleux est soumise à des conditions strictes: Arrêtés de M. DE LAMOIGNON, 2, 19, 3.

que la discussion qui enserme l'opposition de ces deux maximes n'est pas totalement éteinte en droit actuel<sup>696</sup>.

Dans le Saint-Empire, au contraire, les alleux sont bien plus présents et bénéficient en droit commun de l'absence de toute présomption défavorable; en cas de litige, les règles de procédure classiques sont applicables et c'est ainsi au demandeur (quel qu'il soit) de prouver son droit<sup>697</sup>. Par contre, selon les régions, le droit coutumier peut imposer, comme en France, la maxime «*nulle terre sans seigneur*»<sup>698</sup>. Plus encore, les alleutiers ne sont pas que de grands seigneurs (tels les rois sus-évoqués), mais aussi des petits alleutiers (*Pfleghaften, Biergeldern*)<sup>699</sup>, qui en France survivent seulement à grand-peine.

Lorsque la théorie du domaine divisé – que nous allons examiner dans notre prochain chapitre – est établie par les glossateurs, il est alors admis que l'alleutier à la maîtrise des deux domaines, savoir le domaine utile et le domaine éminent tout à la fois<sup>700</sup>. En conséquence, il ne faut pas imaginer la position juridique de l'alleutier comme étant celle d'un «droit subjectif de propriété» moderne, comme il est facile à un juriste moderne de le croire. Au contraire, les terres allodiales sont régies par les mêmes mécanismes que les terres soumises à l'emprise féodale: l'alleutier est titulaire de la saisine sur les facultés offertes par le fonds<sup>701</sup>, certes dans une mesure plus large qu'un vassal ou un feudataire. Il ne s'agit toutefois là que d'une différence quantitative et non pas qualitative<sup>702</sup>. De la même manière que pour les autres institutions du droit des biens de la période féodale, les mécanismes et outils juridiques propres aux fiefs s'appliquent également aux prérogatives de l'alleutier. En outre, l'alleu n'échappe pas non plus aux contraintes liées aux maîtrises communautaires<sup>703</sup>.

Le sort des terres allodiales jusqu'à la fin de l'Ancien Régime ainsi explicité, revenons à la période qui précède la redécouverte du droit romain pour tourner notre regard sur les aspects collectifs et communautaires.

---

<sup>696</sup> Elle s'inscrit en effet dans l'opposition entre théories dualiste et moniste du domaine public dont le postulat de base part de la prémisse que les choses sans maître au sens du droit privé peuvent avoir un maître au sens du droit public. «*L'on retrouve ainsi l'opposition des tenants de la propriété native, consacrant la propriété collective de chacun sur le bien public, et les tenants de la propriété feudiste, centrant sur le pouvoir seigneurial, respectivement royal, l'origine du domaine utile concédé aux habitants.*»: PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 609 ss.

<sup>697</sup> GARSONNET, p. 314.

<sup>698</sup> GARSONNET, p. 316.

<sup>699</sup> GARSONNET, p. 316.

<sup>700</sup> HENRION DE PANSEY, *Trait des fiefs de DUMOULIN*, p. 686.

<sup>701</sup> LABOULAYE, p. 376.

<sup>702</sup> «*[...] ce fut par la loi des alleux [...] que se gouverna la couronne de France, le plus ancien des fiefs.*»: LABOULAYE, p. 390.

<sup>703</sup> PATAULT, p. 52.

## 2. Aspects collectifs et communautaires

Dans son ouvrage, PATAULT adopte une systématique descriptive des institutions qui met en pleine lumière le point commun entre les institutions féodales et celles communautaires: ce qu'elle nomme les «*propriétés simultanées*». Les unes sont celles du système féodal – que nous avons déjà étudiées – et les autres celles obéissant à des réflexes communautaires – que nous voyons maintenant.

Une première dimension collective à signaler est celle – quelque peu surprenante – qui intervient dans les cas de co-investitures de fiefs dans le Saint-Empire, c'est-à-dire les situations où plusieurs personnes sont investies d'un même et unique fief<sup>704</sup>. Il s'agit là d'une dimension collective qui peut exister en France dans les premiers temps de la féodalité, mais très vite toute co-titularité d'un fief est proscrite; cela ne concerne toutefois pas les femmes (et leurs descendants) et celles-ci peuvent donc tenir un fief *par parage*: chacune ayant une part égale<sup>705</sup>.

Une autre institution – le *retrait lignager* (nommé *Zugrecht* en Suisse) – emporte notre intérêt, car elle permet de souligner non seulement une dimension communautaire, mais aussi la place ténue qu'occupe l'*abusus* à l'époque dont il est ici question. Un peu plus haut nous avons évoqué le *retrait féodal*, les deux mécanismes sont identiques dans leur principe, mais les buts et titulaires sont autres. Un retrait est «[...] un droit par lequel, celui auquel il appartient peut retirer une chose vendue des mains de l'acquéreur<sup>706</sup>.» Le retrait féodal se caractérise en ceci qu'il appartient au seigneur (féodal), alors que le retrait lignager est en mains de la famille du vassal. Pour les propres, si le consentement de la famille est une condition préalable à l'aliénation dans les premiers temps, assez rapidement il n'intervient plus que *a posteriori*<sup>707</sup>. Et en cas de désaccord, ce dernier se matérialise par l'exercice du retrait lignager, ce qui ramène le bien aliéné dans le cercle familial<sup>708</sup>. Il s'agit donc d'une prérogative de nature réelle – car opposable aux tiers – qui permet à la famille de l'aliénateur de ramener à elle la maîtrise de la valeur aliénée à un tiers, contrairement à sa volonté. Cette faculté est mécaniquement assez proche de celle du *beneficiary* d'un *trust* qui peut défaire l'acte de disposition du *trustee* en ramenant le bien aliéné au sein du patrimoine que constitue ledit *trust*<sup>709</sup>.

<sup>704</sup> SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 312. Cela existe aussi en France: *Arrêtés de M. DE LAMOIGNON*, 2, 10, 8 s. (indivisions de seigneurs ou de vassaux).

<sup>705</sup> DE LA TOURNERIE, p. 429 s.

<sup>706</sup> BREYE, p. 14.

<sup>707</sup> CHAMPEAUX, p. 63 s.

<sup>708</sup> CHAMPEAUX, p. 64. Au début de son analyse de la nature du retrait lignager, STEINHAUSER définit d'ailleurs (p. 48) cette prérogative familiale comme une «*Eigentumsbeschränkung*».

<sup>709</sup> Cf. *infra* p. 218.

Il nous faut encore ici signaler le droit de vaine pâture – sur les prés ainsi que les terres cultivées après la récolte<sup>710</sup> – et le droit de ramasser le bois mort en forêt<sup>711</sup>, ainsi que les nombreux autres droits de même espèce (droits de regain, etc.).

Les plus importantes de ces institutions à caractère collectif pour notre étude sont évidemment les communaux. Ils sont toutefois en réalité plus tardifs et c'est pourquoi nous leur consacrons des développements dans un chapitre ultérieur<sup>712</sup>.

## IX. La redécouverte du droit romain par les glossateurs

Alors qu'il fut absent pendant à peu près un demi-millénaire, le droit romain n'est redécouvert, grâce à de rares manuscrits sauvés des événements (mais souvent incomplets)<sup>713</sup>, que dans le courant du XI<sup>e</sup> siècle. Il est alors bien mal compris ou, plutôt, ce droit est tellement réinterprété (glosé) par les glossateurs<sup>714</sup>, puis les postglossateurs<sup>715</sup>, qu'il prend un sens inédit transmis aux générations suivantes, jusqu'à la nôtre. Sens que l'on ne tente de corriger que véritablement depuis l'École historique du droit du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>716</sup>. D'où la difficulté que nous – juriste du XXI<sup>e</sup> siècle façonné par les concepts des droits moderne et actuel – avons rencontrée plus haut à approcher les notions de droit romain avec les bonnes clefs de lecture.

---

<sup>710</sup> LOYSEL, n° 247 ss. Ce droit n'existe en principe pas au-delà des terrains mentionnés: LOYSEL, n° 250. Nous avons déjà rencontré la vaine pâture: cf. *supra* p. 87. Cette règle peut être rapprochée de celle de notre art. 699 al. 1 CC, concrétisée en droit vaudois par l'art. 78 du Code rural et foncier vaudois. Voir, à ce propos, PIOTET, *Propriété foncière*, n° 1957 ss.

<sup>711</sup> LOYSEL, n° 251.

<sup>712</sup> Cf. *infra* p. 233.

<sup>713</sup> Manuscrits qui ne sont souvent pas des passages des codifications de JUSTINIEN proprement dites, mais des ouvrages doctrinaux. Pour ne citer qu'un texte largement utilisé (spécialement par les canonistes), nous songeons à l'Épitomé de JULIEN (556/557 après J.-C.); lequel condense à des fins pédagogiques les Novelles de JUSTINIEN. Les Institutes de GAIUS sont encore inconnues et ne sont redécouvertes qu'en 1816. Ce qui ne donne donc qu'une image déformée et indirecte du droit romain officiellement adopté dans le *Corpus Iuris Civilis*. Voir, sur le détail des textes à disposition des glossateurs, le long exposé de SAVIGNY (*Geschichte II*, p. 388 ss), ainsi que leur ordonnancement particulier en cinq volumes (SAVIGNY, *Geschichte II*, p. 478 ss).

<sup>714</sup> L'École dite des glossateurs est fondée à Bologne à la fin du XI<sup>e</sup> siècle par le jurisconsulte et professeur de droit IRNERIUS (environ 1050-1130). Elle perdure jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>715</sup> Succédant à la précédente dès le XIII<sup>e</sup> siècle, l'École des postglossateurs, fondée à Orléans par le professeur de droit JACQUES DE RÉVIGNY (environ 1230-1296), connaîtra son apogée grâce au jurisconsulte italien BARTOLE (1313-1356). Sur cette école et la précédente, voir LAFERRIERE, p. 409 ss.

<sup>716</sup> Cf. *infra* p. 375 ss (à propos du sort des institutions féodales et communautaires en droit allemand).

Initiée par les juristes de l'École des arts libéraux de Bologne, cette «renaissance» du droit romain prend tout son essor dans la volonté des juristes de théoriser, conceptualiser, ordonner et scientifier les institutions juridiques développées au fur et à mesure lors de la période médiévale sans avoir été «pensées» au préalable. À cela s'ajoute la volonté à visées pratiques de rendre le droit plus propice aux échanges commerciaux embryonnaires<sup>717</sup>. Aussi, au droit romain n'est pas attribué un champ d'application distinct de celui du droit coutumier; au contraire, il est l'outil d'interprétation de ce dernier. Ainsi, l'enjeu n'est-il pas à l'élaboration de nouvelles théories juridiques, mais bien à la recherche d'une explication scientifique des constats qu'il est possible de tirer des pratiques juridiques<sup>718</sup>. Il convient d'expliquer ce phénomène (A).

Ayant exposé les rapports entre le droit romain (tel que conçu par les glossateurs) et le droit coutumier, nous nous intéresserons aux concepts développés par les glossateurs et les postglossateurs en matière de droit des biens; ce en reprenant là où nous avons laissé les diverses questions: la division des biens (B), la saisine (C) et les tenures (D). Nous finirons par une analyse critique globale du droit des biens de l'ancien droit (E).

## A. Romanisation du droit continental en général

§ 1. Quel rôle joue donc le «nouveau» droit romain face aux droits coutumiers locaux? Il en revêt en réalité deux. D'abord, il tient un rôle de conceptualisation du droit coutumier. Face aux concepts juridiques bien plus aboutis que les leurs, les glossateurs rêvent de «traduire et corriger» le droit coutumier dans le droit romain<sup>719</sup>. Ce processus fonctionne évidemment à merveille lorsque les deux droits coïncident dans leurs solutions – il ne s'agit plus alors que d'habiller la pratique d'une solide théorie – ou lorsque les adaptations que la romanisation du droit coutumier implique répondent aux besoins et s'accordent avec les mœurs du temps – les nouvelles solutions étant alors favorablement accueillies. *A contrario*, tout est remarquablement plus complexe en dehors de ces deux hypothèses. Cela est particulièrement vrai pour la saisine, car, comme nous le verrons, la difficile transformation de celle-ci traduit un malaise tout général, reflété dans les complications juridiques rencontrées dans le processus de fusion des deux droits. Le droit romain, tout aussi parfaitement conçu qu'il puisse être,

<sup>717</sup> KAELIN, p. 19 s.; PATAULT, p. 84.

<sup>718</sup> En ce sens, la formulation de MAUNZ/DÜRIG-PAPIER/SHIVARNI (n° 29 *ad* Art. 14 GG) est très juste: «*Auf der Grundlage dieser Klassifikation entstand die Theorie des «geteilten Eigentums», die mit der Anerkennung des Obereigentums und des Nutzungs- oder Untereigentums es ermöglichte «die vielfach gestuften Grundbesitzverhältnisse des Mittelalters mit dem Instrumentarium des römischen Rechts zu erfassen».*» Voir, de même, MITTERMAIER, p. 435.

<sup>719</sup> PATAULT, p. 86 s.

ne l'a pas été pour la société féodale et n'y est donc souvent tout simplement pas adapté<sup>720</sup>.

Ensuite, le droit romain tient le rôle de droit supplétif à titre de *ius commune*. Le droit romain est, en effet, proclamé droit commun et comble les (nombreux) vides laissés par les règles coutumières et les rares textes juridiques officiels. Le droit romain fait ainsi œuvre unificatrice du droit européen, surtout des droits germaniques<sup>721</sup>, car il est possible de trouver très tôt des réserves importantes chez les auteurs français; réserves qui vont en s'accroissant jusqu'à la fin de l'Ancien Régime<sup>722</sup>. Comme l'explique plus tard avec clarté SALEILLES: «*Il est des pays où certaines questions, même encore [dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle], se décident par le droit romain, pris tout au moins dans ses principes généraux: il importe donc, là où règne ce système législatif, non seulement de remonter aux sources, mais surtout de formuler les principes que les textes supposent et d'en extraire une doctrine scientifique; de faire en un mot beaucoup moins du droit romain, comme les Romains l'eussent appliqué, que de tirer des solutions modernes de principes scientifiques inspirés du droit romain; [...]*<sup>723</sup>.»

À ce processus de romanisation de l'approche juridique, les juristes ont également le souci d'asseoir le système féodal de tenure des terres sur des bases religieuses. Ils y procèdent en s'appuyant notamment sur le passage suivant de la *Genèse*: «*Joseph acheta toutes les terres de l'Égypte pour le pharaon. En effet, les Égyptiens vendirent chacun leur champ parce que la famine les pressait. C'est ainsi que le pays devint la propriété du pharaon. [...] Joseph fit de cela une prescription, en vigueur aujourd'hui encore, d'après laquelle un cinquième du revenu des terres de l'Égypte appartient au pharaon. Seules les terres des prêtres n'appartiennent pas au pharaon*<sup>724</sup>.»

§ 2. Une notable exception à la romanisation juridique du continent est la Suisse. En effet, les territoires qui forment aujourd'hui l'Allemagne connaissent une réception tardive, soit vers le XV<sup>e</sup> siècle. Or, à cette époque, la Suisse est déjà indépendante de l'Empire habsbourgeois, ce qui retarda d'autant la diffusion des nouvelles

---

<sup>720</sup> Voir, dans le même sens, VAN BEMMELEN, p. 35; OESTERREICH, p. 74. MEYNIAL, p. 8, résume la chose de façon imagée: «*c'est souvent que le manteau romain a recouvert au Moyen Âge des institutions de sens et d'inspiration opposées.*»

<sup>721</sup> VAN BEMMELEN, p. 33.

<sup>722</sup> S'inscrivant dans le courant du gallicanisme, DUMOULIN rejette le droit romain comme moyen d'interprétation de prédilection: «*le droit romain n'oblige ni ne lie les Français*» (DUMOULIN, *Coutume de Paris I*, p. 302). Ce raisonnement a par exemple été repris au XVIII<sup>e</sup> siècle par BREYER (p. 75).

<sup>723</sup> SALEILLES, p. 81.

<sup>724</sup> *Genèse*, XLVII, 20 ss. Voir PATAULT, p. 16 (selon qui la chrétienté sous-tend les propriétés simultanées).



idées<sup>725</sup>. De plus, les cantons suisses ont de tout temps été réfractaires à reconnaître le droit romain comme une partie intégrante de leur droit. Ce n'est que sur la pointe des pieds que son rôle supplétif – évidence de fait par la comparaison des règles appliquées – est admis par les juristes suisses<sup>726</sup>. Une anecdote thurgovienne souvent répétée<sup>727</sup>, de même qu'une analogue vaudoise, caractérisent l'attitude ambivalente des juristes suisses. Nous ne résistons pas au plaisir de reporter ici en entier les lignes qui sont consacrées à la seconde dans un recueil d'arrêts de l'an 1701: «*Un Gentilhomme de Bresse, à qui il étoit échû en Suisse, par la voie de substitution, un bien considérable, prétendoit s'exempter de payer les dettes contractées par celui à qui il succédoit. Il fut obligé de plaider, il fit venir de Bourg un habile Avocat. [...] L'Avocat plaïda avec beaucoup de vivacité, il cita du Latin, citation perduë. Comme il se promenoit dans les vastes champs que son éloquence lui avoit ouverts, le juge fronça le sourcil, & cédant à son impatience, il dit au Gentilhomme dans un patois qui est en usage dans ce pays-là: Faites quaisi votron parler: Faites taire votre parleur. L'Avocat, qui avoit enflé les voiles de son éloquence, faisoit toujours beaucoup de chemin, & prouvoit avec un air victorieux, que les biens substitués devoient revenir à ceux qui les recueilloient, exempts de toutes dettes. Le Juge, qui ne goûtoit point cette maxime, interrompant le Plaidoyer, se leva brusquement, & prononça dans ces termes élégans: E prou substeia, que substeia; qui a lou bien paye les charges: Ce qui est substitué a*

<sup>725</sup> KAELIN, p. 19. Voir toutefois, DUNAND, p. 228 s., qui rappelle le rôle des juristes suisses du XIV<sup>e</sup> siècle qui sont relativement nombreux à avoir été formés dans les universités européennes, ainsi que l'existence de juridictions ecclésiastiques – qui appliquent évidemment le droit romain – en Suisse.

<sup>726</sup> WYSSBROD, p. 299 ss et surtout DUNAND, p. 230 s. Le dernier nommé explique ainsi que la Suisse n'a pas connu de «*véritable réception du droit romain*» (notre traduction de DUNAND, p. 231: «*These diverse factors explain why Switzerland did not experience a true reception of Roman law.*»), même si des régions importantes telles que Genève ou – comme nous le savons déjà – le canton de Bâle admettent le droit romain comme droit supplétif. Rapportons par ailleurs ce passage intéressant de JACOTTET (*Des projets de Code civil*, p. 260 s): «*Les destinées de Zurich et de Neuchâtel, quant à leur droit civil, présentent de nombreuses analogies, parce qu'à beaucoup d'égards leur situation politique a été la même. Formant tous deux, de bonne heure, des États indépendants, affranchis tous deux du pouvoir effectif de l'Empire par la naissance de la Confédération, ils subirent moins que les États de l'Allemagne l'influence du droit romain. Nous l'avons souvent observé: ce n'est pas en Allemagne que le droit germanique a produit tous ses fruits, c'est dans les États germains ou germanisés qui se sont développés hors de l'Allemagne; en Angleterre, en Hollande, dans les pays scandinaves, en Suisse, dans le nord de la France elle-même. Au sein de l'empire d'Allemagne, l'invasion du droit romain, vers les XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles, brisa le courant des idées germaniques, qui furent recueillies et conservées dans les États qu'aucun lien réel ne rattachait plus à l'Empire.*»

<sup>727</sup> Il y est question de la piquante mésaventure d'un plaideur qui, invoquant l'autorité de BARTOLE et BALDE, se voit rétorquer par un magistrat de Frauenfeld que pour les confédérés peu importe l'opinion des doctes, car «*[ils] ont leurs propres usages et [...] droit*». Voir WYSSBROD, p. 301 et les références citées.

*beau être substitué; qui a le bien doit payer les charges. Le Greffier prit la plume, & rédigea cette Sentence judiciaire*<sup>728</sup>.»

## B. Division des biens: la rencontre des approches matérielle et sociale

### 1. Où les droits sont réduits à de simples objets

§ 1. C'est à Philippe DE BEAUMANOIR<sup>729</sup> que revient le mérite d'établir à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle un classement des biens qui synthétise la rencontre entre le droit romain et le droit coutumier<sup>730</sup>. En effet, raisonnant avec les mœurs qui sont les leurs, les glossateurs en redécouvrant le droit romain, s'attachent à ce qui leur semble une distinction fondamentale: celle qui divise les choses en fonction de leur fixité, respectivement de leur circulabilité<sup>731</sup>. Il s'agit de la distinction entre meubles et immeubles, telle que nous l'entendons dans le langage courant actuel et tel que l'entendaient les Romains<sup>732</sup>. Évidemment, cette distinction se recoupe dans les faits assez largement avec celle carlovingienne entre propres et acquêts. La terre est encore le bien le plus précieux<sup>733</sup>. La nouvelle nomenclature ne débouche pas sur une nouvelle répartition des biens, puisqu'il ne s'agit fondamentalement que de la théorisation de ce qui se faisait déjà à l'époque carlovingienne<sup>734</sup>, puis à l'époque médiévale, avec néanmoins une vision renouvelée. En découle ainsi une correspondance entre les deux approches qui n'est (de loin) pas parfaite<sup>735</sup>. Les prémices sont en effet dissemblables, car l'ancienne distinction se fondait sur le caractère perpétuel et productif ou, au contraire, éphémère de la chose. Or, une chose éphémère ou non productive peut très bien être fixe. Il se dresse ainsi entre les deux premières une troisième catégorie: les *cateux*<sup>736</sup>. Cette der-

---

<sup>728</sup> GAYOT DE PITAVALL, p. 393 s.

<sup>729</sup> L'un des plus célèbres juriconsultes français de son temps (1252/4-1296).

<sup>730</sup> Il est question de son très célèbre ouvrage sur les *Coutumes de Beauvaisis*. PATAULT, p. 92.

<sup>731</sup> DE BEAUMANOIR, n° 671 s.; PATAULT, p. 90.

<sup>732</sup> PATAULT, p. 88 et 90. Selon CASTALDO – auteur de la traduction (en cours) en français moderne de l'ouvrage DE BEAUMANOIR – il faut appliquer aux « choses mouvables » la même définition que celle que connaissaient implicitement les Romains: CASTALDO, note n° 2 ad n° 671.

<sup>733</sup> Voir OESTERREICH, p. 70 (« *Gemäß der mittelalterlichen Ordnung wurde dabei der Grund und Boden gegenüber der Fahrnis einerseits wegen seiner wirtschaftlichen Vormacht als ungleich wertvollerer Vermögensgegenstand betrachtet, andererseits wegen seiner Vermögenswert niemals erschöpftes Gut angesehen.* »).

<sup>734</sup> PATAULT, p. 89.

<sup>735</sup> Ainsi, DE BEAUMANOIR doit – après avoir utilisé le critère de la fixité – préciser son propos en conditionnant la qualification d'immeuble à l'existence d'un caractère productif en sus de la fixité (n° 672) ou en excluant une telle qualification pour « une chose qui meurt » (n° 678), invoquant ici le critère de la perpétuité. Voir CASTALDO, note n° 4 ad n° 672.

<sup>736</sup> PATAULT, p. 91; OLIVIER-MARTIN, *Tome I*, p. 206; CHAMPEAUX, p. 92 s. (à propos d'un arbre qui ne donne pas de fruits périodiquement). Ce même auteur (p. 93) nous explique qu'il est possible de distinguer à l'époque entre *cateux verts* (plantations) et *cateux secs* (bâtiments)

nière survivra jusqu'à la fin de l'Ancien régime. Cependant, il s'agit avant tout d'une catégorie pratique qui perdra rapidement toute justification dogmatique<sup>737</sup>. Elle nous montre néanmoins déjà les difficultés concrètes à changer de système de pensée.

Au-delà de ces problèmes face à l'ancien droit coutumier, la division féodale des biens est en porte-à-faux avec les catégories romaines. D'abord parce que la distinction entre meubles et immeubles n'est pas à Rome une *summa divisio*. Ensuite, car comme nous l'avons constaté lors de la comparaison des droits romain et carolingien, les approches sont divergentes : la première est matérielle (*res corporalis* et *res incorporalis*), alors que la seconde est sociale (propres et acquêts). Aussi, comment est-il envisageable de coordonner logiquement les deux approches ? Seuls des artifices permettent d'y parvenir. Tous les biens sont donc classés comme meubles ou immeubles, d'abord selon le critère de la fixité, respectivement de la circulabilité, puis en procédant à des correctifs imposés par l'usage et les mœurs, généralement en faveur de la qualification «immeuble» dans le but d'offrir une meilleure protection judiciaire<sup>738</sup>.

§ 2. Certains de ces correctifs s'expliquent logiquement. Ainsi en va-t-il de tout élément qui se rattache, d'une façon ou d'une autre, à un bien-fonds. Un exemple très simple est le fruit encore attaché à l'arbre qui doit être qualifié d'immeuble<sup>739</sup>. Le cens et les autres rentes foncières constituent des hypothèses moins évidentes<sup>740</sup>. Pour bien comprendre, il convient de garder en tête l'évolution qu'ont subies les grandes propriétés foncières à l'époque carolingienne ; soit la lente dérive qui a été la leur du *dominium* romain vers le fief et la censive. En soi, le seigneur a donc une «position» juridique historiquement fondée sur la propriété pleine et absolue du bien-fonds. Aussi (à la manière des juristes français actuels), pouvons-nous imaginer démembrer intellectuellement cette «position» en une multitude de facultés différentes, puis – de façon assez originale – en distribuer la jouissance, tout en retenant pour soi-même les facultés elles-mêmes, en contrepartie de prestations périodiques de la part des bénéficiaires. Cela étant posé, il devient de la sorte facile de concevoir que ces facultés n'appartiennent pas à la catégorie des meubles, mais bien à celle des immeubles, puisqu'à chaque étape du raisonnement menant à leur conception il n'a été question que de biens-fonds.

---

légers posés sur le sol sans «travaux de maçonnerie»). La contribution la plus complète sur la question est CASTALDO, *Les cateux*, p. 1 ss.

<sup>737</sup> PATAULT, p. 91. La Coutume de Paris ne semble ainsi pas connaître les *cateux* : OLIVIER-MARTIN, *Tome I*, p. 206.

<sup>738</sup> Cela n'est pas inédit dans l'historiographie. Ainsi, dans la Grèce antique déjà, les bêtes et esclaves peuvent être qualifiés d'immeubles «par destination». Voir VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, p. 16.

<sup>739</sup> Il s'agit du principe généralement reçu par les coutumes, mais tel n'est pas le cas de la Coutume de Beauvaisis, dans laquelle les fruits sont meubles même encore rattachés à l'immeuble dont ils sont issus : DE BEAUMANOIR, n° 671 *in fine*, 673, 677 et 679.

<sup>740</sup> DE BEAUMANOIR, n° 672.

Demeure cependant une «bizarrerie», car s'il est bien question ici d'immeubles (au sens physique du terme), ce n'est qu'en tant qu'objet de droits. Et ce sont ces derniers droits qui sont qualifiés en réalité d'immeubles en tant qu'objet susceptibles de saisine<sup>741</sup>. Voilà une solution nouvelle qui diffère largement de celle proposée en son temps par GAIUS.

Ainsi, corrolairement, en qualité d'immeubles, ces droits peuvent être l'objet d'un fief; ce qui se rencontre en pratique au XI<sup>e</sup> siècle déjà<sup>742</sup>. En conclusion, il existe donc des fiefs n'ayant aucune emprise sur un bien-fonds<sup>743</sup>. C'est ce que l'on nomme des *fiefs en l'air*<sup>744</sup>, *fiefs boursiers* ou encore *fiefs incorporels*<sup>745</sup>. Cela n'est pas si surprenant, car, l'on trouve toujours de tels procédés en droit suisse<sup>746</sup>. Le droit suisse n'est toutefois pas allé jusqu'à qualifier d'immeuble le droit d'un «usufruitier», contrairement à l'ancien droit<sup>747</sup>.

§ 3. Arrêtons-nous à une question particulière, savoir celle de la distinction entre positions réelles et personnelles. Déjà que les droits sont en tant que tels considérés comme des objets de la saisine, une délimitation supplémentaire s'opère-t-elle? À notre avis, tel peut être le cas, mais de façon uniquement implicite. En effet, les rentes – suivant par là l'exemple des fruits – sont en principe des immeubles, mais deviennent meubles dès leur échéance<sup>748</sup>. Aussi, à propos de la même rente, deux objets distincts coexistent: un objet immobilier, savoir la rente proprement dite, qui – étant attachée au fonds – a pour débiteur le vassal, et un objet meuble, savoir chaque montant de rente dû à échéances fixes au seigneur, dont la qualité de débiteur ne dépend plus de la titularité du fond. Autrement dit, il existe pour la première un effet réel –

---

<sup>741</sup> DE BEAUMANOIR, n° 672 et 679. Ce n'est qu'implicitement que la distinction entre les biens corporels et incorporels se dresse. DE BEAUMANOIR ne la mentionne même pas; voir CASTALDO, note n° 6 *ad* n° 672

<sup>742</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 153; ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 s.

<sup>743</sup> Mettant l'accent sur les liens personnels plus que sur les liens réels, certains historiens (OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 150 s.) donnent d'ailleurs au fief une origine bien plus humble que celle d'une distribution de terres aux vassaux méritants. Selon cette hypothèse, les fiefs des premiers temps auraient ainsi porté sur les objets mobiliers les plus variés.

<sup>744</sup> Il ne faut pas confondre les *fiefs en l'air* avec les *flying freeholds* du droit anglais qui consistent en la situation où au-dessus d'une *tenure* physiquement rattachée au sol, il en existe une autre qui porte sur un volume sans rattachement au sol. Les situations visées sont celles que l'on règle notamment en droit suisse par une servitude d'empiètement ou (fonctionnellement) par une propriété par étages. Voir EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 232 s.

<sup>745</sup> IMBERT, p. 36.

<sup>746</sup> En droit suisse, sont qualifiés d'immeubles non seulement des parts de copropriété d'un immeuble (art. 655, al. 2, ch. 4, CC), mais aussi les droits distincts et permanents (art. 655, al. 2, ch. 2, CC).

<sup>747</sup> *Arrêtés de M. DE LAMOIGNON*, 2, 8, 26; ROUTIER, p. 50 (qui s'appuie sur l'art. 508 de la Coutume de Normandie). Sur la notion de droits distincts et permanents voir STEINAUER, *Droits réels II*, n° 2010 ss.

<sup>748</sup> DE BEAUMANOIR, n° 679.

un effet *propter rem*, si l'on veut – et pour l'autre un effet purement relatif. D'où les règles sur le *déguerpissement* qui empêchent de se défaire d'une dette personnelle<sup>749</sup>.

§ 4. Toutefois, cela va plus loin encore et d'autres correctifs ne s'expliquent pas par la technique juridique, mais par les préoccupations et besoins sociaux. Ainsi, à la fin du XII<sup>e</sup> siècle un fief peut aussi – par extrapolation – porter sur une rente constituée, soit un revenu qui n'a aucune attache (même lâche) avec la concession d'un bien-fonds<sup>750</sup>. Ce type de fief est souvent tenu du roi<sup>751</sup>. Nous arrivons au même constat si nous étudions le champ d'application du retrait lignager: la préciosité d'un meuble – tableaux, bijoux, etc. – peut le faire qualifier d'immeuble<sup>752</sup>. Nous constatons là toute la force de l'approche sociale qui anime les juristes du Moyen Âge<sup>753</sup>. Encore plus, il est aussi possible d'inféoder des prérogatives rattachées à une fonction publique (fief-fonction ou fonction de prévôt, de bouteiller)<sup>754</sup>.

§ 5. Tout le système se tiendrait pour autant que le critère de la productivité périodique (la possibilité de tirer un profit périodique et durable du bien<sup>755</sup>) serve de dogme à la division des biens. Mais, tel n'est pas le cas puisque les meubles précieux sont eux-aussi des immeubles, comme nous l'avons vu<sup>756</sup>. Le critère est autre, vague et imprécis, inconnu du juriste continental moderne.

Mais ce n'est pas pour autant qu'il faut tenir cette classification des biens pour archaïque. Avec raison, OESTERREICH écrit: «*Der Vorwurf, der germanische Eigentumsbegriff sei unklar, ist wohl nicht stichhaltig. Denn [unseres Erachtens] ist der*

<sup>749</sup> LOYSEAU, *Déguerpissement*, 4, 4.

<sup>750</sup> *Arrêtés de M. DE LAMOIGNON*, 2, 8, 3; ROUTIER, p. 51 et 54 (qui cite l'art. 513 de la Coutume de Normandie et l'art. 94 de la Coutume de Paris). Voir, chez les auteurs récents, PATAULT, p. 93; ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 s.; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 153.

<sup>751</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 s.

<sup>752</sup> CHAMPEAUX, p. 64 s.; LOYSEL, n° 219.

<sup>753</sup> Un autre exemple édifiant est celui des poissons dans leur étang, des pigeons dans le colombier, etc. qui sont eux aussi des immeubles: *Arrêtés de M. DE LAMOIGNON*, 2, 8, 16 s.; ROUTIER, p. 49 s. (qui cite l'art. 9 de la Coutume de Paris et l'art. 520 de la Coutume de Normandie); LOYSEL, n° 215.

<sup>754</sup> ELLUL, *Moyen Âge*, p. 153 s.

<sup>755</sup> CHAMPEAUX, p. 100.

<sup>756</sup> Il est possible d'imaginer des biens à mi-chemin des deux critères de qualification, tels les navires marchands dont l'importance économique est variable. Leur classification dépend alors du tonnage: en-dessus de mille livres, il s'agit d'immeubles, alors qu'ils continuent à être considérés comme des meubles en-dessous. Voir les *Arrêtés de M. DE LAMOIGNON*, 2, 8, 14. Or, en guise d'*obiter dictum*, nous pouvons noter que cette qualification peut encore de nos jours constituer un enjeu juridique. Ainsi, en droit fiscal international, elle fait l'objet de l'art. 6, ch. 2, du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (2017) de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) qui impose un qualificatif d'immeubles pour certains biens (par exemple, «*le cheptel mort ou vif des exploitations agricoles et forestières*») et l'exclut expressément pour les «*navires, bateaux et aéronefs*».

*deutsche Eigentumsbegriff nicht unklar, sondern wandelbar, das ihm weniger der Ungenauigkeit des Sprachgebrauches zugrunde liegt, als daß ihm der römischrechtliche Begriffszwang abgeht. Das geltende englisch-amerikanische Recht geht heute noch vom altgermanischen wandelbaren Eigentumsbegriffe aus*<sup>757</sup>.»

§ 6. Aussi, nous est-il possible de conclure qu'au Moyen Âge romanisé il existe une approche matérielle de la division des choses dont le résultat est corrigé sur la base de critères sociaux. Nous pouvons donc qualifier la méthode d'«approche matérielle corrigée». En conséquence, à la division meubles-immeubles, qui n'a vocation naturelle à s'appliquer qu'aux choses corporelles (les *res corporales* romaines), une portée générale est donnée: cette division vise tant le corporel que l'incorporel<sup>758</sup>. Cela est d'abord la conséquence du véritable critère objectif utilisé qui n'est pas celui de la fixité de l'objet, mais bien plus celui de l'existence de fruits (civils ou naturels) périodiques découlant de l'objet. À ces biens productifs sont ensuite ajoutés les improductifs, que l'importance sociale impose de classer parmi les immeubles. En d'autres termes, l'approche se fonde tant sur la division naturelle des choses que sur une appréciation sociale des qualités des choses<sup>759</sup>; elle-même découlant des besoins (commerciaux) de la vie en société<sup>760</sup>. Tout cela est ainsi résumé par AIMEZ: «*Le criterium féodal eut comme conséquence l'universalisation de la distinction des biens en meubles et immeubles qui existe encore de nos jours* [l'auteur écrit en 1909, mais cela est encore valable en droit français], *bien que les données naturelles soient contraires à cette conclusion, par suite de l'existence des droits incorporels*<sup>761</sup>.»

Le mélange des genres met à mal tout ordonnancement dans la méthode de division des biens. Toutefois, le raisonnement en cascades que nous venons de présenter correspond à celui adopté par les juristes de l'Ancien Régime, dont notamment DUMOULIN<sup>762</sup>. LOYSEAU résume adroitement l'ambivalence de la situation: «*[...] par nécessité il faut rapporter & accommoder à l'une de ces deux especes les choses, qui proprement ne sont meubles, n'y immeubles. Autrement, nos Coûtumes qui ne disposent que des meubles & immeubles, & néanmoins entendent disposer de tous biens, seroient defectueuses à l'égard de cette tierce espece*<sup>763</sup>.»

---

<sup>757</sup> OESTERREICH, p. 74.

<sup>758</sup> VAN BEMMELEN, p. 15 (qui précise que tel n'était pas le cas à Rome).

<sup>759</sup> CHAMPEAUX, p. 65.

<sup>760</sup> CHAMPEAUX, p. 65. Les considérations d'équité sont aussi un critère de qualification; critère éminemment subjectif s'il en est: OLIVIER-MARTIN, *Tome I*, p. 206.

<sup>761</sup> AIMEZ, p. 6.

<sup>762</sup> DUMOULIN, *Coutume de Paris I*, p. 156 (à propos de l'art. XCIV sur les rentes constituées). Voir OLIVIER-MARTIN, *Tome I*, p. 205.

<sup>763</sup> LOYSEAU, *Offices vénaux*, 3, 1. ROUTIER (p. 43) intitule d'ailleurs son chapitre sur la question: «*Des choses qui sont meubles ou immeubles, ou censez meubles ou immeubles.*» Le même, plus loin (p. 49), cite DE LHOMMEAU: «*Il y a des cas où les meubles sont quelquefois, par une espèce de fiction de Droit, réputés immeubles, les immeubles réputés meubles.*»

§ 7. Au-delà des particularités de classification un constat s'impose à nous. Le droit des biens a, sous l'Ancien Régime, une portée toute générale, enveloppant tant le corporel que l'incorporel, nous l'avons dit. Donc, si effectivement deux régimes réels se différencient – meubles et immeubles –, il n'y a pas de distinction fondamentale entre le régime du corporel et de l'incorporel<sup>764</sup>. La situation est donc sans comparaison avec la division des biens à Rome et ne se recoupe que très partiellement avec celle des codifications pandectistes, dont le Code civil suisse<sup>765</sup>.

Quant aux droits (cens, rentes, offices, etc.), nous l'avons à présent bien compris, ils sont eux-mêmes tantôt meubles, tantôt immeubles. Dans l'esprit de l'Ancien Régime, il s'agit de biens, d'objets de droit. Et le terme « objet de droit » est approprié puisque ces valeurs sont rattachées à des sujets de droit par l'intermédiaire de la figure de la saisine. Ce qui nous permet ainsi de comprendre pourquoi au centre du droit des biens du Moyen Âge et de l'Ancien Régime se trouve, non pas le fief ou l'alleu, qui ne sont que des exemples de choses parmi de nombreuses autres, mais bien la saisine.

### C. La transformation de la saisine

Lors de la période du Dominat, un schisme se produit entre la possession de pur fait (*possessio naturalis*) et la possession de droit (*possessio civilis*)<sup>766</sup>. Près d'un millénaire plus tard, le même schéma se développe en matière de saisine. Il faut dès lors distinguer entre la saisine-possession et la saisine-propriété.

#### 1. La saisine-possession

Reprenons la saisine là où nous l'avons laissée. En dernier lieu, nous indiquons la réapparition, avec le retour en force du droit romain, de procédures possessoires et pétoires distinctes<sup>767</sup>. Cette évolution procédurale sous-tend inévitablement la même évolution au niveau du droit matériel<sup>768</sup>. Ainsi, est tentée une redéfinition de la saisine. Sont dissociées autant que possible ses dimensions juridique (légitimité de la maîtrise) et factuelle (exercice de la maîtrise)<sup>769</sup>. De la même façon que les Romains distin-

<sup>764</sup> OLIVIER-MARTIN (*Tome I*, p. 201 s.) souligne l'application des actions possessoires à l'un comme à l'autre, ainsi que le peu de cas que font les rédacteurs des coutumes à la distinction (note n° 1 de la p. 202).

<sup>765</sup> Si du point de vue du juriste suisse la systématique du droit des biens de l'Ancien Régime peut paraître surprenante, elle correspond toutefois bien à celle en vigueur de nos jours en France. Nous pouvons nous reporter à l'exposé désormais classique de CARBONNIER (p. 50-55) qui en sus de décrire le système du droit positif français dresse des comparaisons avec l'ancien droit.

<sup>766</sup> MONIER, *Possession*, p. 244.

<sup>767</sup> Cf. *supra* p. 104.

<sup>768</sup> BESNIER, *Procès possessoire*, p. 407.

<sup>769</sup> PATAULT, p. 21 et 120.

guaient en droit classique entre la possession et le *dominium*, sont maintenant distinguées saisine-possession et saisine-propriété<sup>770</sup>; alors que la distinction est pourtant étrangère à la notion de saisine<sup>771</sup>.

Cependant, les glossateurs n'arrivent pas à s'extraire complètement des notions de droit coutumier. La saisine-possession, que l'on veut purement factuelle, conserve la trace de l'incorporation d'un droit. Comme aux siècles précédents, elle protège celui qui a la maîtrise légitime de son objet, mais, c'est la nouveauté, plus que de façon provisoire<sup>772</sup>. Conforme en pratique aux attentes et à la compréhension des sujets de droit non-juristes<sup>773</sup>, la théorie n'en est pas moins boiteuse. Il reste une part de juridique dans les actions possessoires<sup>774</sup>. En conséquence, la saisine-possession incorporera toujours « *du droit de propriété entremêlé*<sup>775</sup> ».

Des exceptions semblent envisageables. Ainsi, en va-t-il apparemment, dans le cadre successoral, de l'*action de saisine d'ancien* de l'ancien droit normand, qui offre une protection possessoire des biens reçus en héritage qui se trouvent en mains d'autrui. La demande en justice est introduite par le descendant du *de cujus* et repose sur la saisine de ce dernier, sans qu'il ne soit nécessaire au demandeur d'établir sa qualité d'héritier<sup>776</sup>. Deux cautèles au moins s'imposent selon nous. D'abord, la question (juridique) de la qualité de descendant héritier n'est pas soustraite de l'instance, mais simplement « *notoire*<sup>777</sup> ». Puis, surtout cette action fusionne avec d'autres au XIII<sup>e</sup> siècle et revêt alors un caractère effectivement mixte, en ceci qu'il faut alors prouver la qualité d'héritier<sup>778</sup>. Ensuite, il est admis depuis l'époque carlovingienne

---

<sup>770</sup> PATAULT, p. 117; JOUON DES LONGRAIS, p. 31 s., à propos de l'influence romaine sur le droit du Moyen Âge.

<sup>771</sup> PATAULT, p. 114.

<sup>772</sup> BESNIER, *Procès possessoire*, p. 383 et 392; CHAMPEAUX, p. 52. Aussi, le but d'origine de la saisine – selon, par exemple, ALBRECHT, p. 1: « [...] *Verteidigung der Sache gegen die Ansprüche Dritter* [...] », mais aussi HUBER, *Gewere*, p. 8 – n'est-il plus complètement rempli.

<sup>773</sup> PATAULT, p. 120 s.; JOUON DES LONGRAIS, p. 33. Ce dernier auteur précise à la même page, d'une manière proche à une formule que nous connaissons déjà: « [l]a possession légitime est toujours conçue, défendue, transférée, éteinte selon les modes de l'ancienne saisine. » Cet état d'esprit « populaire » vis-à-vis de la saisine explicite le malaise plus général que nous avons évoqué.

<sup>774</sup> PATAULT, p. 121. Actions qui n'existaient d'ailleurs pas pour protéger la simple possession en pur droit coutumier: VAN BEMMELEN, p. 106.

<sup>775</sup> LOYSEL, n° 740. Voir, de même, PATAULT, p. 122 (qui cite en outre D'ABLEIGES).

<sup>776</sup> BESNIER, *Procès possessoire*, p. 386 ss.

<sup>777</sup> BESNIER, *Procès possessoire*, p. 391. Tout comme l'est le décès du *de cujus*: PATAULT, p. 31.

<sup>778</sup> BESNIER, *Procès possessoire*, p. 387. La fusion est opérée dans le *Summa de Legibus* du droit normand. Il est utile de souligner l'absence de tout caractère juridique attribué à la saisine du *de cujus* – que rien n'indique dans le texte de BESNIER (*Procès possessoire*, p. 392), qui ne parle que de la perception des fruits (certes, comme « *extériorisation de la propriété* »). Comme le



au moins que l'héritier dispose, selon l'adage « *le mort saisit le vif* », d'une saisine de droit (à ne pas confondre avec la *rechte Gewere*<sup>779</sup>); elle s'acquiert en effet par le seul effet de la coutume<sup>780</sup>. Aussi, dans l'action dont il est ici question, si l'héritier se prévaut certes de la saisine du *de cuius*, il s'agit également de sa saisine qu'il vient d'acquérir *ex lege*. La saisine de droit a ceci de particulier que l'ensaisiné (l'héritier) n'a pas à avoir la maîtrise matérielle des choses corporelles sous-jacentes. Autrement dit, aucune possession n'est nécessaire. Partant, il s'agit en réalité d'un cas dans lequel les actions possessoires protègent, non pas une pure situation de fait, mais une situation entièrement façonnée par le droit.

Une action purement possessoire existe néanmoins bel et bien: le *remedium spoli*. Le raisonnement qui conduit à l'admettre est toutefois extérieur au droit privé; il est éminemment politique puisqu'il s'agit de protéger la paix publique et les intérêts de l'Église en imposant la remise en possession de celui qui se voit privé de son objet avec violence. Le ressort public du raisonnement transparaît dans l'application transversale de cette action aux immeubles comme aux meubles<sup>781</sup>.

## 2. La saisine-propriété

Ce qui nous amène à la saisine-propriété, qui est nommée « *saisine uniformisée* » et est assimilée au *dominium* romain<sup>782</sup>, soit, comme nous allons le voir, au domaine direct ou utile. En droit procédural, cette saisine ouvre ainsi l'accès aux actions pétitoires<sup>783</sup>. Il s'agit d'une forme de saisine techniquement bien plus avancée, puisque l'identification sociale du droit qu'elle incorpore ne passe plus par la publicité de l'exercice de la maîtrise offerte: c'est une notion abstraite<sup>784</sup>. Aussi, si à l'origine, et ceci se comprend assez bien par l'approche pratique du droit coutumier, la saisine n'est accordée qu'au feudataire à l'exclusion du seigneur féodal (de même en va-t-il par analogie pour le censitaire et le seigneur censier), lorsque le droit romain vient redéfinir les contours de cette notion, les deux parties sont considérées comme étant titulaires d'une sai-

---

contraire impliquerait un procès pétitoire, tout cela se tient et nous montre partant la dissociation entre fait et droit. Encore qu'en étudiant d'autres actions, notamment l'action *de nouvelle dessaisine*, la notion de saisine paisible d'un an et un jour semble être réintroduite: BESNIER, *Procès possessoire*, p. 393 s. Véritable condition ou délai de forclusion avant la perte de la protection possessoire en faveur du nouvel ensaisiné? La question n'a pas à être résolue ici.

<sup>779</sup> Cf. *supra* p. 101.

<sup>780</sup> PATAULT, p. 30 s.

<sup>781</sup> Sur cette action, Voir PATAULT, p. 118.

<sup>782</sup> Ainsi, dans le langage, le mot « saisine » change de sens – ne désignant plus qu'une possession factuelle –, alors que le mot « *dominium* » vient à décrire la notion juridique. Voir PATAULT, p. 113.

<sup>783</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 37; CHAMPEAUX, p. 52.

<sup>784</sup> CHAMPEAUX (p. 52) écrit qu'il s'agit d'une « *propriété moins extérieure mais plus profonde*. »

sine<sup>785</sup>. La maîtrise factuelle du fonds par le seigneur (féodal ou censier) – nécessaire pour lui reconnaître une saisine – se manifeste par les redevances (*cens* en particulier), droits de justice et de mutations, ainsi que les prestations de serment<sup>786</sup>.

Les titulaires étant établis, il convient de se demander quelles sont les facultés que leur accorde la saisine-propriété. Pour ce faire, il faut d'abord commencer par l'opposer, en bonne systématique, aux autres positions juridiques. Puis, lorsqu'il s'agit de décrire son contenu, savoir les facultés qu'elle incorpore, il est fait recours au fameux triptyque: « *ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*<sup>787</sup>. »

Il faut attendre la fin d'une longue lutte et résistance pour que les notions de droit romain s'imposent finalement à celles du droit coutumier au XIV<sup>e</sup> siècle et que cette saisine-propriété se distingue nettement de la saisine-possession<sup>788</sup>.

## D. Le « double domaine »

### 1. Émergence du concept de « double domaine » pour le fief et la censive

§ 1. Le choc des conceptions romaines et coutumières entraîne un duel entre les deux courants de pensées qui ébranle l'édifice féodal. Duel dont l'arbitrage se résume parfaitement dans les mots de MEYNIAL: « *pour faire triompher la conception romaine, il eût fallu, non seulement modifier des habitudes et une mentalité déjà anciennes, mais surtout dépouiller l'un des deux intéressés [soit le seigneur ou le vassal], puisqu'il ne peut y avoir à Rome qu'un seul droit de propriété et non pas plusieurs. [...] Or, [...], le sentiment populaire [vis-à-vis du vassal] était trop favorable, son autorité sur la chose était trop croissante pour qu'on eût chance de faire accepter une pareille solution. Et quant à enlever au concédant sa primauté de propriétaire, il n'y fallait pas songer davantage*<sup>789</sup>. » Si bien que la question, « y a-t-il un *dominus* au Moyen Âge? », ne peut recevoir une réponse ni positive ni négative; elle est insoluble<sup>790</sup>. Nous retrouvons la même discussion – avec cependant de nouvelles réponses – lors de la période des codifications.

---

<sup>785</sup> VAN BEMMELEN, p. 105. Néanmoins, une notion large de ce en quoi consiste l'exercice de la saisine – dont l'objet est, rappelons-le, les *utilités* de la chose – permet déjà d'admettre une saisine en faveur de beaucoup de sujets de droit: cf. *supra* p. 101.

<sup>786</sup> En ce sens, HUBER, *Gewere*, p. 24.

<sup>787</sup> Analyse faite par IRNERIUS: PATAULT, p. 22 s. et 110.

<sup>788</sup> PATAULT, p. 123. Dans le même sens, mais plus nuancé, BESNIER (*Procès possessoire*, p. 384 ss) n'admet pas de procédure purement possessoire en Normandie avant la deuxième moitié du XII<sup>e</sup> siècle, faute de preuve en ce sens.

<sup>789</sup> MEYNIAL, p. 7 s.

<sup>790</sup> Dans le même sens, AUBENAS, p. 93.

§ 2. Ce processus d'«égalisation<sup>791</sup>» de la position des deux intéressés commence par la reconnaissance en faveur du vassal d'une action judiciaire réelle concrétisant la «garantie» de sa position de tenancier. Cette protection – passive et active – est consacrée notamment dans les *Libri feudorum* et dans la *Summa de legibus* au XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles; les jurisconsultes s'inspirent librement de l'emphytéose et du droit de superficie romains<sup>792</sup>. Cette action est à la disposition tant du vassal que du censitaire, qui bénéficient dès lors d'une protection pour eux-mêmes<sup>793</sup>. L'action en revendication (*querela de hereditate difforciata*)<sup>794</sup> est difficile à qualifier: réelle, car elle suit l'objet du droit; personnelle, car il est suffisant pour obtenir gain de cause d'avoir une position plus forte que celle du défendeur, sans que la preuve *erga omnes* de la «propriété» doive être apportée<sup>795</sup>. Il s'agit là d'une situation paradoxale, mais somme toute en ligne avec la logique de la construction féodale; un système de droits *erga omnes* existe bel et bien, mais aucun titulaire ne peut se prévaloir d'un droit exclusif sur l'objet matériel.

De cette action est déduite l'existence d'une position juridique – à caractère réel – à l'instar de celui qui existait déjà en faveur du superficiaire et de l'emphytéote<sup>796</sup>. Dans l'esprit du juriste romain ou actuel, assimiler le fief et la censive à un droit de superficie et à l'emphytéose, plutôt qu'au *dominium*, fait toute la différence. Néanmoins, dans les conceptions moyenâgeuses – ici seules pertinentes –, il n'existe pas de différence de nature entre *dominium* et *ius in re*, même si la distinction romaine crée des débats doctrinaux<sup>797</sup>. Il semble que la lutte doctrinale pour ou contre la division du *dominium* ait tout de même été de quelques forces. Elle opposa BARTOLE et ses successeurs aux canonistes et une partie des orléanistes (il manque à leur cause notablement DE REVIGNY et DE BELLEPERCHE)<sup>798</sup>. Mais, quelles que fussent les controverses doctrinales, ce fut finalement l'approche favorable à un dédoublement du *dominium* qui l'emporta au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>799</sup>.

<sup>791</sup> Mis en évidence dans l'ouvrage de REYNOLDS, *Fiefs and Vassals*, notamment p. 160 ss, 295 ss et 475 ss.

<sup>792</sup> *Libri feudorum*, 2, 43. Voir PATAULT, p. 106; AUBENAS, p. 23; MEYNIAL, p. 13 s.

<sup>793</sup> BESNIER, *Procès pétitoire*, p. 205; MEYNIAL, p. 12 s. et note n° 1 de la p. 13. Ce dernier précise qu'une étape intermédiaire a été d'admettre le vassal comme mandataire du seigneur pour exercer l'action réelle à sa place. Sur la garantie de la position de tenancier, cf. *supra* p. 113.

<sup>794</sup> Il s'agit là de l'action générale pour les immeubles. Comme nous le savons, la notion d'immeuble a un contenu extrêmement large et il en va ainsi de même des actions réelles: BESNIER, *Procès pétitoire*, p. 205.

<sup>795</sup> BESNIER, *Procès pétitoire*, p. 197 ss. Demeure donc possible l'ouverture d'une nouvelle action d'un tiers qui remette en cause la position de la partie ayant gagné le précédent procès.

<sup>796</sup> MEYNIAL, p. 13 s.

<sup>797</sup> MEYNIAL, p. 15 s.

<sup>798</sup> MEYNIAL, p. 19.

<sup>799</sup> MEYNIAL, p. 18 s., qui cite à cet effet ACCURSE (professeur de droit à Florence, qui vécut de la fin du XII<sup>e</sup> au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle) qui réunit en une glose l'ensemble du travail de ces prédécesseurs. Ce qui n'empêche pas la survivance d'avis contraire: PATAULT, p. 107.

§ 3. En définitive, le *dominium* romain se prête donc bien, aux yeux des glossateurs, à une «division en deux» comme l'expriment certains auteurs<sup>800</sup>. Plus exactement, il s'agit en réalité de distinguer deux formes de domaines: le domaine direct ou éminent (*dominium directum* ou *dominium superius*) en mains du seigneur féodal, d'une part, et le domaine indirect ou utile (*dominium utile* ou *dominium inferius*) en mains du vassal, d'autre part<sup>801</sup>. Il existe donc – dans la terminologie au moins – un «double domaine» ou deux «*propriétés simultanées*<sup>802</sup>». L'auteur de la formule est un enseignant à l'Université de Modena à Bologne, Pillius DE MEDICINA, qui rejoignit cette institution en 1180 et qui utilisa les termes «*dominium diretto*» et «*dominium utile*» dans sa glose des *Libri feudorum* intitulée «*Apparatus ad Libros feudorum*», dont la date exacte est perdue, mais sur laquelle se fonde plus tard ACCURSIUS<sup>803</sup>.

Ces deux *dominia* sont deux entités juridiques indépendantes l'une de l'autre. Pour les glossateurs, le *dominium* romain correspond au domaine direct<sup>804</sup>. Cela étant dit, il est facile de deviner que le seigneur est investi de toutes les actions judiciaires qui s'y rattachent. Pour sa part, le domaine utile aurait été, selon les glossateurs toujours, très largement ignoré des Romains, quoique reconnu dans les faits pour le droit de superficie et l'emphytéose. Historiquement, évidemment une telle analyse est erronée, nous l'avons vu. Notons et passons.

§ 4. Dans le même mouvement de reprise du droit romain, la propriété bonitaire du droit romain est ressuscitée au service de la conceptualisation, non seulement du domaine utile, mais aussi de sa relation avec le domaine direct. Le vassal se trouve investi d'une action Publicienne, indépendante de l'action en revendication du seigneur<sup>805</sup>. Il n'y a d'ailleurs aucune hiérarchie entre ces deux actions, ni d'exception de force jugée<sup>806</sup>. Néanmoins, l'action Publicienne romaine avait un rôle autre, complémentaire à l'action en revendication et au mécanisme de l'usucapion. Or, ce rôle n'est pas ignoré par les postglossateurs et la conceptualisation est précisée. Ainsi, au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle, il est reconnu une action *in rem utilis* en faveur du vassal, qui

---

<sup>800</sup> IMBERT, p. 37; AUBENAS, p. 92.

<sup>801</sup> Notamment, parmi d'autres, POCQUET DE LIVONNIERE, p. 6. Dans la même logique, les fiefs peuvent être classés en fief dominant, fief servant, fief servant et dominant et arrière-fief: DE LA TOURNERIE, p. 22 s.

<sup>802</sup> PATAULT, p. 15. Nous préférons la terminologie de «double domaine» qui est, d'une part, plus en accord avec l'époque que nous décrivons et, d'autre part, moins trompeuse. Il s'agit en effet ici de décrire l'évolution de l'institution du fief qui n'est pas – comme nous l'avons démontré – une forme de propriété, mais bien plutôt une institution qui doit être rangée dans la catégorie des objets de droit. Le mot domaine se prête ainsi mieux à cela.

<sup>803</sup> CONTE, p. 5 ss.

<sup>804</sup> MEYNIAL, p. 20.

<sup>805</sup> PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1127; MEYNIAL, p. 21. La théorisation du double domaine féodal peut donc s'appuyer sur le *duplex dominium* romain.

<sup>806</sup> MEYNIAL, p. 21 s.

est le pendant de l'action en revendication du seigneur<sup>807</sup>. Dans le même temps, l'action Publicienne retrouve sa fonction originelle en faveur tant du seigneur (*Publicienne directe*) que du vassal (*Publicienne utile*)<sup>808</sup>. Mais le «péché originel» est déjà commis ; l'association (erronée) de la propriété bonitaire à la figure de la propriété divisée se répand dans toute la doctrine européenne, cependant que la pratique n'y prête guère attention.

## 2. L'aboutissement de la théorie du «double domaine»

§ 1. L'ensemble de ce système est définitivement établi par BARTOLE au XIV<sup>e</sup> siècle et ne sera pas remis en cause avant la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. En effet, ce jurisconsulte distingue le domaine direct et le domaine utile d'un côté, tout en reconnaissant, à part, le quasi-domaine (*quasi dominium*) : soit celui en faveur de l'usucapant<sup>809</sup>.

Les régimes de deux domaines étant établis, il reste à souligner que la nature du domaine direct et celle du domaine utile sont curieusement semblables. Ils sont rangés dans la même catégorie par BARTOLE<sup>810</sup>. Les deux *dominus* se gênent d'une façon telle que l'attribution à l'un ou l'autre du *dominium* romain ne résiste pas à l'analyse, comme le démontre avec force la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle, nous le verrons.

§ 2. La même dichotomie est appliquée aux censives : le censitaire a le domaine direct et le seigneur censeur le domaine utile<sup>811</sup>. Ces censives au sens propre du terme se distinguent ainsi des autres tenures qui ne fonctionnent pas selon ce modèle. Soit qu'elles ne revêtent aucune caractéristique féodale : l'exploitant reçoit la «propriété» et le concessionnaire ne retient qu'une prérogative réelle<sup>812</sup>. Soit que l'exploitant n'acquiert pas une position réelle et n'est donc qu'un locataire, certes perpétuel<sup>813</sup>. Le cens, comme le serment pour le fief, emporte reconnaissance du domaine direct du seigneur censier. Cette redevance (mais seulement celle-ci) est, du fait de son caractère féodal, imprescriptible<sup>814</sup>.

De même en va-t-il, mais cela devient moins logique de notre point de vue, des baux emphytéotiques. L'emphytéote est investi du domaine direct, alors que le concédant conserve le domaine utile<sup>815</sup>.

<sup>807</sup> MEYNIAL, p. 22.

<sup>808</sup> MEYNIAL, p. 22.

<sup>809</sup> MEYNIAL, p. 34.

<sup>810</sup> PATAULT, p. 109 s.

<sup>811</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 165.

<sup>812</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 165.

<sup>813</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 165.

<sup>814</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 166.

<sup>815</sup> DOMAT, p. 74.

Quant au droit de superficie, il connaît un sort peut-être surprenant, mais logique. Les tenures ont la particularité de ne porter que sur le sol. Les bâtiments érigés par le tenancier (feudataire ou censitaire) lui appartiennent seul; le seigneur n'a aucun droit sur eux<sup>816</sup>. Inutile dans ces circonstances de tenter d'imaginer une institution répondant aux caractéristiques du droit de superficie. Le principe de l'accession n'a tout simplement pas lieu d'être dans un système qui ne s'intéresse pas à la corporéité des biens, mais aux produits (matériels ou immatériels) qu'il est possible d'en retirer. Lorsque le fief est constitué, son assiette est déjà clairement définie et ne s'étend pas à des revenus qui n'ont pas leur origine dans le fonds ainsi inféodé.

§ 3. L'ensemble de la doctrine de l'Ancien Régime ne modifiera rien à cet édifice. Il ne sera qu'approfondi, mais ne changera pas de fondements<sup>817</sup>. Ainsi, les termes de «domaine divisé», «double domaine» ou encore «propriétés divisées» apparaissent particulièrement aptes à décrire l'évolution qui se produit au Moyen Âge: un développement juridique intermédiaire dans lequel le droit coutumier conserve encore toute sa force et entrave de ce fait l'implémentation d'un droit romain réinterprété.

Il est aussi possible d'aborder le phénomène sous l'angle inverse: au droit coutumier est appliqué une terminologie et des raisonnements qui ne lui correspondent pas. Car «[...] *selon un constat largement répété, les constructions scolastiques ont abouti à des concepts modélisés abstraitement, plus nécessairement en phase avec toutes les configurations pratiques dans lesquelles elles devaient s'ancrer*<sup>818</sup>.» Ce qui s'ajoute à l'erreur initiale consistant à chercher à réconcilier le *dominium* romain et les propriétés divisées.

## E. Synthèse et appréciations critiques

De tous les développements qui précèdent émerge la définition classique du fief donnée par DUMOULIN<sup>819</sup> et reproduite fidèlement par les jurisconsultes postérieurs: «*benevola & perpetua concessio rei immobilis, vel acquipollentis, cum translatione utilis domini, proprietate retentâ, sub fidelitate & exhibitione servitorum*»/«[l]e fief est une concession gratuite, libre, et perpétuelle d'une chose immobilière ou réputée telle, avec translation du domaine utile et réserve de la propriété (directe), à charge de fidélité et de prestation de services<sup>820</sup>.» Qu'il soit question du feudataire, du censi-

---

<sup>816</sup> LEVY J.-P., p. 52.

<sup>817</sup> MEYNIAL, p. 41.

<sup>818</sup> PIOTET, *Résistance de la copropriété pro diviso*, p. 380.

<sup>819</sup> Jurisconsulte français, 1500-1566 après J.-C., dont les écrits revêtent une importance essentielle pour le droit féodal tant chez les anciens que chez les auteurs récents.

<sup>820</sup> DUMOULIN, n° 114 de la préface de son *Traité des fiefs* (formule reprise par HENRION DE PANSEY, *Traité des fiefs de DUMOULIN*, p. 26), dont la définition est largement reprise tant par la doctrine ancienne (DE LA TOURNERIE, p. 7; BREYE, p. 9 s.; POCQUET DE LIVON-

taire ou du seigneur, aucun d'entre eux n'est en définitive en possession d'un droit subjectif, pas plus que leur position n'est absolue, exclusive ou perpétuelle<sup>821</sup>. La saisine sert toujours d'interface entre les sujets de droit et les utilités tirées des choses. Les prérogatives de chacun limitent celles des autres d'une façon qui exclut toute forme de copropriété; de même que le font les droits attribués aux communautés villageoises et familiales: «*So wird im Laufe der Entwicklung das Nutzungsrecht zu einer überleitenden, vermittelten juristischen Kategorie zwischen Gesamteigentum, Familien- und Privateigentum*<sup>822</sup>.»

Visionnaire, le commentaire du Digeste de BARTOLE nous donne de son côté la première définition abstraite de la propriété: «*Est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur.*»/«*Le droit de disposer parfaitement de choses corporelles, à moins que cela ne soit prohibé par la loi*<sup>823</sup>.» Notons bien qu'il est ici question des choses corporelles; précision qui montre bien que les jurisconsultes sont conscients que la propriété n'est pas comprise dans toutes les hypothèses sujettes à une saisine. Il s'agit là de la première amorce d'un processus qui aboutit à la Révolution française à la consécration juridique du principe d'exclusivité sur la matière, bien qu'un long chemin reste encore à parcourir jusqu'à réussir à conceptualiser les droits subjectifs<sup>824</sup>.

En ce qui concerne les facultés dont disposent le vassal et le censitaire, nous renvoyons aux développements écrits à propos du pur droit coutumier et ceux que nous venons d'effectuer dans ce chapitre qui se complètent et couvrent l'ensemble de la matière. Il s'agit ici plutôt de dresser une appréciation critique du système de droit des biens du Moyen Âge, et de l'Ancien Régime, car les évolutions à cette période sont minimes, ainsi que des facultés offertes aux différents ayants droit<sup>825</sup>.

En premier lieu, il est facile de souligner le manque apparent de clarté et d'ordonnement du système, mais pouvons-nous remettre en cause sa rationalité? Si la méthode de division des biens est discutable, car sans doute trop artificielle et distante de la réalité pour bien la régir, ses résultats ne sont pas sans offrir certains avantages. N'est-ce pas là d'ailleurs ce que les glossateurs ont voulu: une théorie assise sur les fondements des plus solides et raffinés tout en conservant une pratique adaptée aux mœurs et au commerce?

---

NIERE, p.5) que moderne (OLIVIER, p.24 précitée; CHENON, *Démembrements*, p.33; GARSONNET, p.298). Cette définition correspond par ailleurs largement à celle des *Libri feudorum*, 2, 3. Voir aussi CHAMOREL, p. 5 s.

<sup>821</sup> LEVY J.-P., p. 52.

<sup>822</sup> OESTERREICH, p.61.

<sup>823</sup> BARTOLE, *ad ULPIEN*, D. 41, 2, 17.

<sup>824</sup> Amorce uniquement, car BARTOLE dit aussi que «*quiconque a un droit est dit propriétaire de son droit*»: PATAULT, p. 108.

<sup>825</sup> Ce que REYNOLDS (*Fiefs and Vassals*, p. 475 ss) ne remet pas en cause.

Ainsi, l'ancien droit ne connaît-il aucune difficulté à intégrer l'immatériel dans son champ. Toutes les choses, corporelles ou incorporelles, sont soumises à un même corps de règles. Par la figure de la saisine, il est facile de faire fi de l'exigence (romaine) d'exclusivisme du *dominium*. Car devant la difficulté que pose la maîtrise physique d'un bien matériel, naturellement limité à un nombre très restreint de personnes, l'on consacre comme objet de la saisine non pas la chose elle-même, mais les utilités que cette dernière offre.

Il convient ainsi de constater l'extraordinaire foisonnement de possibilités offertes aux titulaire d'un fief qui souhaite en distribuer les utilités. En effet, le seigneur est apte à créer des situations ayant des effets réels dont le contenu et les modalités sont fixés par les parties contractantes, sans véritables contraintes juridiques. Il n'y a aucune limite, pas de *numerus clausus*; l'ensaisiné est tout puissant. Si la situation juridique des individus souffre d'un immobilisme croissant avec la complexification de l'édifice féodal, la créativité ne connaît ainsi, en droit des biens, que peu de limites juridiques<sup>826</sup>. La situation est en somme comparable à la liberté contractuelle de notre droit positif – pour bonne partie, car la distinction entre le droit des obligations et le droit des biens est loin d'être acquise.

Comment s'orienter dans cet entrelacement d'utilités et de titulaires? Un fort principe de publicité – garanti par la saisine – vient à l'origine contrebalancer la trop grande abondance d'institutions et l'inévitable flou qui en découle. La cérémonie solennelle traditionnelle d'ensaisissement du vassal par son seigneur est un mécanisme de publicité qui vise effectivement à informer les tiers<sup>827</sup>. Dans les premiers siècles du deuxième millénaire du moins, car par la suite cette publicité est largement détournée à l'avantage du seigneur, avant de décliner<sup>828</sup>.

## X. Le droit médiéval anglais et les origines des *trusts*

Stabilité et continuité; il s'agit là sans doute des adjectifs qui caractérisent le mieux l'ordre juridique anglais du point de vue continental, malgré les nombreux soubresauts de l'histoire britannique<sup>829, 830</sup>. D'une part, la permanence des règles de droit –

---

<sup>826</sup> TERRAT, p. 333 s.

<sup>827</sup> PATAULT, p. 26 ss (qui montre que l'importance de la publicité est présente dès l'époque franque par la *traditio* physique du sol et les différents rôles de la publicité).

<sup>828</sup> Dans un but de simple prélèvement fiscal: PATAULT, p. 31 s.; MATILE, p. XXXV («*plus tard cet agrément du seigneur devint une prestation en argent connue sous le nom de lod*»).

<sup>829</sup> Voir HOGUE, p. 241 s. («[The common-law system's] *continuity through almost eight centuries is unique in the history of European legal systems.*»).

<sup>830</sup> Le Royaume-Uni est l'union de quatre royaumes historiques: l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande (du Nord). Pour des raisons historiques, trois ordres juridiques – ayant



développées par le *case law* des juges – n’a jamais été interrompue depuis l’an 1066. D’autre part, les Anglais n’ont pas connu l’éclatante réception du droit romain qui re-définit le droit continental et en forcera la métamorphose. Il en découle d’importantes singularités quant aux conceptions juridiques<sup>831</sup>. Conceptions qui sont colorées par l’histoire dont la modernité n’a pas su s’extirper lorsqu’il fallut simplifier le droit des biens : « *Parmi les nations de l’Europe occidentale, seuls les Anglais sont parvenus à maintenir les éléments essentiels de leur système juridique coutumier médiéval dans le monde moderne*<sup>832</sup>. »

Ainsi, pour comprendre le droit anglais du XXI<sup>e</sup> siècle, plus que n’importe quel autre ordre juridique, est-il nécessaire de passer en revue l’évolution historique de ses institutions qui sont – à peu de choses près – toujours les mêmes en droit positif<sup>833</sup>. Pour cette raison, « *[L]e droit immobilier est sans doute la partie du droit anglais dont l’accès est le plus difficile pour le juriste du continent. [...] Ce qui caractérise essentiellement le régime immobilier anglais, c’est la survivance de notions féodales. Il est dès lors indispensable d’aborder l’étude de cette matière d’un point de vue historique*<sup>834</sup>. » Les principes du droit des biens anglais, qui reposent sur les règles établies

---

chacun sa propre organisation judiciaire – en découlent, l’Angleterre et le Pays de Galles n’en formant qu’un seul. Or, notre intérêt portera essentiellement sur ce dernier ordre qui est le plus important et celui qui a influé sur les autres royaumes constitutifs et l’ensemble des juridictions de *common law* (voir, par exemple, COOKE, p. 1 s.). Aussi, l’expression « droit anglais » désignera-t-elle, comme il est d’usage outre-Manche, le droit de l’Angleterre et du Pays de Galles en général. Droit anglais et *common law* peuvent être synonymes, mais le dernier s’utilise aussi en opposition à l’*equity*. Dans un cas comme dans l’autre, en français il ne sied pas d’utiliser pour *common law* la forme féminine, car elle donne au lecteur l’impression erronée que la notion pourrait se traduire par « loi commune », alors qu’il est plus juste de la comprendre comme étant « droit commun » (dans la mesure où l’on ne confond pas cette expression avec celle de *ius commune*).

<sup>831</sup> DAVID, p. 9.

<sup>832</sup> Notre traduction de HOGUE, p. 241 : « *Among the nations of western Europe the English alone have managed to bring essential elements of their medieval customary legal system into the modern world.* » De même, SIMPSON, p. 1 s. (« [...] *But although the importance of tenures is now minimal, the basic doctrine of tenure is still with us; [...]* »). Dans le même sens, voir EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 16 s.

<sup>833</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-001; DAVID, p. 11, qui cite HOLDSWORTH (p. 82) : « [...] *law and legal institutions must be studied historically if they are to be understood.* » Voir aussi LEBRET, p. 1. C’est pourquoi l’un des principaux ouvrages de doctrine destinés aux étudiants anglais (E. H. BURN/J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn’s modern law of real property*, 18<sup>e</sup> éd., Londres 2011) procède à une constante mise en abyme historique du droit moderne qui constitue l’objet du traité et le proclame dans sa préface : « *[The first chapter] makes clear that we remain committed in this book to the approach which was set by Cheshire in the first edition in 1925: that the modern land law cannot be seen in isolation from its historical roots.* »

<sup>834</sup> KIRKPATRICK, p. 223. Dans le même sens, PIERRE, p. 242; LAWSON, p. 22 (« [...] *the hand of history lies more heavily on property law than on any other part of [the common law].* »); BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 44 (« *It is impossible to understand, with any degree of accuracy, either the civil constitution of this kingdom, or the laws which regulate it*

à l'époque médiévale, ont en effet atteint leur plénitude dès le XVII<sup>e</sup> siècle<sup>835</sup>. Plus encore, «*l'origine du droit de la real property est l'origine du common law lui-même*<sup>836</sup>.» Cet état du droit, que critique BENTHAM et qui suscite l'incompréhension de l'observateur continental<sup>837</sup>, étant ce qu'il est, voilà pourquoi un bref historique général s'impose (A). Nous montrerons ainsi les événements et influences qui définissent les divers ressorts du droit anglais, en particulier du droit des biens.

Cela étant fait, nous plongerons ensuite dans la systématique des diverses institutions du droit des biens anglais. En cela nous serons aidé par nos analyses préalables du droit féodal continental; ce qui nous permettra d'être plus bref afin d'éviter des répétitions inutiles. Il suffit en effet à notre exposé de démontrer les origines communes et les développements analogues entre les droits féodaux anglais et continentaux. Les grands principes du droit des biens anglais seront donc analysés d'une seule traite (B).

Le cadre et les principes ainsi exposés<sup>838</sup>, nous pourrions nous consacrer avec force de détails à l'examen d'une institution particulière de ce droit: les *trusts* (C) – lesquels occupent une place centrale dans notre étude.

Comme pour le droit romain, la question de la délimitation du choix des sources est délicate lorsque l'on aborde les institutions du droit anglais. Ce dernier ayant acquis de nos jours une présence plus ou moins prononcée dans des pays situés sur tous les continents<sup>839</sup>, la littérature à disposition peut rapidement devenir insurmontable.

---

*landed property, without some general acquaintance with the nature and doctrine of feuds, or the foedal law: [...]*»). Dans le même sens, voir EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 37.

<sup>835</sup> LAWSON, p. 23 («*Seventeenth century property law was of course very different form law existing anywhere today. Yet it contained all the concepts that Common Law lawyers now use to meet their present day needs, though they combine them in ways that would have astonished their predecessors.*»).

<sup>836</sup> Notre traduction de MEGARRY & WADE, n° 1-014: «*The origin of the law of real property is the origin of the common law itself.*» Circonstance qui provoque dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, nous rapporte DONIOL (p. 268), les dures remarques suivantes d'un chroniqueur du *Times*: «*les règles gouvernant le régime de la propriété, dans une grande partie de l'île, exigeraient, pour être connues des juges, autant de recherches que les lois d'un pays étranger.*»

<sup>837</sup> VAN CAENEGEM (p. 85) rappelle qu'en partie au moins «*[...] Englishmen fully share this incomprehension mixed with aversion, as far as 'the alien jungle of the Code Civil' is concerned – I quote the phrase used by a B.B.C. correspondent, in a programme on the legal consequences of Britain joining the European Common Market.*»

<sup>838</sup> Il ne saurait être question de comprendre une institution du droit des biens (anglais) sans avoir une compréhension minimale du système général de l'ordre juridique (anglais) dans lequel elle s'inscrit. Cela est vrai dans une approche historique et comparée, mais également dans celle relative à une problématique de droit international privé. Dans le même sens, PIERRE, p. 238 («*Otherwise, instead of being enriched by cross-fertilisation, the legal system will be deformed by a mix-up of inconsistent principles.*»).

<sup>839</sup> Voir ZWEIGERT/HOETZ, p. 214 ss.

Aussi, avons-nous décidé de nous concentrer essentiellement sur les auteurs britanniques et de laisser de côté les auteurs d'autres juridictions de *common law*<sup>840</sup>. Des entorses fréquentes à ce principe se rencontrent néanmoins dans nos notes en bas de page, la probité scientifique nous interdisant d'ignorer certains doctes américains, canadiens ou australiens, *a fortiori* lorsque les sources britanniques s'y réfèrent elles-mêmes<sup>841</sup>.

Enfin, il convient de rappeler que si l'Europe continentale a progressivement abandonné les principes du droit des biens que nous avons décrits dans les deux chapitres précédents entre la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et les premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle<sup>842</sup>, le système féodal est celui qui régit encore – avec les innombrables tempéraments apportés par le temps – le droit anglais actuel<sup>843</sup>.

Cette distance matérielle entre le droit des biens anglais et les droits continentaux explique – en sus des éventuelles difficultés linguistiques – l'absence, à notre connaissance, d'une véritable explication scientifiquement exacte en langue française du droit des biens anglais<sup>844</sup> et *a fortiori* du droit des *trusts*. Nous espérons pouvoir dans les lignes qui suivent apporter une première pierre contribuant à combler cette lacune.

<sup>840</sup> Frederic William MAITLAND, 1850-1906, est aujourd'hui encore (malgré certaines critiques récentes, naturelles au recul des années, COSGROVE, p. 32 s., ou certaines opinions dorénavant abandonnées, cf. *infra* p. 216 à propos des effets *in rem* des *trusts*) l'auteur le plus renommé ayant écrit sur l'histoire du droit anglais, car il sut maîtriser tout à la fois les exigences des deux disciplines.

<sup>841</sup> Il convient ainsi de relever que certains ordres juridiques de *common law* sont restés plus fidèles aux principes traditionnels du droit anglais que le Royaume-Uni. Il est ainsi possible de constater que le droit des biens de certains États américains est celui de l'Angleterre d'avant les législations simplificatrices de 1925. Cela est particulièrement remarquable, dans la mesure où il ne s'agit pas simplement d'un droit américain *correspondant en substance* au droit anglais du Moyen Âge, mais véritablement du même droit: les *precedents* et auteurs (en particulier BLACKSTONE, réputé synthétiser l'état du droit au moment de la Guerre d'indépendance) convoqués par les juristes américains sont anglais (voir, en ce sens, HOGUE, p. 251). En conséquence, un juriste américain du XXI<sup>e</sup> siècle peut (doit) être un expert du droit foncier anglais et de son histoire tout aussi affirmé que ses confrères britanniques.

<sup>842</sup> C'est ainsi que SECRETAN É. (*Essai sur la féodalité*, p. 2) peut écrire en 1858 que «[...] pour quelques contrées de l'Europe l'époque féodale n'est point encore entrée dans le domaine du passé.»

<sup>843</sup> LEBRET, p. 1; BLAXLAND, p. 323 et 335.

<sup>844</sup> L'ouvrage de KIRKPATRICK et surtout celui de LEPAULLE (portant spécifiquement sur les *trusts*), voire celui de LEBRET, sont cités en référence; ils souffrent de ne pas avoir approché les notions de manière historique et ainsi de ne leur avoir restitué leur vraie nature en tentant de les ramener aux concepts continentaux. Parmi les auteurs récents, citons toutefois, l'excellente contribution de BOUDREAU-OUELLET (p. 169 ss) qui présente, en français, les institutions du droit des biens du *common law* avec peu de déformation. Elle est hélas bien trop cursive et succincte (elle ne s'étend guère que sur dix pages), de même qu'elle omet tout l'enjeu lié aux droits subjectifs. L'ouvrage de EMERICH, *Droit commun des biens: perspectives transsystémique*, Montréal 2017 – comme son *Conceptualising Property Law*, qui en constitue la seconde édition traduite et augmentée – offre aussi un aperçu exact du droit anglais des biens,

Plus que leur linéarité historique, nous nous attachons à révéler l'esprit des institutions historiques du droit anglais, ainsi que leur (surprenante) actualité dans la pratique juridique actuelle. Aussi, procédons-nous à un permanent aller-retour entre l'histoire de l'institution examinée et son état dans le droit actuellement appliqué.

Mais, avant cela, revenons un pas en arrière dans le temps et replaçons-nous dans le contexte de l'émergence du droit anglais.

## **A. Une (très) brève histoire du droit anglais, en particulier de son droit foncier**

### **1. La Conquête normande, la féodalité & le Domesday Book**

L'île de la Grande-Bretagne – sous réserve du nord de l'Ecosse – tombe sous domination romaine dès l'avènement de l'Empire et le reste jusqu'à la chute de Rome au début du V<sup>e</sup> siècle<sup>845</sup>. Malgré cette longue présence, le droit romain ne survit étonnamment pas au départ des légions romaines<sup>846</sup>. Cela est notamment la conséquence d'une occupation principalement militaire et de la faible assimilation des bretons aux mœurs romaines qui en découle. Mais aussi car, contrairement aux barbares sur le continent, les envahisseurs Anglo-Saxons chassent une bonne partie des locaux hors de l'Angleterre<sup>847</sup>. Les mêmes forment alors divers royaumes rivaux – sans attache avec le continent – qui après de nombreuses guerres finirent par s'unir au X<sup>e</sup> siècle

---

mais à trop cursif et sans réelle emphase sur les questions qui nous intéressent dans la présente étude. Il s'agit plutôt d'un ouvrage qui tend à réduire le manque d'études comparatives du droit des biens entre les droits continentaux et les juridictions de *common law* (EMERICH, *Propriété, relation et exclusivité*, p. 1841); ce qui est naturellement bienvenu. Ajoutons encore à cette liste, l'ouvrage (suisse) de THORENS, publié en 1986 et qui porte sur le droit des biens américain: quoique synthétiques, les explications sont trop influencées par les concepts du droit continental.

<sup>845</sup> Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la fin de l'occupation romaine est très antérieure aux codifications de JUSTINIEN. L'Angleterre n'a donc en aucun cas connu une application directe du dernier état du droit romain. Dans le même sens, KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 631. Notons bien toutefois que l'un des juristes les plus éminents de l'histoire romaine, PAPINIEN, ainsi que l'un des plus fréquemment cités dans le Digeste, fut brièvement le préfet de la ville de York (vers 207 ap. J.-C.), dans laquelle il siégea au forum et influa sur le droit local. Voir WINFIELD, p. 55. BRAND, p. 430. Voir, pour plus de détails concernant cette période et le régime de droit des biens ayant eu cours avant et pendant la domination romaine, LEBRET, p. 7 ss.

<sup>846</sup> FISHER, p. 117. Ponctuellement et isolément, certains principes juridiques romains ont pu se maintenir, sans impact systémique sur le droit anglo-saxon ou, plus tard, normand: KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 631 s.

<sup>847</sup> Les survivants bretons seraient majoritairement des femmes. Certaines villes d'origine romaine se maintiennent également dans une relative indépendance vis-à-vis des Anglo-Saxons; d'où l'éventualité du maintien de certains principes juridiques romains. Voir KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 632.

pour former le Royaume d'Angleterre<sup>848</sup>. Or, peu après, se produit la seule invasion de l'île qui n'ait jamais réussi : celle des Normands.

En remportant ainsi la bataille de Hastings en l'an 1066, WILLIAM LE CONQUERANT accède au trône d'Angleterre. Ce roi est mal nommé par l'histoire, car c'est effectivement pour faire reconnaître une prétention successorale qu'il combat son rival HAROLD<sup>849</sup>. Bien qu'elle soit le résultat d'un coup de force, son accession au trône se fait donc officiellement par voie de succession. En conséquence, sont liés à la couronne de WILLIAM tous les acquis de ses prédécesseurs, notamment celui d'être seigneur allodial d'une partie au moins du royaume<sup>850</sup>. Sous les Anglo-Saxons déjà, le pays est effectivement organisé sur un modèle féodal<sup>851</sup>. Le principe est maintenu par les Normands<sup>852</sup> et WILLIAM acquiert donc, en sus du domaine propre du souverain (*demesne land*<sup>853</sup>), les domaines éminents de la Couronne.

Mais alors que l'autorité du roi anglo-saxon sur ses plus importants vassaux demeure limitée (de la même façon que pour les autres monarchies européennes de l'époque), la société normande fonctionne selon un modèle centralisateur qui place l'ensemble des pouvoirs au sommet de la pyramide, c'est-à-dire entre les mains du seigneur suzerain<sup>854</sup>. Le nouveau roi importe naturellement ce modèle dans son nouveau royaume<sup>855</sup>. Toute maîtrise foncière dépend ainsi juridiquement et concrètement, di-

<sup>848</sup> La date traditionnellement donnée est celle de 927 après J.-C. Voir aussi BRAND, p. 430 s.

<sup>849</sup> D'où l'autre surnom qui lui est donné : WILLIAM LE BATARD. Voir FISHER, p. 117 s.

<sup>850</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9. HUDSON (*Oxford History II*, p. 334) précise que «[...] in Anglo-saxon England lordship was a feature of some but not all possession of free land, and landholding a feature of some but far from all lordship.»

<sup>851</sup> Il y a cependant quelques hésitations importantes quant à la portée réelle du modèle féodal avant la Conquête, en particulier en raison du nombre limité de sources primaires qui nous sont parvenues et de la rapide désuétude du droit foncier anglo-saxon au XI<sup>e</sup> siècle. Voir BRAND, p. 431 (qui insiste sur une monarchie anglo-saxonne forte); HUDSON, *Oxford History II*, p. 93 ss; WATERS, p. 165; SIMPSON, p. 2 s.; LEBRET, p. 38; GARSONNET, p. 300; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 48. Comme sur le continent, il existe deux courants doctrinaux opposés quant à l'explication des origines de la féodalité anglo-saxonne : l'écrasante majorité estime qu'elles sont purement germaniques, alors qu'une minorité voit dans les survivances romaines un apport déterminant. La discussion doit recevoir le même traitement que sur le continent, mais a une importance nettement moindre pour nous en raison de la Conquête de 1066, comme nous allons le voir immédiatement. Voir KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 631 s.

<sup>852</sup> FISHER (p. 129) remarque que WILLIAM appuie son autorité sur le serment d'allégeance fait à EDWARD LE CONFESSEUR (le roi d'Angleterre qui le désigna comme successeur).

<sup>853</sup> Prononcé « domaine » *land*, soit la réserve royale. FISHER (p. 120) précise que le roi retient notamment quelque mille quatre-cent vingt-deux *manors*. Voir aussi MEGARRY & WADE, n° 2-001.

<sup>854</sup> HUDSON, *Oxford History II*, p. 333 s.; WATERS, p. 165 s. (« *There at the apex was the king and all land that was held was ultimately held of him.* »).

<sup>855</sup> HUDSON, *Oxford History II*, p. 333; WATERS, p. 166.

rectement ou indirectement, du roi – unique seigneur allodial du royaume<sup>856</sup>. Il n'est pas possible pour une personne ou une corporation – ce qui comprend les ordres ecclésiastiques – d'être titulaire d'autre chose que d'une *tenure*<sup>857</sup>.

Les sujets du souverain anglais ne peuvent en effet avoir qu'une *tenure*, c'est-à-dire des intérêts (*interests*) sur le sol<sup>858</sup>. Cette règle est (remarquablement) toujours valable au moment de l'écriture de la présente étude et ainsi « *la tenure d'une terre est la première et la plus fondamentale idée de la conception anglaise du droit foncier*<sup>859</sup>. »

Cet état de choses originel a deux suites à court terme. D'abord, une bonne partie des terres est redistribuée aux fidèles du nouveau roi en la forme de fiefs régis par les règles normandes<sup>860</sup>. Ensuite, nombre des tenanciers anglo-saxons qui sont maintenus dans leur position remettent – en signe de soumission et selon un mécanisme que nous avons déjà rencontré et qui permet d'incorporer d'un seul mouvement les éventuels alleux subsistants – leur maîtrise au roi, avant de les recevoir en retour sous des formes nouvelles de *tenures* également régies par le droit normand<sup>861</sup>.

Quelques années après la Conquête, la menace d'une invasion danoise met en lumière le manque d'effectif militaire et le potentiel perfectible de la structure sociale<sup>862</sup>. Aussi, WILLIAM ordonne-t-il un grand inventaire, surnommé le *Domesday*

---

<sup>856</sup> BLACKSTONE cite (*Of the Rights of Things*, p. 51) la formule classique: « *the king is the universal lord and original proprietor of all the lands in his kingdom: and that no man doth or can possess any part of it, but what has mediately or immediately been derived as a gift from him, to be held upon feodal services.* » Voir aussi BLAXLAND, p. 336.

<sup>857</sup> MEGARRY & WADE, n° 2-001 (« *allodial land is unknown [...] all land in England is owned by the Crown.* »); WATERS, p. 178 (« *Any person other than the Crown could merely have a holding in land that entitled him to 'best possession'. Such a person 'held of the Crown', and in Norman feudalism this was true not only of those barons and top nobility whose grants of land were received immediately from the Crown, but of all those persons of lesser status [...] whose landholding was by way of grant for services from an overlord in the feudal pyramidal structure, an overlord who was not the Crown.* »); FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9 s.; SIMPSON, p. 1; DE LAVELEYE, p. 127; GARSONNET, p. 308, qui cite en outre BRACON: « *la terre du roi est la seule qui ne soit soumise à personne, car elle ne relève que du Dieu tout-puissant.* »; WILLIAMS, p. 2.

<sup>858</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-003; NICHOLAS, *Langage*, p. 60; FISHER, p. 131.

<sup>859</sup> « *The holding of land is the first and most basic idea in the English law concept of land* »: WATERS, p. 178. Voir, de même, BOUDREAU-OUELLET, p. 175 (« *L'individu tient ses droits de la Couronne à titre de tenant.* »).

<sup>860</sup> Soit en entamant le domaine royal, soit en invoquant la commise des tenanciers qui s'étaient ralliés à HAROLD. Voir BRAND, p. 431; WATERS, p. 166; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10; LEBRET, p. 34 s.; WILLIAMS, p. 2; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 48 s.

<sup>861</sup> MEGARRY & WADE, n° 2-002; LEBRET, p. 36; WILLIAMS, p. 3; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 47. Un exemple concret est relaté par FISHER, p. 121. Le même (p. 121 ss) cite *in extenso* et en abondance différentes autorités à ce propos. Ce même auteur (p. 130) précise après un relativement long raisonnement qu'une bonne partie des terres ne change pas de mains du fait de la Conquête.

<sup>862</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 49.

*Book*<sup>863</sup>, achevé en 1086. Sorte de «registre foncier» (dans un sens très large), conformément à l'esprit médiéval et à ce que nous avons pu constater sur le continent, l'intérêt du *Domesday Book* n'est pas tant de savoir *qui* est titulaire de quelles terres ; il s'agit avant tout d'établir quelles sont les ressources (ou utilités) à disposition du royaume<sup>864</sup>. Ce qui compte ce sont donc les produits – les fruits (civils ou naturels) – qui peuvent être tirés du sol. Indications qui servent alors de mesure à la charge militaire qui incombe à chaque tenancier.

Les titulaires – immédiats ou médiats – ainsi identifiés, tous sont réunis pour prêter au roi le serment de fidélité (serment dit de *Salisbury*, de août 1086) et s'engager aux services militaires pour faire face au péril d'une invasion<sup>865</sup>. Un lien personnel de subordination est ainsi institutionnalisé entre le roi et tous ceux à qui le *Domesday Book* reconnaît une maîtrise foncière<sup>866</sup>. Appuyée sur ce dernier acte, une féodalité royale, centralisée et hégémonique, personnelle et foncière, se trouve être pleinement instaurée dans tout le royaume à l'aube du XII<sup>e</sup> siècle<sup>867</sup>. Ce qui tranche de façon remarquable avec le continent, morcelé à l'infini à la même époque, comme nous le savons.

Ces circonstances de l'instauration de la féodalité en Angleterre ont fait dire à certains qu'elle est «*la plus parfaite en Europe*<sup>868</sup>.» Sans aller jusque-là, il est certain que sa mise en place fut un processus réfléchi et de la sorte nettement distinct de celui largement resté spontané sur le continent.

---

<sup>863</sup> Soit *Doomsday Book* («livre du jour du jugement dernier») en anglais moderne (par convention, l'on s'en tient à la graphie traditionnelle). Ce nom fut donné par les Anglo-Saxons ainsi définitivement expropriés. Une nomenclature plus neutre est celle de *Book of Winchester*. Voir LEBRET, p. 37. Cette compilation est bien présente de nos jours dans l'esprit (politique, si ce n'est juridique) anglais en raison de la relative opacité et du grand déséquilibre de la détention des terres toujours actuel dans l'Angleterre des XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles. Il est ainsi souvent répété que le 6<sup>e</sup> duc DE WESTMINSTER, Gerald CAVENDISH GROSVENOR (1951-2016), déclara à un journaliste du *Financial Times* que pour assurer sa réussite un jeune entrepreneur britannique devait «*make sure they have an ancestor who was a very close friend of WILLIAM THE CONQUEROR.*»

<sup>864</sup> STENTON, p. 7.

<sup>865</sup> LEBRET, p. 38 ; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 49 s.

<sup>866</sup> LEBRET, p. 38 s. ; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 50 («*The terms of this law [...] are plainly feudal: [...].*»).

<sup>867</sup> En ce sens, voir HUDSON, *Oxford History II*, p. 336 et 372 ; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 50 s. Cette détermination du pouvoir royal à imposer – par l'artifice juridique du serment de Salisbury qui ne porte en soi que sur des considérations militaires – la suzeraineté foncière du roi ne fut pas sans quelque résistance des vassaux. Résistance dont l'épisode le plus célèbre demeure la révolte des barons (1215-1217) contre le roi JEAN SANS TERRE, ce qui ne remettra pas pour autant en cause le principe absolu de la suzeraineté ultime du roi : LEBRET, p. 40 s.

<sup>868</sup> «*the most perfectly organised feudal state in Europe*» : PLUCKNETT, p. 13. Dans le même sens, NICHOLAS (*Langage*, p. 60) qualifie le système féodal anglais de «*forme exceptionnellement pure*».

À plus long terme, la structure féodale anglaise, rendue réellement effective dès ses débuts par une administration royale centralisée et puissante<sup>869</sup>, aura une influence décisive sur l'évolution juridique que ne peuvent exercer les autres rois européens dont l'autorité reste limitée, voire précaire.

Il est important de souligner que dans la perspective du modèle féodal, la notion de propriétaire est impropre à décrire à la fois la position de tenancier (*tenant*) et celle de seigneur féodal (*lord*). Il n'est donc pas question de déclarer le roi «propriétaire» de toutes les terres de son royaume<sup>870</sup>. Le raisonnement doit être le même à tous les échelons féodaux. Le roi est le seigneur suprême (*supreme lord* ou *lord paramount*), mais pas le propriétaire absolu<sup>871</sup>. La situation est donc identique à celle sur le continent avant la romanisation des notions.

Les différences dans la relative simplicité conceptuelle et la mise en œuvre à part, les traits généraux de la féodalité sont donc les mêmes des deux côtés de la Manche: «[...] *La structure féodale de la société impliquait la tenure dépendante de la terre – la tenure d'une terre en échange de services à rendre, typiquement de service militaire. Ce qui était impliqué était à la fois une relation personnelle entre supérieur et inférieur, seigneur et vassal, marqué par des devoirs réciproques de protection et de service, et la cession d'un bénéfice, c'est-à-dire d'une parcelle de terre à jouir à des conditions favorables, aussi longtemps que le service dû était fidèlement exécuté*<sup>872</sup>.»

## 2. L'unification judiciaire et l'émergence du common law

Une autre dimension de cette répartition des terres fut l'intelligence du pouvoir royal de ne pas créer de grands domaines baronniaux. Les différents *lords* peuvent certes être amenés à posséder de vastes étendues, mais celles-ci ne sont pas constituées d'un seul tenant. Au contraire, il s'agit de multitudes de surfaces éparpillées dans tout le royaume<sup>873</sup>; ce qui disloque d'autant leur pouvoir et renforce l'autorité générale du

---

<sup>869</sup> WATERS, p. 166 («*The world that the Normans created was one of intense centralization and rule through a curia of senior dukes and nobles sitting with the monarch to determine the policy of the realm. It goes without saying that the king's word was ultimately law, whatever views might be expressed around the table.*»); LEBRET, p. 39 s.

<sup>870</sup> KIRKPATRICK (p. 44) se trompe donc en l'affirmant.

<sup>871</sup> SIMPSON, p. 47 s.; BLAXLAND, p. 335 s.

<sup>872</sup> Notre traduction de SIMPSON, p. 2: «*The feudal structure of society involved dependent land holding – the holding of land in return for the rendering of services, typically military service. What was involved was both a personal relationship between superior and inferior, lord and vassal, marked by reciprocal duties of protection and service, and the granting of a benefice, that is, a parcel of landed estate to be enjoyed upon favourable terms, so long as the service due was faithfully performed.*»

<sup>873</sup> L'exemple actuel sans doute le plus parlant est le duché de Cornouailles – dont le titulaire est l'actuel prince DE GALLES, héritier du trône britannique – qui se morcelle sur plus d'une vingtaine de comtés différents.



roi. En conséquence, il n'y a ni coutumes locales d'importance, ni justices baroniales influentes<sup>874</sup>. Ce paramètre ajouté à la centralisation du pouvoir, le terrain est de la sorte propice à l'émergence précoce d'un droit commun à toute l'Angleterre<sup>875</sup>.

Il s'en suit assez rapidement une concentration du pouvoir judiciaire et législatif sous l'autorité de la très effective administration royale<sup>876</sup>. À la faveur des instabilités politiques qui ponctuent le XII<sup>e</sup> siècle, il devient possible pour un tenancier troublé dans sa maîtrise foncière de s'en remettre à la justice royale encore itinérante<sup>877</sup>. Cela est acquis d'abord en 1166 par l'*assize of novel disseisin* (ou *novelle dessaisine*), puis, en 1176, par l'*assize of mort d'ancestre*, ainsi que, à la même période, par l'*assize of darrein presentment*<sup>878</sup>. Dès cette période, les cas de *dispossession* sont ainsi efficacement pris en compte par les juges<sup>879</sup>. De même, à la même époque, les règles concernant les *conveyances of rights over land*, c'est-à-dire les mutations foncières, sont précisées<sup>880</sup>.

Or, au fur et à mesure que la procédure devant les cours royales prend forme – l'affaire est achevée dans la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle<sup>881</sup> – un droit commun, éminemment procédural, se constitue et devient perceptible dès les années 1170<sup>882</sup>. Dans les années 1186-1189, le *Traité de GLANVILL* renforce cette impression<sup>883</sup>. Fondamentalement, le *common law* est constitué par le corps de règles protégées et appliquées par les cours royales<sup>884</sup>. La transformation qui s'opère va ainsi bien au-delà du simple passage d'une juridiction baroniale vers une juridiction royale: une nouvelle conception du droit apparaît<sup>885</sup>.

<sup>874</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 198; DAVID, p. 27.

<sup>875</sup> VAN CAENEGEM, p. 93.

<sup>876</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 191.

<sup>877</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-014; LEBRET, p. 3. Sur l'émergence de la justice royale: BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 192. Les tenures non libres sont toutefois soumises aux coutumes du manoir et non au *common law*: FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10; POLLOCK/MAITLAND, p. 239 ss et 356 ss.

<sup>878</sup> BRAND, p. 445; van Caenegem, p. 91; JOUON DES LONGRAIS, p. 50 ss.

<sup>879</sup> BRAND, p. 444.

<sup>880</sup> BRAND, p. 444.

<sup>881</sup> En *obiter dictum*, notons que les cours royales, lesquelles siègent au Palais de Westminster, émergent de la *curia regis* pour constituer des autorités exclusivement judiciaires. Elles sont relativement nombreuses, mais seules les trois principales méritent ici une mention: la *Court of Exchequer*, la *Court of Common Pleas* et, un siècle plus tard, la *Court of King's (Queen's) Bench*. En notre matière, la cour la plus importante est celle de *Common Pleas* – le partage des juridictions est cependant complexe. Ajoutons finalement que les décisions sont conservées sous forme écrite depuis le dernier quart du XII<sup>e</sup> siècle – ce qui est unique en Europe. Voir BRAND, p. 431 ss; VAN CAENEGEM, p. 90.

<sup>882</sup> BRAND, p. 448.

<sup>883</sup> VAN CAENEGEM, p. 92.

<sup>884</sup> HOGUE, p. 188 s.

<sup>885</sup> BRAND, p. 434; MILSOM, *English Feudalism*, p. 36 s.

Retirant par l'attrait des causes au roi toute influence notable aux cours baroniales, la monarchie anglaise parvient ainsi, avant l'an 1200, à définitivement amorcer une unification juridique qui débouche sur un droit commun cohérent et systématique: le *common law*<sup>886</sup>. Cela signifie qu'à cette époque il existe un corps de règles – d'application générale à tous les hommes libres du royaume – par opposition à des droits locaux; ces derniers coexistent toutefois pour un temps, avant de disparaître définitivement<sup>887</sup>. Dès le XV<sup>e</sup> siècle au moins, des règles juridiques parfaitement uniformisées pour l'ensemble du royaume – en particulier en matière de droit des biens – régissent toute l'Angleterre<sup>888</sup>. Accomplissement que la France n'atteint qu'à la Révolution<sup>889</sup> et que les Germains appuieront sur le *ius commune* romain.

C'est ainsi dans le courant du XII<sup>e</sup> siècle que le droit anglais se sépare peu à peu du droit continental<sup>890</sup>. Les différences entre ces deux traditions juridiques ne sont en effet pas « *innées* » – nous avons vu comment le droit normand est devenu celui de l'Angleterre, ramenant ainsi ce royaume dans le giron du droit féodal germanique<sup>891</sup> –, elles apparaissent progressivement<sup>892</sup>. En réalité, le mouvement est double: alors que, d'une part, le *common law* prend très rapidement une forme avancée, d'autre part, le droit romain profite du chaos juridique des autres royaumes européens pour irradier l'ensemble du continent<sup>893</sup>. Ainsi, alors que le continent innove à partir d'un matériau nouveau, l'Angleterre transforme son droit en remodelant les principes médiévaux<sup>894</sup>. Ce n'est qu'à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, alors que la Normandie a été perdue, que nous pouvons parler d'un droit anglais véritablement distingué, par ceux qui le pratiquent, du droit continental<sup>895</sup>. La fondation du *common law* se fait donc « *entre l'assize of novel disseisin et la perte de la Normandie*<sup>896</sup>. » Incidemment, le fondement constitutionnel

---

<sup>886</sup> VAN CAENEGEM, p. 90; HALL, p. XI; JOUON DES LONGRAIS, p. 53 s.; POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, n° 107-10 et 136-73. Il est sans doute utile de souligner que, bien que les deux concepts décrivent un ensemble de règles d'application générale à une région, le *common law* n'a matériellement aucun lien avec le *ius commune* continental; BASDEVANT-GAUDEMENT/GAUDEMET, n° 189.

<sup>887</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-014.

<sup>888</sup> SIMPSON, p. 20.

<sup>889</sup> Ironiquement, l'hégémonie de la justice royale sur le territoire français ne sera atteinte que par l'effet de la suppression des justices seigneuriales par le Décret du 4 août 1789 de l'Assemblée nationale; décret que nous abordons plus bas. Dans le même sens, voir van Caenegem, p. 88.

<sup>890</sup> VAN CAENEGEM, p. 85 et 89.

<sup>891</sup> VAN CAENEGEM, p. 96 (« *The Common Law was essentially feudal land law and feudalism came from the Continent.* ») et 108 s.

<sup>892</sup> VAN CAENEGEM, p. 89.

<sup>893</sup> PIERRE, p. 242 ss; van Caenegem, p. 90.

<sup>894</sup> PIERRE, p. 242.

<sup>895</sup> VAN CAENEGEM, p. 97 s. Selon cet auteur (p. 98) le *common law* serait alors l'un des éléments formateur de l'identité nationale anglaise.

<sup>896</sup> Notre traduction de van Caenegem, p. 106: « [...] *between the assize of novel disseisin and the loss of Normandy.* »

de la protection du patrimoine foncier des sujets du roi remonte à la Grande Charte de 1215 (aujourd'hui nommée *Magna Carta*) que le roi JEAN SANS TERRE concéda à ses barons, promettant ainsi: «*Aucun homme libre ne sera [...] privé de son fief [...]*»<sup>897</sup>.

Le juriste continental qui s'aventure à lire des traités juridiques anglais constate en quelques recherches et lectures que les méthodes de raisonnement ne sont pas les mêmes. La première se fonde sur l'étude de règles générales et abstraites, alors que la seconde confronte et compare les espèces judiciaires entre elles. Cela est vrai aujourd'hui; cela l'était déjà du temps de HENRY DE BRACTON<sup>898</sup> qui se fonde sur plus de cinq cents espèces dans son célèbre traité<sup>899</sup>. En effet, le *common law* n'est pas constitué par des règles coutumières abstraites à l'image de ce qui se produit progressivement sur le continent. Le *common law* se forme par la pratique judiciaire des cours royales qui développent l'ordre juridique au fil des espèces judiciaires concrètes<sup>900</sup>. Ce sont les *precedents* qui guident le juge dans sa décision<sup>901</sup>.

Les œuvres doctrinales, comme celles de COKE et BLACKSTONE, synthétisent le *common law* et donnent un excellent aperçu, notamment du droit des biens, mais le droit lui-même reste constitué par les cas particuliers<sup>902</sup> – même s'ils sont peu cités dans les premiers siècles<sup>903</sup>. Il s'agit ainsi d'un système empirique et inductif: comme sur le continent à la même époque, les réalités factuelles et sociales sont progressivement appréhendées en des termes juridiques<sup>904</sup>. Les institutions juridiques sont donc le

<sup>897</sup> Notre traduction de la Grande Charte: «*No freeman shall be [...] deprived of his freehold [...]*» Voir RISTIK, p. 146. Pour un exposé d'autorité récent – quoique concis – de l'histoire des droits fondamentaux anglais (et donc de la garantie de la propriété), se reporter à BINGHAM, p. 10 ss. Pour une analyse bien plus fouillée, mais aussi plus ancienne, voir MAITLAND, *The Constitutional History of England*, p. 1 ss.

<sup>898</sup> MILLER, p. 268 («*[The] individuality, multiplicity, and ingenuity [of Bracton's cases] in solving problems have a mobile and vital character which is not to be found in Beaumanoir*»).

<sup>899</sup> HOGUE, p. 185 s.

<sup>900</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-014; HOGUE, p. 189 s.

<sup>901</sup> BRACTON, fol. 1b: «*If any new and unwonted circumstances [...] shall arise, then if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner, since it is a good opportunity for proceeding from like to like.*» Traduction de HOGUE, p. 200.

<sup>902</sup> LAWSON, p. 23 («*If one looks for something to introduce one to the Common Law of Property wherever it exists, one cannot do better than read Blackstone's second volume [Of the Rights of Things]. Moreover, everything that is in it and, for that matter, anything else that lies behind it in other authorities, can still be expected to exist somewhere in the United States.*»). De la même façon, DIGBY donne également un excellent tour d'horizon, appuyé par l'opportune reproduction des décisions, registres et *acts* pertinents, ainsi que, le cas échéant, leur traduction.

<sup>903</sup> HOGUE, p. 201.

<sup>904</sup> VAN CAENEGEM, p. 88 («*English law prefers precedents as a basis for judgments, and moves empirically from case to case, from one reality to another.*»); HARGREAVES/GROVE/GARNER, p. 90 («*[The doctrines of tenure and of estates] were the legal interpretation of the existing facts of feudalism.*»).

reflet des occurrences judiciaires: «[...] elles se développent de manière ad hoc<sup>905</sup>.»

Du point de vue des *tenants* et *lords*, le schéma de transformation du droit est le même que sur le continent. Le vassal, qui est d'abord soumis au pouvoir arbitraire de son *lord* et se trouve dans une situation précaire, acquiert au fil du XII<sup>e</sup> siècle une position juridique de plus en plus forte.

### 3. L'absence de réception du droit romain en Angleterre

§ 1. Cela nous amène justement à la question du droit romain en Angleterre<sup>906</sup>. L'effectivité du *common law* dans tout le royaume retire au droit romain une bonne part de l'attrait qu'il exerce sur le continent. Cependant, il n'est pas pour autant possible d'affirmer une absence complète du droit romain en Angleterre. La place qu'il occupe est quelque peu ambivalente et mérite que nous nous y arrêtions pour la considérer avec suffisamment d'attention.

Comme nous l'avons déjà relevé, il ne peut être question d'un maintien du droit romain au-delà de la fin de l'Empire. Seules des sources indirectes sont envisageables. Elles ne peuvent être trouvées ni chez les Anglo-Saxons ni chez les Normands<sup>907</sup>. Le droit normand du XI<sup>e</sup> siècle ne contient en effet aucune notion de droit romain. Il nous faut donc chercher ailleurs.

En suivant notamment WINFIELD<sup>908</sup>, il faut tourner notre regard vers le droit canonique, synthétisé entre 1139-1142 dans le décret de GRATIEN (lui-même librement inspiré du droit romain), qui est communément appliqué dans les cours ecclésiastiques anglaises après la Conquête; cours qui jouissent d'une juridiction importante<sup>909</sup>. La majorité des juristes sont des ecclésiastiques et il est commun de les nommer en qualité de juges dans les cours anglaises<sup>910</sup>. Ces derniers sont donc formés non seulement à la pratique du droit canonique, mais également à celle du droit romain. VACARIUS, juriste italien éduqué à Bologne, vient enseigner le droit romain à Canterbury au milieu du XII<sup>e</sup> siècle<sup>911</sup>. BRACON (circa 1210-1268), ecclésiastique, juge à la cours

---

<sup>905</sup> PIERRE, p. 242.

<sup>906</sup> Le droit romain est communément nommé *civil law* en Angleterre. Le terme est aussi usé pour désigner le droit des juridictions de tradition romano-germanique. Afin d'éviter toute confusion inutile, nous en restons à la terminologie francophone.

<sup>907</sup> TURNER, p. 1 s. («Any influence of Roman law in England during the centuries after the withdrawal of Roman legions and before the Norman Conquest can be dismissed quickly. [...] Also to be dismissed quickly is any Roman influence coming to England with the Normans.»)

<sup>908</sup> WINFIELD, p. 57 s. Voir aussi SAVIGNY, *Geschichte II*, p. 170.

<sup>909</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 632 s. SAVIGNY (*Geschichte*, p. 167 ss) s'exprime également dans le sens du maintien de la connaissance du droit romain par l'intermédiaire du droit canonique.

<sup>910</sup> BRAND, p. 439; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633.

<sup>911</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 634.

d'*assize*, docte auteur d'ouvrages théoriques importants, qui n'hésite pas à citer des auteurs païens (tel ULPIEN) et à s'inspirer de la structure des Institutes de JUSTINIEN, incarne avec une perfection rare parmi ses pairs la figure du juriste accompli<sup>912</sup>. De même, avant lui, le célèbre *Traité de GLANVILL* compare-t-il (assez superficiellement) le droit « coutumier » anglais au droit des « *leges* » romaines – pour en conclure que le droit non-écrit anglais est de même « *dignité* »<sup>913</sup>.

L'influence du droit romain se heurte toutefois à une résistance nationaliste dès le règne de EDWARD I, soit dans le courant du dernier tiers du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>914</sup>. En conséquence, les ecclésiastiques ne siègent plus comme juges dans les cours de *common law* dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>915</sup> et le droit romain est définitivement écarté de l'Église au XIV<sup>e</sup> siècle.

Comme outil d'enseignement théorique, le droit romain reste d'usage sans discontinuité jusqu'à nos jours<sup>916</sup>. Cependant l'objet d'étude n'est pour ainsi dire jamais le *Corpus Iuris Civilis* ou d'autres sources primaires, mais au contraire les gloses et commentaires des doctes bolonais – or, l'on sait à quel point ce droit romain vulgaire est éloigné du droit romain de JUSTINIEN.

§ 2. Le droit romain (vulgarisé) est donc bel et bien connu des juristes anglais – l'affaire est entendue. Une influence intellectuelle du droit romain sur le droit anglais ne peut être niée<sup>917</sup>. Quel usage exercent-ils de ces connaissances ?

<sup>912</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 56; van Caenegem, p. 91 (« *But Bracton, with his very real understanding of Roman law, was unrepresentative, an erratic block in the Common Law landscape. He formed no school, neither did his example find followers.* »); KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633; PLUCKNETT, p. 258. Voir, dans le même sens, les réflexions de BRAND, p. 447; MILLER, p. 263 ss.

<sup>913</sup> VAN CAENEGEM, p. 91; HOGUE, p. 191.

<sup>914</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633; WINFIELD, p. 56 ss.

<sup>915</sup> BRAND, p. 439; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633. Mouvement que BRAND (p. 437 s.) qualifie de « *professionnalisation* » des juges. Il coïncide avec la mise en place d'un serment détaillé – à l'appui duquel est permis le renvoi des juges défaillants – et la fixation en leur faveur d'une rémunération régulière. Cette dernière revêt une importance cruciale en matière d'indépendance et de professionnalisme – cela explique pourquoi au sein de la *House of Lords* les *lords* formant le comité judiciaire de cette chambre (et ainsi l'autorité judiciaire suprême du royaume jusqu'en 2009) étaient dits *Lords of Appeal in Ordinary*: l'« ordinaire » est leur rémunération.

<sup>916</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 634. À peine doit-on mentionner le bref intermède forcé de l'enseignement du droit romain imposé par le roi STEPHEN dans les toutes dernières années de son règne qui prend fin en 1154 (KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633).

<sup>917</sup> HELMHOLZ, p. 3 ss; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633. De ce fait, la comparaison à cette époque des systèmes continentaux et anglais révèlent nombre de parallèles: BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 196 *in fine*.

Si les juristes continentaux usèrent du droit romain pour rationaliser et théoriser le fonctionnement de leurs droits, les Anglais n'y procèdent point. En effet, à l'époque des glossateurs, le *common law* est d'ores et déjà formé. Mais bien plus que cela, il s'agit d'un droit raisonné et réfléchi<sup>918</sup>. Son développement est un processus conscient et volontaire; il ne s'agit pas d'un simple mimétisme globalisé des coutumes anglaises locales ou de la coutume de Normandie<sup>919</sup>. Les précédents (*ratio decidendi*) judiciaires – qui forment les règles du *common law* – sont issus de la réflexion des juges<sup>920</sup>. Les prémices ne sont donc pas du tout les mêmes que celles du continent<sup>921</sup>. Les besoins non plus; ce qui réduit d'autant l'intérêt du droit romain en Angleterre. L'influence romaine est donc particulièrement limitée<sup>922</sup>.

À cela s'ajoute un certain souci d'acceptabilité du *common law*: «[...] *c'est peut-être l'esprit pratique des Anglais, leur 'practical wisdom' qui, au XIII<sup>e</sup> siècle, a empêché qu'ils soient séduits par les belles constructions du droit romain, en leur donnant le sentiment confus que la compétence des Cours royales serait plus facilement acceptée en Angleterre si ces Cours continuaient à administrer des règles de droit fondées avant tout sur le sentiment populaire de la justice et sur la tradition*<sup>923</sup>.» Ce souci est sans doute justifié si l'on se rappelle le hiatus, en droit continental, entre les concepts juridiques de saisine, de *dominium utile* et leur appréhension pratique<sup>924</sup>. La locution «*nolumus leges Angliae mutari*» utilisée en 1235 dans un acte du Parlement pour s'opposer au droit romain va dans le même sens<sup>925</sup>.

---

<sup>918</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 196.

<sup>919</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 195.

<sup>920</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 196.

<sup>921</sup> Fondamentalement, le système du droit anglais s'en tient à la dialectique aristotélicienne (voir BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 58), soit à la méthode de raisonnement suivante: «[...] *l'art de discuter utilement consiste [...] à mettre au clair le sens de ces propositions en discernant les possibles ambiguïtés. Ensuite, ayant élucidé la thèse soumise à l'épreuve, on confrontera cette thèse avec des propositions voisines en relevant les différences entre les cas envisagés, par où se dégageront les différences spécifiques [...] quatrièmement les ressemblances; elles manifesteront le genre et permettent de s'élever jusqu'à la règle générale qui termine la discussion. La découverte des règles et définitions générales [...], tel est le but et le terme de la dialectique, et ce but est atteint par le rassemblement et la confrontation des cas semblables. [...] il ne s'agit de rien de moins que de l'apparition même du droit, au sens strict du mot.*» (VILLEY, *Leçons*, p. 165 et 169).

<sup>922</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 198.

<sup>923</sup> DAVID, p. 44. Nous ne pouvons qu'abonder dans ce sens en songeant aux complications faites sur le continent à propos de la notion de saisine.

<sup>924</sup> Cf. *supra* p. 131.

<sup>925</sup> Soit en français: «*Nous ne souhaitons pas changer les lois d'Angleterre.*» Notre traduction du *Statute of Merton* (1235), 20 Hen. III. Voir VAN CAENEGEM, p. 92 («*[The common law] was so adequate for the needs and so rooted in the social reality of the time [...]*»); WINFIELD, p. 57 («*[...] the English king and the English nationalists were not to be told that English Law must prop itself up with Roman Law, or any other foreign code.*»). Cela nous rappelle l'attitude

Partant de ces données, le rôle du droit romain ne peut pas être le même que celui qu'il revêt sur le continent. Relégué au second plan, le droit romain n'est jamais reçu en Angleterre, mais il sert, en toute conscience, à combler certains silences du *common law*<sup>926</sup>. Les ouvrages comme *GLANVILL* et ceux de BRACON, plutôt que de reprendre les classifications romaines, les comparent avec celles de leur droit – c'est-à-dire en opérant un véritable travail de comparatistes, sans velléité directe d'influer sur le droit anglais – et y puisent l'inspiration nécessaire à certaines innovations<sup>927</sup>. Aussi, tout au plus, « *les juristes anglais empruntèrent des suggestions [...] afin de les développer à leur manière*<sup>928</sup>. » Si le droit romain exerce une certaine influence au XIII<sup>e</sup> — siècle<sup>929</sup>, en 1307, la fin du règne d'EDWARD I marque le terme définitif de cette influence particulière des autorités reconnues<sup>930</sup>. Depuis lors, jamais celle-ci n'atteint la même importance<sup>931</sup> et le droit anglais poursuit son évolution sans recourir à l'appui du droit romain<sup>932</sup>.

Mais, en Angleterre, le droit est l'affaire des praticiens – juges, clerks, *barristers* et *solicitors* – qui sont en définitive les seuls à le manier, à l'exclusion des universitaires<sup>933</sup>. Même les ouvrages juridiques rédigés par des praticiens n'ont qu'une influence limitée<sup>934</sup>. Les *Inns of Court* assument dès le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle la formation exclusive des juristes praticiens : une certaine défiance y existe à l'encontre les

---

de certains juges suisses vers la fin du Moyen Âge et dont nous avons cité les paroles : cf. *supra* p. 124.

<sup>926</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 633 s.

<sup>927</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 634.

<sup>928</sup> Notre traduction de HELMHOLZ, p. 3 : « *English lawyers borrowed suggestions from ... in order to develop them in their own way.* »

<sup>929</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 56.

<sup>930</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 634 s.; WINFIELD, p. 61.

<sup>931</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 634.

<sup>932</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 56.

<sup>933</sup> VAN CAENEGEM, p. 101; LAWSON, p. 23 (« *In comparaison with the judges and the legal profession, the members of the Law Faculties have exerted very little influence; and they have tended to adopt in their writings classifications which follow closely what has been worked out in practice rather than such as might have been suggested by theory.* »); BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 198. Voir aussi HARGREAVES/GROVE/GARNER, qui écrivent à propos du traitement juridique de la *personal property*, p. 396 : « *Nowhere can we find a better illustration of the historical truth that English law has developed rather by provision of practical remedies than by the assertion of ideal rights.* » Quelques rares universitaires ont pu cependant être nommés juges avant 1300 : BRAND, p. 439. La trace de cette tradition « praticienne » du droit anglais demeure jusqu'à nos jours dans l'accessibilité des professions de *barrister* ou *solicitor* sans la nécessité d'un passage par une formation juridique universitaire complète.

<sup>934</sup> Voir, surtout, la présentation très détaillée de WINFIELD (p. 252 ss) qui passe en revue les ouvrages juridiques d'importance dans l'histoire anglaise. BRAND (p. 447) rappelle que bien que le *Traité de GLANVILL* et les ouvrages de BRACON sont assez largement diffusés, ils ne font pas autorité (« *None became a work of authority.* »). Pour sa part, WINFIELD (p. 258) rapporte une anecdote relative à la destruction de (presque) tous les exemplaires d'une édition du XIX<sup>e</sup> siècle du *Traité de GLANVILL* par mesure de prudence face aux risques que pourrait en-

universités et le programme ne comporte pas de droit romain ou canonique<sup>935</sup>. Avant le début du XIV<sup>e</sup> siècle, les juges des cours royales ne sont plus choisis que parmi les praticiens chevronnés<sup>936</sup>. Toute influence directe du droit romain sur le *common law* est ainsi écartée: la réception ne se fera pas<sup>937</sup>. À l'inverse, les universités n'enseignent pas le droit anglais avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>938</sup>. Elles n'ont donc qu'une influence très faible sur la formation du droit anglais, puis sa conceptualisation.

Ce sont donc bien «*la pratique des tribunaux et (ce qui est surtout important pour le droit des biens) [...] la pratique des conveyancers (c'est-à-dire, à peu près, des notaires)*»<sup>939</sup> qui forment l'essence du droit anglais. Le résultat de l'approche pratique est un certain flou conceptuel<sup>940</sup>, mais surtout une dichotomie des questions entre, d'un côté, le droit matériel (contrats, cessions, transmissions, etc.) et, d'un autre, les procédures litigieuses, soit *grosso modo* le droit formel<sup>941</sup>. Ce que LAWSON compare à la classification des Institutes de GAIUS que nous connaissons bien<sup>942</sup>. Cette comparaison n'est pas que superficielle. Elle exprime l'approche objective du droit que l'on retrouve tant dans le droit romain que le droit anglais – un constat que nous avons également émis à propos du droit féodal continental.

Le *common law* de la sorte mis à part, quelques autres domaines du droit anglais ont pu encore ressentir une certaine influence des droits romain et canonique. Il s'agit d'une part de la *lex mercatoria* (*merchant law*), ainsi que du droit maritime qui lui est connexe, et d'autre part, ce qui nous intéresse plus, du corps de règles formé par l'*equity* – que nous étudierons plus bas<sup>943</sup>. Les règles de procédure (écrite) et de plaidoiries applicables devant les tribunaux compétents en ces matières – *Admiralty Courts, Chancery et Council* – subissent aussi une certaine influence romaine, en particulier en raison du fait que les juges sont encore des canonistes ou romanistes<sup>944</sup>. Ainsi, les *Lords Chancellors* sont, jusqu'au décès de l'archevêque Thomas WOLSEY

---

gendrer la diffusion d'une œuvre aussi médiocre – les rares exemplaires épargnés font apparemment la fierté des collectionneurs!

<sup>935</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 635 («*In fact 'Oxford learning' was frowned on in court.*»); HOGUE, p. 246.

<sup>936</sup> BRAND, p. 439; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 635; HOGUE, p. 246.

<sup>937</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 635; HOGUE, p. 242.

<sup>938</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 57.

<sup>939</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 57.

<sup>940</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 57 s. («*Dans un droit [de praticiens] les grands systèmes n'ont pas d'importance. Mais il ne s'ensuit pas qu'il n'y a pas de système du tout, que le droit se compose d'une multitude de cas isolés, sans aucune structure de concepts. L'élément de système est là, mais sur une petite échelle.*»).

<sup>941</sup> LAWSON, p. 24.

<sup>942</sup> LAWSON, p. 24.

<sup>943</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 636.

<sup>944</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 636.



en 1529, des ecclésiastiques de haut rang<sup>945</sup>. Par la suite, il y eu encore plusieurs ecclésiastiques titulaires de cet office, mais il s'agit de véritables exceptions. Après la Renaissance, le développement de l'*equity* sera donc définitivement entre les mains des juristes laïcs du *common law* et ils auront tendance à se montrer plus inventifs que de simplement emprunter des notions romaines (dont ils n'ont qu'une connaissance superficielle)<sup>946</sup>.

L'influence mesurée du droit romain ira encore en s'affaiblissant au XVI<sup>e</sup> siècle par le schisme entre l'Église catholique et l'Église anglicane, qui aura pour conséquence, notamment, la disparition de la juridiction canonique que l'on sait fortement inspirée par le droit romain<sup>947</sup>. Toujours à la période de la Renaissance, le vif débat entre les universitaires (plaidant pour la réception du droit romain) et les praticiens (considérant le *common law* comme la «*perfection of reason*») restera stérile, faute aux premiers de pouvoir influencer sur les seconds au-delà de la transmission de l'usage d'un vocabulaire latin tenant plus à la pédanterie qu'à la véritable science<sup>948</sup>. À cette époque déjà, le *common law* a atteint une maturité trop importante pour que ses transformations puissent être imposées par d'autres ordres juridiques<sup>949</sup>.

L'idée d'une codification fondée sur les principes du droit romain dans une perspective de rationalisation du droit anglais n'a donc jamais la même prégnance que sur le

<sup>945</sup> Il a pu y avoir avant cette année une ou deux exceptions. Notons en passant que le successeur immédiat de WOLSEY, Thomas MORE, n'a certes jamais été ordonné prêtre, mais est un saint catholique. De nos jours, la charge de *Lord Chancellor* incorpore encore des fonctions ecclésiastiques au sein de l'Église anglicane, ce qui écartait au moins *de facto* la nomination d'un catholique à ce poste; depuis 1974 cela est *de jure* possible, moins les fonctions ecclésiastiques, mais cela n'a jamais été le cas. Voir, sur l'aspect historique, KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 636.

<sup>946</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 636 s.

<sup>947</sup> Ce qui est formalisé définitivement dans l'*Act of Supremacy 1558* (1 Eliz 1., c. 1), s. 8. Voir BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 190; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 635. Notons que les Tudors portent un regard favorable au droit romain, mais parviendront à leurs fins politiques sans jamais n'avoir à toucher aux institutions juridiques: HOGUE, p. 243.

<sup>948</sup> VAN CAENEGEM, p. 102; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 636 («[...] it is doubtful how far any doctrine not indigenous to the common law was affected by the superficial knowledge of the Corpus Juris, which formed part of the 'polite' learning of the common lawyer. Romans terms used in the law of common carriers appear to be an afterthought.»); HOLDSWORTH, *Volume II*, p. 287 («[Bracton's] Roman could not be understood by men whose knowledge of the subject (if they had any at all) was confined to a few maxims and proverbs.»). Sur le continent la situation est inverse: van Caenegem, p. 88 («It was this professors' law marked by exegesis and commentaries on learned books and glosses, which made continental law different from the Germanic and feudal customs and laws of England.»).

<sup>949</sup> VAN CAENEGEM, p. 91 («This precocity, the premature character of the rise of the Common Law is all-important.») et 92 («[...] it was too late for the Common Law to be affected in any substantial way.»); KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 636.

continent<sup>950</sup>. L'absence du droit romain en Angleterre implique l'absence de tension entre les principes antagonistes de ce corps de droit et le droit médiéval anglais<sup>951</sup>. Aussi, les institutions du droit des biens ont pu se maintenir dans toute leur liberté sans avoir à être, pour des raisons dogmatiques, réduites et incorporées aux distinctions romaines<sup>952</sup>. Ce d'autant plus que le droit anglais parvient fort rapidement à faire preuve de la flexibilité minimale nécessaire à appréhender l'évolution de la société.

§ 3. Nous évoquions à l'instant la légère pédanterie qu'il peut y avoir à emprunter une expression latine pour décrire le fonctionnement d'un autre ordre juridique. C'est pourtant une chose avisée à faire en certaines circonstances. Ainsi, il peut être plus approprié d'user d'une locution latine pour tenter de traduire en des termes connus du juriste continental une caractéristique du droit anglais, ce qui permet de ne pas le déformer à outrance. Le droit romain, en raison du fait qu'il soit comme le droit anglais, un ordre juridique objectif<sup>953</sup>, nous donne une raison de plus d'y procéder<sup>954</sup>. En particulier, la question d'effets *in rem* d'une position juridique ne nécessite aucune traduction en anglais ou en français: il suffit d'en connaître la signification originelle qu'elle revêt en procédure romaine<sup>955</sup>, savoir une opposabilité *erga omnes* d'une situation juridique relative à un objet.

---

<sup>950</sup> La place du droit des biens romain dans l'Angleterre du XXI<sup>e</sup> siècle est – au-delà de l'intérêt scientifique et comparatiste – extrêmement limité. Ce droit peut servir de guide dans les rarissimes cas où l'on ne dispose pas d'autres sources. Plus fréquemment, les juges britanniques de l'actuel *Judicial Committee of the Privy Council* sont amenés à recourir au droit romain selon l'origine de l'appel entendu (en qualité d'instance judiciaire ultime de bon nombre de pays du *Commonwealth*), mais cela ne concerne pas le droit anglais. Voir KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 637; WINFIELD, note n<sup>o</sup> 3, p. 62.

<sup>951</sup> LAWSON, p. 27.

<sup>952</sup> LAWSON, p. 27.

<sup>953</sup> Cela rejoint les similitudes de caractère que l'on peut constater entre le *common law* et le droit romain classique. VAN CAENEGEM (p. 93 s.) et BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON (p. 82) rapportent à ce propos l'article du professeur allemand Fritz PRINGSHEIM (p. 347 ss) publié en 1935. Comme PRINGSHEIM (p. 350) le souligne à raison, il faut toutefois s'en tenir au droit romain classique: «*Now for the first time it can be clearly shown that two pairs are in opposition: on the one side the law of the Corpus Iuris and the Continental systems influenced by it, and on the other side the classical Roman law and the English law scarcely influenced by it, but bearing an inner relationship to it.*»

<sup>954</sup> Profitons de ces remarques pour rappeler au lecteur que la langue du *common law* fut, jusqu'à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, un mélange de langue franco-normand et d'anglais. Lequel est totalement abandonné pendant le XVIII<sup>e</sup> siècle en faveur de l'anglais uniquement. Seuls les actes formels écrits étaient, depuis la Conquête, en latin (vulgaire). Voir BRAND, p. 431; van Caenegem, p. 97; NICHOLAS, *Langage*, p. 56 s.

<sup>955</sup> Voir les tableaux synoptiques de DIGBY (p. 308, 310 et 311): si le premier tableau – qui débute par la distinction entre *rights in rem* et *rights in personam* – peut induire un juriste continental vers un parallèle trop direct avec son droit privé fondé sur les droits subjectifs, les tableaux suivants – distinguant entre les *things real* en fonction de leur durée et du moment de leur jouissance – le lui interdiront. Par ailleurs, au moment où DIGBY écrit, à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, le véritable droit romain a été clairement dégagé par l'École historique allemande

#### 4. L'apparition d'un second corps de règle de droit: l'*equity*

D'apparentes similitudes entre le droit romain et le droit anglais existent pourtant<sup>956</sup>. Tel est particulièrement le cas dans l'évolution des procédures, comme le montre ce qui suit.

Jusqu'à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, le *common law* conserve une flexibilité suffisante pour répondre aux attentes sociales<sup>957</sup>, mais il est par la suite rapidement dépassé par les évolutions<sup>958</sup>. Au sens du *common law*, afin de se présenter devant la justice, un plaideur anglais doit en effet disposer d'un *writ* (ou *brief*) délivré par le *Lord Chancellor*<sup>959</sup>. Or, les *writs* sont en nombre limité et leur contenu est prédéterminé par des formules établies<sup>960</sup>. Un *act* du Parlement de 1285 tente de redynamiser le *common law*, sans succès : les juges étant liés par les *precedents* ne peuvent accorder une protection nouvelle là où ils l'ont toujours refusée<sup>961</sup>. Il peut donc se présenter des cas où une situation qui mériterait une intervention judiciaire ne puisse être tranchée en justice, car elle échappe aux hypothèses limitatives du *common law*. Tout raisonné que puisse être conçu le *common law*, ce corpus n'est (évidemment) pas sans défaut. Trop rigide, peu adaptable, voire parfois inéquitable, un correctif est nécessaire.

Cette problématique – connue de longue date<sup>962</sup> – est rapidement résolue en permettant aux personnes se sentant injustement lésées de s'adresser directement au roi (ou au roi en conseil) par la voie d'une *petition* pour obtenir justice<sup>963</sup>. Il revient en effet

---

(cf. *infra* p. 357) et depuis lors, des deux côtés de la Manche, l'on connaît bien (ou plutôt l'on devrait connaître) la différence entre le droit romain objectif et le droit moderne subjectif. Sans compter que la notion de « *rights* » n'est pas claire : PIERRE, p. 242. Voir, en outre, BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 127 (« *The heading of this chapter [Limited interests and servitudes] must look somewhat surprising to a common lawyer, who is not likely to see much affinity between a life estate and a right of way. But, for the Romans to whom the notion of a limited ownership was a contradiction in terms, the affinity is clear enough.* »)

<sup>956</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 193.

<sup>957</sup> Cet accès flexible à la justice royale est notamment fondé sur les *writs brevia magistralia* et évite au *common law* d'avoir à remettre en cause les principes sur lesquels il est fondé. VOIR KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 570.

<sup>958</sup> HOGUE, p. 188 ; DIGBY, p. 323.

<sup>959</sup> BRAND, p. 433.

<sup>960</sup> BRAND, p. 433 ; BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 193. Il existe une vingtaine de *writs* vers 1230, puis une centaine au début du XIV<sup>e</sup> siècle : voir BRAND, p. 442. Cela rappelle naturellement en droit romain l'Édit du préteur, cependant celui-ci disposait d'une marge de manœuvre plus importante que le *Lord Chancellor* : voir BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 409.

<sup>961</sup> *Statute* (1285), 13 Edw. I, c. 24. Voir DIGBY, p. 323 s.

<sup>962</sup> La *Court of Exchequer* fonde également certaines de ces décisions sur l'*equity*. Cette compétence fut transférée à la *Court of Chancery* en 1842 seulement, mais l'*Exchequer* ne fut jamais amenée à traiter de questions relatives aux *uses* ou aux *trusts*, si bien que nous ne mentionnerons plus cette cour.

<sup>963</sup> DIGBY, p. 321.

au roi d'assurer le bon droit de chacun de ses sujets<sup>964</sup>. Cela vise tant les faibles qui n'ont pas les moyens de faire face à une oppression quelconque due aux défaillances de l'État, que les personnes se trouvant dans une situation pour laquelle le *common law* n'offre aucune voie judiciaire appropriée et ainsi aucun remède<sup>965</sup>.

Progressivement, cette tâche est déléguée au *Lord Chancellor*, qui dès 1349 gère directement les *petitions* et prend l'habitude de rendre des *decrees*<sup>966</sup>. Puis, le temps aidant, son pouvoir prend une dimension plus discrétionnaire<sup>967</sup> et il lui est ouvert la possibilité de créer de nouveaux *writs* dits *of subpeona*, car ils permettent d'ordonner au défendeur d'apparaître devant la cour et d'obéir aux injonctions de cette dernière sous peine d'emprisonnement pour outrage à la cour<sup>968</sup>. Aussi, contrairement aux autres juges de *common law*, le *Lord Chancellor* est en mesure d'exiger des personnes qu'elles entreprennent certains actes juridiques ou matériels<sup>969</sup>.

Le *Lord Chancellor*, dont le pouvoir se limitait à l'origine à l'exécution de tâches administratives et à certains cas d'exception, est désormais revêtu d'une véritable juridiction; sa pratique judiciaire – soutenue par ses nombreux clercs – devient celle de la *Court of Chancery*<sup>970</sup>. Elle use alors – de la même façon qu'un juge – de son pouvoir de décision et de son indépendance vis-à-vis du *common law* pour trancher lui-même les questions qui lui sont soumises. Ecclésiastiques de haut rang, les *Lords Chancellors* sont en position idéale pour se saisir des questions morales<sup>971</sup>. Au fil des décisions jurisprudentielles, un nouveau corpus juridique se constitue. L'*equity* est née; nous sommes dans la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle<sup>972</sup>.

*Common law* et *equity* existent en parallèle, sans que l'un ne remplace l'autre, même si l'*equity* a pour vocation de compléter le *common law*<sup>973</sup>. L'*equity* découle en effet directement de l'autorité royale et, plus important encore, les *Lords Chancellors* agissent sur la base de principes moraux dérivés de la loi naturelle et de la raison,

---

<sup>964</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 569.

<sup>965</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 576; DIGBY, p. 321 ss.

<sup>966</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 194; DIGBY, p. 322. À l'origine, nombre d'affaires relèvent plutôt de problématiques liées à la paix publique: KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 577.

<sup>967</sup> Alors que dans le même temps, les juges de *common law* voient leur marge de manœuvre se réduire à mesure que les principes de ce droit se précisent. Voir KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 577.

<sup>968</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 579; DIGBY, p. 322.

<sup>969</sup> DIGBY, p. 322 («*Thus the Chancellor, unlike the courts of common law, had power to order things to be done, to decree that a contract should be performed, that property should be given up, that a thing creating a nuisance should be removed.*»).

<sup>970</sup> SWADLING, n° 4.142.

<sup>971</sup> KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 577 s.; DIGBY, p. 321.

<sup>972</sup> HOGUE, p. 187.

<sup>973</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 194; LEBRET, p. 183.

c'est-à-dire, pour les ecclésiastiques qu'ils sont, dérivés du droit divin; il ne peut y avoir de plus haute autorité et le *common law* doit ainsi s'effacer au profit du nouveau corps de règles qui en constitue en quelque sorte la « correction divine »<sup>974</sup>.

Aussi, viens immédiatement à l'esprit l'image de la dualité entre le droit des Quirites et le droit prétorien. Il ne faut pourtant pas s'y méprendre, car, comme l'affirme clairement BUCKLAND<sup>975</sup>, il n'y a pas d'*Equity Court* à Rome<sup>976</sup>. De même leurs institutions intrinsèques coexistent, les unes régies par les règles du *common law* et les autres par l'*equity*<sup>977</sup>. Cette dichotomie perdure jusqu'à nos jours<sup>978</sup>.

Nous l'aurons compris, l'*equity* s'adresse aux situations qui échappent à la prévision du *common law*. Elle existe pour en atténuer la rigueur ou le formalisme<sup>979</sup>. Sont ainsi visées les situations purement factuelles qui se sont développées en dehors du droit et qui confinent à la coutume. L'exemple par excellence d'une telle situation est celui des *uses*, l'ancienne forme des actuels *trusts*. En effet, MAITLAND écrit « *De tous les exploits de l'Equity, le plus grand et le plus important est l'invention et le développement du Trust* »<sup>980</sup>. » Nous y reviendrons abondamment.

Il existe donc un dualisme entre deux corps de règles distincts qui fonctionnent de manière parallèle et complémentaire<sup>981</sup>. À cet égard, la relation entre les deux corps de règles n'est pas antagoniste, même si le résultat d'une procédure fondée sur l'*equity* conduit à donner gain de cause à un demandeur qui ne l'aurait pas eu en *common law*, ce faisant la décision fondée sur l'*equity* ne contredit pas le *common law*, mais le complète en adoptant une approche différente et complémentaire des faits présentés<sup>982</sup>.

<sup>974</sup> Voir, en ce sens, KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 578 s. (« *A human law could not be valid in contradiction to divine law.* »). Principe que l'on admet pouvoir être tempéré par les *statutes* du Parlement qui constituent une véritable seconde source du droit (BRAND, p. 447; KIRALFY, *Potter's Historical Introduction*, p. 579) et dont le roi HENRI VIII usera d'une manière importante pour notre matière. Cf. *infra* p. 201 (à propos du *Statute of Uses*).

<sup>975</sup> William Warwick BUCKLAND (1859-1946), 24<sup>e</sup> *Regius Professor of Civil Law* à l'Université de Cambridge de 1914-1945.

<sup>976</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 3 (« *There is no such thing as an 'Equity Court.'* »).

<sup>977</sup> Il s'agit de se fonder sur un « *sentiment moral de justice* » lequel peut s'inspirer plus librement que le *common law* du droit romain: BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 196 et 198.

<sup>978</sup> Même si les deux corps de règles ont été procéduralement réunis en 1875: *Supreme Court of Judicature Act 1873* (38 & 39 Vict, c. 77), s. 3 s.

<sup>979</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-003.

<sup>980</sup> Notre traduction de MAITLAND, *Equity*, p. 23: « *Of all the exploits of Equity the largest and most important is the invention and development of the Trust.* »

<sup>981</sup> SWADLING, n° 4.141. Ce dernier illustre cette situation par une métaphore devenue classique de Denis BROWNE, *Ashburner's Principles of Equity*, 2<sup>e</sup> éd., Londres 1933, p. 18: « *The two streams of jurisdiction, though they run in the same channel, run side by side and do not mingle their waters.* »

<sup>982</sup> L'on peut ainsi comparer la relation entre le *common law* et l'*equity* à celle en droit suisse entre le droit privé et le droit public – toute proportion gardée bien sûr. Par exemple, le droit privé

Rapidement, l'essentiel des procédures judiciaires concernant la *real property* se déroulent devant la *Court of Chancery*. Ce qui peut se constater facilement si l'on consulte les registres judiciaires des différentes cours de *common law*.

## 5. Les événements ultérieurs, la prise d'importance des statuts et les procédures d'enclosure

§ 1. S'il n'est certes pas possible de trouver dans l'histoire anglaise un bouleversement juridique aussi important que la Révolution française, la politique anglaise n'en est pas pour autant un long fleuve tranquille. Dès la conquête normande, une lutte permanente, latente ou patente selon les époques, existe entre les intérêts de la Couronne, ceux de ses principaux barons, ainsi que ceux du pouvoir parlementaire<sup>983</sup>. Les heurts institutionnels et sociaux sont nombreux: révolte des paysans (1381), guerre des Deux-Roses (1455-1485), exécution de CHARLES I (1649) et interrègne (1649-1660), Glorieuse Révolution (1688-1689)<sup>984</sup>. Le droit anglais est lui-même affecté par ces heurts: il est la résultante du délicat équilibre constitutionnel atteint au fil du temps, lequel garantit une certaine stabilité et continuité ... Ces grands événements contribuent d'ailleurs à distinguer différentes périodes juridiques.

Mais quoi qu'il en soit, chacun sait que le droit anglais n'a pas été l'objet d'une codification comparable à ce qui se fit sur le continent. Il n'y a ainsi ni constitution écrite du Royaume-Uni ni grand code de droit (n'en déplaise à BENTHAM, AUSTIN et aux autres professeurs anglais admirateurs de l'esprit de synthèse apporté par le mouvement des codifications<sup>985</sup>), pas plus qu'il n'y a de rupture nette avec l'époque féodale<sup>986</sup>. Les sources du droit demeurent au nombre de deux, soit dans l'ordre systéma-

---

reconnaît au propriétaire foncier le droit de jouir librement de son bien-fonds. Cependant que le droit public détermine avec précision les possibilités d'y construire un bâtiment, limitant par là de manière effective sa prérogative réputée illimitée en droit privé. Les deux corps de règles donnent effectivement des solutions d'apparence contradictoire, mais interagissent en réalité dans une logique de complémentarité afin de prendre en compte l'ensemble des intérêts privés et publics en présence. Voilà ce sur quoi la comparaison nous aide à comprendre la double dynamique du droit anglais.

<sup>983</sup> WATERS, p. 167; HOGUE, p. 241 ss.

<sup>984</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 190 (aperçu succinct).

<sup>985</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 57. À propos de la place centrale qu'occupe l'idée de la codification dans l'œuvre de BENTHAM, voir BARANGER, p. 17 ss. Signalons que dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, une grande controverse sur la question de la codification traverse le monde anglo-américain. Sur cette thématique, voir en dernier lieu les deux récentes contributions du professeur Sylvain SOLEIL: SOLEIL, *Les controverses anglo-américaines*, p. 1 ss; SOLEIL, *Le recours à Savigny*, p. 1 ss. Voir aussi, à propos des projets (avortés pour l'essentiel) de réforme du droit foncier dans l'Angleterre des années 1830, BUCK, p. 63 ss. Sur la discussion au XIX<sup>e</sup> siècle d'une simplification des sources du droit anglais, voir la compilation des textes pertinents par MANCHESTER, p. 27 ss.

<sup>986</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 198.

tique traditionnelle<sup>987</sup> : la jurisprudence (*precedents*) et les lois du parlement (*statutes*). Il faut bien comprendre le principe qui est la base du droit anglais. Selon des conceptions jusnaturalistes, il revient au juge de « dire le droit. » Le législateur ne fait donc par essence que des interventions ponctuelles visant à corriger ce qui ne peut pas l'être par le juge ou à régler les questions juridiques les plus importantes<sup>988</sup>. Pour le surplus, les institutions juridiques sont le résultat du *case law* des juges.

Aussi, le principe des *precedents* qui lie le juge maintient-il le système du droit des biens anglais fermement ancré sur les mêmes bases depuis plusieurs siècles<sup>989</sup>. En outre, il est établi que les règles reconnues par le *common law* ne tombent pas en désuétude par son non-usage et l'écoulement du temps<sup>990</sup>.

Cela signifie aussi que les évolutions juridiques importantes ou rapides sont avant tout le fait du parlement ; et ce depuis les débuts du *common law*. Alors que l'Europe continentale renoncera brusquement à son héritage médiéval dans lequel elle était restée engoncée, l'Angleterre commence une mue vers la modernité bien plus tôt avec le *Quia Emptores Act*<sup>991</sup> et le *Tenures Abolition Act 1660*<sup>992</sup> – laquelle loi abolit le service de chevalerie (*knight-service*) – pour la terminer avec le *Law of property Act 1925*<sup>993</sup> – qui inclut notamment une énumération exhaustive des *tenures*, c'est-à-dire un *numerus clausus*<sup>994</sup>. Il s'agit là d'un processus lent et graduel respectueux de l'héritage du passé<sup>995</sup>, en particulier grâce à l'influence que l'aristocratie anglaise – encore titulaire au XIX<sup>e</sup> siècle de trois-quart des terres d'Angleterre, dont un peu moins de la moitié sont des *estates in tails* (soit à peu près l'équivalent pour ces derniers de la surface de la Suisse)<sup>996</sup> – conserve sur toutes les affaires politiques et juridiques au moins jusqu'à la fin de la Première Guerre mondiale<sup>997</sup>. Ainsi, l'abolition des prélèvements féodaux découlant des *copyholds* (tenures non libres), commencée au XIX<sup>e</sup> siècle, ne s'achève qu'en 1950<sup>998</sup>.

<sup>987</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 198.

<sup>988</sup> Sur l'évolution historique, voir BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 197.

<sup>989</sup> HOGUE, p. 244.

<sup>990</sup> Voir *McKendrick v. Sinclair*, 25 mars 1972, 1972 SC [HL] 25/1972 SLT 110/[1972] UKHL 9 : « [...] once a rule is established in the common law, it is not subject to desuetude, but can be invoked at any time by any litigant. »

<sup>991</sup> LAWSON, note n° 145, p. 27.

<sup>992</sup> 1660, 12 Cha. 2., c. 24, Part IV. Voir SIMPSON, p. 199 ; LAWSON, p. 23.

<sup>993</sup> 1925, 15 Geo. 5, c. 20, Part I, s. 1(1-3).

<sup>994</sup> COOKE, p. 18.

<sup>995</sup> LAWSON, p. 27.

<sup>996</sup> BUCK, p. 67 s.

<sup>997</sup> LAWSON, p. 27.

<sup>998</sup> La date est celle du 31 décembre 1935 pour l'abolition juridique et 1<sup>er</sup> novembre 1950 pour la liquidation économique. Voir LAWSON, note n° 146, p. 27. Pour un clair exposé de l'abolition des *copyholds* par un auteur français écrivant en 1876 son étonnement face au fait que « la seigneurie subsiste encore de l'autre côté du détroit » et qui met en perspective l'absence de « pas-

Si ce travail législatif s'est intensifié durant les cent cinquante dernières années vers une plus grande simplicité<sup>999</sup>, il n'est toutefois pas possible de qualifier ce processus de «codification» du droit des biens au sens auquel il faut comprendre ce processus, comme nous l'expliquerons plus bas<sup>1000, 1001</sup>. Les évolutions principales restent le fait des juges, lesquels donnent au droit sa vitalité<sup>1002</sup>. Cependant, depuis plus d'un siècle à présent, les universitaires ont finalement acquis un intérêt certain pour le droit anglais – lequel est enseigné dans toutes les universités avec une approche générale sans doute plus académique que leurs contreparties continentales – les *Inns of Court* conservant la main sur la formation professionnelle donnant accès à la pratique – et ils ont contribué à améliorer les classifications et les concepts juridiques à l'appui sans doute d'études comparatistes<sup>1003</sup>.

Mais malgré toutes les modifications et évolutions qui ont eu lieu, le droit anglais est fondamentalement le même qu'au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>1004</sup>. Cela s'explique pour partie au moins par l'émergence rapide d'un parlement apte à représenter efficacement les intérêts des familles disposant du patrimoine foncier du royaume; lesquelles ont pu s'assurer d'une évolution mesurée du *common law*<sup>1005</sup>. La lutte est d'ailleurs toujours en cours entre les familles aristocratiques qui cherchent à assurer la permanence de leur patrimoine foncier pour les générations suivantes et les velléités d'une circulation libéralisée des biens-fonds<sup>1006</sup>. Ces familles furent d'une grande importance sociale au XVII<sup>e</sup> siècle au XIX<sup>e</sup> siècle; importance qui diminua au XX<sup>e</sup> siècle, mais demeure considérable en comparaison internationale<sup>1007</sup>.

---

*sion*» des Anglais pour cette évolution par rapport à leurs voisins Français, voir DONIOL, p. 265-336, qui commence par l'abolition de la dîme de l'Église anglicane (*tithe*), une forme d'*incorporeal hereditament* (BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 24 ss).

<sup>999</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-001 (ainsi 85 % du territoire de l'Angleterre figure maintenant dans *Her Majesty's Land Registry*) et n° 1-016.

<sup>1000</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-001: «[...] *it is, however, in no sense a statutory code.*» NICHOLAS (*Langage*, p. 58) ose le qualificatif de «*quasi-codification*» à la législation de 1925, tout en ajoutant plus bas sur la même page qu'«[i]l reste, même après la réforme de 1925, des traits caractéristiques du droit des immeubles qui ne peuvent se comprendre qu'à travers l'histoire.»

<sup>1001</sup> Cf. *infra* p. 279 ss.

<sup>1002</sup> Et des évolutions frappantes ne sont pas inenvisageables quant aux objets de la propriété: ainsi l'arrêt de la High Court of Justice, *AA v. Unknown persons AA v. Unknown persons* [2019] EWHC 3556 (Comm).

<sup>1003</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 58.

<sup>1004</sup> HARGREAVES/GROVE/GARNER, p. 43.

<sup>1005</sup> BECKETT, p. 29 ss; HOGUE, p. 247. Au XVIII<sup>e</sup> siècle encore, les deux chambres du Parlement sont composées majoritairement de *Landlords*: FISHER, p. 170.

<sup>1006</sup> COOKE, p. 9 s.; LAWSON, p. 27.

<sup>1007</sup> LAWSON, p. 27. En outre, cf. *supra* note n° 863 (sur le 6<sup>e</sup> duc DE WESTMINSTER). Alors que les *trusts* qui peuvent tenir ce rôle ont vu leur champ d'application s'agrandir au fil du temps, nous verrons plus bas que la France, comme l'Allemagne, a finalement anéanti les institutions aristocratiques continentales de maîtrise foncière divisée, telles que les fidéicommiss de famille.



Tout cela explique que «[q]uand, à l'époque actuelle, un juriste détermine que son client a une cause d'action bien fondée que les cours vont reconnaître, il se fonde, plus souvent qu'il ne le réalise sans doute, sur une définition médiévale de cette cause d'action dans l'un des nombreux writs formels<sup>1008</sup>.» Le droit des biens anglais est le reflet de l'histoire sociale d'Angleterre<sup>1009</sup>.

§ 2. Si il existe bel et bien en Angleterre également des communaux semblables dans leur nature juridique à ceux du continent, leur histoire est singulièrement dissemblable déjà avant la fin de l'Ancien Régime<sup>1010</sup>. Contrairement à ce qui se produit sur le continent, l'économie agraire anglaise se développe très rapidement vers une modernité déconcertante: la répartition du travail entre des ouvriers agricoles sous l'égide de la direction unique du *lord* devient la règle<sup>1011</sup>. Dans une bonne partie de l'Angleterre, cela s'accompagne d'une procédure d'*enclosures*, permise à l'origine par le *Statute of Merton*<sup>1012</sup>, qui consiste à rattacher les communaux à la réserve du *lord*: «En Angleterre, où, par suite de la conquête normande, la féodalité a été organisée d'une façon plus complète et plus systématique que partout ailleurs, le manoir a fini par s'emparer de la forêt et des pâturages communs et par absorber la commune<sup>1013</sup>.» La manifestation la plus visible de cette appropriation des terres est sans doute – après les haies et murs – la rareté dans la campagne anglaise des sentiers pédestres en dehors des axes routiers du domaine public.

Cela ne signifie pourtant pas que tout usage de terres de manière collective à une communauté ait disparu. Seulement ces usages sont tenus du *lord*. Ainsi, les droits de pâturage sont des *jura in alieno solo*: ils sont exercés sur les terres du *lord* et à son bon vouloir<sup>1014</sup>. Le *Common of pasture* est une forme d'*incorporeal hereditament* et consiste dans le droit de faire paître ses animaux sur la terre d'autrui<sup>1015</sup>. De même en va-t-il du *Common of estovers* (ou *estouviers*) qui est le droit de prendre chez autrui le

<sup>1008</sup> Notre traduction de HOGUE, p. 254: «[w]hen, in the present, a lawyer decides that his client has a good cause of action which the courts will recognize, he is drawing, more often than he may realize, on the medieval definition of that cause of action in one of the many formal writs.»

<sup>1009</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60.

<sup>1010</sup> Voir, sur la voie anglaise, BOURJOL, p. 35 ss. Cet auteur est logiquement très critique envers ce qu'il qualifie de «*spoliation légale de la paysannerie*». Sans doute car les choix politiques anglais tendent à réduire son sujet d'étude comme peau de chagrin, mais également par effet réflexe de l'époque à laquelle il publie son ouvrage, savoir à la fin des années 1980 durant lesquelles le capitalisme britannique et les tensions européennes sont à leur paroxysme, comme BOURJOL (p. 38) le laisse entendre à la fin de son chapitre.

<sup>1011</sup> LEVY J.-P., p. 71 s.

<sup>1012</sup> *Statute of Merton* (1235), 20 Hen. III., c. 3. Voir aussi BOURJOL, p. 37.

<sup>1013</sup> DE LAVELEYE, *Formes primitives*, p. 126 s.

<sup>1014</sup> LEBRET, p. 46; DIGBY, p. 45.

<sup>1015</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 32 ss.

bois nécessaire à son maintien<sup>1016</sup>. Il n'empêche que jusqu'à l'époque moderne, voire contemporaine, la conviction des habitants d'un droit commun à l'usage de certains pâturages reste présente<sup>1017</sup>.

En parallèle de ces évolutions à l'égard des communaux, l'hérédité des tenures roturières est niée par la justice royale en 1607<sup>1018</sup>. Plus que jamais la propriété foncière est réunie entre quelques mains seulement et devient visiblement délimitée<sup>1019</sup>. Aussi, la féodalité perd-elle rapidement une bonne part de sa dimension foncière, pour être avant tout un système de dépendance (économique) personnelle<sup>1020</sup>.

## B. Les grands principes du droit des biens anglais

Nous sommes à présent équipé d'une vue globale de l'évolution historique du droit anglais. Prêt à entamer une analyse plus approfondie de son droit des biens, une mise en garde doit nous retenir: «*La première chose qu'un étudiant se doit [...] de faire est de se débarrasser de l'idée de propriété absolue. Une telle idée est parfaitement inconnue du droit anglais. Aucun homme n'est juridiquement propriétaire absolu de terres. Il peut seulement avoir un intérêt y relatif*<sup>1021</sup>.» En effet, comme l'écrit WA-

---

<sup>1016</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 35 ss.

<sup>1017</sup> Sur le sort des communaux en Angleterre, voir NEESON, n° 1 ss. Nous citons ici un passage qui relate parfaitement cela. JOHN MOORE, *A Portrait of Elmbury*, Londres 2014 (réimpression de l'édition de 1945), p. 26 s. (à propos de l'année 1913): «*It was something of a legal curiosity, and mixed up in its title-deeds were some of the principles of feudalism, capitalism, distributism and communism. The hay crop belonged to a number of private owners, including the squire and the Abbey; their boundaries were marked mysteriously by means of little posts. They did not, however, mow their own hay; the Vicar didn't come down from his vestry with a pitching fork; so the hay crop was sold each year, in little parcels none of which by themselves would have been worth the trouble of mowing. It was bid for by groups of men, little combines, who saw to it that they bought contiguous pieces of sufficient area to make a sizeable rick. But while the hay crop was private property, the meadow itself, the soil that grew the hay, belonged to 'the burgesses of Elmbury'; these burgesses, the householder, the ironmonger, the draper, the chemist, the doctor, possessed no cows or sheep to graze upon it, so they too each season sold the aftermath by auction and distributed the proceeds, according to an ancient law, among the owners of the houses having a frontage on the main street. Nobody got more than a few shillings for his share, but at least every man, woman and child in Elmbury had the right to walk and play in the field, which gave them a good possessive feeling about it; it was always 'our Ham'.*»

<sup>1018</sup> LEVY J.-P., p. 72.

<sup>1019</sup> LEVY J.-P., p. 73.

<sup>1020</sup> LEVY J.-P., p. 72 s.

<sup>1021</sup> Notre traduction de WILLIAMS, p. 16: «*The first thing then the student has to do is to get rid of the idea of absolute ownership. Such an idea is quite unknown to the English law. No man is in law the absolute owner of lands. He can only hold an estate in them.*» Ce passage a été maintes fois cité: DE LAVELEYE, p. 127; LEBRET, p. 2; GARSONNET, p. 308; CLIFFE LESLIE, p. 120. Dans le même sens, JOUON DES LONGRAIS, p. 85.

TERS, «[...] ; la terre a toujours été hors de portée de la propriété par un individu, et la doctrine of estates représente depuis la période Tudor l'intérêt économique qu'un individu peut avoir sur la terre<sup>1022</sup>.» En droit anglais, la seule propriété exclusive qui corresponde approximativement (la nuance a son importance<sup>1023</sup>) à celle du droit continental n'est envisageable qu'à l'égard des choses qui ne sont pas soumises au même régime que la *real property*<sup>1024</sup>. Cependant, les principes applicables à cette dernière ont été étendus aux nouvelles formes de biens patrimoniaux également (en particulier ceux immatériels)<sup>1025</sup>; si bien que la classification historique (étonnamment maintenue en 1925<sup>1026</sup>) ne reflète plus vraiment la réalité juridique et que les choses qui peuvent faire l'objet d'une «propriété exclusive» se limitent à la portion congrue des meubles «choses corporelles» (*chattels personal*)<sup>1027</sup>. Un exemple frappant est celui de l'extension du champ d'application des *trusts* ou, dans une moindre mesure, celui de l'évolution des actions à disposition d'un *lessee*, nous le verrons. Les principes des *settlements* des familles aristocratiques – c'est-à-dire les règles relatives aux biens nobles – se trouvent effectivement au cœur même du droit anglais et constituent «la grammaire essentielle du droit des biens, dont l'abolition aurait laissé un vide<sup>1028</sup>.»

Plus encore, même si l'on rencontre dans le droit anglais une situation juridique proche de celle d'une propriété exclusive, ce serait se tromper lourdement que d'affirmer les différences de détails, liées par exemple à une variation dans la légitimité à une action ou à un arbitrage surprenant des intérêts en présence, comme étant négligeables<sup>1029</sup>. Elles sont en réalité fondamentales, car elles reflètent deux conceptions diamétralement opposées du droit: celle qui oppose un ordre juridique fondé sur un

<sup>1022</sup> Notre traduction de WATERS, p. 196: «[...] ; *land has always been beyond ownership by the individual, and the doctrine of estates since Tudor times has represented the economic interest which an individual may have in land.*»

<sup>1023</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 76 («*On the other hand in English law, at any rate in the law of moveables, there is hardly such a thing as ownership. All we have is successive possessions, accompanied by titles of varying efficacy. Thus we get the paradox that in English law, where possession has to a very great extent to do the work done by ownership in other systems, possession bears hardly any resemblance to ownership.*»).

<sup>1024</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 89; WATERS, p. 196; NICHOLAS, *Langage*, p. 58.

<sup>1025</sup> HOGUE, p. 247.

<sup>1026</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59.

<sup>1027</sup> NICHOLAS souligne (*Langage*, p. 58) que le mot *property* ne peut donc s'entendre dans un sens subjectif que vis-à-vis des *chattels personal*.

<sup>1028</sup> LAWSON, p. 27. («*[The aristocratic family settlements] came to occupy the very centre of English law and to constitute the essential grammar of property law, the abolition of which would have left a vacuum.*»).

<sup>1029</sup> BOUDREAU-OUELLET, p. 177 («*Du point de vue du consommateur, il existe peu de différence entre le fief simple et la propriété pleine et entière. Il en est toutefois autrement au sens technique.*»).

système de droits subjectifs – les droits privés continentaux modernes – et celle qui n'y recourt pas – les ordres juridiques de *common law*. Nous ne pouvons exagérer l'importance de ces considérations que nous développerons dans le cadre de l'étude de la transformation des droits continentaux. Il suffit ici d'affirmer que le droit anglais est un ordre juridique objectif et qu'à la différence des droits médiévaux continentaux, il ne subira pas le processus de subjectivisation lié aux codifications et que nous expliquerons plus loin. Dans le monde médiéval, il ne peut y avoir de droits subjectifs absolus opposables à tous<sup>1030</sup>. Le fossé que nous montrerons entre l'approche du droit médiéval continental et les droits privés modernes codifiés sépare également le droit anglais des droits continentaux. Aussi à ce stade déjà est-il possible d'affirmer qu'aucune institution de l'ordre juridique anglais ne peut correspondre conceptuellement à la notion de propriété, l'archétype du droit subjectif<sup>1031</sup>. De même, si les actions formelles romaines supposent l'existence sous-jacente de notions de droit matériel, tel n'est pas le cas du droit anglais qui se fonde sur une approche véritablement pragmatique<sup>1032</sup>.

Voilà qui annonce franchement la difficulté qui se présente au juriste continental moderne tout imbibé de l'héritage révolutionnaire du XIX<sup>e</sup> siècle. Toutefois, il n'est pas utile pour notre étude d'analyser de manière approfondie toutes les institutions du droit féodal anglais (heureusement ou malheureusement selon le point de vue); nos lignes précédentes consacrées au droit continental sont suffisantes à cet égard, comme nous avons pu le démontrer en rappelant les grandes lignes de l'histoire du droit anglais. Notre propos doit simplement – mais c'est une nécessité – nous permettre de comprendre avec la précision requise l'environnement juridique dans lequel les *trusts* se sont formés. En outre, le droit féodal anglais, même en évoluant de manière indépendante, possède de nombreux points communs avec le droit féodal continental, tous deux reposant sur les mêmes principes et réflexions, ce qui nous permet d'être assez bref.

---

<sup>1030</sup> MILSOM, *English Feudalism*, p. 37 («[...] and so we have imagined seignorial courts in the twelfth century as dealing in rights in rem, rights good against the world. But rights cannot be good against a seignorial world, only a Roman or a modern world; and it is this assumption that has misled us most, and perhaps created most of our difficulties.»).

<sup>1031</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61: «[...] le fee simple, comme tout estates, n'est pas un droit subjectif. Il est en effet un bien.»

<sup>1032</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON (p. 89 s. et 399) expriment cela en distinguant bien le droit formel du droit matériel et le lien de subordination qui place le premier sous le second en droit romain; au contraire du droit anglais qui fait largement fi du second: «*It is not easy to think of [procedural law] as merely the machinery by which the real law, the substantive law, is put into operation.*» Cependant, en convoquant WINDSCHEID dans leur discussion, nous nous demandons si ces auteurs ne s'adressent pas en réalité aux concepts du XIX<sup>e</sup> siècle, plutôt qu'à ceux du droit romain original.

Le vocabulaire juridique anglais relatif au droit des biens est néanmoins très particulier à des oreilles continentales et d'une haute technicité<sup>1033</sup>. En raison de la stabilité et de la continuité du droit, le vocabulaire actuel est essentiellement resté celui du Moyen Âge.

Nous allons donc passer en revue, dans l'ordre, les questions liées à la classification des biens (1), la *seisin* anglaise (2) et les différentes formes de division de la maîtrise d'une *real property* (3).

## 1. La classification des biens

§ 1. Le mot *property* désigne, non pas un droit subjectif similaire à celui que nous connaissons sur le continent, mais l'objet de droit dans un sens large; lequel peut consister en des biens corporels ou incorporels<sup>1034</sup>. La traduction la plus respectueuse de *property* est donc, à notre sens, celle de «patrimoine», lorsqu'il s'agit d'un ensemble de biens, ou de «valeur patrimoniale», s'il n'est question que d'un seul élément. Cela est d'autant plus vrai que *property* est généralement interchangeable avec les termes *estate* ou *interest*, que nous expliquerons plus loin. De la même façon, *property law* se traduit pour le mieux par «droit des biens»<sup>1035</sup>. Le mot *ownership* (propriété) revêt un sens plus «subjectif» et tend à décrire la situation individuelle d'un sujet de droit<sup>1036</sup>. Cependant, il s'agit ici encore d'un faux ami, car *ownership* n'est pas en

<sup>1033</sup> LAWSON, p. 22 («*The common Law of Property is such a system; and anyone brought up in a civil law or some other legal system who tries to compare a portion of it in any common law country with what appears to correspond to it in his own system must be on his guard against possible misconceptions. He will indeed be well advised to put out of his mind for the time being all that he has learnt about his own system and start afresh.*») et 29 («*It should be noted at this point that real property law has its own highly technical and efficient terminology.*»).

<sup>1034</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 87. Le § 103(12) *U.S. Uniform Trust Code* définit la *property* comme signifiant «*anything that may be the subject of ownership, whether real or personal, legal or equitable, or any interest therein.*» Le *Private Law Dictionary* de l'Université de McGill indique, sous l'entrée «*property*», les significations propres de «*material thing susceptible of appropriation*» ou «*immovable which is subject to a right of ownership*» et, dans des sens légèrement différents, les synonymes «*patrimonial right*» ou «*ownership*» (enfin, la version française de ce dictionnaire intitulé «*Property*» se nomme «*Les biens*»).

<sup>1035</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 58.

<sup>1036</sup> Une telle dimension subjective est aussi atteinte par la notion de *property rights* ou *proprietary rights* – dont l'*ownership* peut être considérée comme une sous-catégorie (COOKE, p. 3) – qui englobe toute forme de situations opposables *erga omnes* («*[...]; land may be 'mine', while other people may have property rights in it. Indeed, land law does not always make a rigid distinction between ownership and non-ownership rights; if I grant you a 999-year lease of my land, that lease is an ownership right (both of us can reasonably say that the land is 'mine'), and it is also a non-ownership right held by you in my land.*»). De la même façon, BLACKSTONE (*Of the Rights of Things*, p. 2) définit le *right of property* comme «*[...]; that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.*» Mais il faut souligner que ce passage célèbre est écrit à propos du droit naturel et non du droit anglais.

droit anglais une notion juridique au sens technique<sup>1037</sup>. Le terme est englobant et fort pratique, mais ne suffit pas à lui seul à décrire la situation juridique réelle du titulaire (quel que soit le bien considéré)<sup>1038</sup>. Démontrer cela à l'aide d'un exemple simple et contemporain est chose aisée: «*si je vous accorde un lease de 999 ans sur mon bien-fonds, ce lease est un droit de propriété [ownership right] (nous pouvons tous deux raisonnablement dire que le bien-fonds est 'mien'), tout à la fois c'est aussi un droit qui n'est pas de propriété [non-ownership right] dont vous êtes titulaire sur mon bien-fonds*<sup>1039</sup>.» Le terme *ownership* peut néanmoins servir à mettre en évidence l'évolution historique de la position de *tenant* vers une protection plus accrue de sa titularité au fil du temps – comme cela se produit également sur le continent<sup>1040</sup>. Mais là encore, le sens ne peut être celui que lui donnent les juristes continentaux<sup>1041</sup>.

*Property* et *ownership* sont donc, pour reprendre la formule de NICHOLAS, des «*concepts organisateurs*<sup>1042</sup>». Il en va naturellement de même des formes subjectivisées telles que *proprietor* et *owner*<sup>1043</sup>. Par *property* ou *ownership* (voire *property ownership*), la doctrine anglaise moderne entend parfois désigner, toujours sous un angle objectif, un «*bundle of rights*», savoir littéralement un «*faisceau de droits*» ou plus justement un «*faisceau d'utilités*» – autrement dit encore un «*ensemble de choses incorporelles*»<sup>1044</sup>. Cela correspond à l'esprit du droit féodal qui, nous l'avons

---

<sup>1037</sup> PIERRE, p. 237 («*Trite, though it may be, that the common law has no specific concept of ownership as is found in the civil law.*») et 241.

<sup>1038</sup> WILLIAMS, p. 16 («*No man is in law the absolute owner of lands. He can only hold an estate in them.*»). Voir, ainsi COOKE (p. 3) dans son introduction portant sur le droit foncier, ainsi que plus loin (p. 15) lorsqu'elle écrit: «*Ownership may be freehold or leasehold; these labels can be seen in estate agents' windows. Both forms of ownership imply a connection; for the freehold owner, a connection with the Crown, and for the leaseholder, with a landlord. Both forms are known as 'tenure', [...].*»

<sup>1039</sup> Notre traduction de COOKE, p. 15: «*[...]; if I grant you a 999-year lease of my land, that lease is an ownership right (both of us can reasonably say that the land is 'mine'), and it is also a non-ownership right held by you in my land.*»

<sup>1040</sup> COOKE, p. 15.

<sup>1041</sup> Un passage de BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON (p. 65) l'illustre parfaitement en relation avec le droit romain: «*Dominium may be roughly translated as ownership. But if we conceive ownership as the ius utendi, furendi, abutendi, it is obvious that it is only a very rough translation.*» Voir, aussi, PIERRE, p. 238.

<sup>1042</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59.

<sup>1043</sup> PIERRE, p. 246 («*[...]; the term owner came to be used in relation to the estate holder, the equitable owner and the holder of seisin.*»).

<sup>1044</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 92. L'approche objective conduit en effet à considérer les utilités comme des choses: SIMPSON, p. 47; HARGREAVES, p. 46 («*This materialisation is a phenomenon which pervades the whole of the medieval land law. Whenever it meets a conception which we should now regard as a right, it tends to transform it into an almost concrete thing. So, what we should call a right of way becomes an 'easement', a piece of property; while the complex bundle of rights and obligations which make up the position of the lord of the manor is, as we have seen, crystallised into one 'thing' denominated a 'manor'. [...]. The ultimate question of ownership could almost be ignored, [...].*»). Dans le même sens, voir

vu, consacre le principe du démembrement, mais ne donne que peut de substance à une notion de «propriété», la doctrine ne s'accordant pas quant au contenu de ce faisceau<sup>1045</sup>.

LAWSON explique: «[...], *il n'y a jamais eu [en droit anglais] le désir d'utiliser la notion de propriété. Non seulement il n'y avait aucun besoin de mettre ensemble conceptuellement la protection et la jouissance des biens, mais la propriété ne joue aucun rôle même dans le droit relatif à cette dernière. [...] Il s'en suit qu'il n'est pas possible d'exiger une règle qui oblige à avoir un propriétaire pour chaque parcelle de terrain*<sup>1046</sup>.» Ainsi, nous le verrons, un *trustee* répond au qualificatif de *owner*, mais sa position n'est – à de nombreux égards – aucunement comparable à celle d'un propriétaire au sens du droit continental moderne. Le mot *ownership* est fréquent en langue anglaise, car il est pratique pour approcher des notions à effet *erga omnes*; ce faisant pourtant, il revêt toujours un sens équivoque<sup>1047</sup>.

§ 2. Il est difficile de décrire les différentes formes de biens, et donc de choses, qui sont appréhendées par l'ordre juridique anglais dans la mesure où, de la même façon que pour la notion de propriété «[...], *le droit anglais n'a pas de concept général de chose, ou de bien, ou de res*<sup>1048</sup>.» Comme sur le continent, la classification des diffé-

---

LAWSON, p. 32 («*So many of these divisions have been known to the common law from early times that it has seemed more convenient to base the system of property law on the component parts which together may add up to ownership than to start with ownership and ask in how many ways it may be dismembered.*»).

<sup>1045</sup> Si la célèbre liste d'*incidents* (qui rappelle celle de DONEAU et des autres doctes s'attachant à définir la propriété, que nous verrons plus loin) établie par HONORE en 1961 laisse penser que toute configuration de plusieurs de ces éléments suffit à admettre un faisceau d'utilités, d'autres doctes estiment, au contraire, que cette conception est trop lâche. Certains estiment en effet qu'un contenu minimal doit être exigé (par exemple, ATTAS, p. 119), alors que les plus exigeants vont jusqu'à estimer que tous les *incidents* doivent être réunis («*full liberal ownership*»). De même, les grands doctes anglais du XX<sup>e</sup> siècle que sont MAITLAND, BUCKLAND et MILSOM n'ont pas réussi à trouver une définition satisfaisante (HACKNEY, p. 83; MAITLAND, *Equity*, p. 44). C'est dire si le droit anglais ne connaît pas de véritable notion de propriété. Voir, sur le tout, HODGSON, p. 223 ss; ATTAS, p. 119 ss; HONORE, p. 108 ss.

<sup>1046</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 28: «[...], *there has never been any desire to use the notion of ownership. Not only was no need felt to bring together conceptually the protection and the enjoyment of property, but ownership plays no part even in the law relating to the latter. [...] It follows that one could never insist on a rule that every piece of land must have an owner.*»

<sup>1047</sup> Les juristes de *common law* n'ont ainsi pas la même retenue que ceux du continent quant à l'usage du mot *ownership*. Ainsi, par exemple, HARGREAVES/GROVE/GARNER (p. 43) distinguent-ils, à propos du droit romain, entre *absolute* et *limited ownership*. Ce qui est une contradiction crasse en droit continental ou romain (BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 127).

<sup>1048</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 56. Voir EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 88. La difficulté d'une telle définition est un point commun du droit anglais avec les ordres juridiques continentaux: EMERICH, *Les biens et l'immatérialité*, p. 393. En particulier, cf. *infra* p. 342 (à propos de la notion de chose dans l'ABGB autrichien).

rentes formes de biens repose sur l'intérêt social qu'il revêt. Comme la structure sociale est, à peu de choses près, la même des deux côtés de la Manche, la démarcation générale est identique.

L'on distingue ainsi, d'une part, les biens dont la maîtrise accorde une action dite réelle (*real action*) et, d'autre part, ceux qui le sont par une action dite personnelle (*personal action*)<sup>1049</sup>. Alors qu'une *real action* permet de récupérer la maîtrise d'une chose (*res*) auprès d'un tiers, une *personal action* n'offre qu'une compensation pécuniaire sous la forme de dommages-intérêts<sup>1050</sup>. Cela rend, par rapport aux biens eux-mêmes, la distinction entre *real property* et *personal property* – ou plus brièvement entre *realty* et *personalty* – laquelle repose donc historiquement sur les moyens judiciaires à disposition<sup>1051</sup>. À nouveau, le juriste continental doit se méfier de la terminologie – qu'il s'agisse de la description des actions ou des biens, car cela ne correspond évidemment pas à la distinction entre droits absolus ou réels et relatifs ou personnels<sup>1052</sup>. En effet, si une *personal action* ne permet pas de récupérer la chose elle-même, elle permet tout de même de s'en prendre à un tiers.

La distinction entre *realty* et *personalty* est la *summa divisio* du *common law*, en lieu et place de celle entre les biens immobiliers et mobiliers<sup>1053</sup>. Cela est très Ancien Régime et il suffit de s'attacher à l'état du droit médiéval continental pour trouver l'essentiel de nos repères<sup>1054</sup>.

La *real property* couvre les *immovables*<sup>1055</sup>. Ceux-ci sont depuis l'époque médiévale à nos jours de deux sortes: *corporeal hereditaments* (ou *tenements*) ou simplement *land* (au sens juridique) – soit les terres, bâtiments, minéraux, arbres et toute chose faisant partie ou étant rattachée au sol – et *incorporeal hereditaments* (ou *tenements*) – soit des choses immatérielles, nécessairement intangibles, mais qu'il convient de classer dans la catégorie de la *real property* notamment en raison de leur permanence, tels

---

<sup>1049</sup> WILLIAMS, p. 7.

<sup>1050</sup> COOKE, p. 5 s.; NICHOLAS, *Langage*, p. 59; LAWSON, p. 24.

<sup>1051</sup> COOKE, p. 5 s.; MEGARRY & WADE, n° 1-011; NICHOLAS, *Langage*, p. 59; JOUON DES LONGRAIS, p. 85 s.; WILLIAMS, p. 7; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 15.

<sup>1052</sup> Le droit anglais connaît une distinction similaire entre *personal rights* (opposables envers certaines personnes seulement) et *property rights* (ou *rights in rem* opposables *erga omnes*). Voir COOKE, p. 6. La distinction n'est pas identique dans la mesure où il ne faut pas comprendre les *rights* comme étant des «droits subjectifs»; KIRKPATRICK (p. 215) prend ainsi un raccourci erroné.

<sup>1053</sup> LAWSON, p. 25 (lequel cite le juge CHANNEL dans l'affaire *Torkington v. Magee*, [1902] 2 K. B. 427, 430).

<sup>1054</sup> Ainsi, POTHIER, *De la propriété*, n° 3, p. 4 («Il n'y a [en 1772] à l'égard des meubles qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. [...] À l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue [...]»).

<sup>1055</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 15. Terme qu'il ne faut surtout pas, malgré une pratique répandue, traduire par «immeuble». Voir, en ce sens, KASIRER, p. 471; NICHOLAS, *Langage*, p. 60.



que des *easements and profits* (qui correspondent dans leurs buts, mais non dans leur forme, à nos droits réels restreints modernes<sup>1056</sup>), un *office* (office), une *rent* (rente), un *peerage* (titre de noblesse), etc.<sup>1057</sup>. Le terme *hereditament*, toujours d'usage, ne s'explique que pour la raison historique de droit successoral<sup>1058</sup>. La continuité de l'ordre juridique anglais permet de nos jours le maintien dans cette catégorie de droits immatériels sans lien avec le sol, mais qui ont dans les premiers siècles suivant la Conquête une importance sociale particulière, aujourd'hui disparue<sup>1059</sup>.

La *personal property* forme un ensemble hétérogène sans unité réelle, qui ne se laisse véritablement définir que par opposition à la *real property*<sup>1060</sup>. La *personal property* comprend ainsi les *goods* ou *chattels* (du vieux français «chapel» ou «chatel»), l'argent et tous les *movables*<sup>1061</sup>. Les *chattels* se scindent en deux catégories. Les *chattels personal* comprennent avant tout les choses mobilières corporelles (*tangibles movables*)<sup>1062</sup>, mais également les choses incorporelles (*intangibles movables*)<sup>1063</sup>.

Les *chattels real* désignent les *leaseholds*<sup>1064</sup>. Ces derniers présentent une catégorie intéressante. Il s'agit en effet de contrats de location de biens-fonds qui se sont développés en dehors de la structure féodale sur une base purement commerciale<sup>1065</sup>. De la sorte, les *leaseholds* ne donnaient à l'origine au locataire (*lessee*) aucun *estate* et ainsi aucune *seisin*. Or, la *real property* permettant de récupérer la maîtrise sur la terre usurpée, un *leasehold* ne peut pas appartenir à cette catégorie. Il s'agit donc, par défaut, d'un *personal property*<sup>1066</sup>. Historiquement, seule une action dite «personnelle» est offerte au *lessee*; en cas de perte de *possession*, le *lessee* ne peut que réclamer des dommages-intérêts<sup>1067</sup>. Toutefois, cela évolua rapidement et le *lessee* peut récupérer sa *possession* et dispose ainsi d'une action dite réelle. Mais la classification de *personalty* demeure inchangée<sup>1068</sup>. De nos jours, les *leaseholds* sont donc analogues à de véritable *freeholds*<sup>1069</sup>.

<sup>1056</sup> Voir, par rapport au droit romain, BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 127 ss.

<sup>1057</sup> COOKE, p. 7 s.; MEGARRY & WADE, n° 1-013; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 16 ss et 20 ss (qui distingue dix formes d'*incorporeal hereditaments*).

<sup>1058</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-013; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 17.

<sup>1059</sup> COOKE (p. 8) évoque la seigneurie d'un manoir (*lordship of a manor*) et la prérogative de nommer un recteur de paroisse (*advowson*). Nous évoquerons le cas similaire du *Lord Great Chamberlain* plus bas: cf. *infra* note n° 1156. Voir pour le surplus, le *Law of Property Act* (1925), 15 Geo. V, c. 20, s. 205(1)(ix).

<sup>1060</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60 et 63.

<sup>1061</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 15.

<sup>1062</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60; LAWSON, p. 25.

<sup>1063</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59 s.; LAWSON, p. 25.

<sup>1064</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60.

<sup>1065</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59.

<sup>1066</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59.

<sup>1067</sup> LAWSON, p. 24.

<sup>1068</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59; LAWSON, p. 24.

<sup>1069</sup> LAWSON, p. 24.

En Angleterre jusqu'en 1925, et comme sur le continent jusqu'aux codifications<sup>1070</sup>, la distinction entre *realty* et *personalty* avait une importance particulière dans le domaine du droit des successions. En effet, pour un *de cuius* mort *intestat*, le principe de la primogéniture était applicable à sa *real property*, alors qu'un principe d'égalité dictait un partage de sa *personal property* entre ses héritiers<sup>1071</sup>. Cela justifiait jusqu'alors le maintien de la distinction<sup>1072</sup>. Désormais réduite au rang d'outil descriptif, la distinction a surtout une valeur de systématique<sup>1073</sup>. De façon surprenante la distinction continentale similaire, que nous avons déjà décrite, se fait sentir avec plus de force dans le Code Napoléon, nous le verrons, en tant que reflet d'une difficile transition vers une approche subjective du droit des biens<sup>1074</sup>.

§ 3. Indépendamment de la distinction entre *realty* et *personalty*, une division supplémentaire des biens est effectuée par les juristes anglais. Ils qualifient les choses incorporelles de *choses in action*, car il s'agit de «*droits patrimoniaux qui ne peuvent être réclamés ou défendus que par une action [right of action] et non par la possession*<sup>1075</sup>.» Cela comprend d'abord les créances (*debts*), mais également les droits de la propriété intellectuelle<sup>1076</sup>, ainsi que l'*equitable interest* du *beneficiary* d'un *trust*, nous le verrons. Au contraire, les *choses in possession* sont les choses mobilières corporelles sur lesquelles une maîtrise physique directe – entendez la *possession* – est possible<sup>1077</sup>.

Nous mesurons avec la notion de *choses in action* la proximité en droit anglais entre le droit des biens et le droit des obligations; proximité qui est naturelle à une approche objective du droit: elle existe dans le droit romain<sup>1078</sup> et nous la rencontrerons à nou-

---

<sup>1070</sup> C'est-à-dire jusqu'à la fin de l'Ancien Régime en France et jusqu'à l'adoption des textes législatifs modernes dans les États allemands, voire jusqu'à l'entrée en vigueur du BGB. Voir, ainsi le passage suivant de MITTERMAIER (p. 362), publié en 1847: «*Das deutsche Recht geht in der Lehre von dem Eigentum von dem Unterschiede von Grundeigentum und von beweglichen Sachen aus, und betrachtete nur das Erste als das eigentliche bleibende Vermögen des freien Deutschen und als das unter Volksrecht vorzugsweise stehende zugleich als dasjenige, an dessen Besitz wichtige Verhältnisse des öffentlichen Rechts und der Familie geknüpft waren.*»

<sup>1071</sup> COOKE, p. 6; MEGARRY & WADE, n° 1-013.

<sup>1072</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59.

<sup>1073</sup> COOKE, p. 6.

<sup>1074</sup> Cf. *infra* p. 324 ss. Voir, dans le même sens, NICHOLAS, *Langage*, p. 65.

<sup>1075</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 25 (lequel cite CHANNELL J., *Torkington v. Magee*, [1902] 2 K. B. 427, 430): «*rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking possession.*» Dans le même sens, NICHOLAS, *Langage*, p. 64.

<sup>1076</sup> LAWSON, p. 25.

<sup>1077</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 64.

<sup>1078</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 64 («*Selon cette distinction, l'obligation est une sous-catégorie de choses incorporelles – ce qui veut dire (mais bien sûr Gaius ne le dit pas) que les choses incorporelles sont ou des iura in rem ou des iura in personam, ou des servitudes ou des obligations.*»).

veau dans la codification autrichienne de 1811<sup>1079</sup>, ainsi que dans certaines codifications cantonales en Suisse<sup>1080</sup>.

## 2. Le concept de *Seisin*

§ 1. Comme en droit continental, la saisine anglaise – qui s’écrit *seisin* (orthographe que nous adoptons pour éviter toute confusion) – est la clef de voûte du système du droit des biens, pendant le Moyen Âge et jusqu’à nos jours (bien que son importance pratique se soit presque totalement estompée)<sup>1081</sup>. MAITLAND écrit ainsi que « [d]ans l’histoire de notre droit, il n’y a pas d’idée plus cardinale que celle de la *seisin*. Même dans le droit actuel, elle occupe une place qui doit être étudiée par chaque juriste; mais dans le passé, elle était si importante que nous pouvons presque dire que l’ensemble du système de notre droit foncier était le droit de la *seisin* et ses conséquences<sup>1082</sup>. »

Les expressions « *to seise* », « *saisitio* » ou encore « *saisina* » apparaissent en Angleterre après 1066 et auraient ainsi été importées par les Normands<sup>1083</sup>. La *seisin* est la possession d’une terre reçue en vertu d’une *tenure* féodale, y compris celle des prérogatives (*rights*) et charges (*duties*) rattachées à la *tenure*<sup>1084</sup>. Avec le temps, la *seisin* vient à incorporer une dimension patrimoniale (*proprietary element*) et tient alors le même rôle que la propriété continentale moderne; elle reste cependant purement possessoire<sup>1085</sup>.

La nature même de cette institution est la source d’une controverse historique toute particulière. En effet, dans l’Angleterre des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, la notion n’incorpore

<sup>1079</sup> Cf. *infra* p. 342.

<sup>1080</sup> Cf. *infra* p. 408.

<sup>1081</sup> « En Angleterre, au contraire, la conception originelle de la saisine sera mieux préservée des influences romaines et elle donnera au droit des biens du common law une originalité et une cohérence [...] »: OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 239. Voir aussi BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 66; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 243 ss.

<sup>1082</sup> « In the history of our law is no idea more cardinal than that of *seisin*. Even in the law of the present day it plays a part which must be studied by every lawyer; but in the past it was so important that we may almost say that the whole system of our land law was law about *seisin* and its consequences »: POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, p. 29. Dans le même sens, LAWSON, p. 24 (« Mediaeval English land law crystallised around certain actions based on disseisins, that is to say wrongful deprivations of *seisin* »); MILSOM, *Historical Foundations*, p. 103 ss.

<sup>1083</sup> HUDSON, *Oxford History II*, p. 337; POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, p. 30. À l’origine, seuls les verbes « *seise* » et « *desseise* » étaient utilisés. Ils mettaient l’emphase sur la relation entre le *lord* et le *tenant*; l’objet de leur accord étant secondaire. À l’inverse, le mot « *seisin* » se concentre sur la relation entre le *tenant* et le sol. Une fois ce mot apparu, le verbe « *seise* » n’est plus utilisé et il est question de « mettre le *tenant* en *seisin* ». Voir HUDSON, *Oxford History II*, p. 337; MILSOM, *English Feudalism*, p. 39 s.

<sup>1084</sup> LAWSON, p. 24.

<sup>1085</sup> LAWSON, p. 24.

aucun élément juridique. La *seisin* est une simple possession de pur fait<sup>1086</sup>; elle n'est que l'expression de la position juridique sous-jacente et distincte<sup>1087</sup>. Ceci dit, nous savons qu'il faut rejeter toute identité conceptuelle entre la *seisin* et la possession romaine. La notion anglaise est un produit du pur droit coutumier<sup>1088</sup>. Ainsi, la *seisin* n'incorpore-t-elle pas une dimension juridique. Fait et droit sont nécessairement liés, mais restent toutefois indépendants. En ce sens, il s'agit bien d'une possession «à la romaine», comme nous le disent certains auteurs, car elle consiste en la maîtrise effective de la chose; maîtrise dont la définition est identique à celle que nous avons déjà décrite plus haut pour le continent. Aussi, est-il nécessaire, en particulier, que la *seisin* soit visible aux yeux de tous, ce qui impose d'exploiter les ressources offertes<sup>1089</sup>. En conséquence, dans son analyse de la *seisin*, MAITLAND se contente – et c'est remarquable – de reprendre les analyses faites par le suisse HEUSLER<sup>1090</sup>. Or, nous avons constaté que sur le continent, les auteurs rejettent la qualification de pur fait en faveur d'une notion mixte alliant fait et droit. Toute la question (d'historien) est dès lors d'expliquer comment un tel antagonisme a pu exister entre le droit anglais et le droit français – qui sont pourtant culturellement encore extrêmement liés à cette époque<sup>1091</sup>. Cette controverse mise à part, nous pouvons largement renvoyer à nos développements concernant le droit continental<sup>1092</sup>.

§ 2. Dans la perspectives des développements qui suivent, il nous faut néanmoins préciser certains éléments.

Il est d'abord très important de se souvenir que la *seisin* est accordée à son titulaire dans la perspective que ce dernier assure certains services (militaires ou autres). Pour cette raison, la *seisin* doit toujours avoir un titulaire et ce dernier doit être la personne ayant la possession actuelle du bien-fonds<sup>1093</sup>. L'objet de la *seisin* n'a pas à être matériel<sup>1094</sup>, il ne l'est d'ailleurs jamais puisque seules les utilités des choses (corporelles ou incorporelles) en sont l'objet<sup>1095</sup>. La *seisin* ne vise par contre que ce qui ressort de la *real property*<sup>1096</sup>, comme en droit continental. En conséquence, la *seisin* ne s'ap-

---

<sup>1086</sup> MILSOM, *English Feudalism*, p. 40; JOUON DES LONGRAIS, p. 38; POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 29 et 33.

<sup>1087</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 68: «*Seisin is prima facie evidence of ownership.*»

<sup>1088</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 45.

<sup>1089</sup> POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, p. 34.

<sup>1090</sup> POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 29. Voir aussi JOUON DES LONGRAIS, p. 38. Cf. *supra* p. 99. (nos développements sur la saisine continentale).

<sup>1091</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 43.

<sup>1092</sup> Cf. *supra* p. 99. En ce sens, par exemple, LEBRET, p. 41 ss.

<sup>1093</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1094</sup> POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, p. 33.

<sup>1095</sup> Dans le même sens, voir EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 172. Ce qui est une différence essentielle par rapport aux droits continentaux codifiés.

<sup>1096</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 89.

plique pas aux *leaseholds* en raison de leur nature purement commerciale et non féodale<sup>1097</sup>, ainsi que de leur rattachement à la *personal property*; nous l'avons vu.

Ensuite, il est également important de noter que, comme sur le continent, une tenure féodale ne peut être acquise que par l'acquisition de la *seisin* de cette dernière. Pour opérer une telle remise, il est nécessaire de passer par l'intermédiaire du *lord*. Il s'agit donc d'une procédure formelle lourde et onéreuse<sup>1098</sup>. Elle prend le terme de *conveyance*, qui reflète le fait d'apporter en mains propres la *seisin*.

§ 3. Ajoutons encore un mot sur la place actuelle de la *seisin* en droit anglais. Cette institution conserve une importance théorique et conceptuelle, mais elle a perdu pour ainsi dire toute importance pratique directe. De nos jours, lorsqu'il est question de récupérer la maîtrise d'une chose, les juristes anglais s'appuient sur la notion de *possession*<sup>1099</sup> qui remplace en pratique les actions propres à la *seisin*<sup>1100</sup>. La *possession* est aussi purement factuelle. Elle a un champ d'application plus large que la *seisin*, puisqu'elle a vocation à s'appliquer non seulement aux biens ressortant de la *real property*, mais également à ceux de la *personal property*<sup>1101</sup>. Elle apparaît à côté de la *seisin* aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles. Cette *possession*, de maniement plus simple, est très similaire aux théories romaines<sup>1102</sup>.

La *possession* est souvent déterminante en droit anglais actuel pour établir la titularité légale d'un bien (*title to property*)<sup>1103</sup>. Si dans certaines juridictions de *common law* une forme de registre foncier a été introduite, notamment le célèbre système inventé par Sir Robert Richard TORRENS dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle en Australie<sup>1104</sup>, «[...] les titres de common law sont tous essentiellement relatifs et la chose la plus proche qu'une personne puisse avoir d'un titre absolu en est un qui est meilleur [*maius ius*] que tout autre<sup>1105</sup>.» Cette institution («pétitoire» au sens large) n'est donc que relative<sup>1106</sup>.

<sup>1097</sup> LAWSON, p. 24.

<sup>1098</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 70.

<sup>1099</sup> Nous mettons en italique le terme anglais pour éviter toute confusion avec la notion romaine ou continentale. Les systèmes sont en effet significativement différents. Voir BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 71 ss.

<sup>1100</sup> LAWSON, p. 25.

<sup>1101</sup> LAWSON, p. 25; JOUON DES LONGRAIS, p. 89.

<sup>1102</sup> JOUON DES LONGRAIS, p. 72.

<sup>1103</sup> LAWSON, p. 25.

<sup>1104</sup> Voir, pour une relation quasi-contemporaine de la mise en place de ce système, WORMS, p. 47 ss.

<sup>1105</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 26: «[...] *common law titles are all essentially relative, and the nearest thing one can have to an absolute title is one that is better than any other.*» Voir, dans le même sens, BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 67 et 69.

<sup>1106</sup> Ce qui est toujours vrai actuellement: BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 68 et 79 s. («*The question was always one of better right. [...] it is enough for him to prove that is right to possess is better than the defendant's right.*»).

La *seisin* occupe donc en droit anglais la même place systématique que la saisine continentale: il s'agit de l'institution sur laquelle s'appuie le système du droit des biens.

### 3. Les différentes formes de division de la maîtrise d'une real property

En conséquence et pour les mêmes raisons que celles que nous avons relevées pour le droit médiéval continental, la pleine propriété n'a aucune existence juridique en droit foncier anglais et il faut éviter d'associer la notion d'*ownership* à celle du droit continental. Cette mise en garde rappelée, il nous faut reconnaître toutefois que la figure idéalisée d'une maîtrise complète de l'ensemble des utilités d'un bien – agréablement résumée, par le mot *ownership* – permet de mieux saisir ce dont il est question lorsque l'on aborde le statut juridique des utilités offertes par un bien. Aussi, par exemple, LAWSON traite-t-il ainsi la question: «*Nous arrivons à présent à ce qui peut être appelé le contenu de la propriété, le ius utendi, fruendi, abutendi des civilistes. Le droit y relatif est le plus élaboré et la partie la plus difficile du droit des biens [anglais], car il permet et facilite la fragmentation des utilités des biens en de nombreuses manières et dans une mesure remarquable*<sup>1107</sup>.» Or, comme le droit anglais n'a pas connu la même rupture que le droit cantonal entre l'ancien droit et le nouveau droit codifié, il n'y a pas de quiproquo à utiliser le terme *ownership* en droit anglais, puisque précisément celui-ci n'évoque pas la notion moderne de «droit subjectif de propriété».

Une autre manière de procéder consiste à décrire les buts poursuivis par la *real property*. Ils sont, selon NICHOLAS, au nombre de trois: permettre à plusieurs personnes de bénéficier successivement de la jouissance offerte par l'objet de droit, permettre à ces mêmes personnes de pouvoir simultanément et immédiatement céder ou transmettre leur position, ainsi qu'assurer en tout temps qu'il soit possible de céder ou transmettre la *tenure* portant sur l'objet de droit sans remettre en cause pour autant les positions des autres personnes<sup>1108</sup>.

En Angleterre, la disposition des utilités d'une *real property* (mais nous verrons que cela couvre aussi les *leaseholds* et la *trust property*) peut se trouver être répartie entre plusieurs personnes de quatre manières différentes. Il en est ainsi soit en fonction de la relation sociale hiérarchique des personnes (§ 1), de l'extension temporelle de la maîtrise (§ 2), de la séparation du pouvoir de disposition (§ 3) ou de la dissociation des charges et de la jouissance (§ 4).

---

<sup>1107</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 26 s.: «*We now come to what may be called the content of ownership, the ius utendi, fruendi, abutendi of the civilians. The law relating to it is the most elaborate and most difficult part of the law of property, for it allows and facilitates the fragmentation of property interests in many ways and to a remarkable degree.*»

<sup>1108</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 58.

Ces quatre éléments exposés séparément, il nous faudra encore montrer qu'ils ne fonctionnent pas en vases clos et qu'ils se sont maintenus jusqu'à nos jours (§ 5). Ajoutons encore que si les principes exposés ci-dessous ne s'appliquent historiquement qu'à la *real property*, mais qu'en droit anglais actuel les principaux s'appliquent également à la *personal property*.

§ 1. *Tenures*. Plus l'on remonte en arrière dans l'histoire juridique anglaise plus les *tenures* occupent une place centrale<sup>1109</sup>. Nous l'avons vu plus haut, WILLIAM LE CONQUERANT instaure un système hégémonique de *tenures* féodales fondé sur les règles normandes et toutes les terres sont tenues de lui<sup>1110</sup>. La méthode historique permettant de fragmenter la maîtrise d'un bien-fonds est donc celle des *tenures* (ou plus rarement *holdings*) féodales<sup>1111</sup>. Celui qui est saisi d'une terre (*seised of the land*) en est le *tenant* (tenancier) ou *vassal* de son *lord* (seigneur) en contrepartie de *services* et *incidents* dus envers ce dernier<sup>1112</sup>. Le *tenant* est décrit comme « *celui qui tient sous certaines conditions*<sup>1113</sup>. »

L'ensaisiné reçoit une *tenure* qui consiste en la maîtrise d'une terre selon certaines modalités et conditions<sup>1114</sup>. Traditionnellement, il en existe deux formes: les *freeholds* (tenures libres) et les *copyholds* (tenures serviles, nommées à l'origine *villanages*). Avant 1660, il existe plusieurs catégories de *freeholds*. Il y a ainsi les tenures nobles – *grand serjeanty* ou *knight service*<sup>1115</sup> –, la tenure ecclésiastique – *frankalmoign*<sup>1116</sup> – et la tenure roturière – *socage*<sup>1117</sup>. Les tenures non libres sont formées d'une seule catégorie: la *villein tenure*, rapidement renommée *copyhold tenure*, qui sera convertie en *socage* en 1922<sup>1118</sup>. Le *leasehold* est, comme nous l'avons déjà relevé, une forme de bail de longue durée. Il est très proche d'une *tenure*, mais au lieu de reposer sur des buts militaires, consiste en une opération commerciale. C'est pourquoi, il ne s'agit pas véritablement d'une *tenure*, que le *lessee* n'a pas la *seisin* et que les *leasehold interests* ne sont qu'une *personal property*. Paradoxalement, le *leasehold* est de nos jours la seule situation courante où il est question d'un *landlord* et d'un *tenant*.

Un *lord* ne donnait pas toutes ses terres en tenures libres, mais il en conservait une partie pour son propre usage (comme à l'époque carlovingienne) et les faisait exploi-

<sup>1109</sup> SIMPSON, p. 2.

<sup>1110</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 53.

<sup>1111</sup> LAWSON, p. 28.

<sup>1112</sup> LAWSON, p. 28.

<sup>1113</sup> Notre traduction de MEGARRY & WADE, n° 2-001: « *One who holds on certain terms.* »

<sup>1114</sup> « *the holding of land on certain terms and conditions* »: MEGARRY & WADE, n° 1-003.

<sup>1115</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1116</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1117</sup> *Tenures Abolition Act* (1660), 12 Car. II, c. 24. Voir FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1118</sup> *Law of Property Act* (1922), 12 & 13 Geo. V, c. 16, s. 128. Voir FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

ter par des fermiers ou des personnes serviles, sans qu'aucune prérogative ne soit reconnue à ceux-ci (il n'ont en particulier pas d'*estate*)<sup>1119</sup>. C'est le *Manor* du *lord* qui forme l'unité fonctionnelle féodale<sup>1120</sup>.

En raison de ses origines militaires, la position du *tenant* est d'abord précaire, car sujette à la discrétion du *lord*: elle ne peut être ni divisée, ni aliénée et le principe de primogéniture interdit toute attribution à cause de mort<sup>1121</sup>. Les *tenures* n'étaient ainsi pas accordées *ad eternum* et il était judicieux pour le *lord* de se réserver le pouvoir d'attribuer à nouveau la *tenure* après un certain temps<sup>1122</sup>. Il s'agit avant tout d'un lien personnel entre le *lord* et le *tenant*; lien qui ne vaut qu'à leur égard et n'est pas opposable aux tiers<sup>1123</sup>. Comme toute forme contractuelle, il ne s'agit pas d'en opposer le contenu *erga omnes*<sup>1124</sup>. Cela explique également l'absence d'hérédité à l'origine.

Le mot *fee* (*feudum*, fief) désigne la *tenure* la plus étendue dont un particulier peut être titulaire sur un bien-fonds<sup>1125</sup>. Un *fee* est héréditaire<sup>1126</sup>.

De la même façon que sur le continent, le régime juridique des transmissions à cause de mort à l'époque de la Conquête est controversé. Les auteurs britanniques ont sans doute été plus propres à expliciter les hypothèses envisageables. Il s'agit en effet de distinguer entre hérédité (*inheritance*) et succession (*succession*).

La situation de fait est la même pour tous les auteurs: à cette époque déjà l'héritier du tenancier le remplace dans sa position, sauf rares exceptions<sup>1127</sup>. Il y a donc bien succession de l'un à l'autre. Toute la question demeure de savoir si l'hérédité – c'est-à-dire l'existence d'une prétention de l'héritier – est acquise ou si l'on ne s'agit pas là d'un dû, mais plutôt d'une faveur (*gift*) accordée par le *lord*<sup>1128</sup>. Le *Traité de GLANVILL* n'étant pas clair à ce propos, la controverse y trouve un terrain propice<sup>1129</sup>. Tem-

---

<sup>1119</sup> LEBRET, p. 48 s.

<sup>1120</sup> LEBRET, p. 46.

<sup>1121</sup> BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 55 ss.

<sup>1122</sup> COOKE, p. 20 s.

<sup>1123</sup> MILSOM, *English Feudalism*, p. 39.

<sup>1124</sup> MILSOM, *English Feudalism*, p. 39 («*The appropriate language is that of obligation [...]*»).

<sup>1125</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60; GARSONNET, p. 297.

<sup>1126</sup> GARSONNET, p. 297.

<sup>1127</sup> Comme le décrivent POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, p. 314 ss. La chronologie quant à la pratique généralisée de la succession du vassal par ses descendants est la même que sur le continent, c'est-à-dire antérieure à la Conquête: LEBRET, p. 43 s. Voir, en outre, HUDSON, *Anglo-Norman England*, p. 65.

<sup>1128</sup> HUDSON, *Anglo-Norman England*, p. 65 s. En faveur de l'hérédité dès la Conquête, la doctrine classique: POLLOCK/MAITLAND, *Volume I*, p. 314 ss; POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 266 s., 309 et 312. *Contra* THORNE, *English Feudalism*, p. 195 s., MILSON, *English Feudalism*, p. 154.

<sup>1129</sup> THORNE, *English Feudalism*, p. 193 s.



porellement, il est considéré qu'elle est en principe résolue à l'aube de l'an 1200 par l'établissement définitif de l'hérédité<sup>1130</sup>; mais la réalité n'est pas aussi précise<sup>1131</sup>.

L'importance de ce point réside – comme sur le continent – dans le mécanisme de transmission de la tenure. Elle transite (abstraitement) par les mains du *lord* avant de revenir à l'héritier<sup>1132</sup>. Aussi, lorsqu'il n'y a que simple succession, l'*abusus* du *lord* est, du moins théoriquement, bien plus large que lorsqu'il y a hérédité. Comme souvent, la vérité historique doit être à mi-chemin entre les deux approches: il y a ainsi une «zone grise» entre l'hérédité et la succession<sup>1133</sup>.

Une autre problématique est celle du droit transmis à l'héritier: s'agit-il du même droit dont le titulaire a changé ou d'un nouveau droit? La *seisin* s'éteint au décès et renaît grâce à l'héritier<sup>1134</sup>.

En découle la question de la nature des droits du *lord* et du *tenant*: «*Dès le milieu du douzième siècle [...] si la terre [que les tenanciers] tenaient n'étaient pas déjà pleinement possédées, elles n'étaient plus pleinement la propriété de leurs lords; l'ownership était divisée entre eux*<sup>1135</sup>.» C'est effectivement dans le courant du XII<sup>e</sup> siècle que la nature des droits du tenancier se transforme radicalement. D'abord titulaire d'un *life interest* – qui disparaît au décès d'une partie au contrat féodal et qui doit ainsi être à chaque fois réattribué –, le tenancier voit sa tenure se transformer en *fee simple* – lequel est transmis de génération en génération.

Une chose est certaine: lorsque le vassal est capable d'accorder lui-même une concession perpétuelle (*grant in perpetuity*), cela signifie qu'il dispose d'une tenure héréditaire<sup>1136</sup>.

<sup>1130</sup> HUDSON, *Anglo-Norman England*, p. 67. Voir aussi le cas d'espèce d'avril 1201 rapporté par HOLT (p. 193 ss), lequel écrit ainsi que «[les jurés de l'Assise de mort d'ancestor] *convertirent une succession de facto en hérédité de jure*» (notre traduction de HOLT, p. 193 ss.).

<sup>1131</sup> HOLT, p. 197: «*It is plain that inheritance was a complex matter. It varied in strength and was established over different periods from one form of property to another. The lord was readier to admit some heritable tenures than others, the tenant readier to sustain claims here and abandon others there.*»

<sup>1132</sup> *Traité de GLANVILL*, 9, 6: «[...] *for on the death of any of his chief barons the lord king immediately retains his barony in his own hand until the heir has made satisfaction for the relief, [...]*» Voir aussi HUDSON, *Anglo-Norman England*, p. 68.

<sup>1133</sup> HUDSON, *Anglo-Norman England*, p. 70.

<sup>1134</sup> JOUON DES LONGRAIS, note n° 2, p. 71.

<sup>1135</sup> Notre traduction de THORNE, *English Feudalism*, p. 199 («*By the middle of the twelfth century [...] if the land [tenants] held was not yet wholly own, it was no longer wholly the property of their lords; ownership was divided between them.*»).

<sup>1136</sup> HOLT, p. 201.

Le contrepoint à l'hérédité est toutefois le droit de primogéniture et l'indivisibilité des fiefs honoraires<sup>1137</sup>. De plus, l'accord du *lord* est nécessaire pour céder une tenure et quant aux dispositions à cause de mort, elles sont tout bonnement prohibées<sup>1138</sup>.

Après une première phase d'utilisation militaire de la féodalité, environ cent cinquante ans après la Conquête, les charges féodales dues sont rapidement converties en argent. Si bien que l'organisation féodale conçue à l'époque de WILLIAM LE CONQUERRANT ne sera plus utilisée et perçue aux mêmes fins dès le début du XIV<sup>e</sup> siècle. Rapidement donc, la féodalité au sens strict (militaire) n'est plus «*l'essence du système*<sup>1139</sup>» du droit des biens anglais, bien que le concept des relations féodales soit resté central<sup>1140</sup>.

Par ailleurs, il est progressivement admis que la *tenure* est le bien exclusif (*in rem*) du *tenant*<sup>1141</sup>. Les *tenures* sont aliénables dès le XIII<sup>e</sup> siècle<sup>1142</sup>. Cela ne va pas toutefois sans limite. Le *Statute of Westminster II* (1285, *De donis conditionalibus*) refuse au titulaire d'une *tenure* accordée pour lui-même et ses héritiers le pouvoir de la céder à un tiers; ces *tenures* sont depuis lors nommées des *estates in fee tail*, nous y revenons ci-dessous.

En 1290, le Parlement anglais prohibe toute nouvelle sous-inféodation<sup>1143</sup>, ce qui a pour effet avec le temps «*d'aplatir la pyramide féodale*<sup>1144</sup>.» Les *tenants* ne peuvent plus transférer leur *tenure* autrement qu'en abandonnant complètement leur position juridique sans pouvoir ainsi retenir aucune forme de domaine éminent. Les aléas de la vie tendent également à faire disparaître les *tenures* inférieures. Si bien que le souverain devient pratiquement le seul *overlord* dès le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1145</sup>. La féodalité se manifeste alors surtout par les prélèvements fiscaux qui en découlent.

Ainsi, dès 1660, une seule forme de tenure libre demeure: le *socage*, qui englobe désormais le *knight-service* disparu en tant que *free and common socage*<sup>1146</sup>. Cependant, les principes juridiques qui lui sont sous-jacents se maintiennent au XXI<sup>e</sup> siècle en-

---

<sup>1137</sup> LEBRET, p. 44.

<sup>1138</sup> LEBRET, p. 45.

<sup>1139</sup> LAWSON, p. 23.

<sup>1140</sup> VAN CAENEGEM, p. 89.

<sup>1141</sup> WATERS, p. 178.

<sup>1142</sup> WATERS, p. 178.

<sup>1143</sup> *Statute of Westminster III* (1290), *Quia Emptores Terrarum*, 18 Edward I, c. 1: «*Freeholders may sell their Lands; so that the Feoffee do hold of the Chief Lord.*» (traduction officielle du latin). Voir WATERS, p. 18; SIMPSON, p. 22; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11.

<sup>1144</sup> WATERS, p. 185; SIMPSON, p. 22.

<sup>1145</sup> WATERS, p. 185; SIMPSON, p. 22.

<sup>1146</sup> *Tenures Abolition Act 1660* (12 Cha. 2., c. 24), s. IV, toujours en vigueur. Sur le tout, SIMPSON, p. 199; LEBRET, p. 48.

core – avec, certes, un effacement derrière la *doctrine of estates*, mais cela ne remet jamais directement en cause les concepts déjà acquis<sup>1147</sup>.

De nos jours, la propriété éminente de la Couronne est, à y regarder rapidement, une «*théorie pratiquement vide*<sup>1148</sup>» et la relation entre celle-ci et ses *tenants* «*a cessé d'avoir une quelconque signification pratique*<sup>1149</sup>.» Si l'on se place du point de vue des pouvoirs effectivement en main du titulaire, comme le fait LAWSON, cette assertion s'avère dans les faits correcte<sup>1150</sup>. Toutefois, elle ne l'est plus si l'on considère la technicité du droit des biens anglais – spécialement comparée à celle des droits continentaux. En effet, la *doctrine of tenure* n'a pas été abandonnée; elle a cessé de produire des effets pratiques directs et visibles, mais continue de déterminer la forme des institutions juridiques de maîtrise des biens<sup>1151</sup>: «*Sa structure conceptuelle a survécu*<sup>1152</sup>.» La *doctrine of estates*, que nous allons examiner dans un instant, est ainsi le corollaire de la *doctrine of tenures*<sup>1153</sup>. Sans compter que la notion de *tenure* garde toute son importance pour les *leaseholds* dont le *landlord* et le *tenant* se partagent la maîtrise<sup>1154</sup>.

Le double domaine a ainsi pleinement été intégré dans les mœurs britanniques et s'est maintenu jusqu'à nos jours non seulement dans le cadre du droit privé, mais également dans le droit constitutionnel – évidemment inextricablement lié au premier au

<sup>1147</sup> LAWSON, p. 23 («[...] *the common grammar of property law survives.*»).

<sup>1148</sup> LAWSON, p. 28 («*Since the services and incidents attached to freehold tenure had become desirous and so forgotten, and all but a very few intermediate tenures had disappeared, the tenure of freehold land had come to differ from ownership only through the survival of the almost empty theory that all land is held of the Crown.*»).

<sup>1149</sup> HARGREAVES/GROVE/GARNER, p. 42 («*The law of tenures deals with the relationship of lord and tenant, a relationship which has, in the case at least of freeholds, ceased to have any practical meaning or effect in the altered conditions of the modern world.*»).

<sup>1150</sup> Certaines personnes ressentent toutefois encore les effets de la féodalité. Il ne s'agit pas en principe du genre de charge féodale dont l'on s'offusque, dans la mesure où elles sont honorifiques pour le *tenant*. Ainsi, le duc DE MARLBOROUGH (un parent de Sir Winston CHURCHILL) doit-il présenter chaque année un drapeau à fleur-de-lys au souverain britannique à Windsor. Voir COOKE, p. 18.

<sup>1151</sup> HARGREAVES/GROVE/GARNER (p. 43) sont très clairs à cet égard: «*As it is equally necessary to understand what the English land law is not, as well as what it is, we propose to begin with an outline of the methods whereby Roman law solved the problems of absolute and limited ownership, so that we may have some idea of what our own solution might have been if we had not been trammelled with the existence of tenure.*» Voir aussi COOKE, p. 15 s.; NICHOLAS, *Langage*, p. 60. Notons encore qu'en vertu de cette doctrine, la Couronne britannique est encore *overlord* de pays tels que l'Australie ou la Nouvelle-Zélande (COOKE, p. 19).

<sup>1152</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60.

<sup>1153</sup> HARGREAVES/GROVE/GARNER, p. 90.

<sup>1154</sup> LAWSON, p. 28 («*So long as his tenancy lasts, the tenant is just as much an owner of the land as his landlord. In other words, neither is an owner in the civil law sense of the term.*»).

Moyen Âge<sup>1155</sup>. Les situations hybrides – à cheval entre le droit privé et le droit public – sont encore communes aujourd'hui<sup>1156</sup>.

Par ailleurs, la situation est fort différente de celle que nous avons rencontrée en droit romain: le *dominium* éminent du prince y était d'emblée une fiction érigée à des fins fiscales<sup>1157</sup>, alors que le domaine éminent de la Couronne anglaise est une réalité concrète en 1066 – réalité que la démocratisation de la société a certes estompé au plan politique, mais qui demeure l'explication fondamentale du droit privé des biens<sup>1158</sup>. Tout passage à une *ownership* proprement dite serait donc techniquement difficile et, qui plus est, sans véritable effet concret<sup>1159</sup>, comme le montre la *doctrine of estates* que nous devons examiner à présent.

§ 2. *Estates*. Une fois la *tenure* déterminée (nous n'étudions que les tenures libres) – et une première division de l'usage de la chose ainsi opérée entre le *tenant* et le *lord* –, l'une de ses modalités demeure encore ouverte: sa durée. La terminologie anglaise utilise alors le terme de *estate*<sup>1160</sup> – pratiquement intraduisible<sup>1161</sup> – qui reflète un fractionnement de la maîtrise de la chose en fonction de l'étendue temporelle ac-

---

<sup>1155</sup> Un exemple célèbre, qui ressort certes au droit constitutionnel, consiste à distinguer selon une terminologie que l'on doit à Walter BAGEHOT (1867), entre le *dignified*, le souverain, et le *effective*, le gouvernement.

<sup>1156</sup> À titre d'exemple, l'office de *Lord Great Chamberlain* (qui implique de nos jours un rôle cérémoniel et la gestion d'une partie du Palais de Westminster, mais qui remonte de l'époque du Conquérant) est ainsi tenu conjointement à hauteur de 50% par le marquis DE CHOLMONDELEY et 25% par le baron WILLOUGHBY de Eresby; les 25% restant étant partagés entre treize autres personnes détenant chacune entre 1 et 5%. Alors que l'office lui-même est de nature publique, les règles applicables à la gestion des parts relèvent proprement du droit des biens. Voir BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 36 ss.

<sup>1157</sup> Cf. *supra* p. 67.

<sup>1158</sup> Quoique encore il y ait de nombreuses exceptions (qui n'en sont pas en réalité) accordant des prérogatives particulières à la Couronne, en vertu de son domaine éminent. Nous pensons notamment à l'accroissement des terres de la Couronne en l'absence d'héritier d'un bien-fonds ou au retour de la *tenure* par *escheat* en cas de faillite (COOKE, p. 18). L'on pourrait penser qu'il s'agit d'une règle analogue à ce que l'on rencontre notamment en Suisse. Pourtant, ces terres entrent dans le patrimoine de la Couronne et non directement dans celui de l'État britannique. Par ailleurs, les quelques *tenures* intermédiaires qui existent encore – les duchés de Lancaster et de Cornouailles (dont les titulaires sont le souverain et le prince DE GALLES respectivement) – bénéficient de cette prérogative.

<sup>1159</sup> Un projet en ce sens (*Statute Law Revision Bill 1968.2(1)*) n'aboutit pas. Voir LAWSON, p. 28.

<sup>1160</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-003.

<sup>1161</sup> NICHOLAS indique (*Langage*, p. 60) qu'il s'agit du mot «état», alors que KASIRER (p. 469) et BOUDREAU-OUELLET (p. 176) optent pour «domaine». Cela n'éclaire malheureusement en rien la notion. Au contraire, il existe un risque d'ajouter à la confusion des notions créées par les auteurs continentaux dès la fin du Moyen Âge (cf. *infra* p. 277). La voie la plus sûre nous apparaît être de s'abstenir de traduire le terme et de le saisir pour ce qu'il est: une expression technique inédite dans les ordres juridiques continentaux. Sur ce point, dans le même sens, KASIRER, p. 470. Comme en français pour le mot «propriété», *estate* peut également désigner l'objet sur lequel l'*estate* porte: BLAXLAND, p. 337.

cordée<sup>1162</sup>. C'est une particularité du *common law*<sup>1163</sup>. Ce paramètre est régi par la *doctrine of estates* qui est le corollaire de la *doctrine of tenure*. Ces deux *doctrines* ont la même origine féodale et médiévale<sup>1164</sup>. L'*estate* vient «s'interposer entre la personne et la terre»<sup>1165</sup> et constitue, si l'on fait fi de la *tenure* (à l'instar de la pratique juridique anglaise moderne), l'objet de la *seisin*<sup>1166</sup>.

L'on peut citer à titre d'exemple les *estates for life* – qui prennent fin au décès de l'actuel *tenant* (c'est-à-dire assortis d'une échéance certaine) – et les *estates in tails* («taillé») – qui prennent fin en l'absence de descendance en ligne directe du premier *tenant* (c'est-à-dire assortis d'une échéance incertaine)<sup>1167</sup>. Il est possible de préciser cette seconde catégorie en ne désignant que les descendants masculins ou uniquement ceux féminins, par exemple<sup>1168</sup>. L'*estate in fee simple in reversion* est l'*interest* que retient le *grantor* (c'est-à-dire le *lord*) après avoir accordé (*grant*) un *particular estate*<sup>1169</sup>. La fin de ces *estates* profite au titulaire du *estate in fee simple*<sup>1170</sup>. Les *estates for life* peuvent être librement cédés, mais leur terme n'en est pas pour autant modifié : ils s'éteignent à la mort du titulaire initial. Une fois cédé, ils prennent le joli nom de *estate* ou *interest pour autre vie*<sup>1171</sup>. Toutefois, depuis 1996, il n'est plus possible en droit anglais de créer de nouveaux *estates in tails*<sup>1172</sup>.

Le *fee simple* au contraire ne connaît pas de limite quant aux titulaires possibles<sup>1173</sup>. Le *fee simple* est l'agrégation des intérêts économiques sur la terre à leur pleine valeur économique, soustrait, le cas échéant d'autres *estates* sur la même terre<sup>1174</sup> – par rapport aux facultés offertes, il s'agit de la position la plus similaire à celle d'un propriétaire. Comme le *fee simple* n'a pas d'échéance, il s'agit en droit anglais de ce qui se rapproche le plus de la propriété continentale moderne. Cependant, chaque *estate* constitue une portion de la pleine valeur économique des intérêts sur la terre ; l'*estate*

<sup>1162</sup> COOKE, p. 20; NICHOLAS, *Langage*, p. 60; LAWSON, p. 29.

<sup>1163</sup> LAWSON, p. 20; BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 60 et 81 s.

<sup>1164</sup> COOKE, p. 20 («*A tenant's estate tells us how long the land is held for, because in the feudal system landholding is not supposed to be permanent.* »).

<sup>1165</sup> LAWSON, p. 29. Dans le même sens, KASIRER, p. 470.

<sup>1166</sup> Voir, dans le même sens, BOUDREAU-OUELLET, p. 175.

<sup>1167</sup> COOKE, p. 21.; BRAND, p. 445 (qui note que les *estates in tail* sont ultérieurs aux autres et datent du XIII<sup>e</sup> siècle); NICHOLAS, *Langage*, p. 61.

<sup>1168</sup> Ce qui peut, comme le rappelle COOKE (p. 22), former la base d'une tragi-comédie classique comme celle frappant les cinq filles de Monsieur Bennet, qui ne peuvent hériter de la *tenure* de leur père irrémédiablement destinée à un inénarrable cousin, et que le lecteur aura reconnue.

<sup>1169</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1170</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61.

<sup>1171</sup> Aussi orthographié : *interest pour autre vie*. BRAND, p. 445; NICHOLAS, *Langage*, p. 61. Ce qui serait bien sûr inconcevable pour un droit d'usufruit conçu conformément au modèle romain (comme celui du droit suisse): BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 128.

<sup>1172</sup> COOKE, p. 22.

<sup>1173</sup> COOKE, p. 21.

<sup>1174</sup> LAWSON, p. 29.

a, en effet, une valeur patrimoniale et peut circuler dans le commerce<sup>1175</sup>. Ainsi que le précise LAWSON: «*La notion de fee simple en tant qu'ensemble d'intérêts fragmentables, plus que tout autre facteur a rendu à la fois impossible et superflu d'essayer de saisir ce qu'un juriste de common law considérerait dans le système de la real property de common law comme la notion simplifiée de propriété*<sup>1176</sup>.»

Ces *estates*, le lecteur l'aura compris, coexistent sur un même objet. «[...]; et nous pouvons dire qu'une autre différence entre le droit foncier anglais et la tradition de droit continental que l'on rencontre dans le reste de l'Europe est que le droit anglais est confortable avec l'idée qu'il peut y avoir plus qu'un droit de propriété coexistant sur un bien-fonds<sup>1177</sup>.»

Comme la *seisin* ne peut se trouver qu'entre les mains de la personne ayant la maîtrise effective et actuelle du bien-fonds, en droit anglais moderne, la *possession* n'appartient qu'au titulaire actuel (*estate in possession*). Un bénéficiaire futur de la jouissance immédiate du bien-fonds ne peut avoir qu'une *estate in reversion*, ou *in expectancy* s'il n'a jamais encore eu la *possession*<sup>1178</sup>. Cette dernière hypothèse est par exemple celle d'un *de cujus* qui laisse à son épouse survivante un *estate for life* et à son enfant un *estate in fee simple*. Il ne faut pas alors considérer ce dernier comme un *estate* futur, à apparaître une fois les conditions remplies, car cela n'est pas possible en *common law* (en raison de la *doctrine of seisin* qui impose pour chaque tenure un titulaire actuel): l'*estate* existe d'ores et déjà sur la terre<sup>1179</sup>. L'*estate in possession* est un *particular estate*, alors que l'*estate in expectancy* est un *remainder* (soit *vested remainder*, soit *contingent remainder*)<sup>1180</sup>. Les deux *estates* coexistent simultanément et peuvent circuler dans le commerce<sup>1181</sup>. L'*estate in possession* est considéré comme un *corporeal interest* (car il suppose la *seisin* du tenancier), alors que l'*estate in reversion* (ou *in ex-*

---

<sup>1175</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1176</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 29: «*The notion of the fee simple as a fragmentable quantum of interest has, more than any other factor, made it both impossible and superfluous to attempt to rivet what a common law lawyer would consider the oversimplified notion of ownership on the common law system of real property law.*»

<sup>1177</sup> Notre traduction de COOKE, p. 21: «*But in some cases the different estates coexist; and we can say that another difference between English land law and the civil law tradition found in the rest of Europe is that English law is comfortable with the idea that there may be more than one different ownership right coexisting in one piece of land.*»

<sup>1178</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61; LAWSON, p. 29.

<sup>1179</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61; LAWSON, p. 29 («[The holder] owns here and now a right to future enjoyment. He is the present owner of a future interest.»); HARGREAVES/GROVE/GARNER, p. 50 («*But none the less, reversions and remainders have this in common: – each of them is a present existing estate, deprived of the right to seisin of the land only by the existence of the prior estate in possession.*»); BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 91. Ces derniers (p. 91) rappellent qu'une propriété *in futuro* est possible en droit romain.

<sup>1180</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1181</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61.

*pectancy*) est un *incorporeal interest*<sup>1182</sup>. Lorsque l'*estate in possession* arrive à son échéance, il disparaît<sup>1183</sup> : il n'y a donc ni transfert de sa titularité en faveur du *tenant* de l'*estate in expectancy*, ni remembrement avec ce dernier. Si l'un disparaît cela n'affecte pas le sort de l'autre.

De nos jours encore, une planification successorale est l'occasion de rapidement complexifier la situation à plaisir. Rien ne sert alors de rechercher des parallèles avec le droit continental, tel que le montre l'exemple donné par NICHOLAS<sup>1184</sup> : *un de cujus* (*tenant in fee simple absolute*), qui avait accordé peu avant son décès pour un terme décennal un *leasehold estate* (1), accorde par testament à son épouse survivante un *fee simple for life* (2), à prendre effet à son décès un autre *fee simple for life* (3) en faveur de sa fille, puis au décès de cette dernière un *fee simple* (4) en faveur d'une fondation. Comme cette dernière dispose de la possibilité de refuser la faveur, il existe alors un *fee simple in expectancy* (*contingent remainder*) (5). Ces cinq *estates* ne se succèdent pas les uns aux autres, mais au contraire coexistent simultanément à rang égal et sont librement aliénables dans le commerce. Il est possible de compliquer encore plus la situation en désignant des titulaires simultanés. Même si l'on venait à rejeter (ou ignorer) la *doctrine of tenure*, le juriste continental qui chercherait à désigner un droit de propriété pour l'un de ces nombreux ayant-droits – ou n'importe quel droit subjectif d'ailleurs – serait plus qu'emprunté. En droit (objectif) romain également, une telle manière de procéder est inenvisageable : un *dominium* ne peut être assorti d'une « date de péremption » (au contraire des *iura in res aliena*, tel un usufruit)<sup>1185</sup>. Visuellement, nous pouvons voir le résultat proposé par DIGBY dans ses trois schémas (il est difficile de faire mieux)<sup>1186</sup>.

Tout se trouve réarrangé à satisfaction lorsque l'on se souvient que le droit anglais ignore les droits subjectifs. L'*estate* n'est ainsi pas un droit subjectif, mais une valeur aliénable qui peut circuler dans le commerce<sup>1187</sup>.

Le point de départ est donc le même que celui proposé par le schéma de GAIUS, c'est-à-dire qu'il faut s'attacher aux choses. Cependant, l'opposition *dominium* et *ius* n'a pas lieu d'être. Avec raison, NICHOLAS rejette la possibilité de considérer la Couronne comme *dominus* et toutes les autres institutions du droit des biens anglais comme des *iura in re aliena*<sup>1188</sup>. L'inaliénabilité des *iura in re aliena* est un principe

<sup>1182</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1183</sup> COOKE, p. 22.

<sup>1184</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61.

<sup>1185</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON (p. 93 s.) expliquent de manière claire et détaillée la différence.

<sup>1186</sup> DIGBY, p. 308, 310 et 312.

<sup>1187</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61 : «[...] le fee simple, comme tout estates, n'est pas un droit subjectif. Il est en effet un bien.».

<sup>1188</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 61 s.

important du droit romain<sup>1189</sup>, qui ne s'associe en aucune façon au fonctionnement des *estates*, comme nous venons de le montrer. Les deux ordres juridiques ont des principes cardinaux opposés: l'indivisibilité de la propriété face à la libre divisibilité de cette dernière<sup>1190</sup>. Il apparaît que toute réconciliation est difficile à opérer, pour ne pas dire impossible; assertion qui se vérifiera, notamment, dans notre étude des principales codifications européennes. Il convient donc d'en rester à l'opposition entre *res corporalis* et *res incorporalis*.

Pendant le premier siècle qui suit l'année 1066, les *tenures* immédiatement tenues du roi sont «*précaires*», dans la mesure où elles sont conférées uniquement en faveur de la personne du *tenant* sans garantie qu'à son décès la *tenure* sera transmise à l'un de ses descendants, nous l'avons vu il y a un instant<sup>1191</sup>. Il s'agit donc de *life estates*, conditionnels au respect des charges féodales liées à la *tenure* et qui ne peuvent être cédés<sup>1192</sup>. Au début du XIII<sup>e</sup> siècle, un *estate in fee simple* est reconnu si la *tenure* est accordée en faveur du tenancier et de ses héritiers («*and his heirs*»)<sup>1193</sup>. La *tenure* passe alors au décès du tenancier à ses héritiers contre le paiement d'un *relief* au *overlord*<sup>1194</sup>. Toutefois, pour les tenanciers directs de la Couronne (*tenants-in-chief*), l'héritage de la *tenure* allait de paire avec celle d'un office public de haut rang, ce qui imposait un héritier unique désigné par primogéniture masculine au sein de la descendance du premier tenancier<sup>1195</sup>. À défaut de l'existence d'un tel héritier, la *tenure* retourne (*escheat*) au *overlord*<sup>1196</sup>. Ces règles désignant le successeur furent progressivement généralisées à toutes les *tenures* libres par les cours royales<sup>1197</sup>.

Or, l'impossibilité d'attribuer par testament ces *tenures* est un inconvénient sérieux au maintien économique – sans évoquer encore la déchéance sociale implicite – des autres membres survivants de la famille du *de cuius* (épouse, parents, filles, fils cadets, cousins, etc.)<sup>1198</sup>. Si l'héritier d'une *tenure* noble qui satisfait aux conditions sus-évo-

---

<sup>1189</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 62.

<sup>1190</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 62.

<sup>1191</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1192</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1193</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1194</sup> *Assize of Northampton* (1176), c. 4; *Magna Carta* (1225), 9 Hen. III, c. 2 (100 livres pour un comte, 100 marks pour un baron et 100 shillings pour un chevalier). Lorsque le *overlord* est la Couronne, le *relief* se nomme *primer seisin* et consiste en la contre-valeur d'une année des profits de la *tenure*. Voir FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 66.

<sup>1195</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10; POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 260-313; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 200, 240.

<sup>1196</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10 s.; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 72 s. et 245. Tel est toujours le cas en droit des successions anglais actuel: COOKE, p. 18.

<sup>1197</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, note n° 35, p. 10 s.; POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 260-313.

<sup>1198</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11; POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 314 ss.



quées est mineur, d'autres inconvénients émergent : le *overlord* peut s'approprier tous les profits de la *tenure* jusqu'à sa majorité et doit consentir à son mariage (consentement qui sera donné contre un paiement conséquent)<sup>1199</sup>.

Certes, le *Statute of Westminster III*, qui interdit toute nouvelle sous-inféodation<sup>1200</sup>, permet la cession de la *tenure* à un tiers – alors tenu de reprendre les devoirs féodaux et devenant le *tenant* du *overlord* – par un processus judiciaire coûteux et formel (*feoffment*) de transfert de la *seisin* en présence des deux parties sur la terre objet du transfert<sup>1201</sup>. Mais, à la rigidité de ce processus s'ajoute encore pour les *tenants-in-chief* une taxe (*fine*) due à la Couronne (à hauteur du tiers des profits annuels<sup>1202</sup>) et l'impossibilité de ne donner à l'opération qu'un effet futur (typiquement au décès du titulaire actuel)<sup>1203</sup>. Aussi, le *feoffment* n'est-il pas un moyen apte à suppléer aux inconvénients des règles successorales féodales<sup>1204</sup>.

Dès 1305, il est possible de transférer non pas la *tenure*, mais un *estate in reversion* ou *remainder*, c'est-à-dire une part temporelle de la *tenure* avec reprise à l'échéance soit par le cédant, soit (l'échéance pouvant être le décès du cédant) à une personne désignée par lui, pour autant que la possession effective soit également transmise avec l'*estate*<sup>1205</sup>. Cela offre certaines possibilités, mais la dernière condition est lourde de conséquences<sup>1206</sup>. Par ailleurs, cela ne permettra jamais avec certitude une reprise par un enfant à naître au moment du décès – clause d'abord prohibée, puis admise au XVI<sup>e</sup> siècle, mais demeurant précaire<sup>1207</sup>.

En sus de tous ces différents *estates* traditionnels, il faut ajouter le *leasehold estate* qui est extrêmement important en pratique.

De nos jours, l'immense majorité de la titularité des biens-fonds est attribuée en tant que *common socage tenure* directement par la Couronne et en la forme d'un *estate in fee simple*<sup>1208</sup>. Il s'agit de la position qui s'approche le plus du *dominium* romain en ce

<sup>1199</sup> *Magna Carta* (1225), 9 Hen. III, c. 3-6. FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 67 ss.

<sup>1200</sup> Cf. *supra* p. 180.

<sup>1201</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11.

<sup>1202</sup> *Statute* (1299), 27 Edw. I, c. 2. Voir FRATCHER, *Encyclopedia*, note n° 39, p. 11; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 71 et 89.

<sup>1203</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11 (et les références jurisprudentielles citées); DIGBY, p. 217 s. et 264.

<sup>1204</sup> Dans le même sens, FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11 (lequel évoque un double transfert de la *tenure* permettant d'obtenir un effet futur, cependant à un coût prohibitif); BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 67 ss.

<sup>1205</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11.

<sup>1206</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11.

<sup>1207</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 11.

<sup>1208</sup> COOKE, p. 21. Ainsi, le *tenant* «tient les terres for an estate in fee simple»: NICHOLAS, *Language*, p. 60.

sens que les droits du titulaire «*survivent à tous les autres droits*<sup>1209</sup>. » D'où le qualificatif d'*absolute* que l'on peut lui associer (*fee simple absolute*) pour marquer l'absence de toute condition suspensive ou résolutoire<sup>1210</sup>. Ce qui donne ainsi en forme complète «*tenant in free and common socage for an estate in fee simple absolute in possession*» que les juristes anglais ont l'habitude de résumer par *owner*<sup>1211</sup>.

§ 3. *Powers*. Il est également possible d'isoler le pouvoir de disposition des autres prérogatives rattachées à la titulature de la *tenure*<sup>1212</sup>. Ici encore, contrairement à l'approche que prendrait le juriste continental actuel, il ne s'agit pas d'accorder la jouissance et les fruits de la chose à un tiers – le propriétaire ne conservant que la nue-propriété –, mais bien plutôt de conférer à un tiers le pouvoir de disposer d'un *interest* qui n'est pas le sien<sup>1213</sup>; le schéma est inversé. Cet attribut particulier se nomme *power of appointment* et reçoit en principe – lorsqu'il est accordé dans sa forme la plus générale et permet au titulaire de se désigner lui-même – le même traitement juridique qu'un *vested interest*<sup>1214</sup>. Tel n'est toutefois pas le cas dans l'hypothèse (fréquente) où un père accorde à son fils, à l'occasion de son mariage, un *life interest* lequel doit revenir à son décès à l'un de ses enfants selon ce qu'il décidera<sup>1215</sup>. Il s'agit ici d'un *special power of appointment* et la position du fils ne s'assimile aucunement à un *interest*<sup>1216</sup>.

§ 4. *Trusts*. Cette dernière forme de division de la propriété consiste non plus à partager l'intégralité de la jouissance en fonction du temps – ce que permet les *estates* –, mais à isoler la jouissance et les fruits, d'une part, des charges et de la gestion des biens, d'autre part<sup>1217</sup>. Autrement dit, il s'agit de partager le «contenu de la propriété» tant dans ses aspects positifs que négatifs<sup>1218</sup>. Il y a donc une dissociation fonctionnelle rendue possible par l'institution des *trusts*<sup>1219</sup>. Cette nouvelle fragmentation de la propriété constitue également un *estate* dit *equitable estate* par opposition aux *legal estates* que nous avons examinés jusqu'à présent. En vertu de ce seul mécanisme déjà, la fragmentation dont il est question ne peut se concevoir dans un système de droit des

---

<sup>1209</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60.

<sup>1210</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 60 s.

<sup>1211</sup> PIERRE, p. 247.

<sup>1212</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1213</sup> LAWSON, p. 29. Ce dernier rapproche donc plutôt cette construction des droits d'emption, préemption ou réméré, toute proportion gardée puisqu'au-delà des différences évidentes, en droit continental, il ne s'agit pas de droits absolus. En droit suisse, une annotation au registre foncier permet néanmoins de créer une opposabilité *erga omnes*.

<sup>1214</sup> LAWSON, p. 29.

<sup>1215</sup> LAWSON, p. 29 s.

<sup>1216</sup> LAWSON, p. 30.

<sup>1217</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63.

<sup>1218</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63.

<sup>1219</sup> LAWSON, p. 30.

biens fondé sur le droit romain<sup>1220</sup>. Par ailleurs, elle se trouve être depuis 1925 le seul contexte en droit anglais dans lequel toutes les variantes de partage de la propriété peuvent encore être librement utilisées<sup>1221</sup>.

Cette institution – le lecteur le sait depuis notre introduction générale – est en raison de sa vivacité l'un des points d'intérêts principaux de notre étude et nous y consacrons ci-dessous une analyse approfondie.

§ 5. En raison de l'immobilisme créé par ces multiples divisions de la propriété, il a été jugé que l'aliénation du *fee simple* devait être rendue possible par le titulaire effectif de la possession du bien-fonds, même s'il n'est pas le titulaire du *fee simple*<sup>1222</sup>. C'est ce que permet le *Settled Land Act* de 1882<sup>1223</sup>. L'aliénation est possible, mais la contrepartie pécuniaire reçue ne revient pas au possesseur. Elle est mise en *trust* afin de respecter les droits de chacun des titulaires<sup>1224</sup>. Il y a ainsi subrogation patrimoniale<sup>1225</sup>. Depuis les *acts* de 1925, le principe de la subrogation patrimoniale en cas d'aliénation a été généralisé à toutes les masses de biens: le *trustee* ayant ainsi par principe le *legal fee simple*<sup>1226</sup>.

L'absence formelle de *numerus clausus* laisse une grande liberté à l'imaginaire des particuliers (malgré les dispositions du *Law of Property Act 1925*<sup>1227</sup>), les limites émanant néanmoins des formules contraignantes à respecter pour transférer et accorder des *interests* permettent d'assurer une circulation minimum des biens-fonds<sup>1228</sup>: «[...] un intérêt public plus large est en jeu lorsqu'il s'agit de décider si ce droit est apte à lier des personnes tierces<sup>1229</sup>.» Ainsi, MCFARLANE explique: «La conception doctrinale donnant force à cet intérêt public plus large est le principe du *numerus clausus*: premièrement si le droit de B revêt une forme particulière d'effet sur une tierce personne, il doit s'agir d'un droit patrimonial legal ou equitable; deuxièmement, le droit de B ne peut être compris comme un tel droit que si son contenu corres-

<sup>1220</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 82 («*Finally there could be no distinction between the legal and equitable estate. In other words one could not dissociate the owner's powers of management from his rights of enjoyment, and vest the former in a trustee, and the latter in a beneficiary.*»).

<sup>1221</sup> LAWSON, p. 30.

<sup>1222</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1223</sup> 45 & 46 Vict., c. 38. LAWSON, p. 31.

<sup>1224</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1225</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1226</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1227</sup> MCFARLANE, p. 2, note n° 3.

<sup>1228</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 27: «*It is obviously a marked characteristic of the common law of property that it makes much more extensive use of abstractions than the civil law, and that Common Law lawyers encounter no difficulty in using them in the most flexible way.*»

<sup>1229</sup> Notre traduction de MCFARLANE, p. 2: «*[...] a wider public interest is at stake in deciding if that right is capable of binding third parties.*»

*pond au nombre limité de droits actuellement reconnus en tant que droits patrimoniaux legal ou equitable*<sup>1230</sup>.»

En 1925 toujours, les *legal interests* furent grandement simplifiés. L'on distingue désormais entre les *limited interests in land* qui ne peuvent pas être séparés du bien-fonds sans perdre toute valeur et les autres *interests*<sup>1231</sup>. Parmi ces derniers ne sont *legal* que les *future interests* (*fee simple, servitudes, leases* ou *mortgages*), tous les autres étant désormais *equitable*<sup>1232</sup>.

§ 6. En guise de conclusion, nous pouvons relever que ce que nous venons de dire du droit des biens anglais reste très largement actuel. Ainsi, «*La doctrine of estates est également toujours avec nous, quoiqu'en une forme qui serait difficilement intelligible pour un juriste médiéval. Mais bien que la nature fondamentale de ces deux doctrines soit expliquée dans les traités modernes principaux de droit foncier, les estates n'exercent plus la même fascination qu'autrefois, et les tenures sont peu discutées*<sup>1233</sup>.»

Aussi, comme nous avons pu en tirer le constat à propos du droit continental, le droit anglais demeure d'une extrême flexibilité et d'une grande capacité d'abstraction: «*Il s'agit à l'évidence d'une marque caractéristique du droit des biens de common law de faire un usage bien plus extensif des abstractions que le droit civil, et les juristes de common law ne rencontrent aucune difficulté à les utiliser de la plus flexible des manières*<sup>1234</sup>.» Ce qui en est l'une des caractéristiques et l'atout principal. La contrepartie à cela est évidemment un droit plus complexe à appréhender du point de vue du juriste moderne, continental ou anglais: «*D'un côté, [les difficultés] proviennent du fait que le droit des biens est, non seulement la partie la plus spécifiquement anglaise de la [sic] Common law, mais aussi la partie la plus rigoureusement abstraite et de l'autre, de l'absence d'intérêt parmi les Anglais, surtout peut-être parmi les hommes de loi, pour les grands systèmes, pour les analyses où tout se trouve à sa place et seulement à sa place*<sup>1235</sup>.»

---

<sup>1230</sup> MCFARLANE, p. 2: «*The doctrinal concept giving force to this wider public interest is the numerus clausus principle: first if B's right is to have a particular form of third part effect, it has to be a legal or equitable property right; secondly, B's right can count as such a right only if its content matches that of the limited number of rights currently recognised as legal or equitable property rights.*»

<sup>1231</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1232</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1233</sup> Notre traduction de SIMPSON, p. 1: «*The doctrine of estates too is still with us, though in a guise which would hardly be intelligible to a medieval lawyer. But although the fundamental nature of these two doctrines [of estates and of tenure] is avowed in the leading modern textbook on real property, estates no longer have the fascination that once they had, and tenure is little discussed.*»

<sup>1234</sup> LAWSON, p. 32.

<sup>1235</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 55.

Ce qui permet à l'observateur de bien comprendre le droit des biens anglais, c'est l'approche objective des différentes prérogatives qui doivent être considérées comme des éléments objectifs: «*Toutes ces abstractions variées sont des éléments d'un vaste ensemble de valeurs et sont intelligibles uniquement dans la mesure où le droit des biens est traité en tant qu'un droit du patrimoine. Bien sûr il y a une autre manière d'observer le droit des biens, c'est-à-dire en tant qu'un droit régissant les intérêts dans et en relation avec les objets physiques. En Angleterre, l'effet de la législation de 1925 a été de maintenir ces deux aspects du droit des biens séparés, et de faire ressembler le droit des objets physiques, y compris fonciers, au droit civil*<sup>1236</sup>.»

### C. Le développement historique de la notion de trusts en droit anglais

Malgré les nombreuses similarités entre le droit féodal des deux côtés de la Manche, les particularités procédurales du Moyen Âge anglais donnent vie à une institution inconnue du continent. Elle est la fierté des juristes anglais: «*Si l'on nous demandait qu'elle est le plus grand et le plus distinctif accomplissement atteint par les Anglais dans le domaine de la science juridique, je ne peux, en effet, pas imaginer que l'on ait de meilleure réponse à donner que le développement de siècle en siècle de l'idée du trust*<sup>1237</sup>.»

Issus de la pratique, les trusts se développent progressivement au gré de la jurisprudence de la *Court of Chancery*. Il fut donc d'emblée délicat d'en arrêter les contours exacts. Et alors que l'institution a pris sa forme actuelle au XVII<sup>e</sup> siècle, exposer une définition précise reste ardu quatre siècles plus tard – non seulement pour les juristes de tradition continentale, mais également pour les juristes anglais.

Nous commencerons par retracer les origines du concept (*I*), qui ne peut être compris que dans son contexte féodal et jurisprudentiel<sup>1238</sup>, puis nous tenterons de synthétiser

<sup>1236</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 32: «*All these various abstractions are elements in a vast calculus of values and are intelligible only in so far as the law of property is treated as a law of wealth. Of course there is another way of looking at the law of property, i.e., as a law governing interests in and dealings with physical objects. In England the effect of the 1925 legislation has been to keep these two aspects of property law apart, and to make the law of physical objects, including land, resemble civil law.*»

<sup>1237</sup> Notre traduction de MAITLAND, *Selected essays*, p. 129: «*If we were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence I cannot think that we should have any better answer to give than this, namely, the development from century to century of the trust idea.*»

<sup>1238</sup> SWADLING, n° 4.141 («*The institution of trust is a product of the courts of equity, above all the Court of Chancery. It cannot be understood without some knowledge of the historical origins of that jurisdiction.*»); WATERS, p. 176 («*The use as a doctrinal concept must be seen in the context of its time; [...].*»).

ce qu'il faut entendre par *trusts* (2), avant d'en établir, plus techniquement, la nature juridique (3).

## 1. Les origines et le développement des trusts

§ 1. Nous avons évoqué certains événements dans notre aperçu de l'histoire du *common law* et allons maintenant pouvoir en mesurer l'importante utilité dans la compréhension de l'institution des *trusts* et de celle qui les a précédés qui se nomme les *uses*<sup>1239</sup>. WATERS exprime cela en ces termes: «*Nous arrivons à présent à la question, à prendre dans les circonstances de l'époque, demandant pourquoi le 'use' est apparu et pourquoi il n'a pas été exprimé dans les termes d'un contrat, d'un mandat ou d'un dépôt plutôt qu'en la forme conceptuelle que le 'use' a en réalité prise. Pour comprendre cela, nous devons réaliser que le 'use' est apparu exclusivement dans le contexte du droit foncier médiéval anglais*<sup>1240</sup>.» KEETON ajoute: «*[...] il est pratiquement impossible d'expliquer la nature d'un trust sans discuter la nature de l'intervention equitable, et les raisons historiques de l'extension de ce qui était intrinsèquement une obligation fondée sur une confiance personnelle vers un large intérêt patrimonial qui, toutefois, est toujours resté en-dessous du qualificatif de droit in rem, à tout le moins jusqu'à ce que le législateur intervienne en 1925*<sup>1241</sup>.»

§ 2. L'histoire des *trusts* proprement dite ne commence pas avant l'année 1535. Pour en comprendre la raison – et justifier une date aussi précise –, il nous faut remonter deux siècles en amont. C'est en effet à cette époque qu'est acquise la protection judiciaire d'une première institution qui permet de séparer, d'une part, la jouissance d'un bien et, d'autre part, les charges et contraintes qui y sont attachées; ce sont les *uses*<sup>1242</sup>. Il faut dire que le *common law* est alors un droit hautement procédural, fondé sur diverses actions en justice prédéterminées, et qui apparaît rapidement comme particulièrement

---

<sup>1239</sup> Notons que les auteurs issus du *common law* se rangent également à une telle approche «circostantielle», plutôt qu'à une étude dogmatique cherchant à établir un lien logique entre institutions juridiques issues de différentes traditions. Autrement dit, en matière de *trusts*, la méthode historique est préférée à la méthode comparative, ce qui est une indication de la spécificité de l'institution. Cela n'a pas toujours été le cas; nous y reviendrons plus loin. Voir WATERS, p. 164.

<sup>1240</sup> Notre traduction de WATERS, p. 177: «*We come now to the question, given the circumstances of the times, as to why the 'use' arose, and why it was not expressed in terms of agreement, agency, or deposit rather than the conceptual form which the use did in fact take. To understand this we have to realize that the 'use' occurred exclusively within the context of English mediaeval land law.*»

<sup>1241</sup> Notre traduction KEETON, *The Law of Trusts*, p. 2 s.: «*[...] it is almost impossible to explain the nature of a trust without discussing the nature of equitable intervention, and the historical reasons for the extension of what was in essence an obligation depending upon personal confidence into a wide interest in property which, however, has always stopped short of turning into a right in rem, at all events until the legislature intervened in 1925.*»

<sup>1242</sup> WATERS, p. 164; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9.

rement rigide et inapte, de la sorte, à répondre aux évolutions sociales les plus récentes<sup>1243</sup>. Or, nombreux sont les enjeux qui doivent être adressés.

Le premier est celui pour les tenanciers d'assurer la transmission de leur tenure à leur famille (en particulier au conjoint survivant) et aux générations suivantes (masculines ou féminines)<sup>1244</sup>. Cette volonté est néanmoins contrariée par les règles de primogéniture masculine qui retournent (*escheat*) la tenure au seigneur en l'absence d'enfant mâle du tenancier et l'interdiction féodale des testaments, les risques liés aux conflits politiques internes de briser le serment de fidélité et de perdre sa tenure en faveur de la Couronne (*forfeit*)<sup>1245</sup>; tout cela, par exemple, fait du départ pour les croisades une entreprise d'autant plus aventureuse<sup>1246</sup>. Le deuxième enjeu concerne, dès le XII<sup>e</sup> siècle, la métamorphose de la société militaire établie par WILLIAM LE CONQUERANT en un « *système de propriété foncière rigide fondé sur une structure de classes au sein de la société civile*<sup>1247</sup> », sans qu'en parallèle n'évolue de façon significative le droit des biens<sup>1248</sup>; et cette situation perdurera jusqu'en 1925 (!), comme nous l'avons relevé précédemment<sup>1249</sup>. Les *incidents* des *knight tenures* permettent notamment au *overlord* d'exiger une taxe lors d'un changement de tenancier, de s'approprier les bénéfices de la tenure pendant la minorité des héritiers, d'obtenir une contribution de ses vassaux à la dot de sa fille ainée, etc.<sup>1250</sup>. Le troisième enjeu concerne les moines de l'ordre franciscain – arrivés en Angleterre en 1224<sup>1251</sup> – dont le vœu de pauvreté leur interdit d'être eux-mêmes tenanciers, quoiqu'il leur soit nécessaire et utile de pouvoir jouir des moyens essentiels à leur ordre<sup>1252</sup>. Nous retrouverons à la même époque, mais sur le continent, cet ordre religieux; ce qui sera l'occasion d'en dire un peu plus sur son importance en notre ma-

<sup>1243</sup> Situation qui atteint son paroxysme vers l'an 1400. Voir WATERS, p. 168.

<sup>1244</sup> WATERS, p. 169.

<sup>1245</sup> WATERS, p. 169 ss; SIMPSON, p. 174. Voir déjà SANDERS, p. 21 s.

<sup>1246</sup> WATERS, p. 169 ss; SIMPSON, p. 174; MAITLAND, *Uses*, p. 129 s.

<sup>1247</sup> « *By 1200 therefore William of Normandy's concept of a feudal society was changing into a static, class-structure system of land owning within a civil society.* »: WATERS, p. 172.

<sup>1248</sup> WATERS, p. 172. Les principes régissant la matière reposent donc encore sur des fondements disciplinaires et militaires, pourtant depuis longtemps disparus: Voir SIMPSON, p. 2.

<sup>1249</sup> WATERS, p. 172. HOLDSWORTH, *Volume III*, p. 275.

<sup>1250</sup> WATERS, p. 171.

<sup>1251</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9.

<sup>1252</sup> WATERS, p. 169; SIMPSON, p. 174; KIRKPATRICK, p. 217 (« *Certains font remonter les origines du 'trust' au treizième siècle. À cette époque, les moines mendiants (dominicains et franciscains) possédaient des terres en vue de la construction d'églises, d'hôpitaux, d'écoles, et étaient soucieux de dissimuler leur qualité de propriétaires, qui aurait pu être jugée peu compatible avec leurs vœux de pauvreté et attirer l'attention des princes sur les inconvénients de la main morte. Ils auraient ainsi conçu l'idée de transférer leurs biens à des personnes de confiance, qui apparaissaient à l'égard des tiers comme les véritables propriétaires, mais s'engageaient à affecter les biens à l'usage ('to the use') spécifié par ceux qui les leur avaient confiés: d'où le nom de «use» d'abord donné à l'institution.* »); MAITLAND, *Uses*, p. 130.

tière<sup>1253</sup>. De même, il arrive souvent que les ecclésiastiques de tout ordre reçoivent un *estate* à des fins précises (financer une bibliothèque, par exemple) et il est utile de pouvoir garantir la continuité d'une telle affectation<sup>1254</sup>.

Aussi, pour parer aux désavantages des règles féodales régissant les *tenures*, les tenanciers entreprirent-ils de transférer la titularité formelle de leur *tenure* à plusieurs tiers en leur faisant promettre de laisser le bénéfice des utilités y attachées à des personnes désignées ou dans un but déterminé<sup>1255</sup>. Cela se rencontre dès les premières années qui suivent la Conquête, devient relativement courant dès le XII<sup>e</sup> siècle et représente l'essentiel des mutations foncières en Angleterre dès le XIV<sup>e</sup> siècle<sup>1256</sup>. Concrètement, un *use* permet donc à A de transférer un bien-fonds à B au bénéfice de A ou C<sup>1257</sup>: «[...] *le récipiendaire tient le bien pour le bénéfice (ad opus) du demandeur en tant que beneficiary. Ad opus* signifie que le bien devait fonctionner en faveur du *beneficiary*. *Ad opus* signifie que le bien devait fonctionner en faveur du *beneficiary*»<sup>1258</sup>. Selon MAITLAND, le mot *use* est précisément dérivé du mot *opus* (*oepe*)<sup>1259</sup>. La formule «*ad opus*», puis «*ad opus et ad usum*» ou «*ad usum*», constitue la première trace écrite de ce qui deviendra le *use*<sup>1260</sup>: «[...] *L'essence de ce qui est fait est un transfert de seisin du transférant au récipiendaire et l'établissement d'obligations sur la personne qui reprend ainsi la seisin*»<sup>1261</sup>. L'opération de transfert de la propriété est une cérémonie formelle nommée *feoffment to uses*: le transférant est nommé le *feoffor*, le nouveau titulaire de la *tenure* est le *feoffee to uses*, enfin le bénéficiaire est le *cestui que use*<sup>1262</sup>. L'appellation du bénéficiaire est issue d'une vieille formule française dont la version longue est «*cestui a que use le feoffment fuit fait*»;

---

<sup>1253</sup> Cf. *infra* p. 264.

<sup>1254</sup> MAITLAND, *Uses*, p. 130.

<sup>1255</sup> WATERS, p. 173.

<sup>1256</sup> Il est ainsi possible de trouver des *uses* dans le Domesday Book, dans le *Curia Regis Roll* (1222), 6 Hen. III., dans le *Statute* (1384), 7 Ric. II, c. 12. Voir SIMPSON, p. 173; DIGBY, p. 315 et 318; POLLOCK/MAITLAND, *Volume II*, p. 228, 231, 234; MAITLAND, *Uses*, p. 129 et 132 ss (qui rapporte de nombreuses sources primaires); MAITLAND, *Uses*, p. 127 ss; PUCKNETT, p. 575 s.; SANDERS, p. 26.

<sup>1257</sup> La formule usuelle en doctrine est la suivante: «*A enfeoffes B of Blackacre to the use of C*», *Blackacre* étant la désignation fictive usuelle d'une *tenure* foncière. Voir WATERS, p. 161; SIMPSON, p. 175; DIGBY, note n° 2, p. 320 et p. 325.

<sup>1258</sup> Notre traduction de WATERS, p. 175: «[...] *the transferee held the property for the benefit of (ad opus) the plaintiff as beneficiary. Ad opus means that the property was to work for the beneficiary.*»

<sup>1259</sup> Il n'a ainsi par contre aucun lien avec le mot latin *usus*, son origine peut au contraire être tracée dans les droits barbares: MAITLAND, *Uses*, p. 127 et 131. Voir aussi DIGBY, p. 318.

<sup>1260</sup> DIGBY, note n° 2, p. 318; MAITLAND, *Uses*, p. 127.

<sup>1261</sup> Notre traduction de WATERS, p. 175: «[...] *the essence of what is being done is a transfer of seisin from the transferor to the transferee and the imposition of obligations upon the person who so takes seisin.*»

<sup>1262</sup> WATERS, p. 183; SIMPSON, p. 173; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9; DIGBY, p. 325.



raccourcie elle devient ainsi *cestui que use*, avec le plaisant pluriel de *cestui que usent*<sup>1263</sup>.

C'est donc le *feoffee to uses* qui devient le seul titulaire de l'*estate* (c'est-à-dire du *legal estate*)<sup>1264</sup>. La promesse implique en principe un comportement passif du *feoffee to use* qui, une fois investi de la *seisin*, se doit simplement de tolérer l'usage de la *tenure* et le prélèvement des fruits par le *cestui que use*<sup>1265</sup>. Ces *passives uses* sont de loin les plus fréquents jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle (ainsi que les plus importants dans l'histoire des *trusts*)<sup>1266</sup>. Mais, il est aussi possible d'exiger du *feoffee to uses* qu'il défende en justice le titre légal dont il est saisi, qu'il transfère ce titre conformément aux indications du *feoffor*, respectivement du *cestui que use*, ou encore qu'il assure la gestion active des terres sujettes au *use* (*active use*)<sup>1267</sup>. Légalement le titulaire est bien le *feoffee to uses*, mais la valeur économique (*the beneficial enjoyment*) qui y est inhérente est distraite de sa *tenure* pour être attribuée au *cestui que use*<sup>1268</sup>.

Très vite après leur arrivée en Angleterre, les moines franciscains utilisent ainsi communément les *uses* par l'intermédiaire des *boroughs communities*<sup>1269</sup>. Cela remplit ainsi à la perfection le vœux de pauvreté des moines de l'ordre franciscain<sup>1270</sup>. Ce sont les premiers à utiliser les *uses* à large échelle et ils contribuent ainsi grandement à leur développement, nous explique MAITLAND<sup>1271</sup>. Après 1279, l'usage se répand également aux autres ordres religieux qui souffrent des mesures royales interdisant le transfert de tenures en leur faveur<sup>1272</sup>. Les *uses* sont ainsi une invention des praticiens – non pas d'un législateur ou des juges.

Attribuer la tenure à plusieurs personnes permet également de parer aux taxes et autres prérogatives féodales liées au décès d'un *tenant*: la *tenure* se maintient par accroissement (*ius adcrendi*) dans la *seisin* des survivants et il suffit au *cestui que use* d'exiger des *feoffees to uses* qu'ils se maintiennent à un nombre suffisant pour éviter toute

<sup>1263</sup> SIMPSON, p. 173 s.

<sup>1264</sup> SIMPSON, p. 174; LAWSON, p. 183; DIGBY, p. 325; MAITLAND, *Uses*, p. 130.

<sup>1265</sup> SIMPSON, p. 174 (qui relève que le *cestui que use* est ainsi parfois nommé « *the pemor of profits* »); WATERS, p. 183.

<sup>1266</sup> SIMPSON, p. 174.

<sup>1267</sup> WATERS, p. 183 et 193; SIMPSON, p. 174.

<sup>1268</sup> WATERS, p. 184; SIMPSON, p. 174.

<sup>1269</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9; MAITLAND, *Uses*, p. 130. Voir aussi les sources primaires rapportées par ce dernier (*Uses*, p. 135 s.).

<sup>1270</sup> SIMPSON, p. 174.

<sup>1271</sup> MAITLAND, *Uses*, p. 130 et 136.

<sup>1272</sup> *Le Statute of Mortmain* (1279), 7 Edw. I, c. 2., interdit en effet tout transfert en faveur d'un ordre religieux. Voir FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9; DIGBY, p. 316; BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 271.

éventualité d'*escheat propter defectum sanguinis*<sup>1273</sup>. De la sorte, les prélèvements patrimoniaux (*incidents*) ne sont plus dus et le risque d'*escheat* ne peut se manifester<sup>1274</sup>. En fait, les avantages issus de la terre – rentes, fruits, statut social – sont parfaitement séparés des interférences ou désavantages liés à une tenure<sup>1275</sup>. De la même façon, le comportement du *cestui que uses* et les événements ponctuant son existence ne sont pas captés par le droit applicable au *legal estate* (soit le *common law*); un crime ou une trahison du *cestui que use* ne peut entraîner la *forfeiture* de la *tenure* du *feoffee que uses*<sup>1276</sup>.

Ces avantages ne sont possibles qu'en raison de la rigidité du *common law* qui ne parvient pas à intégrer cette construction en raison des *doctrines of tenure, seisin et estates* que nous avons déjà expliquées: la séparation de la jouissance du bénéficiaire d'une *tenure* de la titulature de son *legal title* n'entre pas dans la prévision du droit<sup>1277</sup>. Aussi n'y a-t-il en *common law* aucune action judiciaire portant spécifiquement sur la protection de la jouissance de la *tenure*; en effet, dans la mesure où le *beneficial interest* ne peut être distingué de la *seisin*, les actions protégeant cette dernière sont suffisantes à protéger la jouissance elle-même<sup>1278</sup>. Le *cestui que use* se trouve donc dépourvu en principe de toute protection judiciaire. Limitativement, l'on admet de le protéger avec les actions accordées à un possesseur, mais cela ne lui est d'aucun secours pour exiger la possession de terres qu'il n'a jamais reçues du *feoffee to uses* – et même s'il a perdu la possession, le *common law* n'accorde par principe que des dommages-intérêts et non la remise en possession<sup>1279</sup>. Le *Register of Writs* n'offre ainsi aucune action satisfaisante<sup>1280</sup>.

La promesse donnée en contrepartie ne constitue cependant, avant 1350, qu'une simple obligation morale (voire religieuse)<sup>1281</sup>. Il semblerait que, malgré leur fréquent usage, les *uses* n'étaient pas suffisamment entrés dans les mœurs pour que le *common law* les appréhende en tant que tels<sup>1282</sup>. Un *feoffee* est ainsi «*lié par l'honneur, mais*

---

<sup>1273</sup> WATERS, p. 174; SIMPSON, p. 182 s.; FRATCHER, *Encyclopedia*, note n° 24, p. 9; HOLDSWORTH, *Volume IV*, p. 421 s.; PLUCKNETT, p. 580.

<sup>1274</sup> WATERS, p. 173 s.; SIMPSON, p. 174 s. et 182 s.; DIGBY, p. 320.

<sup>1275</sup> WATERS, p. 183; DIGBY, p. 319 («*The use of lands came to be regarded as an interest wholly distinct from the legal estate, and free from all the burdens which attached to the tenancy at common law.*»).

<sup>1276</sup> SIMPSON, p. 183; DIGBY, p. 320.

<sup>1277</sup> SIMPSON, p. 175.

<sup>1278</sup> SIMPSON, p. 175.

<sup>1279</sup> SIMPSON, p. 175 s.

<sup>1280</sup> SIMPSON, p. 175 s.

<sup>1281</sup> DIGBY, p. 315 et 320. Elle a pu être à ce titre protégée par des cours ecclésiastiques, dans la limite de leur compétence: MAITLAND, p. 130.

<sup>1282</sup> Ils ont pu être, dans certaines situations, considérés comme une donation conditionnelle (*gift upon condition*) ou un *covenant* (sorte de *pactum de non petendo* par lequel on s'engage à une abstention). Voir MAITLAND, p. 130 s.

*hors de portée du droit*<sup>1283</sup>. » Ce dernier reçoit donc la *tenure* «en confiance» («*in trust and confidence*») <sup>1284</sup>. Le risque est donc si patent – à l’instar de celui d’un contrat fiduciaire moderne – que l’on a tendance à désigner des membres du clergé ou d’éminents juristes comme *feoffee to uses*<sup>1285</sup>.

Cela n’est à l’évidence pas satisfaisant. Il est nécessaire que le *cestui que use* puisse avoir un moyen d’action à l’encontre du *feoffee to uses* et que cela impose à ce dernier un comportement conforme à la confiance placée en lui – et non pas seulement un paiement de dommages-intérêts<sup>1286</sup>. L’intervention de la justice royale est demandée en la personne du *Lord Chancellor* dont la juridiction prend alors de l’importance<sup>1287</sup>. Ce dernier n’intervient pas en vertu du *common law*, mais se fonde sur la bonne conscience (*principle of conscience*) et le corps de règles formé par l’*equity*<sup>1288</sup>. Son intervention se justifie par le fait que la pratique extrêmement répandue des *uses* confine au statut de coutume et englobe d’importants intérêts qui requièrent l’attention de la Couronne<sup>1289</sup>. La plus ancienne décision protectrice d’un *cestui que use* qui nous soit parvenue, *Myrfyn v. Fallan*, date de 1446<sup>1290</sup>. Bien que la naissance de ces procédures demeure obscure, il est certain qu’il ne s’agit pas de la première occurrence<sup>1291</sup>. L’on admet que la protection du *Lord Chancellor* est progressivement acquise au milieu du XIV<sup>e</sup> siècle<sup>1292</sup> et devient usuelle, ainsi que systématisée, au cours du XV<sup>e</sup> siècle<sup>1293</sup>. Il existe dès lors un *writ of subpeona* autorisant le *beneficiary* à agir contre le *feoffee to uses* qui n’exécute pas ce à quoi il s’est engagé ou agit contrairement à ses intérêts, notamment en transférant la *seisin*<sup>1294</sup>. Nous l’avons dit, le *Lord Chancellor* dispose de moyens coercitifs puisqu’il peut adjoindre à ses décisions la menace d’un

<sup>1283</sup> SWADLING, n° 4.143. Voir aussi SIMPSON, p. 176.

<sup>1284</sup> SIMPSON, p. 176; DIGBY, p. 315.

<sup>1285</sup> WATERS, p. 174; SIMPSON, p. 182 s. Cela permet aussi d’écarter le risque d’*escheat propter delictum tenentis*.

<sup>1286</sup> MAITLAND, p. 131.

<sup>1287</sup> SWADLING, n° 4.143; DIGBY, p. 321 et 324.

<sup>1288</sup> SIMPSON, p. 176; KIRALFY, *Potter’s Historical Introduction*, p. 578 (qui précise que l’argument de la moralité figure en bonne place dans les *petitions* sous les formules: «*right and reason*», «*reason and good faith*», «*law right and conscience*»).

<sup>1289</sup> DIGBY, p. 324 s.

<sup>1290</sup> SIMPSON, p. 176 s.

<sup>1291</sup> SIMPSON, p. 176 s.; DIGBY, p. 324. L’on a ainsi connaissance avec certitude d’une décision un peu ultérieure à 1393 (DIGBY, p. 325). Notons que la juridiction ecclésiastique – qui ne s’étend pas aux affaires patrimoniales ne touchant que des laïcs – fut toujours prête à reconnaître et protéger une obligation morale (DIGBY, p. 315 s.). Or, nous l’avons dit, les *Lords Chancellors* sont des hommes d’Église jusqu’au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle. DIGBY (p. 324) fait le lien avec l’obligation morale du *feoffee to uses*: «*The obligation being one morally binding, resting on good conscience and good faith, would fall within his cognizance as an ecclesiastic.*»

<sup>1292</sup> SWADLING, n° 4.143; WATERS, p. 161 et 173 s.; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 15 s.

<sup>1293</sup> DIGBY, p. 325; SANDERS, p. 61.

<sup>1294</sup> WATERS, p. 175; DIGBY, p. 325; SANDERS, p. 66.

emprisonnement et ainsi forcer l'exécution d'un comportement actif<sup>1295</sup>. La promesse devient donc obligatoire. Il s'agit d'une première étape déterminante dans la formation des *trusts*<sup>1296</sup>.

Comment le *Lord Chancellor* qui – si puissant soit-il – représente les intérêts de la Couronne peut-il accorder une action au *beneficiary* que le *common law* lui dénie? Les principes généraux régissant son intervention s'affermisssent dès la fin du XV<sup>e</sup> siècle<sup>1297</sup>. Politiquement et pour la continuité de son office, il ne peut contrevenir aux principes cardinaux du droit foncier anglais qui repose sur un système de *tenures* dépendantes en toutes circonstances du roi<sup>1298</sup>. Il lui faut donc se départir le moins possible des règles usuelles qui s'imposent<sup>1299</sup>. Sont donc reprises les *doctrines of tenure* et *of estates*<sup>1300</sup> que nous avons déjà expliquées. Le *feoffor to uses* transfère au *cestui que use*, nous l'avons dit, la jouissance dont il est lui-même titulaire en vertu de son titre légal. Aussi, la jouissance équitable du *cestui que use* doit-elle être le «miroir» de la jouissance légale découlant de l'*estate* en mains du *feoffor to uses*<sup>1301</sup>. En conséquence, le *cestui que use* est lui aussi titulaire d'un *estate*<sup>1302</sup>, usuellement qualifié d'*equitable interest*<sup>1303</sup>. Ainsi, WATERS explique que «le use, [...], devait adopter la forme et le contenu de l'estate duquel il était dérivé<sup>1304</sup>.» La position du *cestui que use* est donc une réplique en *equity* de celle du *feoffee to uses* en *common law*<sup>1305</sup>.

---

<sup>1295</sup> SIMPSON, p. 176; DIGBY, p. 325 s. Selon KIRKPATRICK (p. 219), il s'agissait en 1964 du dernier cas en Angleterre d'emprisonnement pour dettes.

<sup>1296</sup> KIRKPATRICK, p. 217 («Mais le facteur décisif de la formation du 'trust', avec sa physionomie juridique actuelle, se situe à la fin du quatorzième siècle.»).

<sup>1297</sup> SIMPSON, p. 176 s.

<sup>1298</sup> WATERS, p. 178.

<sup>1299</sup> HARGREAVES/GROVE/GARNER, p. 44 («Any solution to the problem which the medieval lawyers could evolve must necessarily conform to the universe of tenure in which they lived.»).

<sup>1300</sup> WATERS, p. 178; DIGBY, p. 327 s.

<sup>1301</sup> WATERS, p. 184 («In recognizing and enforcing the use, something which common law courts could not doctrinally do, the Chancellor had to appreciate that he was enforcing a quantum of enjoyment that was a mirror of the quantum of the feoffee's estate.»).

<sup>1302</sup> WATERS, p. 184 («In other words the only route open to the Chancellor in recognizing the use was to adopt the very same doctrine of estates that had existed at law, since the time of the Conquest, as the measure of the economic value of a land holding. [...], it was evident that the use beneficiary's holding was a mirror of the legal estate.»); LAWSON, p. 30 («[...] estate because it could be subjected to the same process of fragmentation along the plane of time as the legal estate in the land.»); DIGBY, p. 328.

<sup>1303</sup> *Interests* et *estates* sont pratiquement synonymes. Un *estate* désigne plus spécialement une situation juridique qui offre à son titulaire la *possession*. De plus, le *Law of Property Act 1925* désigne par le mot *interest* toute institution qualifiée d'*equitable*.

<sup>1304</sup> Notre traduction de WATERS, p. 184 s.: «the use, [...], had to take the form and content of the estate upon which it was grafted.» Dans le même sens, SIMPSON, p. 182 («It seems clear that he [the Chancellor] allowed equitable estates to be moulded in imitation of common-law estates, [...].»).

<sup>1305</sup> SANDERS, p. 67 ss («[...] have endeavoured, in many respects, to render the estate of cestui que trust upon the same footing as a legal estate.»).

Qualitativement, il s'agit de la même chose. Ainsi, les règles successorales applicables sont identiques<sup>1306</sup>. Sans doute, les juristes continentaux auraient-ils qualifié cette institution, s'ils l'avaient connue dans leur droit, de double domaine. Il n'est pas question en effet de voir la position du *cestui que use* comme dérivant de celle du *feoffee to uses* – telle une servitude ou une charge par rapport à une propriété –<sup>1307</sup>; il s'agit d'un intérêt concurrent qui attrait toute la valeur économique de la tenure sans laisser ne serait-ce qu'une expectative à en retrouver une portion pour le *feoffee to uses*<sup>1308</sup>. La nature juridique des *uses* et leur sanction judiciaire ainsi clairement déterminées, l'intérêt du *cestui que use* peut recevoir le qualificatif de nouvelle forme de propriété (divisée)<sup>1309</sup>.

L'instrument des *uses* est d'une extrême flexibilité. Il est en effet possible pour le *feoffor* de se désigner lui-même en tant que *cestui que use* ou de désigner son épouse (alors que les femmes mariées n'ont pas la possibilité de disposer d'un patrimoine distinct en *common law*)<sup>1310</sup>. De même, le *feoffor* peut s'abstraire des limites imposées par le *common law* quant aux formes que peuvent revêtir les *estates*; en particulier, il est possible de créer un *estate* qui ne prendra effet que dans une période future<sup>1311</sup>. À cela s'ajoutent encore les facilités accrues pour un *tenant* de céder le *use* entre vifs ou à cause de mort (par un *will*) et ainsi de créer des *settlements* – le tout qui plus est sans avoir à respecter les règles formelles et matérielles du *common law*<sup>1312</sup>. Plus encore, il est possible pour le *cestui que use* de disposer de son *equitable interest* par testament (*will*) – chose impossible, à l'époque, pour les *legal estates*<sup>1313</sup>. Ce pouvoir de déterminer (*power of devise*) le sort du *beneficial interest* est l'un des attraits majeurs des *uses*<sup>1314</sup>. Le transfert se fait par une dernière déclaration (*last will*) de confiance à l'égard d'un *feoffee to uses*, soit sans qu'aucune formalité ne doive être respectée<sup>1315</sup>. Ce sont là les fins principales poursuivies lors de la création de *uses* au XV<sup>e</sup> siècle<sup>1316</sup>.

<sup>1306</sup> DIGBY, p. 328.

<sup>1307</sup> WATERS, p. 185.

<sup>1308</sup> Ainsi, même le *feoffor* qui retient un bénéfice économique pour lui-même doit en réalité d'abord s'en défaire s'il souhaite effectivement séparer la jouissance de la tenure des charges y liées. Ceci fait, il peut alors être l'un des *cestui que usent*. À son décès, la portion de valeur économique qu'il s'est réservée ne passe donc pas au *feoffee to uses*, mais bien aux *cestui que usent* désignés à cet effet. La séparation est donc irréversible. Voir WATERS, p. 185.

<sup>1309</sup> SIMPSON, p. 177 («[...] the *cestui que use* has come to obtain a species of protected interest which will be defended consistently and predictably – that is, a species of property.»).

<sup>1310</sup> KIRKPATRICK, p. 218; DIGBY, p. 331.

<sup>1311</sup> DIGBY, p. 332 s. («Thus while at common law, [...], a fee could not be limited after a fee, this might in effect be done with the use.»). Le même (p. 333) donne l'exemple d'un *use* ne prenant naissance en faveur du *cestui que use* qu'au moment du mariage du *feoffee to uses*.

<sup>1312</sup> SIMPSON, p. 175; DIGBY, p. 320, 328 et 330.

<sup>1313</sup> SIMPSON, p. 182; DIGBY, p. 330 s.

<sup>1314</sup> SIMPSON, p. 182; DIGBY, p. 331.

<sup>1315</sup> SIMPSON, p. 182; DIGBY, p. 331.

<sup>1316</sup> SIMPSON, p. 174.

Cette grande liberté est rendue possible en raison de l'indépendance de l'*equitable property* vis-à-vis du *legal property*: ni le conjoint survivant (par *dower* ou *curtesy*), ni les créanciers (par *execution*), ni le *lord* (par *escheat*), ni le souverain (par *forfeiture*), ne peuvent atteindre le premier au contraire du second<sup>1317</sup>.

À l'instar de l'évolution que subirent les *tenures*, la confiance reposant sur le *foeffee to uses* n'est originellement opposable qu'à lui. Cependant, vers 1466, il est admis que cette confiance et également opposable au tiers acquéreur de la *seisin* qui a eu connaissance du *use* au préalable<sup>1318</sup>. En ce qui concerne l'héritier du *foeffee to uses*, la question est encore controversée dans la première moitié du règne d'EDWARD IV, mais avant sa fin en 1483 il est admis que l'héritier est lui-même également lié par la confiance donnée<sup>1319</sup>. Sous cet angle, le parallélisme avec l'évolution de la position du *tenant* est frappante. En sus, des *uses* implicites sont également reconnus dans certaines circonstances précises dans lesquelles la volonté du *feoffor* n'est pas expressément déclarée<sup>1320</sup>. De la même façon, il est possible qu'un *use* prenne forme en l'absence de transfert de la *seisin* par un *feoffor*: tel est le cas – important en pratique de nos jours encore – des *bargains and sales*, savoir pendant l'intervalle qui existe entre l'accord du vendeur et de l'acheteur quant à la cession d'une *tenure* et le transfert formel de cette tenure<sup>1321</sup>.

À l'évidence, les *uses* – dont la pratique est largement répandue en Angleterre dès la fin du XIV<sup>e</sup> siècle – ne sont pas favorables aux rentrées fiscales du souverain qui vont donc aller en s'amoindrissant. Au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, le souverain est certes le principal *overlord* du royaume, mais la majorité des tenures sont en main de *foeffees to uses* depuis longtemps<sup>1322</sup>. Le pouvoir royal est donc antagoniste aux *uses*, ce qui forme l'erreur à l'origine de la réputation frauduleuse que l'on leur prête régulièrement. Une telle dimension existe bien, mais elle ne doit se comprendre qu'à l'égard des *incidents* féodaux que les *uses* permettent d'éviter<sup>1323</sup>. Pour des raisons fiscales et afin de maintenir son indépendance vis-à-vis du Parlement, la Couronne s'attachera

---

<sup>1317</sup> DIGBY, p. 328.

<sup>1318</sup> DIGBY, p. 327.

<sup>1319</sup> DIGBY, p. 326 et les multiples références citées.

<sup>1320</sup> Voir DIGBY, p. 329.

<sup>1321</sup> DIGBY, p. 330. Cette situation a une vérité historique lorsque le vendeur faisait transiter l'*estate* par le *lord* « *to the use* » de l'acheteur; le *lord* étant alors chargé de remettre la *seisin* à ce dernier (MAITLAND, *Uses*, p. 129). Une autre hypothèse est celle des *covenants to stand seised*: Voir DIGBY, p. 330.

<sup>1322</sup> COKE, *Commentarie upon Littleton*, 272a. Voir aussi SWADLING, n° 4.144; WATERS, p. 185 s.; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9.

<sup>1323</sup> SIMPSON, p. 183. Comme toute institution juridique, les *uses* peuvent également être détournés à des fins malhonnêtes, en particulier dans le but de soustraire des éléments patrimoniaux à ses créanciers et cela n'est pas chose rare (SIMPSON, p. 183 s.; DIGBY, p. 318). Cependant, il s'agit là d'abus extérieurs aux buts visés par les *uses* (savoir en particulier, le contournement des *incidents* féodaux). Le Parlement ne manque pas de combattre ces abus dans plusieurs *sta-*

donc – fortement ou moins fortement, selon la situation politique – à abolir purement et simplement ce qu'elle considère être des constructions juridiques abusives<sup>1324</sup>.

Le XVI<sup>e</sup> siècle en particulier est une période d'incertitude qui voit de nombreux *lords* perdre leur tenure pour manquement à leur devoir ou trahison, ce qui revient à perdre leur position sociale<sup>1325</sup>.

§ 3. Cela nous mène à l'année charnière 1535, déjà évoquée, lors de laquelle le Parlement commence, à l'initiative du roi HENRY VIII, ses travaux sur le *Statute of Uses*<sup>1326</sup> qui a pour objet l'élimination complète de cette institution « diabolique »<sup>1327</sup>. Cette loi prévoit en effet, trop brièvement, que si une personne est saisie d'une *tenure* pour l'usage d'une autre personne, sous une forme ou sous une autre, cette seconde personne est tenue pour investie et saisie de la tenure légale<sup>1328</sup>. *L'équitable estate* est *ex lege* transformé en *legal estate*<sup>1329</sup>. Paradoxalement donc, le moyen trouvé par les politiques pour mettre fin aux *uses* est celui de les reconnaître – et donc de les protéger – en *common law*<sup>1330</sup>. De la sorte, jouissance économique et charges causales sont à nouveau réunies sur la même tête et exigibles auprès du *cestui que use*.

Cela devait permettre d'augmenter les revenus de la Couronne et, partant, de diminuer les demandes de financement de cette dernière envers l'aristocratie<sup>1331</sup>. Ce fut pourtant

*tutes*: 50 Edw. III, c. 6 (1376); 2 Rich. II, c. 9 (1379); 15 Rich. II, c. 5 (1392); 3 Hen. VII, c. 5 (1488); 19 Hen. VII, c. 15 (1504). Sur ces textes, voir DIGBY, p. 318 s.

<sup>1324</sup> SWADLING, n° 4.144; WATERS, p. 164.

<sup>1325</sup> WATERS, p. 167 s. Voir, à propos de l'importance sociale de la terre dès la Conquête, FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 10.

<sup>1326</sup> *Statute of Uses* (1536), 27 Hen. VIII, c. 10. La cote de l'*act* montre bien qu'il s'agit d'une loi formellement adoptée en (avril) 1536 (HENRY VIII étant monté sur le trône en 1509), mais les propositions législatives furent présentées en 1535 déjà et les auteurs actuels préfèrent pour cela retenir cette année en référence. Voir WATERS, p. 191; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 18 ss. Avant cela, le *Statute de Mortmain* (1279), 7 Edw. I, c. 2, précité, fut étendu aux transferts de tenures effectués pour le *use* d'ecclésiastique; le recours à un *use* ne peut dès lors plus servir à échapper à ce *statute*: Stat. (1391), 15 Ric. II, c. 5; Stat. (1531), 23 Hen. VIII, c. 10. Le texte de ce *statute* et une longue analyse de celui-ci peuvent être trouvés dans l'ouvrage de SANDERS (p. 116 ss) publié en 1791. Voir aussi SIMPSON, p. 184; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9; DIGBY, p. 319.

<sup>1327</sup> SWADLING, n° 4.144; WATERS, p. 191; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9. La diabolisation (« *unmitigated evil* ») des *uses* a eu quelque succès puisque certains (voir SANDERS, p. 15 s.) ont cru faussement que le but usuellement poursuivi par leur création était bien frauduleux. Voir FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9.

<sup>1328</sup> 27 Hen. VIII, c. 10 (1536): « *he hath the use, in the sense of the English law, hath the property.* » Voir WATERS, p. 191.; SIMPSON, p. 184 s.; BLAXLAND, p. 356 (« [...] ; so that the demise of the use of a thing is the demise of the thing itself. »).

<sup>1329</sup> WATERS, p. 192.

<sup>1330</sup> SWADLING, n° 4.144 et note n° 221, p. 211; WATERS, p. 192; SIMPSON, p. 185. Ce qui fait écrire à BACON (repris par SIMPSON, p. 187) en 1600 que ce *statute* constitue: « [...] *the most perfectly and exactly conceived and penned of any law in the book.* »

<sup>1331</sup> WATERS, p. 191; SIMPSON, p. 186 s.

un échec. En effet, les cours de justice considèrent que lors de l'interprétation de cette loi, il faut prendre en compte non seulement l'intérêt financier de la Couronne, mais aussi mettre ce dernier en relation avec l'intérêt public au maintien d'un système de transfert de la jouissance des biens inscrits, au XVI<sup>e</sup> siècle, dans les mœurs de la société<sup>1332</sup>. Si l'on ajoute à cela la vision prétorienne qui consiste à considérer les actes du Parlement comme des incursions dans le système de *case-law* qu'il convient de circonscrire au maximum, nous n'étonnerons personne en expliquant que l'attitude adoptée est aussi restrictive que le permet une interprétation littérale<sup>1333</sup>.

Ainsi, la portée du *Statute of uses* est-elle limitée de nombreuses manières. D'abord, il s'applique uniquement au *feoffee to uses* qui est une personne physique et non pas une corporation<sup>1334</sup>. De la même façon, cette loi ne concerne que les situations dans lesquelles le *feoffee to uses* est investi d'une *seisin*, ce qui n'est pas le cas, notamment, en présence d'un *leasehold*<sup>1335</sup> ou d'un terme<sup>1336</sup>. Plus encore, ne sont visés que les *passive uses*, seules hypothèses que les cours admettent pouvoir être utilisées à des fins directement défavorables aux intérêts de la Couronne, contrairement aux *active uses* qui possèdent une justification commerciale et organisationnelle<sup>1337</sup>. S'il y a identité de personne entre le *feoffee to uses* et le *cestui que use*, il ressort clairement au tournant de l'an 1600 que le *Statute of uses* ne trouve pas non plus application<sup>1338</sup>. De nombreuses situations peuvent donc continuer à exister comme avant l'introduction de ce *statute*<sup>1339</sup>.

Au-delà de l'aménagement de ces situations, les cours de *common law* vont aller encore plus loin et permettre de contourner l'obstacle que représente la loi. Il est d'abord admis en 1557 que si une clause prévoit le transfert d'une tenure «à A et ses héritiers pour le use de B et ses héritiers pour le use de C et ses héritiers», ce second *use* doit être de nul effet pour être conséquent avec le but poursuivi par la loi<sup>1340</sup>. Cela ressort du célèbre *Jane Tyrrel's Case*<sup>1341</sup>. Cependant, à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, il a est jugé plus

---

<sup>1332</sup> WATERS, p. 192.

<sup>1333</sup> WATERS, p. 192.

<sup>1334</sup> WATERS, p. 192.

<sup>1335</sup> WATERS, p. 192.

<sup>1336</sup> SIMPSON, p. 194.

<sup>1337</sup> WATERS, p. 192 s.; SIMPSON, p. 195.

<sup>1338</sup> WATERS, p. 193 («[...] if land was therefore transferred 'to A in fee simple to the use of A in fee simple', such a disposition was not caught by the Act because there was 'no other person' who constituted the beneficiary.»).

<sup>1339</sup> Pour d'autres moyens encore, voir SIMPSON, p. 188 ss; SANDERS, p. 125 ss.

<sup>1340</sup> WATERS, p. 193.

<sup>1341</sup> L'on trouvera une relation récente (en anglais moderne) et complète de cette affaire familiale, concernant la planification successorale de Mrs Jane Tyrrel en faveur de son fils George (et appliquant indirectement le *Chief Justice of the King's Bench* de l'époque Sir Edward Moun-  
tague), chez JONES, p. 75 ss. Voir aussi WATERS, p. 193; SIMPSON, p. 195 s.



convainquant d'interpréter le *Statute of uses* dans le sens que ce dernier reste silencieux quant au second *use* et ne l'affecte donc pas<sup>1342</sup>. «[...] *Quelle que soit la conclusion naturelle qui veut qu'un use ne puisse pas en suivre un autre, c'est pourtant ce que le statute permet. C'est aussi ce que le grantor souhaite, et ainsi le défendant est ordonné de reconnaître la validité de la disposition par trust*<sup>1343</sup>.»

Dès le XVII<sup>e</sup> siècle, il existe donc un «*use upon a use*<sup>1344</sup>». La formule usuelle devient alors progressivement celle de transférer une tenure «à A et ses héritiers pour le use de B et ses héritiers en trust pour C et ses héritiers<sup>1345</sup>.» L'on associe ce mouvement jurisprudentiel à la décision de la *Chancery Court* dans l'affaire *Sambach v. Dalston* (1634)<sup>1346</sup>. Aussi, dans cette situation, le *Statute of uses* a pour effet de transférer le *legal estate* de A à B, mais n'a aucun effet sur la position de C. Le *Statute* tolère le second *use*<sup>1347</sup>. Et dans la mesure où il est dans la volonté du *grantor* que ce *use* soit respecté, C acquiert donc bien un *equitable estate* qui correspond à l'ancien *use* aboli en principe en 1535 et désormais nommé *trust*<sup>1348</sup>. «*Ces estates découlant du statute, mais ayant les caractéristiques des anciens et désormais reconnus equitable ou use estates, [sont] le produit – à en croire les cours – du Statute of Uses, [...]*<sup>1349</sup>.» L'évolution de la langue conduit également à désigner les protagonistes comme *settlor* (ou *grantor* à cause de mort), *trustee*, ainsi que *beneficiary* ou *cestui que trust*.

Un *tenant* a donc les coudées franches pour tirer parti des possibilités offertes par le *common law* et l'*equity*: il peut créer des *interests* régis par les règles de l'un ou l'autre ordre<sup>1350</sup>.

Un siècle après le *Statute of Uses*, il est possible de constater que les *trusts* prennent la même forme que les *uses*, c'est-à-dire qu'ils sont «*clairement conçus et façonnés dans*

<sup>1342</sup> WATERS, p. 193 s.

<sup>1343</sup> Notre traduction de WATERS, p. 194: «[...] *whatever the natural conclusion that one use cannot follow upon another, yet that is what the statute permits. It is also what the grantor intends, and therefore the defendant is ordered to recognize the validity of this trust disposition.*»

<sup>1344</sup> WATERS, p. 194.

<sup>1345</sup> Notre traduction de WATERS, p. 194: «[...] *'to A and his heirs to the use of B and his heirs in trust for C and his heirs'*.» Voir aussi SIMPSON, p. 204.

<sup>1346</sup> WATERS, p. 194; SIMPSON, p. 202 s.; PLUCKNETT, p. 601 s.

<sup>1347</sup> WATERS, p. 194; SIMPSON, p. 200.

<sup>1348</sup> WATERS, p. 194 («*In effect, as many critics have said, the courts had effectively reinstated under the name of a trust the pre-1535 use that appeared to have met its end in that statute.*») et p. 195 («*Suffice it to say that, when the modern trust was born in the early seventeenth century, it was simply a recreation of the pre-1535 equitable use.*»); SIMPSON, p. 200.

<sup>1349</sup> Notre traduction de WATERS, p. 195: «*These statutory legal estates but with the characteristics of the former and now executed equitable or use estates, [are] the product – so the courts held – of the Statute of Uses, [...]*».

<sup>1350</sup> WATERS, p. 194.

*le moule de la doctrine of the estates*<sup>1351</sup>.» De la sorte, «[l]e trustee du début du dix-septième siècle peut être saisi en common law de son fee simple estate, ou avoir un legal fee simple par le moyen d'un use reconnu en vertu du Statute of Uses<sup>1352</sup>.»

«Les 'uses' furent les préambules aux trusts<sup>1353</sup>.» KEETON précise: «En un sens, le trust moderne est une descendance issue du médiéval use foncier, mais depuis la Restauration il a développé un nombre considérable de qualités distinctes, que ne possédaient pas les anciens uses, [...]»<sup>1354</sup>.» Cela fait que, au final, les biens pouvant être tenus en *trust*, ainsi que par extrapolation les diverses formes de *trusts* elles-mêmes, sont en droit anglais étrangement similaires au large champ d'application de la garantie de la propriété tel qu'il ressort de la Constitution fédérale suisse que nous avons décrit.

Depuis lors les *trusts* se sont développés d'une telle manière qu'ils servent à des fins extrêmement variées et touchent à tous les aspects de la détention de biens, ainsi qu'à leur gestion<sup>1355</sup>, et même au-delà. Ils s'apparentent quant à leur utilité (mais non leur identité ou leur nature) à la fois à la figure des contrats innommés et à celle de l'interdiction de l'abus de droit, en ce que ces deux outils irradient pratiquement tous les domaines du droit privé positif.

Notre relation du développement historique des *trusts* avait pour but de démontrer qu'il s'agit d'une institution fondée sur les principes juridiques du droit féodal anglais, parfaitement intégré conceptuellement aux autres divisions de la propriété. Les *trusts* sont ainsi une institution définitivement ancrée dans le contexte socio-juridique de son émergence. Les mécanismes qui lui sont intrinsèques reposent sur les mêmes principes que ceux régissant les autres institutions du droit des biens anglais. Pour cette raison, les *trusts* doivent être appréhendés de la même manière que les autres institutions d'extraction féodale.

## 2. La notion générale et les définitions

En raison de la relative complexité de la notion de *trusts* (de même que la structure inductive du droit anglais), les décisions judiciaires et les traités de doctrine, four-

---

<sup>1351</sup> Notre traduction de WATERS, p. 196: «[...], that the beneficiary's rights were clearly conceived of and fashioned within the mould of the doctrine of the estates, [...]» Voir aussi SIMPSON, p. 200.

<sup>1352</sup> Notre traduction de WATERS, p. 196: «The trustee of the early seventeenth century might be seised at common law of his fee simple estate, or have a legal fee simple by way of an executed use under the Statute of Uses.» Voir aussi SIMPSON, p. 203.

<sup>1353</sup> Notre traduction de SWADLING, n° 4.143: «'Uses' were the forerunners of trusts.»

<sup>1354</sup> Notre traduction de KEETON, *The Law of Trusts*, p. 1: «In one sense, the modern trust is an offshoot from the mediaeval use of land, but since the Restoration it has developed a considerable number of distinctive qualities, not possessed by the earlier use, [...]»

<sup>1355</sup> WATERS, p. 195.

nissent un nombre important de définitions légèrement différentes les unes des autres, sans que l'on ne puisse s'accorder véritablement sur une formulation à la fois uniforme et précise<sup>1356</sup>. Aussi, peut-on lire dans *LEWIN on Trusts* – l'un des principaux (si ce n'est le principal) ouvrages de référence<sup>1357</sup> – qu'il n'y a «[...] aucune définition véritablement satisfaisante<sup>1358</sup>.» Cela vaut la peine d'être souligné, car en droit privé anglais, les *trusts* sont pourtant des institutions centrales de l'ordre juridique aux côtés des contrats et des sociétés dotées de la personnalité<sup>1359, 1360</sup>.

Immanquablement les tentatives de définitions positives sont accompagnées de leurs pendants négatifs. L'on ne sera pas étonné que les juristes anglais procèdent à ce travail par une technique conduisant à comparer les institutions juridiques d'une manière similaire à celle que les juristes continentaux adoptent sur le continent pour le droit des contrats. Le mandat (*agency*) figure ainsi en bonne place de toute approche du *trust*. Cela peut d'ailleurs avoir une certaine justification historique<sup>1361</sup>. Ainsi, pouvons-nous recenser chez les auteurs les définitions suivantes.

COKE, s'appuyant sur l'illustre LITTLETON, donne à la fin du XV<sup>e</sup> siècle la définition classique suivante: «*Une confiance accordée à une autre personne, qui n'émerge pas du bien-fonds, mais qui en est un élément collatéral, annexé à l'estate du bien-*

<sup>1356</sup> Il n'est d'ailleurs par rare de pouvoir relever de légères différences dans les nombreuses éditions successives d'une même monographie dont les auteurs anglais ont le secret. Voir, par exemple, les différentes éditions de KEETON, *The Law of Trusts*. Il n'est pas moins rare de lire après une définition un aveu de l'imperfection de cette dernière. Voir *LEWIN on Trusts*, n° 1-001; *UNDERHILL and HAYTON*, p. 4 n° 1.1 (1); *WATERS*, p. 127 s.; *SCOTT/FRATCHER*, § 2.3; *MAITLAND, Equity*, p. 44 («*It is a wide vague definition, but it is the best I can make.*»).

<sup>1357</sup> Cet ouvrage en est actuellement à sa vingtième édition (2020); la première remonte à 1837. Dans la préface la plus récente, Lord BRIGGS OF WESTBOURNE (p. v), juge à la Cour Suprême du Royaume-Uni depuis 2017, écrit: «*When I was a law student in the late 1970s Lewin had already acquired almost a biblical authority as THE book on trusts, both for the serious student and the established practitioner.*»

<sup>1358</sup> Notre traduction de *LEWIN on Trusts*, n° 1-001: «[...] *there is no really satisfactory definition.*». Un peu plus loin (n° 1-001), ce même ouvrage rapporte une décision d'un juge australien qui écrivait en 1974: «*No definition of a 'trust' seems to have been accepted as comprehensive and exact.*» Dans le même sens, *EMERICH, Conceptualising Property Law*, p. 239 s.

<sup>1359</sup> *SCOTT/FRATCHER*, p. 3 («*Next to contract, the universal tool, and incorporation, the standard instrument of organization, it takes its place wherever the relations to be established are too delicate or too novel for these coarser devices.*»).

<sup>1360</sup> Un tel flottement dans la définition d'une institution centrale d'un ordre juridique n'est pas une particularité anglaise. Les romains ne s'embarrassaient pas de définitions et, sur le continent, la notion de «droit subjectif» connaît des débats similaires depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Nous reviendrons abondamment sur cette question.

<sup>1361</sup> Les situations qui donnent lieu à un *use* en présence d'un *real property* évolua vers une situation de mandat pour le *personal property*. Mais pour la première catégorie, la relation entre les parties n'est pas celle que l'on conçoit entre un mandant et un mandataire. Voir *MAITLAND, Uses*, p. 128 s. et 130.

*fonds et à la personne en possession du bien-fonds, pour laquelle le cestui que use n'a pas d'autre remède qu'une subpoena devant la Chancery*<sup>1362</sup>.»

Au tout début du XX<sup>e</sup> siècle, le grand MAITLAND rend sa propre version, plus focalisée sur les prérogatives du trustee: «*Quand une personne a des prérogatives qu'elle est obligée d'exercer pour le compte d'une autre personne ou afin d'accomplir un certain but particulier, elle est dite avoir ces prérogatives en trust pour cette autre personne ou ce but et elle est nommée un trustee*<sup>1363</sup>.»

Plus proche de nous, nous pouvons citer les définitions faisant autorité de la main de FRATCHER. Une première qui se veut historique: «*Le trust est une institution juridique développée en Angleterre en vertu de laquelle la propriété d'un patrimoine est divisée entre une personne désignée en tant que trustee, qui a les droits et pouvoirs d'un propriétaire, et un beneficiary, pour le bénéfice exclusif duquel le trustee est obligé d'user de ces droits et pouvoirs*<sup>1364</sup>.» Une seconde est plus académique: «*En common law, un trust est une institution par laquelle une personne, nommée un trustee, détient un property interest qui est le sujet d'une obligation fiduciaire d'user les droits, privilèges, pouvoirs et immunités qui constituent l'intérêt pour le bénéfice de (1) un bénéficiaire humain, (2) un but idéal ou (3) un but déterminé non-idéal*<sup>1365</sup>.»

Citons également KEETON/SHERIDAN qui procèdent à une variation du modèle académique précédent: «*Un trust est une relation qui se manifeste lorsqu'une personne (nommée le trustee) est forcée en equity de détenir un patrimoine, qu'il soit real ou personal, et que ce soit par un legal ou equitable title, pour le bénéfice de certaines personnes (dont il peut être l'une d'elles et qui sont nommées beneficiaries) ou pour un but toléré permis par le droit, de telle façon que le bénéfice réel du patrimoine échoit, non pas aux trustees, mais aux beneficiaries ou aux autres buts du trust*<sup>1366</sup>.»

---

<sup>1362</sup> Notre traduction de COKE, *Commentarie upon Littleton*, 272b, repris (en anglais moderne) par LEWIN, p. 15: «*A confidence reposed in some other, not issuing out of the land, but as a thing collateral, annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land, for which cestui que use has no remedy but by subpoena in Chancery.*»

<sup>1363</sup> Notre traduction de MAITLAND, *Equity*, p. 44: «*When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee.*»

<sup>1364</sup> Notre traduction de FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 3: «*The trust is a legal device developed in England whereby ownership of property is split between a person known as a trustee, who has the rights and powers of an owner, and a beneficiary, for whose exclusive benefit the trustee is bound to use those rights and powers.*»

<sup>1365</sup> Notre traduction de FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 7: «*Under the common law a trust is a device whereby a person known as a trustee holds a property interest subject to a fiduciary duty to use the rights, privileges, powers and immunities which constitute the interest for the benefit of (1) a human beneficiary, (2) charity or (3) a definite non-charitable purpose.*»

<sup>1366</sup> Notre traduction de KEETON/SHERIDAN, p. 3: «*A trust is the relationship which arises wherever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or*

Dans la même veine, THOMAS/HUDSON écrivent: «*L'essence d'un trust est l'imposition d'une obligation équitable envers une personne qui est le legal owner du patrimoine (un trustee), laquelle obligation exige de cette personne que lorsqu'elle interagit avec ce patrimoine elle le fasse de bonne foi en faveur de toute personne (le beneficiary) dont le beneficial interest sur le patrimoine est reconnu par l'equity*<sup>1367</sup>.»

En 2016, Underhill and HAYTON expliquent: «*Un trust est l'obligation fiduciaire équitable imposant à une personne (nommée le trustee) d'interagir avec un patrimoine (nommé le trust property) détenu et contrôlé par elle en tant que fond séparé, distinct de son propre patrimoine privé, pour le bénéfice de personnes (nommées beneficiaries ou, dans les espèces anciennes, cestuis que trust), dont elle peut elle-même faire partie, et qui peuvent individuellement exiger en justice l'exécution de l'obligation*<sup>1368</sup>.»

Finalement et tout récemment, LEWIN on Trusts indiquent de manière plus succincte que: «*Le cas typique d'un trust est celui où le legal owner d'un patrimoine est contraint par une cour d'equity d'interagir avec ce patrimoine de manière à donner effet aux équitables droits d'une tierce personne*<sup>1369</sup>.»

Pour le surplus, l'on peut encore renvoyer le lecteur à quelques références jurisprudentielles classiques qui viennent compléter cette collection de définitions, mais n'apportent pas de nouvel éclairage<sup>1370</sup>.

L'ouvrage de WATERS – dont la qualité de la prose mérite une mention particulière – résume parfaitement les problématiques: «*En définitive, nous nous demandons si même le grand Maitland est parvenu à faire plus qu'illustrer le fait qu'avec un système*

---

*personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the trust.*» Cette définition est qualifiée comme étant «[t]he most satisfactory textbook definition» par LEWIN on Trusts (n° 1-003), bien qu'elle soit jugée trop large.

<sup>1367</sup> Notre traduction de THOMAS/HUDSON, n° 1.01: «*The essence of a trust is the imposition of an equitable obligation on a person who is the legal owner of property (a trustee) which requires that person to act in good conscience when dealing with that property in favour of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognized by equity in the property.*»

<sup>1368</sup> Notre traduction de UNDERHILL and HAYTON, n° 1.1 (1): «*A trust is an equitable fiduciary obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned and controlled by him as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries or, in old cases, cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.*» Cette définition a été reprise par la jurisprudence (LEWIN on Trusts, n° 1-004).

<sup>1369</sup> Notre traduction de LEWIN on Trusts, n° 1-001: «*The typical case of a trust is one in which the legal owner of property is constrained by a court of equity so to deal with it as to give effect to the equitable rights of another.*»

<sup>1370</sup> *Green v. Russel* [1959] 2 QB 226, p. 241; *Re Marshall's Will Trusts* [1945] Ch. 217, p. 219; [1945] 1 All ER 500, p. 551.

*légal inductif, l'histoire produit des notions légales qui sont parfaitement compréhensibles à ceux qui ont grandi dans la société dont c'est l'histoire, mais qui défient toute aisance de compréhension pour l'étranger*<sup>1371</sup>. » La difficulté principale réside, à notre sens et à celui de plusieurs auteurs<sup>1372</sup>, dans les finalités attribuées aux *trusts*, lesquelles sont aussi poursuivies par des institutions proprement continentales<sup>1373</sup>. C'est ce constat qui conduit notamment à rapprocher les *trusts* d'un contrat de fiducie, d'un usufruit, d'une substitution fidéicommissaire, d'une fondation, etc. Or, si l'on peut prêter à toutes ces institutions des finalités analogues, aucune ne correspond juridiquement aux *trusts*<sup>1374</sup>. L'on aurait plus de succès à tenter la comparaison avec des institutions d'origine féodale ou germanique, comme nous allons le voir. Par ailleurs, et cela explique leur succès, les *trusts* sont un instrument d'une flexibilité d'usage inégalée dans la boîte à outils juridiques continentale. Au-delà des finalités poursuivies par les *trusts*, il faut donc s'attacher à l'étude des mécanismes juridiques dans leur contexte, c'est-à-dire celui du droit féodal anglais. Ce qui caractérise les *trusts* avant tout, c'est leur très grande flexibilité<sup>1375</sup> et immense polyvalence<sup>1376</sup>. C'est un instrument de planification commerciale et familiale. Il existe partout et peut résulter de la volonté individuelle ou du simple effet de la loi<sup>1377</sup>. Ainsi, par exemple, comme il n'est pas possible en droit anglais pour un mineur d'être investi d'une tenure (*Law of Property Act 1925*, 1(6)), le moyen de s'en approcher de plus près est de constituer un *trust* en sa faveur<sup>1378</sup>.

La doctrine anglo-américaine est d'avis qu'il vaudrait mieux ne pas définir les *trusts*, mais s'en tenir à une description de ses caractéristiques concrètes<sup>1379</sup>. C'est la position adoptée par *LEWIN on Trusts*, ainsi que par la Convention de La Haye de 1985, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2007, qui expose dans la version française de son article 2 que « [l]e terme 'trust' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés

---

<sup>1371</sup> Notre traduction de WATERS, p. 126: «*At the end of the day one wonders whether even the great Maitland has done more than illustrate that with an inductive legal system history can produce legal notions that are totally understandable to those who grew up in the society whose history this is, but which defy ease of definition for the stranger.*»

<sup>1372</sup> WATERS, p. 124.

<sup>1373</sup> WATERS, p. 160 («*Circumstances give rise to situations where the law must respond, and the similarities are likely to arise in the nature of the circumstances with which different legal systems are dealing at any one time.*»).

<sup>1374</sup> JOHNSTON, p. 1 («*Even if we deny (as we might well) the direct influence of the fideicommissum on the growth of the trust in the English equitable jurisdiction, parallels are remarkable; and the translation 'trust' serves as a reminder that even if the two institutions, trust and fideicommissum, are diverse in origin they are none the less related in function.*»).

<sup>1375</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 2.

<sup>1376</sup> Voir la liste donnée par FRATCHEL (*Encyclopedia*, p. 3 ss) des vingt-six buts qu'un *trust* est apte à suivre.

<sup>1377</sup> SWADLING, n° 4.155.

<sup>1378</sup> SWADLING, n° 4.156.

<sup>1379</sup> Voir, notamment, WATERS, p. 127 s.

*sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes: (a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee; (b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee; (c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.»* Nous reviendrons à cette définition en phase avec le droit anglais dans la troisième partie de notre étude.

Malgré le flou généré par la profusion de définitions, nous pensons que l'ensemble ici rendu permet de mieux comprendre la complexité des *trusts*. Complexité qui est double: d'une part, en raison de l'histoire et de la place fonctionnelle de l'institution, qui procède à une division supplémentaire de la propriété; d'autre part, en raison de l'immense champ d'application du droit des biens anglais (qui englobe tant les choses corporelles que celles incorporelles, mêlant ainsi relations réelles et contractuelles ensemble) et de l'extrême flexibilité des *trusts*; deux paramètres qui entraînent une telle variété de manifestations du *trusts* dans l'ordre juridique qu'il est difficile de les énumérer exhaustivement.

L'absence de définition largement admise – fait par ailleurs congruent avec la technique du droit anglais – ouvre, malheureusement, la possibilité aux auteurs de choisir la définition qui les arrange le mieux en mettant l'accent sur un élément ou au contraire en reléguant une caractéristique au second plan. C'est en particulier le cas des auteurs continentaux.

Aussi, nous pensons, dans le cadre de notre étude, ne pas mieux réussir à définir les *trusts*, si ce n'est en les qualifiant de forme de propriétés divisées, à l'instar des tenures continentales que nous avons pu rencontrer. Précisément tâchons de vérifier ce rattachement aux propriétés divisées.

### 3. La nature juridique

Il s'agit effectivement à présent de nous concentrer sur la nature juridique particulière des *trusts* en examinant les éventuelles contreparties continentales (§ 1-2), puis leur appréhension technique par l'ordre juridique anglais (§ 3 *ss*).

§ 1. *Droit romain*. Si nous avons abondamment développé les étapes de la formation des *uses*, puis des *trusts*, nous n'avons encore rien dit sur les concepts juridiques étrangers qui ont pu inspirer et influencer leur nature. Il faut dire que sur ce point, une certaine «*obscurité*» règne<sup>1380</sup>.

<sup>1380</sup> Ce que relève THOMAS (p. 162): «*But the fog of time has blanketed in obscurity the origin of the legal devices which were used as a basis for the introduction of uses and trusts into English common law.*»

Notre silence aura été éloquent à ce propos dans le chapitre consacré au droit romain et nous avons bien compris pourquoi dans l'historique qui vient d'en être fait: les *trusts* constituent une institution qui n'existe pas dans le droit romain<sup>1381</sup>. Elle n'y prend pas plus sa source à titre embryonnaire<sup>1382</sup>. Ces assertions ont pu être définitivement acquises dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, alors qu'il est possible de trouver des opinions inverses antérieurement<sup>1383</sup>. Il n'y a d'ailleurs aucune institution correspondant pleinement aux *trusts* dans les droits romano-germaniques actuels ou passés<sup>1384</sup>.

Il est cependant vrai que des analogies aux *trusts* – plus ou moins convaincantes – peuvent être trouvées en droit romain. Et c'est ainsi qu'il faut comprendre les liens qui sont facilement faits par les juristes anglais entre leur droit et le droit anglais – plus que sur le continent, il est d'usage de procéder à des études de droit comparé et d'observer les institutions juridiques étrangères, même lorsque tel n'est pas la spécialité de l'auteur ou du juge qui y procède<sup>1385</sup>. Prenons les exemples les uns après les autres.

L'usufruitier – dans la mesure où il reçoit la jouissance de la chose – doit être mentionné pour mémoire. Il est évident qu'aucun partage de la propriété n'a lieu entre lui et le *dominus*<sup>1386</sup> et l'étymologie du mot *uses* écarte tout lien<sup>1387</sup>. Une connexion entre l'*ususfructus* du droit romain médiéval et les *uses* peut néanmoins être tracée par l'intermédiaire des moines franciscains<sup>1388</sup>.

---

<sup>1381</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 28; JOHNSTON, p. 1 («*Trusts did not exist in Roman law; nor do they exist in the civil systems which derive from it.*»); BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 15 («*So too, we shall not find the trust, as a general institution, in Roman Law: of this conception it is common knowledge that the Roman Law and the systems derived from it possess no parallel.*»).

<sup>1382</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 30; JOHNSTON, p. 1.

<sup>1383</sup> Notamment chez SANDERS, p. 1 («[...] *we certainly derive our primal notion of [uses and trusts] from the civil law.*»). Dans le même sens que nous, THOMAS, p. 162 s.; SCOTT/FRATCHEL, p. 30; MAITLAND, *Trust and Corporation*, p. 337. Nous rappelons ici que nous faisons volontairement fi des auteurs continentaux, nombreux à défendre l'opinion (erronée) inverse: voir, notamment, les références citées par EMERICH (*Conceptualising Property Law*, p. 236).

<sup>1384</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, note n° 1, p. 20.

<sup>1385</sup> C'est en ce sens qu'il faut comprendre les parallèles faits par certains auteurs entre le droit anglais des *trusts* et les institutions du droit romain. Voir, ainsi, BLACKSTONE, *Of the Rights of Things*, p. 328. Voir, en notre sens, MAITLAND, *Uses*, p. 137 («[...] *to make a comparison between the two instructive; but an attempt to derive the one from the other would be too wild for discussion.*»).

<sup>1386</sup> DIGBY, p. 317.

<sup>1387</sup> Cf. *supra* p. 194 et MAITLAND, *Uses*, p. 127.

<sup>1388</sup> En ce sens qu'il s'agit de deux moyens différents utilisés par cet ordre pour respecter son vœu de pauvreté: MAITLAND, *Uses*, p. 136 s.



Une analogie parfois évoquée est celle de la dot (*dos*) de l'épouse, que nous avons déjà évoqué en droit romain<sup>1389</sup>. La dot forme en effet un patrimoine séparé sur lequel le mari dispose d'un *dominium* et dont il assure la gestion de manière fiduciaire<sup>1390</sup>. L'épouse ne dispose toutefois d'aucune action contre une tierce personne acquéreuse d'élément de cette dot<sup>1391</sup>. À peine a-t-elle le moyen de faire reconnaître que son mari n'avait pas le pouvoir de disposer des biens de sa dot – et encore uniquement pour les biens-fonds<sup>1392</sup>. Cela n'est donc pas très convaincant.

La propriété bonitaire vient également à l'esprit<sup>1393</sup>. Ne distingue-t-elle pas, comme nous l'avons vu, deux formes de propriété, l'une étant régie par des règles rigides et anciennes et l'autre étant reconnue par le préteur sur la base d'un transfert vicié de la propriété<sup>1394</sup>? Certes, cependant le «remède» proposé par le préteur n'est pas celui d'un partage du bien, mais son attribution exclusive – gestion, jouissance et charges en bloc – au propriétaire bonitaire au détriment du propriétaire quiritaire qui voit ses prérogatives être complètement «gelées». De plus, cette attribution n'est effective que dans l'attente de l'acquisition avec l'écoulement du temps par le premier de la qualité du second<sup>1395</sup>. Les buts ne sont en aucun cas les mêmes que ceux des *trusts*, de même que l'importance dans la société romaine d'un *duplex dominium*: JUSTINIEN supprime la distinction sans difficulté<sup>1396</sup>.

L'exemple le plus récurrent est bien entendu la substitution fidéicommissaire romaine<sup>1397</sup>. La confusion que l'on pourrait faire entre cette institution et les *trusts* anglais provient – comme souvent – d'une question de terminologie. En effet, il s'avère que pour traduire en langue anglaise le concept romain de *fideicommissum* le mot le plus adéquat est bien, selon JOHNSTON<sup>1398</sup>, celui de *trust*<sup>1399</sup>. À première vue, les institutions sont relativement proches puisque la substitution fidéicommissaire consiste

<sup>1389</sup> Cf. *supra* p. 61.

<sup>1390</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 18 s.; BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 82 s.

<sup>1391</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 19.

<sup>1392</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 19.

<sup>1393</sup> Cf. *supra* p. 71. FISHER (p. 181) évoque l'*ager publicus* qui est évidemment sans lien avec nous.

<sup>1394</sup> DIGBY (p. 316 s.) l'évoque comme possible source d'inspiration, tout en soulignant les limites (p. 317): «*This analogy however does not carry us further than [...]*»

<sup>1395</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON (p. 64 s.) parlent de «*dry legal estate*». Nous ne pouvons par contre pas suivre ces auteurs (p. 65) lorsqu'ils assimilent cette situation à celle d'une seigneurie féodale.

<sup>1396</sup> Dans le même sens, MAITLAND, *Uses*, p. 137.

<sup>1397</sup> JOHNSTON, p. 1; BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 19; DIGBY, p. 317.

<sup>1398</sup> David Eric Lothian JOHNSTON KC (1961-), 27<sup>e</sup> *Regius Professor of Civil Law* à l'Université de Cambridge de 1993-1999.

<sup>1399</sup> Ainsi, JOHNSTON intitule son ouvrage sur les fidéicommissaires romains *The Roman Law of Trusts*, mais explique dès la première page: «*'Trust', however, is the ideal word in English, even in legal English, to translate the Latin fideicommissum which is the subject of this book.*» Voir, apparemment dans le même sens, DIGBY, p. 318.

en effet à attribuer un bien à un grevé au bénéficiaire, dans un second temps, d'un appelé<sup>1400</sup>. De même, il est vrai qu'en cas d'agissement contraire à ce but, les moyens à disposition de l'appelé ne sont pas purement contractuels, mais permettent de s'en prendre à un tiers acquéreur<sup>1401</sup>. Comme pour l'épouse vis-à-vis de sa dot cependant, il s'agit ici encore d'une problématique de vice de pouvoir de disposition du cédant et non pas de l'opposabilité au tiers de la position de l'appelé<sup>1402</sup>. L'usage propre des biens soumis à la substitution auquel peut prétendre le grevé est en complète opposition avec la situation du *trustee* qui ne peut jamais ès-qualités jouir des utilités de la *trust property* (il n'a aucune vocation à exercer les prérogatives de jouissance); si la personne du *trustee* peut le faire ce sera en qualité (supplémentaire) de *beneficiary*. En outre, la substitution fidéicommissaire procède à un partage temporel de la titularité du *dominium* sur les biens en substitution<sup>1403</sup>; tel n'est pas le cas des *trusts*, l'outil en droit anglais pour ce faire étant celui des *estates*. Or, ces derniers, comme nous l'avons vu, partagent certes la jouissance en fonction d'un critère temporel, mais l'*estate* lui-même existe d'ores et déjà avant même que la jouissance ne devienne effective – alors que le grevé et l'appelé disposent successivement d'un *dominium* exclusif<sup>1404</sup>. MAITLAND écarte ainsi à juste titre tout lien entre la substitution fidéicommissaire romaine et les *uses*<sup>1405</sup>.

Avec la substitution fidéicommissaire, la plus sérieuse comparaison est sans doute celle faite entre la *fiducia* romaine et le *trust*. Une dimension fiduciaire se trouve bel et bien à l'essence même des *trusts*; en ce sens la comparaison est à propos. Mais en droit romain, il n'est pas envisageable de pouvoir opposer à un tiers de bonne ou mauvaise foi la promesse faite par le fiduciaire au fiduciaire<sup>1406</sup>. L'institution romaine étant purement contractuelle, elle n'accorde aucun moyen opposable *erga omnes* en faveur du fiduciaire.

Aussi, en définitive, tout parallèle entre les hypothèses romaines et anglaises de partage de la maîtrise d'un bien ne résiste pas à l'analyse<sup>1407</sup>. Il ne s'agit tout au plus que de parallèles utiles à l'explicitation de certains aspects des *trusts* pour des juristes

---

<sup>1400</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 19 s.

<sup>1401</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 20.

<sup>1402</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 20.

<sup>1403</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 84.

<sup>1404</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 94.

<sup>1405</sup> MAITLAND, *Uses*, p. 136 s. («*Nor can I believe that the Roman fideicommissum has anything to do with the evolution of the English use.*»).

<sup>1406</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 20.

<sup>1407</sup> BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 15 ss («*As Maitland has said, the analogy between the English double ownership, so-called, and the Roman, cannot be pushed below the surface. There is nothing fiduciary about the Roman notion [of ownership].*»); MAITLAND, *Uses*, p. 127 («*I have long been persuaded that every attempt to discover the genesis of our use in Roman law breaks down, [...]*»).

continentaux – dans la mesure où ces parallèles n’entraînent pas une mauvaise compréhension du droit anglais, ce qui est malheureusement souvent le cas. Les exemples de tentatives de « transposition » des mécanismes des *trusts* dans des juridictions romanistes montrent bien les insurmontables difficultés conceptuelles de l’introduction de ce corps étrangers<sup>1408</sup>. Nous y reviendrons dans la dernière partie de cette étude.

§ 2. *Droit germanique*. Aussi, l’origine des *trusts* – si tant est qu’elle doive être recherchée en dehors de l’Angleterre – est bien plutôt germanique<sup>1409</sup>. Notamment, Oliver Wendell HOLMES Jr.<sup>1410</sup> affirme que les *uses* et *trusts* prennent source dans la figure germanique du *Salman* (*Salmannus*) telle que décrite par BESELER et HEUSLER<sup>1411</sup> – auteurs que nous avons déjà rencontrés précédemment – et dont l’origine est tracée jusqu’à la loi salique<sup>1412</sup>. Plus précisément, il explique que cette institution constitue l’inspiration originelle des *uses* et *trusts*<sup>1413</sup>. Si cette affirmation doit être considérée comme correcte, il faut toutefois s’empresse de souligner que la procédure anglaise a, comme nous l’avons constaté, très rapidement façonné les effets juridiques des *uses* et *trusts* d’une manière tout à fait particulière au droit anglais<sup>1414</sup>. Comme le relève justement HOLMES, l’institution du *Salman* – comme d’ailleurs toutes les formes de *fiducia* reprises du droit romain – ne confère aucune protection judiciaire propre à assurer l’exécution en nature de l’obligation (morale) du fiduciaire<sup>1415</sup>.

<sup>1408</sup> EMERICH, *Fiducie civiliste*, p. 827 ss. Nous citons *in extenso* la conclusion très parlante de cette dernière (p. 846) : « *Les conceptions civilistes en la matière semblent jusqu’à présent si fortement ancrées dans la propriété – qui est le lien par excellence de la personne aux biens, en même temps qu’elle est l’institution par laquelle se fait le transfert de biens d’un patrimoine à un autre – que si la fiducie est envisagée en rupture avec la propriété, cela implique minimalement deux choses. D’une part, cette rupture ne saurait être unique mais emporte avec elle une série de modifications théoriques, dont la principale est la redéfinition du concept de patrimoine, qui en sort totalement renouvelé, mais qui pourrait également s’étendre à d’autres concepts fondamentaux, allant jusqu’à celui de sujet de droit, comme certains auteurs l’ont déjà proposé. D’autre part, cette rupture ne saurait être ni totale ni permanente et pourra tout au plus être vue comme une parenthèse ou un intermède à la propriété, l’ombre de la propriété planant sur la fiducie pendant toute sa durée et la propriété reprenant toute sa vigueur à l’extinction de la fiducie.* » Voir, en outre à propos de la fiducie québécoise, *Dictionnaire de droit privé*, entrée « propriété *sui generis* » (entrée qui parle d’elle-même).

<sup>1409</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 30.

<sup>1410</sup> Juge à la Cour suprême des États-Unis de 1902 à 1932.

<sup>1411</sup> HOLMES, *Equity*, p. 163. HOLDSWORTH (*Volume IV*, p. 410 ss et 418) et MAITLAND (*Uses*, p. 127 et 129) reprennent également cette thèse (MAITLAND expressément).

<sup>1412</sup> HOLMES, *Science*, p. 445 s.

<sup>1413</sup> HOLMES, *Science*, p. 446.

<sup>1414</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 30.

<sup>1415</sup> HOLMES, *Equity*, p. 168 (« *The ultimate beneficiaries seem to have been as helpless against the salman in the popular courts on the Continent as they were against the feoffee in the Curia Regis.* »).

Le rapprochement entre le droit anglais et le droit germanique, au détriment du droit romain, confirme notre thèse qui consiste à souligner que les *trusts* sont une institution fondée sur les principes généraux du droit féodal qui existaient dans toute l'Europe du Moyen Âge. Il s'agit en effet, comme le montre son histoire, d'une institution proprement communautaire, en ce sens qu'elle ignore les principes du *dominium* romain et *a fortiori* ceux de la propriété subjective et exclusive moderne.

À défaut de filiation directe clairement établie entre le droit romain ou le droit germanique – au sens d'une reprise ou réappropriation directe –, il faut néanmoins admettre une influence de ces droits sur les intellectuels anglais des premiers siècles du *common law*, souvent des ecclésiastiques, et dont bon nombre ont vécu une partie de leur vie ou étudié sur le continent<sup>1416, 1417</sup>.

§ 3. *Classifier les trusts*. Confronté à un *trust*, la première interrogation qui vient – au juriste continental comme au juriste anglais – est celle du rattachement de cette institution au droit des biens (*law of property*) ou au droit des obligations (*law of obligations*)<sup>1418</sup>. Le doute émerge en lien avec l'objet sur lequel porte un *trust*, la *trust property* – qui peut être constituée, nous le savons, de biens corporels (terres, bâtiments, objets mobiliers, argent, etc.) ou incorporels (créances, parts sociales, etc.)<sup>1419</sup> –, ainsi que la nature relative des obligations du *trustee* vis-à-vis du *beneficiary* et de certains moyens d'actions contre des tiers<sup>1420</sup>. Prenons ces éléments dans l'ordre.

Le patrimoine en *trust* est distinct du patrimoine du *trustee* et de celui des autres protagonistes, si bien qu'en cas de faillite individuelle du premier (*individual bank-*

---

<sup>1416</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 9. De même, cf. *supra* p. 150 (à propos du droit romain en Angleterre).

<sup>1417</sup> Par ailleurs, des liens sont aussi esquissés depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle (THOMAS, p. 162 ss) entre les *trusts* et l'institution du *wakf* de droit islamique apparu dès le VII<sup>e</sup> siècle de notre ère. Le *wakf* implique en effet l'isolement d'un patrimoine et sa gestion par un administrateur à destination soit d'un but idéal ou religieux, soit d'une famille (THOMAS, p. 164 s.). Le lien avec le droit anglais apparaît tenu en vertu de l'évidente distance géographique entre les deux ordres juridiques, mais nous pouvons rappeler, d'une part, avec THOMAS (p. 163 et 166), que les européens qui participèrent aux croisades eurent libre loisir d'observer ce mécanisme courant de transfert des biens et, d'autre part, avec FRATCHER (*Encyclopedia*, note n° 18, p. 9), que Saint François vécu en territoire islamique de 1219 à 1220 (or, nous avons relevé le lien entre son ordre et les premières occurrences de *uses*). Cette théorie souffre cependant des mêmes incertitudes que les deux autres et demeure, quoi qu'il en soit, relativement marginale. Elle est par ailleurs sans réelle portée sur la nature juridique des *trusts*, ce qui nous importe au final.

<sup>1418</sup> SWADLING, n° 4.140. L'on notera néanmoins que le juriste continental précisera alors immédiatement sa question en distinguant entre droits subjectifs absolus et relatifs – ce à quoi ne procède en aucun cas le juriste anglais. Nous devons donc nous interdire cette voie.

<sup>1419</sup> SWADLING, n° 4.140; FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 7. Cf. *supra* p. 167 ss (à propos de la classification des biens).

<sup>1420</sup> SWADLING, n° 4.140.

*ruptcy*), les biens du *trust* ne tombent pas dans sa masse en faillite<sup>1421</sup>. Il est ainsi particulièrement facile de créer un patrimoine spécial en droit anglais, ce que le droit continental refuse en principe en l'absence d'une personnalité juridique pour l'y rattacher (et donc du maintien d'une forme de droit de propriété)<sup>1422</sup>. Les éléments de ce patrimoine spécial ne sont pas nécessairement figés, mais évoluent par subrogation patrimoniale (dite *real subrogation*)<sup>1423</sup>. Lorsque le *trustee* n'a pas le pouvoir d'aliéner les éléments patrimoniaux détenus – comme c'est souvent le cas en présence de biens-fonds –, il est alors question d'un *fixed trust*<sup>1424</sup>. Ce fut la forme originale du *trust*, laquelle évolua avec la diversification des sources de revenus – en particulier l'attrait des actions et obligations financières – et qui permit au *trustee* de « *varier les investissements* », ce qui mena à l'appellation de *trust fund* et à un fonctionnement analogue à un *Sondervermögen*<sup>1425</sup>. Aussi, l'emphase est-elle déplacée de chaque élément patrimonial singulier à la masse ainsi globalement formée<sup>1426</sup>. De la même façon, si l'on considère un *trust property* qui n'est composé que d'un seul bien (typiquement un bien-fonds), alors nous parvenons, en admettant le principe de la substitution patrimoniale, à un niveau d'abstraction supplémentaire<sup>1427</sup>. L'objet de droit qui est si important pour les droits subjectifs n'a qu'une importance secondaire pour les institutions du droit des biens anglais. Par là est rendue encore plus facile l'attrait de biens qui ne sont pas des *real property* au champ d'application des *trusts*; de cette manière, une division de la « propriété » des *chattels* est tout aussi aisée que celle des biens ressortant à la *real property*.

La constitution d'un *trust* n'a aucun effet sur la nature des objets qui en composent le patrimoine; en particulier, aucun effet absolu ne peut être créé ou perdu<sup>1428</sup>. Par contre, alors que le titulaire légal précédent des objets mis en *trust* exerçait librement ses prérogatives y relatifs, le *trustee* doit répondre de ses actes et omissions envers le *beneficiary*<sup>1429</sup>. « *Le trustee a les droits et pouvoirs d'un propriétaire dans la mesure où ils sont nécessaires aux buts de gestion, le reste étant en mains du beneficiary. Ce qui pourrait être nommé propriété est divisé entre eux sur une base fonctionnelle*<sup>1430</sup>. » Reste à déterminer la nature de la position juridique de ce dernier.

<sup>1421</sup> Le même principe s'applique, quoique par analogie, si le *trustee* est une personne morale. Voir, sur l'ensemble, SWADLING, n° 4.152.

<sup>1422</sup> LAWSON, p. 30. Cet auteur utilise lui-même le terme de *Sondervermögen*.

<sup>1423</sup> LAWSON, p. 30 s.

<sup>1424</sup> LAWSON, p. 30 s.

<sup>1425</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1426</sup> LAWSON, p. 31.

<sup>1427</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63.

<sup>1428</sup> SWADLING, n° 4.145 s.

<sup>1429</sup> SWADLING, n° 4.146.

<sup>1430</sup> Notre traduction de LAWSON, p. 30: « *The trustee has the rights and powers of an owner in so far as they are necessary for purposes of management, the rest being vested in the beneficiary. What might be called ownership is divide between them on a functional basis.* »

Un premier constat doit être que le *beneficiary* n'est pas investi du même droit, de la même position juridique, que le *trustee*. Il n'a donc pas de titre légal<sup>1431</sup>. La situation n'est ainsi pas analogue à celle de la co-propriété qui implique un entrechoquement des prérogatives. En conséquence, les actions judiciaires protectrices de ce titre n'appartiennent qu'au *trustee* et le *beneficiary* n'a aucune légitimité active<sup>1432</sup>.

À cet égard, WATERS explique: «*Ce remède sera fondé sur des considérations de conscience, et sera ainsi fondamentalement imposé sur la personne. Il est possible que globalement une telle intervention puisse avoir des effets in rem, mais cette révélation fut laissée aux temps futurs plutôt qu'à la Couronne qui serait parue prendre, par l'intermédiaire de son Lord Chancellor, une position antagoniste envers le common law du royaume et le common law des juges. [...] Au quatorzième siècle, toutefois, le concept de contrat ou d'assumpsit ne s'était pas encore développé; certaines formes d'accords étaient protégées par les cours de common law, mais il n'existait pas l'idée de protéger les accords en tant que tels. [...] tout ce que le Lord Chancellor pouvait faire était littéralement d'entrer en jeu et de protéger sur la base de la conscience l'obligation à laquelle le transferee to uses s'était engagé*<sup>1433</sup>.»

Avec WATERS, l'on peut se demander et examiner dans quelle mesure la promesse fiduciaire qui oblige le *trustee* en faveur du *beneficiary* peut être qualifiée de prétention *in rem*, alors qu'elle s'apparente bien plus à une obligation personnelle reposant sur la tête du *trustee* et, par contagion en quelque sorte, sur celle de tiers qui agissent contrairement à la bonne foi<sup>1434</sup>. Pourtant, il n'y a pas de différence à faire entre les *uses* et les *trusts*: il s'agit bien de questions liées à la *property law*<sup>1435</sup>. MAITLAND est d'un avis opposé, mais son avis est de nos jours rejeté par la doctrine<sup>1436</sup>: «*En effet, le use beneficiary dont l'intérêt n'a pas été reconnu par le Statute, et le trust beneficiary marchent véritablement main dans la main en ce début du dix-septième*

---

<sup>1431</sup> SWADLING, n° 4.147.

<sup>1432</sup> SWADLING, n° 4.147. Il est néanmoins admis que le *beneficiary* puisse agir au nom du *trustee*.

<sup>1433</sup> Notre traduction de WATERS, p. 175 s.: «*That relief would be based upon concerns of conscionability, and would therefore be imposed primarily upon the person. It is altogether possible that such an intervention might have in rem effects, but this was left for time to reveal rather than that the Crown through its Lord Chancellor appear to be taking a hostile position towards the common law of the realm and the common law courts. [...] In the fourteenth century, however, the concept of contract or assumpsit had not yet developed; certain forms of agreement were enforced by the common law courts but there was no idea of enforcing agreement as such. [...] all the Lord Chancellor could do was literally to step in and enforce on grounds of conscionability of conduct the obligation which the transferee to uses had undertaken.*»

<sup>1434</sup> WATERS, p. 196.

<sup>1435</sup> WATERS, p. 196 («*In answering that question we must again underline that the lawyers of the Court of Chancery saw the trust beneficiary's interest as being as much an in rem interest as the use beneficiary's estate had been.*»).

<sup>1436</sup> WATERS, note n° 73, p. 196.

*siècle; qu'il soit question de legal ou equitable ou de use ou de trust, le juriste de tradition de common law ou d'equity était parfaitement au clair qu'il discutait d'une forme particulière de tenure de la terre*<sup>1437</sup>.»

Une difficulté à notre compréhension est liée à l'absence de concept d'obligation en droit anglais<sup>1438</sup>. Cette difficulté se surmonte pourtant par le constat de l'absence du concept de droits subjectifs. Comme nous l'avons déjà répété, ce n'est que si nous parvenons à nous dégager complètement de ce concept, qu'il est possible de concevoir correctement l'ordre juridique anglais qui nous paraît sinon désordonné.

De même, «[l]e juriste continental peut bien demander si des droits réels ou personnels étaient créés par ce concept de *ad opus*, et il y aurait à dire que le quatorzième siècle n'est pas du tout sûr de ce qu'était un 'use'<sup>1439</sup>.» C'est d'ailleurs grâce à ce flou qu'il est revenu à l'*equity* d'appréhender les *uses* en tant que tels<sup>1440</sup>. Il est vrai néanmoins que l'«*Equity* a effet *in personam*<sup>1441</sup>.» L'effet est donc lié à la personne, mais il ne faut pas comprendre par cette terminologie un effet relatif que l'on connaît en droit continental. Ce descriptif répond en effet à la question de la portée de l'autorité de la chose jugée et non à la nature d'un droit subjectif<sup>1442</sup>. Il faut cependant comprendre que le droit anglais ne fait que peu de cas des catégories romaines ou de celles des droits modernes : «[Les systèmes de *common law*] ne considèrent pas si sérieusement, comme le font au moins certains des systèmes de droit civil, la distinction entre droits réels et personnels<sup>1443</sup>.»

<sup>1437</sup> Notre traduction de WATERS, p. 196 s.: «*Indeed, the use beneficiary whose interest had not been executed under the Statute, and the trust beneficiary go very much hand in hand in this early seventeenth century; whether legal or equitable, whether use or trust, the lawyer of the common law or equity tradition was quite clear that he was discussing a particular mode of land holding.*»

<sup>1438</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 59.

<sup>1439</sup> Notre traduction de WATERS, p. 175: «*The civilian might well ask whether real or personal rights were created by this concept of the *ad opus*, and it has to be said that the fourteenth century is not at all sure what was the 'use'.*»

<sup>1440</sup> MAITLAND, p. 131 («*If in the thirteenth century our courts of common law had already come to a comprehensive doctrine of contract, if they had been ready to draw an exact line of demarcation between 'real' and 'personal' rights, they might have reduced 'the use' to submission and found a place for it in their scheme of actions; in particular, they might have given the feoffor a personal, a contractual, action against the feoffee.*»).

<sup>1441</sup> Cela est d'ailleurs une distinction importante entre l'office du préteur romain et celui du *Lord Chancellor*: BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 3.

<sup>1442</sup> Ainsi, le parallèle qui peut venir à l'esprit, en droit positif suisse, avec le constitut possessoire (art. 717 CC), en raison du mécanisme relatif de refus du transfert de la propriété qu'il impose en faveur du créancier, n'a pas lieu d'être. En droit romain, les actions tendant à la remise en cause d'une transaction «inéquitable» peuvent être de nature réelle ou personnelle: BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, p. 4.

<sup>1443</sup> Traduction de LAWSON, p. 30: «*[The common law systems] do not take so seriously, as do at least some of the civil law systems, the distinction between real and personal rights.*»

§ 4. *Opposabilité du beneficiary aux tiers*. Contre un tiers, le moyen à disposition du *beneficiary* dans les cas où le *trustee* use de sa tenure en «rupture de la confiance», n'est pas d'être investi du *legal title*, mais de la capacité à exiger en justice la restauration de ce titre et son attribution entre les mains d'un (nouveau) *trustee*<sup>1444</sup>.

Déjà pour les *uses* d'avant 1535, la *doctrine of notice* avait été établie et permettait au *cestui que use* d'attirer devant le *Lord Chancellor* les tiers, en particulier un acheteur qui a été informé de l'existence du *use*, lesquels de la sorte «prennent part à la fraude du feoffee.<sup>1445</sup>» En complément, la *doctrine of consideration* permet de conserver au *cestui que use* sa position lorsqu'un acheteur ne donne pas de *consideration* (entendez contrepartie dans un sens très large), indépendamment du fait que ce dernier ait connaissance de l'existence du *use*<sup>1446</sup>. Par contre, le transfert de la *seisin* du *legal interest* à un tiers remplissant l'exigence de la *consideration* et n'ayant pas été notifié du *use* aura pour conséquence la disparition du *use* du *cestui que use*<sup>1447</sup>. En termes qui nous sont plus familiers, le tiers acquéreur de bonne foi est protégé.

Les principes applicables aux *uses* demeurent toutefois étroitement liés au fait qu'ils reposent sur la confiance placée sur la tête du titulaire du *legal interest*. Cette confiance (*confidence* ou *trust*) constitue l'essence même de l'institution. C'est donc en vertu de cette confiance que le *cestui que use* possède la jouissance du bien-fonds. Si une telle confiance ne lie pas le titulaire du *legal interest*, aucune action contre ce dernier n'est possible. Aussi, celui qui, avec violence, prend la *seisin* du *feoffee to uses* n'est pas lié par le *use*<sup>1448</sup>. Cela explique également la nécessité à la création d'un *use* de l'existence effective du *feoffee to uses*.

Cela peut conduire à considérer que l'*equitable interest* du *beneficiary* n'est «que relatif<sup>1449</sup>».

---

<sup>1444</sup> SWADLING, n° 4.151 («[The beneficiary] is only liable to restore the rights dissipated in breach of trust, either to the former trustee, or, more likely, to other persons nominated by the beneficiaries.»).

<sup>1445</sup> SIMPSON, p. 180 («The justification for saying that a purchaser for value with notice was bound was that he was a party to the fraud of the feoffee who had sold the land.»).

<sup>1446</sup> SIMPSON, p. 180. Lequel (p. 181) précise que la combinaison des *doctrines of notice* et *consideration* est clairement exprimée pour la première fois en 1522. Il s'agit du fondement de la *doctrine of purchaser for value without notice* ultérieure et qui permet de distinguer entre *legal* et *equitable ownership*.

<sup>1447</sup> SIMPSON, p. 180 s.; DIGBY, p. 327 (qui précise que le même résultat existe en cas d'*escheat*, notamment).

<sup>1448</sup> SIMPSON, p. 181.

<sup>1449</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63. L'on reconnaît bien ici les lignes (francophones) d'un juriste anglais qui se permet la remarque contradictoire suivante: «Ils ont tous les deux un droit réel, mais celui [du beneficiary] n'est que relatif.» Cela montre, une fois encore, l'appréhension nécessairement erronée du droit anglais à laquelle conduit une approche fondée sur les droits subjectifs. Notons à la décharge de cet éminent auteur qu'il précise lui-même (*Langage*, p. 61) qu'un *estate* n'est pas un droit subjectif.



Les auteurs ne manquent pas de relever que s'il devait être admis dans un sens technique que le *trustee* et le *beneficiary* sont propriétaires (*ownership*) en concurrence des objets du *trust*, cela ne pourrait conduire qu'à une « *guerre civile et une totale anarchie*<sup>1450</sup> »<sup>1451</sup>. Affirmer que l'unique propriétaire est le *trustee* alors que le *beneficiary* n'aurait pas une position de même rang, n'est pourtant pas plus correct. Certes, le titulaire du titre légal (*legal title*) est bien le *trustee* à l'exclusion de toute autre personne. Plus encore, il s'agit de l'unique véritable titre et parler de titre équitable (*equitable title*) constituerait un abus de langage<sup>1452</sup>. Pourtant cette position légale doit s'effacer (*yield*) devant celle *equitable* du *beneficiary*<sup>1453</sup>. Alors que la position légale ressort au *common law*, celle équitable relève de l'*equity* – dont les juridictions sont distinctes avant 1873. L'on pourrait donc conclure à des décisions contradictoires. Tel n'est pourtant pas le cas au plan formel<sup>1454</sup>. Les *courts of law* doivent s'incliner devant le *Lord Chancellor* (la plus haute autorité juridique du royaume); lequel de son côté ne peut pas intervenir directement dans le domaine du *common law*, mais uniquement s'opposer à la mise en œuvre de prétentions légales<sup>1455</sup>. Aussi, n'y a-t-il ni conflit de décisions ni conflit de droits (*rights*)<sup>1456</sup>, dans la mesure où les deux corps de règles dialoguent entre eux. Il en allait de même à l'époque des *uses* déjà: les juridictions de *common law* n'étaient pas « hostiles » aux *uses*; elles en admettaient la portée au contraire, mais seulement dans la mesure que leur permettait leur compétence et les règles de procédure. Toujours dans cette mesure, elles faisaient respecter la convention des parties; ainsi, le transfert de la *seisin* et, plus important encore, les conditions y attachées sont appliquées par la *Court of Common Pleas*<sup>1457</sup>. Toute la problématique réside dans la qualité pour agir, en cas de non-respect de ces conditions, qui n'appartient qu'à celui qui cède sa terre ou ses héritiers, mais pas – en *common law* – au *beneficiary*<sup>1458</sup>.

Le déséquilibre apparaît ainsi en faveur du *beneficiary*. Ce constat se trouve renforcé par l'analyse des actions à la disposition de ce dernier. « [Le *Lord Chancellor*] *créa un système de propriété équitable*<sup>1459</sup>. » Dès le XV<sup>e</sup> siècle, ses actions lui permettent non seulement d'imposer au *trustee* le comportement qu'il doit observer en vertu de la morale, mais elles l'autorisent également à prévaloir face à un tiers acquéreur, un héritier

<sup>1450</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 4 s.

<sup>1451</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 4 s.

<sup>1452</sup> SWADLING, n° 4.148.

<sup>1453</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 4 s.

<sup>1454</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 5.

<sup>1455</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 4 s.

<sup>1456</sup> SCOTT/FRATCHEL, p. 5.

<sup>1457</sup> Voir WATERS, p. 176 s. FRATCHEL, *Encyclopedia*, p. 13 s.

<sup>1458</sup> Voir WATERS, p. 177.

<sup>1459</sup> Notre traduction de SCOTT/FRATCHEL, p. 5: « [The *Lord Chancellor*] *created a system of equitable ownership.* »

du *trustee* ou encore face à celui qui reçoit gratuitement un bien issu du *trust*<sup>1460</sup>. Le tiers acquéreur de bonne foi reste protégé et donc hors d'atteinte<sup>1461</sup>. À cette époque, le *beneficiary* n'est pas encore aussi bien protégé que s'il disposait de *legal interests*, mais sa position devient rapidement équivalente (à l'instar de ce qui se fait sur le continent pour les tenanciers d'un fief ou d'une censive)<sup>1462</sup>. Le transfert de son *equitable interest* – en particulier à ses héritiers – devient possible par *assignment*<sup>1463</sup>.

Les deux positions sont donc concurrentes<sup>1464</sup> dans la mesure où l'exclusivité n'est plus garantie: «*Tant les cours de common law que les cours d'equity considèrent le trustee en tant que titulaire du titre légal du patrimoine du trust, et le beneficiary en tant que equitable et beneficial owner*<sup>1465</sup>.» Le hiatus entre la notion anglaise de *ownership* et la notion continentale moderne de propriété exclusive est patente.

La position du *beneficiary* est donc bel et bien *in rem* et ne constitue pas une simple prétention personnelle ou contractuelle à l'encontre du *trustee*<sup>1466</sup>. Par ailleurs, aucun ne peut être décrit comme étant titulaire d'un *ius in re aliena*<sup>1467</sup>. «*Puisque tant le trustee que le beneficiary ont, concurremment, des interests in rem sur le même objet, la création d'un trust implique normalement une séparation de la propriété de l'objet entre le trustee, qui a certains ou tous les pouvoirs d'un protector, et le beneficiary, qui a le bénéfice de la propriété de l'objet*<sup>1468</sup>.»

L'*interest* du *beneficiary* est une *chose in action* qui est opposable aux tiers<sup>1469</sup>. Il s'agit là d'*equitable interests* par opposition aux *legal interests* de *common law*<sup>1470</sup>.

---

<sup>1460</sup> SCOTT/FRATCHER, p. 5.

<sup>1461</sup> SCOTT/FRATCHER, p. 5 s.

<sup>1462</sup> SCOTT/FRATCHER, p. 6.

<sup>1463</sup> SCOTT/FRATCHER, p. 6.

<sup>1464</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 8 («[...] both the trustee and the beneficiary have, concurrently, in rem interests in the same subject matter [...]»).

<sup>1465</sup> Notre traduction de SCOTT/FRATCHER, p. 5: «Both courts of law and courts of equity regard the trustee as the holder of the legal title to the trust property, and the beneficiary as the equitable and beneficial owner.»

<sup>1466</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 7 s.

<sup>1467</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 7 s.

<sup>1468</sup> Notre traduction de FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 8: «Because both the trustee and the beneficiary have, concurrently, in rem interests in the same subject matter, the creation of a trust normally involves a splitting of ownership of the subject matter between the trustee, who has some or all of the powers of a protector, and the beneficiary, who has beneficial ownership of the subject matter.»

<sup>1469</sup> LAWSON, p. 30.

<sup>1470</sup> MEGARRY & WADE, n° 1-015.

Le *trustee* et le *beneficiary* ont chacun un *property interest*, indépendamment l'un de l'autre, sur le patrimoine du *trust*<sup>1471</sup>; patrimoine dont la composition peut évoluer au fil du temps, les nouveaux éléments étant subrogés aux anciens<sup>1472</sup>.

Tout cela tend à démontrer que l'importance de la distinction entre le *common law* et l'*equity* ne doit pas être exagérée: «[...] *la distinction de substance peut se faire comprendre sans référence à cette ancienne distinction de juridiction*<sup>1473</sup>.» Cette remarque de NICHOLAS est très juste dans la mesure où il serait erroné de considérer ces deux corps de règles en opposition l'un de l'autre. Au contraire, une vision globale du droit anglais, incluant le *common law* et l'*equity*, s'impose à l'observateur qui veut saisir de manière correcte les positions respectives des *trustee* et *beneficiary*. Nous l'avons vu, les règles des deux corps ne sont pas antagonistes, mais complémentaires. Il n'y a rien de plus faux que de s'arrêter au *common law* et traduire la position de *trustee* par celle d'un propriétaire au sens continental du terme<sup>1474</sup>. Si l'on procède ainsi, l'explication des prérogatives du *beneficiary* en devient extrêmement précaire, leur étendue ne se justifie plus et le «gel éternel» de toute possibilité de jouissance pour le *trustee* est tout simplement incompréhensible (pour ne pas dire contraire aux conceptions fondamentales du droit des biens continental). Nous y reviendrons dans la troisième partie de notre étude.

§ 5. Il n'en demeure pas moins que la nature précise de la relation entre *trustee* et *beneficiary* n'est pas toujours facile à saisir, même de nos jours. Lord BROWNE-WILKINSON, *Senior Lord of Appeal in Ordinary* à la *House of Lords*, explique en 1996 que la situation de concurrence qui décrit la relation ne résulte pas de la séparation de l'*equitable title* du *legal title* préexistant et persistant, mais est un nouvel (*equitable*) *estate* qui s'ajoute au *legal estate*<sup>1475</sup>. De même, en 2013, SWADLING admet que le terme de *split ownership* n'est pas le plus heureux dans la mesure où il sous-entendrait un processus de «division conceptuelle» de la propriété<sup>1476</sup>. Au contraire, la position

<sup>1471</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 7.

<sup>1472</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 7.

<sup>1473</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63.

<sup>1474</sup> KIRKPATRICK (p. 216 s.) commet malheureusement cette erreur.

<sup>1475</sup> Lord BROWNE-WILKINSON, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996] UKHL 12, p. 29 («*The Retention of Title Point: [...] A person solely entitled to the full beneficial ownership of money or property, both at law and in equity, does not enjoy an equitable interest in that property. The legal title carries with it all rights. Unless and until there is a separation of the legal and equitable estates, there is no separate equitable title.*»).

<sup>1476</sup> SWADLING, n° 4.150. Le même se réfère ainsi au juge HOPE de la *Court of Appeal* de Nouvelle Galles du Sud, dans l'affaire *DKLR Holding CO (No 2) Ltd v. Commissioner of Stamp Duties* (1980) 1 NSWLR 510, p. 519: «*[A]n absolute owner in fee simple does not hold two estates, a legal estate and an equitable estate. He holds only the legal estate, with all the rights and incidents that attach to that estate. [...] [A]lthough the equitable estate is an interest in property, its essential character still bears the stamp which its origin placed upon it. Where the trustee is the owner of the legal fee simple, the right of the beneficiary, although annexed*

du *beneficiary* doit être comprise comme un *equitable interest* sur le patrimoine du *trust* qui vient se « greffer » sur le *legal estate* et non comme un élément qui en est détaché<sup>1477</sup>. De même, FRATCHER s'écarte du dualisme entre *legal title* et *equitable title* pour décrire la *split ownership* résultant d'un *trust*, mais plutôt pour éviter toute emphase sur l'ancienne séparation formelle des cours de *common law* et d'*equity*, qui n'est pas essentielle à la description des *trusts*<sup>1478</sup>. Cet auteur souligne donc avec raison l'absence d'antagonisme ou de concurrence entre le *common law* et l'*equity*, en rappelant leur complémentarité.

En substance, SWADLING met, à notre sens, deux éléments importants en avant: le *legal title* n'est pas directement affecté par l'existence d'un *trust* que ce soit dans sa nature ou dans sa plénitude; corollairement, l'*equitable interest* est d'une nature différente et ne constitue ni un titre, ni une part distraite du *legal title*. En conséquence, il ne peut s'agir d'un démembrement de propriété. Même si nous prenons l'hypothèse d'une *personal property* sur laquelle le *trustee* est investi d'une *ownership*, la position du *beneficiary* ne sera pas un *ius in re aliena* et donc, l'on se retrouve face à une figure de *split ownership*<sup>1479</sup> – cette situation n'étant toutefois ni le résultat d'une division du *legal estate*, ni de la séparation d'un *equitable interest* préexistant sur la tête du titulaire du *legal estate*: « *Le résultat est une chose unique: une double forme de propriété. En bas se trouve le trustee qui tient le titre légal; au-dessus de lui est le beneficiary qui a la propriété équitable*<sup>1480</sup>. »

L'existence d'une *split ownership* semble être une condition à la validité d'un *trust*, dans la mesure où les *trusts* établis pour des buts non idéaux sans *beneficiary* identifié ou identifiable ne sont en principe pas possibles<sup>1481</sup>.

§ 6. En définitive, les positions juridiques respectives du *trustee* et du *beneficiary* sont des purs produits des juristes anglais du Moyen Âge tardif et des périodes Tudor et

---

*to the land, is a right to compel the legal owner to hold and use the rights which the law gives him in accordance with the obligations which equity has imposed upon him.* »

<sup>1477</sup> « *Although this right of the beneficiary constitutes an equitable estate in the property, it is engrafted onto, not carved out of, the legal estate.* »: SWADLING, n° 4.149, qui cite le juge australien MCLELLAND de la *Court of Appeal* de Nouvelle Galles du Sud, dans l'affaire *Re Transphere Pty Ltd*, (1986) 5 NSWLR 309, p. 311.

<sup>1478</sup> FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 8.

<sup>1479</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63: « *De même on peut dire que [le trustee] a la propriété at law et [le beneficiary] in equity.* »

<sup>1480</sup> Notre traduction de SCOTT/FRATCHER, p. 4: « *The result is something unique: a double form of ownership. Down beneath is the trustee who holds the legal title; above him is the beneficiary who has the equitable ownership.* »

<sup>1481</sup> Reconnaître une *split ownership* pour les *charitable trusts* demande un certain effort d'abstraction, mais la doctrine admet que le public lui-même constitue un *beneficiary*, même si l'on ne peut pas admettre que le public soit revêtu d'un *proprietary interest* dans le sens ordinaire du terme. Voir, sur l'ensemble, FRATCHER, *Encyclopedia*, p. 5 et 8.

Stuart. La notion de propriété ne doit à aucune étape appuyer l'analyse. Le droit anglais ignore totalement ce concept en la matière. Il n'y a ni division, ni remembrement, ni doublon, ni hiérarchie. Il n'y a que des *equitable interests* sur le patrimoine du *trust* qui sont de natures différentes des *estates*, mais n'y sont pas antagonistes. *Estates* et *interests* fonctionnent en conjonction les uns des autres – conformément à l'esprit de partage communautaire de la société médiévale dans laquelle s'inscrit cette institution juridique.

Ainsi les *doctrines of tenure, of estates* et les *trusts* se combinent parfaitement ensemble. Si nous reprenons l'exemple des cinq *estates* que nous avons emprunter plus haut à NICHOLAS<sup>1482</sup>, il est possible de nommer un homme de loi *trustee*, revêtu au décès du *de cuius* du *fee simple* (1) avec pour charge d'accorder, dans le respect du *leasehold estate* (2), à l'épouse survivante un *equitable interest for life* (3), à son décès un autre *equitable interest for life* (4) en faveur de la fille, puis au décès de cette dernière de remettre le *legal estate* en *fee simple* (5) à une fondation. Comme cette dernière dispose toujours de la possibilité de refuser la faveur, il existe encore un *fee simple in expectancy (contingent remainder)* (6).

Nous sommes à un très haut degré d'abstraction. L'*equitable interest* a une existence propre et distincte du *legal estate* : il n'est pas issu de ce dernier, en l'absence de *beneficiary* il n'existe pas, le titulaire du *legal interest* n'est jamais titulaire de l'*equitable interest* ès-qualités.

Par ailleurs, comme nous l'avons vu, l'*estate* ou l'*interest* (sur ce point ils sont identiques) s'interpose entre le titulaire et l'élément patrimonial (savoir, le *trust fund*) : «Ainsi, même lorsque le juriste de common law de langue anglaise parle, par exemple, du 'ownership of a life estate', on peut difficilement faire le lien avec la propriété romaniste. Être 'propriétaire d'un usufruit' serait, dans la tradition civiliste, un non-sens conceptuel puisque juridiquement, on ne peut avoir l'usus, le fructus, et l'abusus sur un démembrement de propriété.»

#### D. Synthèse du droit anglais

«La recherche d'un 'propriétaire' est une préoccupation entièrement continentale<sup>1483</sup>.» Ces mots de PIERRE constituent la matrice fondamentale du droit des biens anglais. Dans la mesure où cet ordre juridique est resté fidèle à son héritage féodal tout au long de son histoire, la propriété n'a jamais été et n'est toujours pas de nos jours une institution juridique de ce droit. Sa présence n'existe que par simplification lin-

<sup>1482</sup> NICHOLAS, *Langage*, p. 63.

<sup>1483</sup> Notre traduction de PIERRE, p. 241 : «The pursuit for 'the owner' is an entirely civilian preoccupation.»

guistique et sans lien avec le sens que lui prêtent les juristes continentaux. En cela, le droit romain représente un saisissant contraste<sup>1484</sup>, particulièrement intéressant du fait que le schéma de GAIUS peut s'appliquer aux deux ordres juridiques, mais que l'organisation des institutions y est tout différent. En droit anglais, l'institution structurante du droit des biens, la *seisin*, ne figure pas sur le schéma.

Les ordres juridiques continentaux actuels, qui s'inspirant des principes du droit romain et fondant leur droit privé sur les droits subjectif, leur appliquent une rigoureuse classification et offrent également un contraste évident. Mis face-à-face, le droit anglais apparaît comme désorganisé et bien mal systématisé. Il ne s'agit pourtant, comme nous venons de le montrer, que de se saisir des lunettes adaptées à l'ordre juridique observé. Replacées dans leur contextes historique et systématique, les institutions du droit anglais des biens s'organisent de manière tout à fait rationnelle.

Cela demande néanmoins un effort certain. Pour saisir le droit anglais et en particulier son droit des biens, il faut se plonger dans son histoire. Il faut se souvenir que le droit féodal normand est importé en Angleterre en 1066 et implémenté à l'exclusion des anciennes traditions anglo-saxonnes, ainsi que se rappeler que l'organisation de la société y est d'emblée plus aboutie que celle du continent – car mise en place de manière organisée. Sur ces bases, s'impose alors à nous la conclusion que le droit anglais est en phase avec les autres ordres juridiques médiévaux dont il partage la grammaire et les principes.

Toutefois, le droit romain n'ayant pas été reçu par les juristes anglais, aucune réconciliation juridique entre les notions du Moyen Âge et celles de Rome n'a jamais été tentée. La théorie du double domaine développée sur le continent par appui sur la notion de *dominium* ne prend pas en Angleterre. Ainsi débute une irrémédiable séparation.

Au fil du temps, les *doctrines of tenure* et *of estates* se perfectionnent. Nous avons vu que ces deux doctrines fragmentent déjà pratiquement à l'infini la maîtrise d'un bien-fonds. La notion de propriété est ainsi totalement étrangère aux réflexions. Il n'y a pas non plus de démembrement de la propriété à rechercher: il n'existe pas de propriété à remembrer, même intellectuellement.

L'on pourrait penser que la *real property* est un domaine dont le juriste continental peut facilement s'abstraire, même s'il est confronté dans sa pratique au droit anglais<sup>1485</sup>; nous avons montré que le juriste confronté à des *trusts* ne peut en faire fi sous peine d'erreurs importantes de compréhension. Les *trusts* s'inscrivent pleinement

---

<sup>1484</sup> BUCKLAND/MCNAIR/LAWSON, p. 66 («*Thus the Roman law which sharply distinguishes ownership from possession [...], and does not for practical purposes recognise degrees of ownership, presents a picture very different from that offered by our law at any stage in its development.*»)

<sup>1485</sup> En ce sens, KIRKPATRICK, p. 223.

dans les multiples schémas de fragmentation de la propriété permis par le droit anglais: ils en constituent seulement une modalité supplémentaire. Lorsqu'ils apparaissent, les *trusts* anglais sont pleinement inscrits dans leur époque. Les praticiens exploitent les principes et institutions de leur ordre juridique pour en tirer le meilleur parti. Il convient donc toujours de replacer les *trusts* dans leur contexte juridique et historique.

Le parcours historique des *uses*, puis des conséquences du *Statute of Uses*, permet de comprendre la manière dont ils doivent être conceptualisés. Les fondements sont – comme pour les *tenures* – mixtes, à la fois *in personam* et *in rem*. Avec la perfection de leur appréhension judiciaire, les effets opposables par le *trustee* et le *beneficiary* sont bien des effets *erga omnes*. Ils sont titulaires d'un *interest* sur le patrimoine du *trust*.

Pas plus que parmi les autres institutions du droit anglais des biens, rechercher une personne qualifiable de propriétaire (au sens continental) d'un bien inclus dans un *trust property* ne mène à rien; il n'en existe pas. Les juristes continentaux qui de nos jours aimeraient à traiter les *trusts* comme des institutions en phase avec le droit continental ou issues du droit romain se trompent gravement, nous l'avons montré.

Depuis leur émergence, le champ d'application des *trusts* est devenu de plus en plus important en pratique, mais aucune nouvelle conceptualisation n'est venue en redéfinir les principes. Pris bout à bout, notre chaîne de raisonnement montre donc clairement que l'on a affaire à une institution communautaire de type médiéval qui ignore tout des principes du *dominium* romain et des droits subjectifs modernes.

De par la classification des biens et les multiples possibilités de diviser la propriété, ainsi que la faible importance de l'objet de droit, il est possible de dire du droit anglais qu'il est fondé sur un système de droit des biens «*abstrait*<sup>1486</sup>». Difficile d'être plus éloigné du système des droits réels suisses ou continentaux ...

En définitive, le droit anglais est un droit féodal dont les institutions du droit des biens, y compris les *trusts*, sont fondées sur le modèle objectif commun à l'ancien droit coutumier, sans qu'il ne soit possible ni d'y appliquer les principes du droit romain, ni d'y retrouver le modèle moderne des droits subjectifs dont l'émergence et la consécration est l'objet de notre deuxième partie.

---

<sup>1486</sup> Voir, dans le même sens, NICHOLAS, *Langage*, p. 64.

## XI. Synthèse générale de notre première partie

Notre historiographie analytique des grands systèmes de droits des biens se ponctue ainsi à l'aube du mouvement continental des codifications. Quoique s'étendant sur de nombreux siècles et des régions diverses, il est possible de relever un certain nombre de traits communs aux différents systèmes.

D'abord, le schéma de GAIUS, dans la mesure où il s'attache à décrire les différentes espèces de choses reconnues par l'ordre juridique peut s'appliquer non seulement au droit romain, mais également aux autres ordres juridiques que sont les droits carlovingiens, coutumiers (avant et encore après la redécouverte du droit romain) et anglais.

Ensuite, nous avons pu, dans chacun des chapitres de cette partie, constater l'absence d'ancrage de la figure des droits subjectifs dans les ordres juridiques successifs. Par là même, nous avons découvert une systématisation des institutions du droit des biens différente de celle du droit suisse (tel que nous l'avons vu à titre préliminaire), ainsi que la force structurante d'institutions qui ne s'assimilent pas à une forme de propriété subjective moderne : le *dominium* et la saisine (ou *seisin* en droit anglais, ce qui revient au même, nous l'avons vu).

Le droit romain bien sûr présente un ordonnancement des questions et institutions largement connu. Nous avons souhaité souligner les différences qui séparent ce droit des contreparties modernes et actuelles du continent, plutôt qu'insister sur les similitudes qui nous sont bien connues. Nous avons ainsi pu rappeler que le droit des biens romain ignore le concept de droit subjectif et connaît d'importantes variations de sa propre notion de propriété. En particulier, nous avons pu trouver des esquisses de propriétés divisées. Non pas encore les mêmes notions que celles qui figurent au titre de la présente étude, mais tout de même des occurrences intéressantes de partage de la maîtrise d'une même chose entre plusieurs titulaires.

Ce n'est en effet que dès la période suivante – et la délimitation à son importance pour notre question – que nous pouvons véritablement considérer reconnaître certaines institutions comme confinant à la qualité de propriétés divisées.

Cette période, c'est l'époque carlovingienne qui est trop souvent négligée par les auteurs, alors qu'elle tient en notre matière en général et en notre étude en particulier un rôle important dans la compréhension du passage en Europe du droit romain vers le droit féodal. Nous avons ainsi montré que la transition entre l'époque romaine et les époques barbares, puis carlovingienne, n'est ni nette ni brutale, mais au contraire diffuse. Elle implique en particulier le maintien structurel des grandes propriétés foncières romaines. Cependant, les règles du droit romain et surtout ses principes juridiques disparaissent finalement complètement avant leur redécouverte par les glossateurs. L'importance de cette époque se manifeste dans la classification des biens que les circonstances



et les mœurs imposent. Cette classification est en effet, comme nous l'avons vu, par la suite affinée, mais jamais véritablement bouleversée, malgré les tentatives des différents doctes de réconcilier le droit médiéval des biens avec les catégories romaines.

Entre-temps en effet, le droit coutumier du Moyen Âge marque l'installation de la féodalité des terres et, au-delà, de nombreux biens de diverses natures. Les concepts juridiques sont fondés sur la figure de la saisine qui est l'outil de maîtrise des utilités des choses corporelles et incorporelles par excellence. Par la saisine, s'acquière, se transfère et s'obtient la jouissance des fiefs, censives et autres tenures. Ces tenures répartissent les utilités qu'il est possible de tirer des différents biens entre les (nombreux) ayants droit dont aucun n'a le pouvoir de disposition sur la chose proprement dite (sous-jacente aux dites utilités).

Face à l'édifice féodal, les glossateurs et autres doctes tentent une explication scientifique d'un droit éminemment pratique en se fondant sur les sources retrouvées du droit romain. Mis face à face, les deux corps de règles dévoilent les nombreuses différences qui les séparent, ne serait-ce déjà que quant aux principes et à l'esprit, mais aussi quant aux mœurs des sociétés qui les entourent. Le modèle féodal est quelque peu perfectionné, dégrossi si l'on veut, mais les traits caractéristiques de l'époque médiévale et les assises sont encore trop bien ancrés dans les usages pour vaciller – cela viendra néanmoins. Le domaine utile et le domaine éminent forment ensemble la grammaire du droit des biens – et des propriétés divisées – jusqu'à la Révolution française.

Le droit anglais pour sa part a des racines communes au droit féodal continental. Il en constitue même le modèle le plus abouti puisque les cours royales anglaises vont asseoir de manière assumée un droit commun d'une grande prévisibilité quant aux principes et règles de procédures applicables aux circonstances diverses du droit des biens. Après avoir assuré l'hégémonie du modèle féodal, les *tenures*, *estates* et *powers of appointment* sont complétés par la figure originale des *trusts*. Ultime exemple de propriétés divisées, non pas quant aux utilités ou à la durée (c'est là l'affaire des *tenures* et *estates*, nous le savons), mais bien plutôt quant à la jouissance et aux charges.

Toutes les institutions rencontrées reposent sur un modèle objectif. C'est-à-dire que le schéma de leur description débute par la notion de chose (*res*) et englobe le corporel comme l'incorporel. Ainsi, l'approche objective, par opposition à l'approche subjective consacrée par les droits modernes et dont nous avons dressé l'esquisse dans notre partie préliminaire par la classification du droit de propriété parmi les autres droits subjectifs, est-elle hégémonique dans le droit en vigueur en Europe occidentale jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Ce n'est que le grand bouleversement des codifications qui entraînera le passage d'une approche objective vers une approche subjective. Il s'agit précisément à présent de nous intéresser à ce phénomène fondamental dans l'histoire du droit des biens européen en particulier, mais aussi dans l'Histoire en général.



Deuxième  
partie

**La subjectivisation du droit des  
biens par les codifications**



*« Qu'en est-il des nouveaux systèmes de la jurisprudence humaniste? Nous montrerons que les systèmes [...] ont profondément changé de nature; ils cessent d'être un classement des choses pour devenir un classement des droits. »*

VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 476.

## Préambule à la deuxième partie

Après avoir proposé un aperçu des différents systèmes historiques de droit des biens en Europe occidentale et en avoir conclu à leur caractère objectif, il nous faut à présent tâcher de comprendre quelles sont les étapes et évolutions ayant mené les ordres juridiques continentaux modernes, à adopter une approche subjective.

Nous commençons par un chapitre s'attachant à décrire les transformations observées sous l'Ancien Régime (XII). Nous y rencontrerons d'abord l'institution des communaux, puis rappellerons la modernisation en marche de la société, ainsi que la progressive séparation du droit public et du droit privé.

Les prémisses ainsi établies, nous pourrions nous consacrer à l'étude du contexte général dans lequel s'inscrivent les codifications européennes qui est celui de courants intellectuels et philosophiques dont les origines remontent à la fin du Moyen Âge (XIII).

Nous serons alors en mesure d'étudier en détail la transformation du droit des biens en France (XIV), en Autriche (XV) et en Allemagne (XVI).

## XII. Évolutions générales jusqu'à la fin de l'Ancien Régime

Le régime du droit des biens ne connaît pas de modification fondamentale jusqu'à la fin de l'Ancien Régime<sup>1487</sup>. Les constructions juridiques, si elles font l'objet de modifications, le sont dans une perspective très conservatrice, laquelle globalement ne remet pas en cause les acquis des glossateurs et postglossateurs. Au plan pratique, l'on ne reconnaît d'ailleurs pas au roi un véritable pouvoir de réforme, notamment en notre

---

<sup>1487</sup> PATAULT, p. 87; IMBERT, p. 44 et 54. La première nommée explique ainsi (p. 104) que « c'est une explication savante du système féodal qu'on s'efforce de proposer. » Dans le même sens, HUBER (*Exposé des motifs III*, p. 3) écrit qu'en Suisse « [l]es anciennes institutions, issues des prérogatives seigneuriales et notamment des diverses formes du colonat, furent sans doute conservées telles quelles, mais devinrent en réalité incapables de se développer dans le cadre du droit privé général qui commençait à apparaître. »

matière<sup>1488</sup>. Au contraire, il est même reçu un « *principe de non-immixtion du roi dans le domaine du droit privé*<sup>1489</sup>. » Ainsi, les concepts ne changent pas ; le droit des biens reste fondamentalement féodal<sup>1490</sup>.

Des transformations existent pourtant dans d'autres domaines. Il y a d'abord l'émergence de la distinction moderne entre le droit privé et le droit public. En effet, le retour progressif du roi à ses régales libère les seigneurs de certaines de leurs charges envers leurs vassaux ; ce qui rompt définitivement le caractère synallagmatique des contrats de fief. Par ailleurs, la formation progressive des États modernes – France, Prusse, Autriche, Bavière, etc. – est l'occasion pour les juristes de soulever certaines questions, dont, pour celles qui nous intéressent, l'harmonisation matérielle et formelle du droit privé, ainsi que de ses sources, ou la propriété médiate du roi sur son territoire (B).

Il y a ensuite la transformation de la société<sup>1491</sup>. Car, bien sûr, en pratique, la société féodale décline, lentement, tout au long des siècles qui précèdent la Révolution française<sup>1492</sup>. Le commerce et les foires se développent, les meubles prennent une importance que l'on ne leur connaissait guère<sup>1493</sup>. Les artisans et la bourgeoisie sont en plein essor<sup>1494</sup>. L'évolution est profonde ainsi que continue : même la société de l'an 1600 n'aura pas grand-chose à voir avec celle de l'année 1789<sup>1495</sup> ; c'est dire le chemin parcouru depuis le Moyen Âge.

Une dernière transformation mérite encore notre attention. Bien moins « neuve » que les autres, car s'inscrivant dans l'esprit d'une société agricole et peu mobile, de nouvelles formes de communautés – villageoises et commerciales – se développent dès les XIII-XIV<sup>e</sup> siècles dans toute l'Europe<sup>1496</sup>. Or, certains de ces « communaux » se maintiennent, selon des modalités diverses et malgré des hésitations, lors du processus

---

<sup>1488</sup> CARBASSE, p. 34 (« [...] les canonistes, influents dans l'entourage royal, expliquent que la coutume est l'œuvre du peuple et que le roi, même s'il est 'empereur en son royaume', n'a pas le pouvoir de la modifier. »). Le même (p. 34 s.) rappelle l'échec de l'ordonnance de Ville-neuve-sur-Yonne du 1<sup>er</sup> mai 1209 contre la divisibilité des fiefs, promulguée par le roi PHILIPPE II (dit Auguste).

<sup>1489</sup> CARBASSE, p. 35. C'est DE BEAUMANOIR (n° 683) qui expose ce principe : « *Et par ces II. voies puet on prouver coutume, et ces coutumes est li cuens tenus a garder et a fere si garder a ses sougiès que nus ne les corrompe. Et se li cuens meismes les vouloit corrompre ou souffrir qu'elles fussent corrompues, ne le devoit pas li rois souffrir, car il est tenus a garder et a fere garder les coutumes de son royaume.* »

<sup>1490</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 145 s. Ce qui est également vrai en territoire vaudois : CHAMOREL, p. 3.

<sup>1491</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 146 (« *La société du XVII<sup>e</sup> siècle paraît stable, mais sa stabilité concerne sa structure plus que les personnes.* »).

<sup>1492</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 23 ; OURLIAC/GAZZANIGA, p. 163.

<sup>1493</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 146.

<sup>1494</sup> CHAMOREL, p. X.

<sup>1495</sup> GALLET, p. 63.

<sup>1496</sup> BOURJOL, p. 10.

de codification. En raison de leur importance économique longtemps maintenue et de la préservation de leurs caractéristiques traditionnelles, les communaux suisses – regroupés par le législateur suisse sous l'appellation générique de «sociétés d'*Allmends*», nous le verrons – font figure de curiosité juridique moderne, autrefois commune à toute l'Europe occidentale et dont l'on retrouve encore de nombreuses occurrences régionales<sup>1497</sup>. Organisant le partage des utilités de la terre, elles puisent leur origine dans la fin de la période médiévale et poursuivent leur existence jusqu'à nos jours encore. Afin de les étudier avec profits et de bien en saisir la complexité, nous proposons un aperçu général de la situation en France, dans les pays germaniques et en Suisse, l'emphase étant évidemment mise sur ce dernier pays, bien que les communaux soient véritablement un phénomène pratiquement universel (A).

## A. Le développement des communaux, spécialement des sociétés d'*Allmends*, jusqu'à la Révolution française

### 1. Les communaux: l'autre maîtrise divisée de l'Ancien Régime

Nous avons étudié en détail les constructions proprement féodales, savoir celles qui divisent la maîtrise du sol entre seigneurs et vassaux en vertu de la relation personnelle de sujétion qui les lie. Mis à part celles-ci, il existe encore une autre forme importante de maîtrise foncière collective: les communaux<sup>1498</sup>.

Comme pour le fief et les autres tenures, plusieurs personnes se partagent les utilités qui peuvent être tirées des biens dont elles ont la maîtrise collective. Ces personnes ne sont toutefois pas liées entre elles par un serment de fidélité, mais, à l'origine en tout cas, par une simple proximité géographique et économique<sup>1499</sup> – c'est-à-dire par des liens purement factuels. Cette proximité rend nécessaire, ou du moins profitable, une organisation commune de l'usage des biens-fonds et ce tout particulièrement pour les surfaces non cultivées. Naturellement affectées au bénéfice commun des membres de la communauté, ces surfaces offrent de nombreuses utilités dont chacun à une jouissance mesurée en fonction de critères variés<sup>1500</sup>. SAVIGNY utilise une terminologie éclairante à cet égard: «*Gemeingut*» pour désigner l'ensemble de biens à destination commune et «*Privatgenuß*» pour désigner ceux dont la jouissance est individuelle<sup>1501</sup>.

<sup>1497</sup> BOURJOL, p. 8. En lien avec le droit suisse, voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 274 ss et spécialement n° 279 à propos de l'Allemagne, l'Autriche, du Liechtenstein et de la France.

<sup>1498</sup> BART, p. 415.

<sup>1499</sup> BART (p. 233) insiste ainsi sur «l'importance économique et sociale» des communaux, de même que ARNOLD M. (p. 6). À ces liens, s'ajoutent naturellement fréquemment des liens familiaux. Voir, aussi, ARNOLD M., p. 5.

<sup>1500</sup> BART, p. 232.

<sup>1501</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 368 s.s

L'archétype de cette forme de maîtrise collective est le village campagnard dont l'économie est essentiellement agraire, mais le modèle peut aussi s'appliquer en milieu plus urbanisé<sup>1502</sup>.

La particularité de cette institution résidant, comme nous venons de l'évoquer, dans l'affectation collective des biens qui en sont l'objet<sup>1503</sup>, la terminologie les met en avant par synecdoque. Aussi est-il question, selon le pays, de (biens) communaux, d'*Allmende* (ou *Gemeingut*<sup>1504</sup>) ou de *common land* (parfois *group property*). L'objet juridique désigne ainsi le tout<sup>1505</sup>. Sauf précision contraire, nous utilisons ci-après le terme « communaux » dans une acception générique – maîtrise foncière collective exercée par un groupe de personnes déterminées, lesquelles bénéficient des utilités qui en découlent – tout en étant conscient de désigner non pas une institution, mais un ensemble d'institutions fortement hétéroclites, même à l'échelle d'un pays ou d'une région<sup>1506</sup>. Nous sommes par ailleurs d'avis que cette approche « globale » est la plus à même à expliquer cette forme de propriété collective<sup>1507</sup>. En outre, nous utilisons aussi le terme « sociétés d'*Allmends* » pour désigner plus spécifiquement, à l'instar du droit actuel, les communaux suisses – eux-mêmes de formes et natures hétéroclites.

L'institution des communaux – telle que nous venons de la définir de façon toute générale – se rencontre dans toute l'Europe occidentale; jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, elle est même très fréquente<sup>1508</sup>. Pourtant, contrairement aux institutions que nous avons déjà étudiées, elle n'est l'objet de l'intérêt des juristes que très tardivement, savoir seulement dès la fin du Moyen Âge. Par voie de conséquence, le « laisser-faire » juridique, qui prévaut dans les premiers temps, entraîne le développement de formes juridiques extrêmement diverses. Les communaux ont ainsi été le fruit des pratiques locales autonomes que le temps a permis de fixer. Aussi, les règles d'organi-

---

<sup>1502</sup> Il s'agit alors de « *Stadtmeynden* ». Voir BOURJOL, p. 51; HEAD-KONIG, n° 8 ss.

<sup>1503</sup> ERNST, p. 57.

<sup>1504</sup> Il existe en réalité de nombreuses variations terminologiques: « [...] *Allmein, Allmeind, Allmend, Allment, Allmet, Allmy, Allmig, Gemeind* [...] » (MIASKOWSKI, p. 1). Le même (p. 2 s.) explique qu'au-delà de la terminologie les terres et biens visés varient quelque peu selon les régions et choisit de s'attacher à la terminologie schwytoise.

<sup>1505</sup> Ainsi, par *Allmende(n)*, la langue allemande courante entend une portion de sol sans cultures ou constructions permanentes. Au sens juridique actuel par contre, le terme désigne (en Suisse) les corporations qui non pas de personnalité juridique distincte de leurs membres, ceux-ci disposant en commun des terres et des revenus y afférant. Voir VIVIER, n° 1.

<sup>1506</sup> HEAD-KONIG, n° 47 (à propos de la Suisse); NEESON, n° 5 s. et 16; VIVIER, n° 3 (à propos de la France); MIASKOWSKI, p. 4 s. (à propos de la Suisse).

<sup>1507</sup> Du même avis, BOURJOL, p. 8 s. (à propos d'une approche comparative européenne et en particulier entre la Suisse et la France); MIASKOWSKI, p. 2 ss (à propos d'une approche synthétique simplifiée pour la Suisse).

<sup>1508</sup> BOURJOL (p. 11) libelle même son titre premier « 'Commune': un phénomène universel » et étend ses « réflexions comparatives » à l'Angleterre, la Russie, la Suisse et l'Afrique.



sation, de prise de décision ou encore de répartition des usages et fruits sont-elles extrêmement variables selon les lieux. Dans la seconde partie du deuxième millénaire des principes généraux se dégagent néanmoins, et nous allons concentrer notre attention sur ces derniers. Voilà pourquoi nous n'avons pas traité des communaux dans les chapitres précédents : par souci de cohérence chronologique quant à l'émergence des notions.

Il convient d'emblée de distinguer les communaux de manifestations pratiques qui leur sont proches : les droits d'usage ou de vaine pâture<sup>1509</sup>. La matérialisation principale de ceux-ci apparaît dans le droit immémorial de vaine pâture qui consiste en la faculté de chacun de pouvoir mener paître ses animaux librement sur les terres agricoles appartenant à autrui après que la récolte y a été faite<sup>1510</sup>. La différence essentielle avec les communaux découle donc du fait que pour ces derniers les terres concernées ne sont l'objet que d'un usage commun, alors qu'ici les utilités des terres concernées sont en principe au bénéfice exclusif de personnes déterminées, lesquelles doivent certes souffrir la vaine pâture en faveur d'une communauté. Cette distinction – claire en apparence – n'est pas toujours aisée à établir en pratique, en particulier en Angleterre, dans la mesure où le territoire étudié est l'objet d'un assolement triennal (*open fields*) puisque cette méthode implique une certaine mise en commun des terres privées.

Fondés sur l'égalité entre les membres, plutôt que sur une hiérarchie, les communaux sont, comme cela ressort des travaux de PATAULT et de BOURJOL, à la fois le pendant « démocratique » des institutions féodales et celui des communautés familiales lignagères. Les deux formes de maîtrises reposent en effet sur les mêmes bases d'organisation sociale. Dans un cas comme dans l'autre, l'institution juridique est le reflet de l'interdépendance des individus entre eux. Personne ne peut prétendre à l'exclusivité sur l'objet physique et les utilités de ce dernier sont partagées entre des individus qui sont liés entre eux par une relation particulière.

Propriété collective et divisée oblige, par un processus de contagion similaire à celui que nous avons rencontré pour la censive, les principes juridiques applicables au fief le sont aussi aux communaux. À nouveau, l'élément central n'est pas le fonds lui-même, mais bien plutôt les utilités que l'on peut en tirer. Chaque membre de la communauté dispose ainsi de la saisine d'une part des utilités du fonds. La variété quant à la quotité et les modalités des parts n'est pas sans rappeler l'extrême profusion des formes de division de la propriété que nous avons vu en droit anglais, comme en droit médiéval. Les développements précédents à ce propos peuvent ainsi être repris *mutatis mutandis*.

<sup>1509</sup> ANTONETTI.

<sup>1510</sup> BART, p. 234 ; PATAULT, p. 68 ss. En Angleterre, la terminologie utilisée est celle de *common fields* : NEESON, n° 2.

## 2. Les origines des communaux et leur champ d'application

Les communaux n'ont pas vraiment fait l'objet de l'attention des juristes avant la Renaissance. L'institution était effectivement d'une importance toute relative. État de fait plus que résultat d'un accord entre les personnes et ne nécessitant pas une sujétion personnelle, les communaux ne sont en principe pas l'objet d'une convention formalisée<sup>1511</sup>. En outre, ne portant que sur des terres impropres à la culture et sans habitation – donc sans plus-value taxable –, il s'agissait pour ainsi dire du «surplus de terres» qui n'était pas encore occupé par l'homme. Les premières traces en sont relativement tardives puisqu'elles datent, en Suisse, des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles<sup>1512</sup>; elles découlent notamment de conflits retentissants<sup>1513</sup>. Ce n'est que plus tard, dès le XIV<sup>e</sup> siècle, alors que l'économie se développe et que la population augmente, et surtout dès les XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles et jusqu'à la Révolution, quand les seigneurs recherchent de nouvelles sources de revenus, que le régime de ces institutions au statut juridique flou sera précisé au gré des controverses judiciaires – et donc juridiques – ainsi que politiques à leur égard<sup>1514</sup>. En fait, il n'est abondamment question des communaux dans les sources qu'au moment où il s'agit, pour les uns, de les anéantir et, pour les autres, de les défendre<sup>1515</sup>.

Ainsi, quand il fut question de la retracer, l'on s'aperçut que la formation des communaux avait été pratiquement imperceptible<sup>1516</sup>. Par conséquent, leur origine exacte – qui nous importe pour bien en comprendre les ressorts – n'est pas exempte de controverses aujourd'hui encore et demeure largement mystérieuse<sup>1517</sup>. D'aucuns, en font remonter l'histoire jusqu'à l'époque pastorale; l'idée n'est pas erronée, mais n'apporte

---

<sup>1511</sup> D'où une absence systématique de titre: VIVIER, n° 2.

<sup>1512</sup> MIASKOWSKI, p. 6.

<sup>1513</sup> ERNST (p. 62) relate, rien que pour la région zurichoise, deux conflits majeurs en 1229 et en 1264 respectivement. Voir aussi ARNOLD M., p. 5 et 7.

<sup>1514</sup> HEAD-KONIG, n° 1; PATAULT, p. 165; ARNOLD M., p. 8 (à propos du XIV<sup>e</sup> siècle); ERNST, p. 62 ss (lequel dresse une longue liste d'exemples de conflits ayant eu lieu en Suisse, souvent avec les autorités religieuses) et p. 65; BABEAU, p. 77 s. (lequel donne quelques exemples de conflits judiciaires français). VIVIER (n° 3) résume ainsi les choses: «*Seigneurs et habitants essaient d'en [le statut juridique complexe des communaux] tirer parti pour se faire reconnaître la propriété de ces terres, encouragés par les hommes de loi qui trouvent dans ces procès une inépuisable source de revenus.*» Voir aussi BRUEHWILER, p. 119 ss.

<sup>1515</sup> Dans le même sens, ANTONETTI, p. 239 s. (qui se rattache aux opinions de LIZERAND et BLOCH).

<sup>1516</sup> ERNST, p. 55 s.

<sup>1517</sup> Les controverses les plus importantes apparaissent sous l'Ancien Régime: VIVIER, n° 3. DE PASCAL (p. 10) résume ainsi la difficulté: «*En effet, [les biens communaux] peuvent être un vestige de la copropriété de village et nous venir des vieilles coutumes germaniques; ils peuvent aussi nous venir, sinon de la législation romaine, tout au moins des traditions des grands propriétaires fonciers romains, qui, dans leurs grands domaines cultivés par manses, laissaient certains terrains vagues communs entre les divers tenanciers.*»

pas grand-chose au raisonnement<sup>1518</sup>. D'autres, les auteurs allemands du XIX<sup>e</sup> siècle principalement<sup>1519</sup>, ont cru devoir donner, dans la recherche de l'origine des communaux, une importance exagérée aux traditions communautaires immémoriales des peuples germaniques<sup>1520</sup>, notamment à la célèbre *marche germanique* (*Markgenossenschaft*)<sup>1521</sup>. Cette institution – qui pourrait avoir été décrite par CESAR déjà<sup>1522</sup> – se caractérise par le partage égalitaire de l'usage des habitations et terres entre tous les membres de la communauté<sup>1523</sup>. La marche germanique, présente bien avant le Moyen Âge, se serait peu à peu transformée pour devenir l'institution des communaux. Cette théorie est celle des tenants de la propriété native ou originaire qui postulent une acquisition originaire des communaux par les habitants en vertu de la nature des choses, ce qui place l'institution en dehors du joug féodal (à l'instar des alleux)<sup>1524</sup>. Sont en faveur de cette opinion bon nombre d'auteurs contemporains de l'Ancien Régime<sup>1525</sup>, auxquels s'ajoute au XIX<sup>e</sup> siècle PROUDHON<sup>1526</sup>.

En opposition à cette doctrine traditionnelle, des théories modernes ne prêtent pas à la marche germanique une si lointaine origine et la placent plutôt vers la fin du Moyen Âge<sup>1527</sup>. Il s'agit là de la reprise d'une autre doctrine classique concurrente, savoir celle des feudistes<sup>1528</sup>. Selon cette approche, la maxime «*nulle terre sans seigneur*» et le droit seigneurial de Haute justice – utilisées l'une et l'autre pour combattre les alleux, comme nous le savons<sup>1529</sup> – suffisent à justifier sur l'ensemble du territoire français la sujétion des communaux aux pouvoirs seigneuriaux et, partant, leur rattachement à la pyramide féodale au titre de simple «*concessions*», ainsi leur application

<sup>1518</sup> Voir BART, p. 232; IKNI, p. 72; BABEAU, p. 75 s. L'argument de la communauté immémoriale aura surtout un intérêt argumentatif contre les tentatives d'usurpation des seigneurs vers la fin de l'Ancien Régime.

<sup>1519</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 571 ss; HEUSLER, *Inst. I*, 262 ss. Voir aussi ARNOLD M., note n° 11 de la p. 6.

<sup>1520</sup> PATAULT, p. 67.

<sup>1521</sup> L'on consultera en premier l'ouvrage de OECHSLIN, publié en 1941, qui procède à une étude historique des *Markengenossenschaften* dans les canton de Uri, Schwytz et Unterwald. Voir aussi BOURJOL, p. 50; FUSTEL DE COULANGES, *Origines*, p. 21 ss.

<sup>1522</sup> Cf. *supra* p. 43 s. Voir aussi BABEAU, p. 76.

<sup>1523</sup> OECHSLIN (p. 13 s.) donne la définition historique suivante: «*So besaß dann innerhalb der Dorfschaft jede Familie eigenes Haus und zünnte auch das Umgelände als Eigen ein, während alles außerhalb des Einzäunten als Allmende, als gemeinsame Mark Eigentum aller Einwohner verblieb. Die einzelnen Glieder der Dorfgemeinschaft wurden die Allmendgenossen, die Markgenossen, welche das gemeinsame Wald- und Weidegebiet zusammen nutzten.*»

<sup>1524</sup> BOURJOL, p. 82 s.

<sup>1525</sup> BOURJOL (p. 82) cite SALVAING, LEGRAND, BASMAISON et IMBERT.

<sup>1526</sup> Voir BOURJOL, p. 83 (qui cite cet auteur *in extenso*).

<sup>1527</sup> ARNOLD M., p. 6; BADER, p. 130 ss; ELSENER, p. 32 ss (repris par ARNOLD M.).

<sup>1528</sup> BOURJOL, p. 81 s.

<sup>1529</sup> Cf. *supra* p. 116.

des principes juridiques féodaux<sup>1530</sup>. Sont de cette opinion des auteurs aussi éminents que DUMOULIN et DARGENTRE, ainsi que parmi les auteurs suisses SECRETAN et OLIVIER<sup>1531</sup>. Si l'on admet cette théorie, la société féodale en devient le cadre social et juridique<sup>1532</sup>. De ce fait, la marche germanique n'est alors qu'une institution supplémentaire aux côtés du fief et de la censive. Nous sommes tout enclin à l'admettre d'autant plus que les communaux se retrouvent tant dans les États du Saint-Empire qu'en France et en Angleterre, régions qui ne connaissent pas la marche germanique<sup>1533</sup>.

En sus des deux théories que nous avons mentionnées, il faut encore y ajouter celle dite de l'École romaniste qui postule l'antériorité des communaux par rapport aux institutions féodales et leur rattachement à l'époque romaine sur le modèle de l'*ager publicus*<sup>1534</sup>. Cette théorie est placée au service du roi de France, successeur indirect des princes romains, dans le but de s'approprier le contrôle de la gestion des communaux au détriment des seigneurs locaux<sup>1535</sup>. Nous verrons que sur cette base les interventions royales permettent (au moins formellement) de s'opposer aux abus des seigneurs<sup>1536</sup>. VON SAVIGNY range les communaux dans la même catégorie que l'*ager publicus* romain<sup>1537</sup>. Si nous comprenons le rapprochement théorique ainsi fait – bien collectif dont la jouissance est attribuée à un individu –, les constructions juridiques sont sans rapport. En particulier, les droits de la communauté sur les biens communaux sont réels et ne sont pas l'objet d'une fiction. De plus, la jouissance individuelle par un membre d'une partie des biens se fait à titre gratuit pour sa part; ce qui n'est pas le cas de l'*ager publicus*. Déjà artificielle à l'époque romaine, cette théorie est au plan historique la moins convaincante de toutes pour régir les communaux; bien qu'elle serve assez naturellement d'appui aux prétentions de l'État français révolutionnaire, nous le verrons. En outre, les positions juridiques accordées par les communaux à leurs bénéficiaires n'ont aucune contrepartie romaine et sont inaptes à être classées au sein de l'une des catégories du droit des biens romain<sup>1538</sup>.

Au-delà de l'admission de l'une ou l'autre approche, l'importance relative – et contestable – que la marche germanique doit recevoir à l'échelle européenne est donc à gar-

---

<sup>1530</sup> BOURJOL, p. 81 s.

<sup>1531</sup> Pro SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 425 ss; OLIVIER, loi IV, fol. 279, p. 236 s. Contra BOYVE, loi IV, fol. 279, p. 213. Voir BOURJOL, p. 81; HENRION DE PANSEY, *Traité des fiefs de DUMOULIN*, p. 92.

<sup>1532</sup> ARNOLD M., p. 6.

<sup>1533</sup> ARNOLD M. (note n° 11 de la p. 6 *in fine*) relève par ailleurs que plusieurs auteurs rejettent toute existence de la marche germanique dans le canton du Valais, pourtant encore porteur d'*Allmends* sur son territoire de nos jours.

<sup>1534</sup> BOURJOL, p. 83. Cf. *supra* p. 66. Voir aussi BOURJOL, p. 19.

<sup>1535</sup> BOURJOL, p. 83; DE LAVELEYE, p. 246 (sur lequel BOURJOL s'appuie également).

<sup>1536</sup> Cf. *infra* p. 296 ss.

<sup>1537</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 368 s.

<sup>1538</sup> MIASKOWSKI, p. 4.

der en mémoire. Quoi qu'il en soit, l'institution (académique ou réelle) de la marche germanique ne fut pas sans influence sur les juristes suisses et il faut donc aussi prendre en compte ce courant de pensée<sup>1539, 1540</sup>.

Tout cela est logique dans la mesure où le droit féodal ne s'est pas préoccupé des communaux. Cependant, l'esprit de l'époque est tant imprégné des constructions féodales que par «contamination», il en va de même des mécanismes des communaux, en Suisse également. Les glossateurs arrivent ainsi trop tard avec l'outil du droit romain. Les mêmes réflexes juridiques emprunts de pragmatisme irradiant les institutions proprement féodales, comme les communaux. La description académique qui en est faite – les communaux se voient réduits à de simples servitudes – ne correspond à aucune réalité concrète.

Aussi, en définitive, si un point d'ancrage historique un tant soit peu solide doit être désigné pour les communaux, il est plutôt à trouver à l'époque carlovingienne<sup>1541</sup>; c'est-à-dire au moment de l'émergence du système féodal – ce qui est naturellement soutenu par la doctrine feudiste, mais correspond aussi à la chronologie historique<sup>1542</sup>. En effet, c'est à partir des communautés villageoises de cette époque, et que nous avons déjà mentionnées<sup>1543</sup>, qu'il faut reprendre le fil de l'évolution du régime juridique des biens laissés hors de l'emprise des fiefs et censives.

Ainsi, dès le XII<sup>e</sup> siècle au moins, il faut distinguer au sein d'un village donné trois surfaces géographiques<sup>1544</sup>.

Il y a d'abord les habitations qui forment le village lui-même et que nous savons être, dès les invasions barbares, l'objet de la jouissance exclusive de leur occupants<sup>1545</sup>. Le reste des terrains est l'objet d'une gestion économique plus ou moins commune par le

<sup>1539</sup> Les théories de la marche germanique obtiennent ainsi le suffrage de HUBER et de LIVER (*Genossenschaften mit Teilrechten*, p. 287). La (trop) grande importance accordée à la marche germanique est sans doute due à la réaction au XIX<sup>e</sup> siècle des auteurs suisses BESELER et BLUNTSCHLI notamment contre l'approche romaniste (MIASKOWSKI, p. 4).

<sup>1540</sup> Sur ces questions, voir ARNOLD M., note n° 11 de la p. 6 et les références citées. SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 22 (le système économique de la marche germanique existe encore au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle dans les petits cantons suisses).

<sup>1541</sup> PATAULT, p. 67; BLOCH, *Histoire rurale I*, p. 77 ss; GARAUD, p. 369. Évidemment, la situation que nous avons trouvée à l'époque carlovingienne est le fruit de circonstances plus anciennes qui ne se rattachent ni au droits germaniques ni au droit romain, mais selon BLOCH et PATAULT au droit celtique. Ainsi BLOCH (*Histoire rurale I*, p. 80): «On doit admettre, je crois, qu'à travers beaucoup de vicissitudes et – cela va de soi – de dépossessions, les seigneurs médiévaux étaient, par l'intermédiaire des maîtres des villae romaines, les héritiers authentiques d'anciens chefs de villages gaulois.»

<sup>1542</sup> BOURJOL, p. 84 (lequel reprend en appui LA POIX DE FREMINVILLE).

<sup>1543</sup> Cf. *supra* p. 87.

<sup>1544</sup> ERNST (p. 57 s.) explique bien qu'il faut analyser les choses à partir du territoire d'un village.

<sup>1545</sup> ARNOLD M., p. 6. Cf. *supra* p. 83 ss.

regroupement des habitants dans une communauté villageoise (*Dorfgenossenschaft* ou *Dorfgemeinde*)<sup>1546</sup>. Cette gestion vise, d'une part, toutes les terres cultivables<sup>1547</sup> et, d'autre part, diverses surfaces non cultivées, tels que les pâturages, forêts ou cours d'eau<sup>1548</sup>. Les utilités de ces diverses sortes de terres se trouvent d'emblée entre des mains différentes, mais sont évidemment interdépendantes<sup>1549</sup> : des personnes déterminées pour les premières (vassaux, censeurs et autres tenanciers) et l'ensemble de la communauté pour les secondes<sup>1550</sup>. Peu à peu, sous l'impulsion intéressée des seigneurs, la communauté villageoise va se structurer et devenir une entité plus abstraite fondée, non plus seulement sur un critère de proximité géographique, mais sur un regroupement juridique – ce qui débouchera, bien plus tard, sur la commune politique moderne (*Dorfgemeinde*)<sup>1551</sup>, nous y viendrons<sup>1552</sup>.

Ainsi, seules les surfaces non cultivées n'ont pas encore fait l'objet d'une étude de notre part. Les villages bénéficient en principe d'une grande indépendance dans l'usage et la gestion des surfaces non cultivées – que ce soit vis-à-vis du seigneur (d'où les nombreuses tensions) ou du pouvoir royal<sup>1553</sup>. Il faut dire que si en théorie la tendance hégémonique du système féodal voudrait les rattacher au domaine éminent du seigneur, comme c'est le cas pour les terres cultivables, l'emprise seigneuriale est bien plus lâche pour ces surfaces qui n'ont au Moyen Âge qu'un intérêt économique limité, voire inexistant, pour le seigneur (mais elles prennent une importance économique et donc fiscale vers la fin de l'Ancien Régime)<sup>1554</sup>.

Cela ressort déjà de nos lignes précédentes, les terres non cultivées sont d'une grande variété : forêts, landes, friches, marais, prés, rivières, places, chemins, alpages, etc.<sup>1555</sup>. De nombreux avantages factuels ou de commodité peuvent être tirés de ces différents biens<sup>1556</sup>. Selon les circonstances et les régions, il n'est par ailleurs pas exclu que des

---

<sup>1546</sup> ARNOLD M., p. 5.

<sup>1547</sup> La communauté villageoise a ainsi pour objet de permettre et d'organiser un assolement triennal qui implique la mise en jachère de certaines terres. Voir ARNOLD M., p. 5 s.

<sup>1548</sup> ARNOLD M., p. 6.

<sup>1549</sup> ARNOLD M., p. 6.

<sup>1550</sup> ERNST, p. 56.

<sup>1551</sup> Sur le développement de la commune moderne voir surtout BOURJOL, p. 57 ss. Voir aussi PATAULT, p. 68; ARNOLD M., p. 5 ss.

<sup>1552</sup> Cf. *infra* p. 233 ss.

<sup>1553</sup> BABEAU, p. 78 s.

<sup>1554</sup> BABEAU, p. 76 s.

<sup>1555</sup> BART, p. 232; NEESON, n° 2 s. (Angleterre); PATAULT, p. 67 s.; IKNI, p. 71; ERNST, p. 57 (Pays germaniques); GARAUD, p. 369; BABEAU, p. 84. Il arrive aussi que les communautés aient la maîtrise de biens patrimoniaux (four, moulin, terres cultivables, etc.), mais ceux-ci ne sont pas des biens communaux à proprement parler et ce serait par trop s'écarter de notre sujet que d'en approfondir l'examen.

<sup>1556</sup> BART, p. 233.

terres cultivées soient soumises au régime des communaux<sup>1557</sup>. Réunis, ils représentent des étendues considérables – certains avancent dix pour cent des terres en France au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1558</sup> – même si elles sont de valeurs économiques variables<sup>1559</sup>. En Suisse, jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle au moins, l'importance des communaux dans l'organisation agricole est essentielle<sup>1560</sup>.

### 3. Ayants droit et bénéficiaires des biens communaux

À propos du cercle des personnes concernées par les communaux, il faut se poser la question de la participation du seigneur féodal à la communauté (§ 1), puis celle de la composition proprement dite de cette communauté (§ 2).

§ 1. *Les ayants droit*. À l'externe, il faut d'abord positionner les communaux vis-à-vis de la pyramide féodale. L'hégémonie du modèle féodal a pour conséquence ordinaire de ramener à lui toutes les institutions. Seulement, depuis des temps immémoriaux, il est admis que les biens communaux bénéficient à l'ensemble de la société locale. Aussi, dans le cadre des nombreux litiges qui apparaissent, la problématique qui se pose est-elle en réalité similaire à celle que nous avons décrite pour les alleux. Deux opinions se rencontrent : soit le domaine éminent est réservé au seigneur et les habitants n'ont que la jouissance du domaine utile, soit ces derniers réunissent sur leur tête les deux domaines. Parmi les juridictions que nous étudions, il est possible de rencontrer toutes les constellations. L'Angleterre, nous le devinons aisément, reconnaît toujours un domaine éminent du *lord* sur les communaux<sup>1561</sup>. La France et les pays germaniques oscillent entre les deux modèles selon les régions. Comme nous venons

<sup>1557</sup> MIASKOWSKI, p. 1 et 14.

<sup>1558</sup> IKNI, p. 74. Dans certaines régions ce chiffre est même beaucoup plus important, allant, par exemple, jusqu'au tiers des terres d'un département : GARAUD, p. 371. BOURJOL (p. 92) se rattache à des estimations datant de la fin de l'Ancien Régime. Les communaux couvrent à son époque une surface totale entre cinq et huit millions d'arpents (ce qui donne environ entre 5,1% et 9,2% du territoire métropolitain). En 1877, les communaux représentaient encore quelque 43'000 km<sup>2</sup>. Dans les annexes de son ouvrage de 1989, l'on trouve chez BOURJOL (p. 404 ss) des statistiques départementales relatives aux biens communaux qui lui sont contemporains. Comme nous le verrons plus loin, le régime juridique n'est plus celui de l'Ancien Régime. Cependant, cela nous donne la mesure de l'importance passée et présente de ces biens affectés à la collectivité. Le total général avancé par BOURJOL (p. 409) porte pour la France à 5'214'477 hectares (ce qui correspond à un peu moins de 9,6% du territoire métropolitain).

<sup>1559</sup> GARAUD, p. 371 s.

<sup>1560</sup> MIASKOWSKI, p. 6 et 125 s. L'on trouve chez le même auteur (p. 14 s.) une explication des différents biens faisant l'objet d'*Allmenden* en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle. Cela couvre les plantations, prairies, pâturages, forêts, marais, tourbières, étangs de pêche, ainsi que les sols forestiers ou aptes à la culture ou la construction d'habitations, notamment (les variétés sont en réalité infinies). Toujours chez MIASKOWSKI (p. 125 ss), l'on trouve la relation détaillée de l'évolution économique des *Allmenden* en Suisse.

<sup>1561</sup> NEESON, n° 7 et 14. Il en va de même en Bretagne : BABEAU, note n° 2 de la p. 83

de le voir, en France, la première hypothèse a les faveurs de feudistes, alors que la seconde est celle des tenants du droit naturel<sup>1562</sup>. Dans les pays germaniques, la conception féodale l'emporte formellement (en particulier sur les forêts, de même qu'en Prusse<sup>1563</sup>), mais les prérogatives du seigneur sont très variables et la résistance des communes contre toute usurpation est forte<sup>1564</sup>. Elle est encore plus forte en Suisse où une large indépendance est donnée aux particuliers sur les communaux<sup>1565</sup>.

Si l'on admet que les deux domaines sont distincts, il faut y appliquer les principes juridiques féodaux que nous connaissons. À défaut d'un titre écrit (ce qui est fréquent), il est alors souvent considéré que les communaux sont le résultat d'une concession gratuite immémoriale<sup>1566</sup>. Par cette approche feudiste, la position du seigneur se trouve renforcée. Elle l'est d'autant plus s'il dispose d'un titre sur les terres concernées et qu'il arrive à prouver, pièces à l'appui, l'absence d'inféodation<sup>1567</sup>. Dans ce cas, les utilités reconnues aux habitants ne peuvent être que de simples prérogatives échéant à des tenanciers<sup>1568</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, l'on insère les communaux dans la pyramide féodale<sup>1569</sup> et les principes juridiques que nous avons décrits sont appliqués; le domaine est divisé en deux parts, l'une utile, l'autre éminente. C'est là ce qui distingue les communaux des simples droits d'usage<sup>1570</sup>.

La position des communaux est donc précaire<sup>1571</sup>. Le seigneur peut retirer de ce régime certains biens en vertu de son droit de *triage* (prélèvement d'un tiers des terres)

---

<sup>1562</sup> VIVIER, n° 3. et les références citées; BABEAU, p. 76 s.

<sup>1563</sup> En Prusse, le seigneur est seul titulaire des droits sur les communaux: BRAKENSIEK, n° 31.

<sup>1564</sup> ERNST, p. 60 s.

<sup>1565</sup> BOURJOL (p. 77) va même jusqu'à affirmer «[...] qu'à la différence du régime des *allmends*, celui des 'biens communaux' se place dans un contexte féodal, [...]». Nous pensons que la différence factuelle et politique entre l'organisation de la France et celle des cantons suisses mérite effectivement une mise en évidence, comme nous l'avons fait. Cependant, nous pensons aussi qu'il ne faut pas juridiquement surestimer les différences quant à la distance entre les communaux et le modèle féodal: le défaut de normes à propos des premiers amène naturellement le juriste à rechercher les solutions dans les diverses coutumes toutes empruntées de féodalités.

<sup>1566</sup> BART, p. 233; IKNI, p. 71 s.; BABEAU, p. 76. Il s'agit là de la conception anglaise: NEESON, n° 7 et 14; *The Law of Commons and Commoners*, p. 6 ss.

<sup>1567</sup> ANTONETTI, p. 238 ss.

<sup>1568</sup> BART, p. 233; IKNI, p. 71 s.

<sup>1569</sup> IKNI, p. 72.

<sup>1570</sup> VIVIER, n° 1, qui précise que la distinction est clairement établie depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>1571</sup> Un passage de ERNST (p. 61) montre bien les tenants et aboutissants de la lutte qui se joue: «[Die Gemeiden] wollen nicht dulden, daß die Ortsherren auch anderes Vieh, das nicht zu ihrem Betrieb im Dorfe gehört, auf die Weide herbeiführen, Holz für ihre auswärtigen Besitzungen verwenden oder gar an Fremde verkaufen. Die Herrschaft ihrerseits sucht jetzt die Nutzungen der Bauern als Gnadengabe darzustellen. Sie sieht sie festzulegen und einzuschränken, verlangt Zahlung für Dinge, die vorher umsonst gewährt wurden, und glubt sich auch zur völligen Abschaffung der Nutzungen berechtigt.»



ou, s'il dispose d'un titre reconnaissant son domaine éminent<sup>1572</sup>, de son droit de *cantonement* (prélèvement des deux tiers)<sup>1573</sup>. Au fil des conflits de droits, la position de la communauté se renforce toutefois<sup>1574</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le défaut de titre permet de nier au seigneur toute maîtrise sur les communaux<sup>1575</sup>. Le pouvoir royal a en effet un intérêt fiscal au maintien des biens communaux; ce qui a pour corollaire de leur reconnaître une existence juridique<sup>1576</sup>. Les communaux sont ainsi réputés imprescriptibles, insaisissables, inaliénables et indivisibles<sup>1577</sup>. À l'instar de ce qui se fait pour les alleux, nombre de contemporains rejettent la reconnaissance de tout domaine éminent du seigneur en se fondant sur la fiction de la communauté originelle de la maîtrise du sol<sup>1578</sup>.

En Suisse, les cantons s'étant émancipés du joug du Saint-Empire pour contrer une féodalité trop autoritaire<sup>1579</sup>, une place spécialement importante est accordée aux communaux – non seulement pour des raisons de mœurs politiques (très attachés à la « démocratie » populaire et paysanne)<sup>1580</sup>, mais aussi économiques (les ressources tirées des communaux ont une importance considérable dans le quotidien de nombreuses personnes)<sup>1581</sup>. Le domaine éminent du seigneur est rapidement affaibli et combattu, en particulier dans les Alpes<sup>1582</sup>. Si bien qu'une grande indépendance de la communauté des bénéficiaires est acquise dans la gestion des communaux; ce qui s'observe également dans le Sud-Ouest allemand<sup>1583</sup>. Pour BOURJOL, plus que nulle part ailleurs, les communautés villageoises et agricoles suisses revêtent une dimension politique forte et incarnent la figure du contrat social chère à ROUSSEAU<sup>1584</sup>.

<sup>1572</sup> Ce peut être un titre formel ou, plus simplement, le paiement d'un cens. Voir BOURJOL, p. 82; PATAULT, p. 166; BABEAU, p. 83.

<sup>1573</sup> BART, p. 233; BOURJOL, p. 82; PATAULT, p. 165 s.; IKNI, p. 72.

<sup>1574</sup> IKNI, p. 72. De même en Angleterre, *The Law of Commons and Commoners*, p. 6.

<sup>1575</sup> BABEAU, p. 83.

<sup>1576</sup> BART, p. 233; IKNI, p. 72.

<sup>1577</sup> Sur le caractère inaliénable des communaux, voir OLIVIER, p. 131 *ad Explication du Coutumier*. Sur le tout, voir GARAUD, p. 370 et 374. Ainsi, par exemple dans des lois modernes, les biens-fonds agricoles des communaux sont inaliénables dans le canton de Nidwald (Art. 27 al. 1<sup>er</sup> LICC-NW) et sont indivisibles dans le canton de Berne (Art. 102 al. 1<sup>er</sup> LICC-BE).

<sup>1578</sup> IKNI, p. 72.

<sup>1579</sup> GARSONNET, p. 312.

<sup>1580</sup> BOURJOL, p. 49 s.

<sup>1581</sup> DE LAVELEYE, p. 127.

<sup>1582</sup> BOURJOL, p. 50; ARNOLD M., p. 7. Le premier s'appuie sur DE LAVELEYE, que nous avons déjà cité à plusieurs occasions (quoique BOURJOL ait opté pour une édition plus ancienne que nous), spécialement sur le passage suivant (DE LAVELEYE, p. 127) très parlant: « Dans ces hautes vallées [suisses], la féodalité ne s'est introduite que tard; elle n'a jamais eu grande puissance, et avant la fin du moyen âge, elle était complètement extirpée. Les institutions démocratiques de la marque primitive s'y sont donc conservées dans toute leur vigueur. »

<sup>1583</sup> BRAKENSIEK, n° 11.

<sup>1584</sup> BOURJOL, p. 49 s. Voir aussi OECHSLIN, p. 7.

§ 2. *Les bénéficiaires.* Concernant le cercle des bénéficiaires, il faut distinguer les situations que l'on rencontre en France, en Angleterre et dans les pays germaniques à celles – très particulières – qui existent en Suisse.

Dans les grands États monarchiques, en effet, la situation est relativement simple. Les bénéficiaires des biens communaux sont l'ensemble des personnes qui ont leur domicile dans le village et appartiennent, de ce simple fait, au groupe que constitue la communauté des habitants<sup>1585</sup>. Aussi, s'il convient de souligner que la jouissance concrète des utilités des communaux dépend de règles plus restrictives, ces dernières n'ont pas pour effet de créer une nouvelle communauté de personnes distincte de celle des habitants<sup>1586</sup>.

En Suisse<sup>1587</sup>, la situation est plus complexe dans la mesure où il n'y a rapidement plus coïncidence entre les habitants du village et le cercle des bénéficiaires; ce dernier étant plus restreint<sup>1588</sup>. Avec le temps apparaissent ainsi des « communautés particulières » (*Allmendgenossenschaft*, *Sondergenossenschaft* ou *Sonderallmendgenossenschaft*), distinctes de la communauté villageoise<sup>1589</sup>. La finalité première de ces communautés est évidemment économique, mais la distinction entre cette communauté et la communauté villageoise « politique » n'est pas toujours clairement établie et peut se faire dans différentes circonstances<sup>1590</sup>. C'est pourquoi l'on reconnaîtra à nombre de ces communautés un caractère de droit privé, mais aussi parfois celui de droit public<sup>1591</sup>.

En Suisse, les bénéficiaires des utilités tirées des biens communaux sont donc les personnes qui satisfont à l'une des deux conditions suivantes: le rattachement foncier à une certaine zone géographique (le village) ou l'appartenance au groupe (la bourgeoisie)<sup>1592</sup>. La simple résidence dans le village ne suffit donc pas: les conditions sont plus strictes. Il faut, en principe, posséder à soi une maison ou une exploitation agricole dans l'enceinte du village; se trouve-t-on hors de cette enceinte ou ne possède-t-on qu'une terre non bâtie, que la condition n'est pas remplie<sup>1593</sup>. De plus, il est nécessaire d'appartenir à la communauté villageoise, le droit de jouir des biens communaux étant un accessoire de cette dite appartenance<sup>1594</sup>. Il s'agit donc de personnes déterminées

---

<sup>1585</sup> BART, p. 233; VIVIER, n° 2 et 10 (pour la France).

<sup>1586</sup> VIVIER, n° 10 ss (pour la France).

<sup>1587</sup> La Suisse présente une situation tout à fait particulière parmi les pays européens, mais elle n'est pas la seule à connaître une communauté distincte de celle des habitants. Il est possible de trouver une organisation similaire aux Pays-Bas (*Marken*). Voir, VIVIER, n° 10.

<sup>1588</sup> HEAD-KONIG, n° 1 *in fine*.

<sup>1589</sup> ARNOLD M., p. 7; IKNI, p. 72 (ces communautés villageoises qui constituent le cadre).

<sup>1590</sup> ARNOLD M., p. 10 s.

<sup>1591</sup> ARNOLD M., p. 11.

<sup>1592</sup> ERNST, p. 58.

<sup>1593</sup> ERNST, p. 58.

<sup>1594</sup> ERNST, p. 58.

(et non pas seulement déterminables sur la base de certains critères d'admission)<sup>1595</sup>.

D'emblée, une question importante se pose à ce propos : les communaux sont-ils des personnes morales ? Une réponse positive aurait l'avantage de la simplicité, puisqu'elle permettrait de concevoir une titularité unique sur les biens communaux – celle de la personne morale. Il faut toutefois doublement répondre par la négative. D'abord, car il n'est pas question d'assimiler les communaux à un établissement. Ensuite, car il ne s'agit pas non plus d'une corporation. Elle n'en est pas une dans l'esprit de l'époque ; un tel degré d'abstraction n'est pas encore venu. Si la commune politique le deviendra à la Révolution, les communaux ne sont sous l'Ancien Régime encore que des groupements de personnes sans personnalité juridique. En bonne logique, il faut donc refuser la qualité de sujets de droit aux communaux eux-mêmes.

Le contexte de l'ancien droit (toujours empreint de féodalité), cette absence de personnalité juridique propre des communaux (faute pour la doctrine d'avoir encore clairement dégagé cette figure, car le débat à ce propos est houleux au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1596</sup>), ainsi que leur organisation particulière, que nous allons examiner à présent, tendent à les rapprocher, malgré les innombrables distinctions à opérer, de manière assez frappante des *trusts*. Dans un cas comme dans l'autre, ces institutions consistent en une division supplémentaire de la propriété qui vient s'ajouter en sus des divisions proprement féodales et dont les principes ont pour effet d'accorder la jouissance des utilités d'un patrimoine à un cercle de personnes déterminées, sans véritable charge en contrepartie.

#### 4. Les facultés offertes par les communaux et la nature juridique des droits des membres des *Allmendgenossenschaften*

§ 1. *Les facultés offertes*. Intéressons-nous ici d'abord aux facultés offertes par les communaux. Cette question est en effet rapidement réglée dans la mesure où les principes nous sont déjà connus. Il s'agit des mêmes que pour le fief ou la censive. Le monde juridique d'avant la Révolution – que l'on se place à l'époque carolingienne, du Moyen Âge, des glossateurs ou de l'Ancien Régime – ne s'intéresse qu'aux utilités offertes par les choses corporelles qui les sous-tendent et non pas directement à ces dernières. Nous l'avons étudié en détail<sup>1597</sup>. Il en va de même pour les communaux : chacun des membres est saisi d'une certaine prérogative juridique lui attribuant des utilités tirées de la terre, mais n'a aucun pouvoir immédiat de disposition sur le sol. Les membres forment une communauté dont l'objet est l'usage (*Gemeinsamkeit der Nutzung*)<sup>1598</sup> et non l'exercice d'un droit de propriété sur les biens communaux.

<sup>1595</sup> ERNST, p. 56.

<sup>1596</sup> MIASKOWSKI, p. 5 et 7.

<sup>1597</sup> Cf. *supra* p. 99 ss.

<sup>1598</sup> ERNST, p. 57. Ce dernier précise ainsi (à la même page) que les biens communaux appartiennent à tous, « *Tieren und Menschen*. »

La dimension collective de la maîtrise offerte à chacun des membres du groupe titulaire de communaux ressort de l'essence même de l'institution. Comme pour le fief, personne ne peut prétendre à la pleine propriété des choses corporelles. Toute exclusivité doit être niée. De la même façon, l'exclusivité se mesure par rapport à chacune des utilités offertes<sup>1599</sup>.

Sous cet angle, chacun dispose de certaines prérogatives qui lui sont propres : elles vont du bois de chauffage (très important dans les vallées de Suisse centrale jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle) au droit de pacage, en passant par divers fruits naturels ou civils<sup>1600</sup>. La distribution des utilités repose sur deux fondements, variables selon les régions : le droit coutumier ou, dans le silence de ce dernier, les décisions de la communauté<sup>1601</sup>. À l'interne, les modes de prise de décision rapprochent souvent les communaux de la propriété commune de notre droit actuel, puisque l'unanimité ou du moins une majorité qualifiée est souvent requise.

§ 2. *Leur nature juridique.* Quoi qu'il en soit, parmi les bénéficiaires des communaux – qui sont, nous le savons, les membres de la communauté des habitants ou de l'*Allmendgenossenschaft* – la répartition peut dépendre principalement de deux critères distincts : un rattachement personnel ou un rattachement foncier<sup>1602</sup>.

En ce qui concerne la situation en Suisse, nous pouvons encore être plus précis quant à la nature de ces positions. Plusieurs systèmes se rencontrent.

Lorsque la jouissance et sa quotité dépendent de la titularité d'un bien-fonds, il ne s'agit alors que d'un accessoire au domaine utile d'un fonds<sup>1603</sup>. Il s'agit donc de *Realgenossenschaften*. Les fonds bénéficiaires étant déterminés, il en va de même des possibilités de jouissance des biens communaux qui sont en nombre limité. Pris pour lui-même, le mécanisme que nous observons est alors celui d'une position de nature réelle<sup>1604</sup> accordant un droit de jouissance et attribuée au titulaire actuel du domaine utile de certains fonds déterminés. Aussi, en cas de division, non pas du bien-fonds,

---

<sup>1599</sup> Cf. *supra* p. 136.

<sup>1600</sup> BART, p. 233.

<sup>1601</sup> VIVIER, n° 11 ss ; ERNST, p. 59.

<sup>1602</sup> L'accessoriété des communaux aux « propriétés individuelles » est un principe que l'on retrouve partout et qui pourrait bien avoir précédé le rattachement personnel. Voir MICHELET, p. 87.

<sup>1603</sup> ARNOLD M., p. 11 s.

<sup>1604</sup> HEAD-KONIG (n° 17 ss) adopte la qualification apocryphe de « droit réel ». En effet, avant les codifications, nous le savons, il n'est pas tant question de savoir qui a la propriété du sol, mais plutôt qui a telle ou telle utilité tirée du sol. Les droits de jouissance découlant des communaux ne font pas exception : ils s'inscrivent pleinement dans la systématique des institutions de l'ancien droit des biens. Quoi qu'il en soit, cela ne préjuge toutefois pas de la nature absolue de la position du bénéficiaire qui est opposable non seulement aux autres membres de la communauté, mais également aux tiers.

mais de la jouissance du domaine utile, l'accessoire (tel une servitude) est-il aussi divisé en proportion<sup>1605</sup>. Mieux, le droit de jouissance accessoire peut parfois également être détaché du principal pour être attribué à une autre terre<sup>1606</sup> ou même circuler librement<sup>1607</sup>. Dans ce dernier cas, le droit est complètement détaché du fonds pour prendre la forme d'un droit rattaché à la corporation des bénéficiaires (le droit prend le nom de *Teilrecht* et la communauté celui de *Anteilcorporation, Teilrechtcorporation*)<sup>1608</sup>. Dans sa quotité, l'importance de la jouissance ainsi accordée dépend de l'importance du domaine utile, ainsi que de l'exploitation agricole en cause. Cette organisation est assez proche de celle que connaît l'Angleterre<sup>1609</sup>.

Il existe aussi un rattachement de la jouissance des communaux qui repose sur des critères purement personnels. Si à l'origine il suffit d'être l'un des habitants du village (la communauté des bénéficiaires se confondant alors avec la *Dorfgenossenschaft* ou *-gemeinde*)<sup>1610</sup>, progressivement les exigences seront plus strictes. Aussi, en principe, il faut être bourgeois de la commune, ce à quoi s'ajoutent d'autres prérequis tels que la résidence dans le village et un âge minimum<sup>1611</sup>. Ainsi prend forme une *Personalgenossenschaft*. Ce rattachement personnel n'empêche pas de quantifier la jouissance en fonction de la taille des exploitations et des fonds dont peut être par ailleurs titulaire le bénéficiaire<sup>1612</sup>. Ce qui a pour effet que celui qui ne possède rien n'a qu'une jouissance fortement limitée par rapport au grand exploitant agricole<sup>1613</sup>. Bien que rattaché à la personne, son droit est de même nature qu'en cas de rattachement au domaine utile: il s'agit d'un «droit réel (absolu) limité de jouissance»<sup>1614</sup>.

Ces deux modes de rattachement de la jouissance sont en principe exclusifs l'un de l'autre sur un territoire donné, mais il y a des exceptions; auquel cas, les rattachements

<sup>1605</sup> HEAD-KONIG, n° 18.

<sup>1606</sup> HEAD-KONIG, n° 21; ARNOLD M., p. 12. Situation qui n'est pas sans rappeler, toute proportion gardée, celle que nous connaissons aujourd'hui à propos de la cession des coefficients de construction. En effet, il s'agit là aussi de prérogatives (de construction ici) qui dépendent de l'importance du fonds bénéficiaire et qui sont détachées de ce dernier pour bénéficier à un autre fonds.

<sup>1607</sup> HEAD-KONIG, n° 21; ARNOLD M., p. 12 s.

<sup>1608</sup> Voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 331 ss et les références.

<sup>1609</sup> En effet, le droit de jouissance des communaux dépend de l'occupation soit de terres cultivées (*appendants*) (auquel cas le droit est immémorial), soit d'autres terres (*appurtenant*) (auquel cas le droit découle d'une concession). Dans ce second cas, le droit peut, à certaines conditions, être détaché et librement circuler (*common in gross*). Tout rattachement de type personnel est par contre progressivement exclu. Voir NEESON, n° 17 ss.

<sup>1610</sup> ARNOLD M., p. 10 s.

<sup>1611</sup> HEAD-KONIG, n° 22 ss; ARNOLD M., p. 11.

<sup>1612</sup> HEAD-KONIG, n° 25.

<sup>1613</sup> HEAD-KONIG, n° 22 et 25.

<sup>1614</sup> Nous nous écartons partant fortement de la terminologie de HEAD-KONIG (n° 17 ss), mais adoptons sa distinction de principe quant au mode de répartition des utilités.

ne peuvent pas se cumuler<sup>1615</sup>. De même, il existe encore d'autres critères d'attribution de la jouissance des communaux<sup>1616</sup>. Cela prouve bien que ces rattachements ne préjugent pas de la nature de la position qu'ils accordent.

Même si les communaux n'ont pas une pleine personnalité juridique, il reste que – comme en présence d'un fidéicommiss de famille – les prérogatives individuelles s'inscrivent dans le cadre et les limites de la communauté, le tout créant un double chevauchement : entre les bénéficiaires et avec la communauté comme entité abstraite<sup>1617</sup>.

## 5. Synthèse

Les communaux sous l'Ancien Régime représentent donc un double niveau de collectivisme. D'abord, en ce qui concerne le partage des prérogatives entre le seigneur et les membres de la communauté. Ensuite, au sein même de la communauté la destination des biens et leur usage, qui peut certes ponctuellement bénéficier à des membres déterminés, résulte de la volonté commune et bénéficie à tous. C'est dire si la maîtrise du sol est morcelée. Les communaux sont une négation de la propriété moderne<sup>1618</sup>.

L'élément le plus important à retenir ici est sans doute le fait que les communaux sont des institutions qui s'inscrivent dans le moule du droit féodal. Les principes juridiques applicables en sont les mêmes. Les communaux sont par ailleurs très peu touchés par la redécouverte du droit romain, en raison du peu d'influence de ce corps de règles sur la pratique juridique courante – et l'on sait que les communaux sont éminemment pratiques.

Comme l'exposent élégamment les théoriciens anglais cette forme de maîtrise du sol peut être décrite comme « *held in common by insiders but private as to outsiders* <sup>1619</sup>. »

Avant le XIX<sup>e</sup> siècle, ces communautés se rencontrent fréquemment dans toute l'Europe occidentale. Puis, elles disparaissent brusquement. Il est possible de rattacher cette disparition à plusieurs causes. En France, cela est l'une des conséquences de l'abolition du régime féodal ; l'institution ayant sans doute une teinte trop Ancien Régime ; nous y reviendrons en détails. En Angleterre, cela est le fait des progrès de

---

<sup>1615</sup> HEAD-KONIG, n° 26.

<sup>1616</sup> HEAD-KONIG, n° 27 ss.

<sup>1617</sup> MIASKOWSKI, p. 7 (« *Es stehen daher das Eigentum der Einheit und die Nutzungsrechte des Einzelnen sich nicht wie zwei einander begränzende, selbstständige Rechte gegenüber, sondern sie sind verbunden zu einer einzigen Rechtsform. Diese Auffassung gilt ganz allgemein für diejenige Zeit, in der die Einheit der Gemeinde gegenüber den Genossen zum Durchbruche gelangt, die Gemeinde zugleich aber doch nur eine wirtschaftliche Zwangsgenossenschaft war; sie gilt aber auch für die öffentlichen Korporationen und privaten Genossenschaften und ausnahmsweise selbst noch für die politischen Gemeinden der Gegenwart: [...].* »).

<sup>1618</sup> ERNST, p. 65 s.

<sup>1619</sup> HELLER, p. 66.

l'économie agraire: les terres sont, par phases successives entre 1660 et 1830, rapidement enclouées (*enclosures*). Dans les pays germaniques, le mouvement d'individualisation des terres se produit dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1620</sup>. En Suisse, singulièrement, l'institution garde longtemps une certaine importance, symptôme d'un pays pauvre et économiquement encore faiblement développé<sup>1621</sup>, si bien que les communautés survivent jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle et sont maintenues dans le droit transitoire du Code civil, nous le verrons.

Sur le continent, au-delà des causes spécifiques que nous venons d'évoquer la disparition des communautés s'explique sans doute surtout par le choix des codificateurs d'une forme de maîtrise du sol très éloignée des règles du Moyen Âge et de l'Ancien régime. En effet, les communaux – comme les fiefs et les censives – sont des cas de maîtrise divisée, partagée entre plusieurs personnes, sans qu'aucune ne puisse prétendre à la maîtrise complète de l'objet. Ils seront donc considérés comme des archaïsmes.

## B. L'émergence de l'État moderne et ses conséquences en droit des biens

§ 1. Avec le renforcement de la royauté, le droit privé tend à se dissocier du droit public. Il faut dire que dans un même mouvement, le rôle politique du seigneur diminue et les fonctions militaires – à mesure que disparaissent les guerres privées – tombent en désuétude dès le XIV<sup>e</sup> siècle<sup>1622</sup>. Les services nobles – militaires et de cour – promis par les vassaux n'ont plus de raison d'être<sup>1623</sup>. Ils ont disparu ou sont convertis en simples redevances, sans que celles-ci ne financent alors des tâches régaliennes qui n'incombent plus aux seigneurs, mais au roi.

En outre, le seigneur féodal a aussi perdu ses prérogatives monétaires et fiscales. La Haute justice lui échappe également<sup>1624</sup>. Or, bien que le seigneur censier n'assume plus un rôle de protection envers ses censitaires – et que de ce fait le caractère synallagmatique du contrat soit rompu –, il reçoit toujours le cens<sup>1625</sup>. De son côté, le seigneur féodal perçoit encore les divers droits seigneuriaux – certains sont même tardivement redécouverts et alors exigés<sup>1626</sup>. En parallèle, la fidélité due au seigneur

<sup>1620</sup> En Autriche, il s'agit de la procédure de libération des terres (*Grundentlassung*) de 1848.

<sup>1621</sup> ZELGER, p. 129.

<sup>1622</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 155.

<sup>1623</sup> JACQUES, p. 70.

<sup>1624</sup> GALLET, p. 64.

<sup>1625</sup> Du moins en théorie selon les régions: IMBERT, p. 44 s.; OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 152; OURLIAC/GAZZANIGA, p. 145 s.

<sup>1626</sup> PATAULT, p. 163; OURLIAC/GAZZANIGA, p. 145. Voir aussi DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires*, p. 50: «*Mais Cobourg était riche en droits féodaux; ces droits étaient de diverses*

s'efface devant celle due au roi, ce qui marque les prémices de l'effacement du caractère personnel du fief en faveur de son caractère réel, même si l'on prête toujours formellement serment au seigneur féodal<sup>1627</sup>. Bientôt, le retrait féodal voit sa portée se restreindre<sup>1628</sup>. La féodalité de l'aube du XVII<sup>e</sup> siècle n'est ainsi plus qu'une «*féodalité civile*<sup>1629</sup>».

La dissociation des matières est visible dans les écrits des juristes de l'époque. Chez COQUILLE déjà droits de justice, fiefs, redevances et autres droits seigneuriaux sont classés dans des chapitres distincts<sup>1630</sup>. LOYSEL sépare lui aussi la matière relative aux rentes, cens et autres redevances, d'une part, de celle relative aux fiefs, d'autre part<sup>1631</sup>. De même, réserve-t-il un chapitre particulier à la seigneurie et à la justice<sup>1632</sup>. Plus tard encore, LA TOURNERIE divise clairement son traité des fiefs selon la matière touchée : droits honoraires (savoir tout ce qui a trait au serment), puis droits de justice et droits utiles ; cette dernière catégorie étant celle qui ressort généralement au droit privé. Parmi les droits utiles sont distingués les droits ordinaires – facultés proprement réelles du seigneur féodal – et casuels – catégorie encore hybride dans laquelle les révolutionnaires s'évertueront à faire le tri<sup>1633</sup>, nous le verrons.

Par voie de conséquence, cette construction d'un autre temps, conçue pour une autre société et dépouillée des attributs qui lui donnaient son équilibre en devient rapidement injustifiée et insupportable pour les vassaux<sup>1634</sup>. La situation s'exacerbe au gré des vicissitudes économiques<sup>1635</sup>. Les critiques viendront en particulier de la part des juristes romanistes du droit naturel, d'orientation progressiste, qui se fondent sur des considérations d'équité<sup>1636</sup>.

---

*sortes : les uns déterminaient certaines redevances pour certaines concessions, ou fixaient des usages nés de l'ancien ordre politique ; les autres ne semblaient avoir été dans l'origine que des divertissements. Mon père avait fait revivre quelques-uns de ces derniers droits, afin de prévenir la prescription.* » Voir aussi le commentaire de ce passage dans l'édition de la bibliothèque de la Pléiade qui précise que la liste des droits du domaine de Cobourg occupait «*trois grandes pages de plein texte*» (vol. 1, p. 1127, qui cite un passage d'un livre de Georges COLLAS de 1949), c'est dire si les droits féodaux sont encore vivaces ! Un exemple similaire se trouve dans LOYSEAU, *Des rentes*, p. 15.

<sup>1627</sup> OURLIAC/DE MALAFOSSE, p. 155 ; AUBENAS, p. 57.

<sup>1628</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 149.

<sup>1629</sup> GALLET, p. 64.

<sup>1630</sup> Voir «*l'indice des tiltres*» au début de l'Institution au droit des français de COQUILLE.

<sup>1631</sup> LOYSEL, livre IV, titre I et suivants.

<sup>1632</sup> LOYSEL, livre II, titre II.

<sup>1633</sup> DE LA TOURNERIE, p. 9 ss.

<sup>1634</sup> «*Ces droits leur paraissaient venir des usurpations, des coups de force, au détriment des sujets et de la puissance du roi.* » : GALLET, p. 65. Voir aussi, HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 22.

<sup>1635</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 145 s.

<sup>1636</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 153 et 162. Il se trouve des auteurs célèbres dans la position adverse également : D'ARGENTRÉ : OURLIAC/GAZZANIGA, p. 157 s.



§ 2. Au fil des siècles, afin d'asseoir sa puissance retrouvée, le monarque est particulièrement attentif à continuellement affirmer son autorité sur les seigneurs féodaux. À force de succès, apparaît une nouvelle forme de suzeraineté. Les pouvoirs réunis sur la tête du monarque donnent ainsi naissance à la notion de souveraineté; exposée par Jean BODIN dès le XVI<sup>e</sup> siècle comme étant la «*puissance absolue et perpétuelle*<sup>1637</sup>». Se distinguent ainsi les notions de puissance (*Herrschaft*) et de propriété (*Eigenthum*).

Mais bien que l'autorité du roi de France soit rétablie, il faut en permanence en renforcer l'effectivité. L'un des moyens d'y parvenir est d'unifier le droit – ou du moins dans un premier temps de l'harmoniser, afin de réduire l'indépendance des coutumes<sup>1638</sup> et de dégager un droit proprement français<sup>1639</sup>. Les juristes progressistes y sont favorables puisque l'air du temps est à la rationalisation et au progrès économique<sup>1640</sup>. Face à cela, l'on redoute néanmoins de perdre les particularismes juridiques locaux et donc la richesse juridique de la France – en particulier si l'unification se fait en puisant dans le droit romain<sup>1641</sup>. Mais, l'entreprise est particulièrement difficile, les sources du droit étant très hétéroclites. Reprenant DOMAT, nous pouvons les énumérer de la façon suivante: «*[...] les Ordonnances, les Coutumes, qui sont nos loix propres: & ce que nous observons du Droit romain, & du Droit canonique*<sup>1642</sup>.» Cette énumération reflète bien l'évolution des idées depuis l'époque des postglossateurs. Les droits coutumiers ont pris rang de préséance sur le droit romain dans l'esprit de nombreux juristes français – en particulier ceux qui, comme DUMOULIN, n'exercent pas dans le Midi où le droit romain reste bien présent<sup>1643</sup> et qui tiennent les coutumes pour «*l'expression authentique des traditions françaises*<sup>1644</sup>.» Ainsi, les Arrêtés de M. DE LAMOIGNON – l'une des plus importantes compilations de règles juridiques sous l'Ancien Régime – écartent-ils le droit ro-

<sup>1637</sup> BODIN, p. 152 et 232.

<sup>1638</sup> Sur cette question, voir OURLIAC/GAZZANIGA, p. 146. Sur «*la réalité du processus coutumier, tel qu'il s'est développé en France, époque après époque*», voir l'élégante synthèse de CARBASSE, p. 25 ss.

<sup>1639</sup> L'idée d'unification du droit privé français qu'il est possible de trouver chez COLBERT – si tant est qu'elle ait été sérieusement envisagée – n'alla jamais jusqu'à l'établissement d'un projet. L'ouvrage qui se rapprocherait le plus d'une telle démarche est celui de LAMOIGNON. Voir, THIREAU, *Arrêtés*, p. 53 ss; HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 16; HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 37 ss.

<sup>1640</sup> Voir, pour un bref exposé, GALLET, p. 64 ss.

<sup>1641</sup> De cet avis: D'ARGENTRÉ.

<sup>1642</sup> DOMAT, p. 114.

<sup>1643</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 147 et 164. THIREAU (*Fondements du Code civil*, p. 5) met toutefois en évidence le caractère protecteur de la position du droit romain dans le Midi. Signe que l'esprit du temps va en sa défaveur.

<sup>1644</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 5. Il en va de même pour DUMOULIN: OURLIAC/GAZZANIGA, p. 152.

main<sup>1645</sup>. De même, le Parlement de Paris se réfère en premier lieu à la coutume de Paris – qui devient le droit supplétif par excellence<sup>1646</sup> – et amorce ainsi l'unification du droit privé<sup>1647</sup>.

Quoi qu'il en soit, les juristes dans leur recherche de règles uniformes qui soient «conforme[s] à la raison, à l'équité et à la justice<sup>1648</sup>» n'ont pas une infinité de sources à leur disposition. Aussi, si DE THOU et DUMOULIN puisent dans la coutume de Paris et le droit commun coutumier<sup>1649</sup>, DOMAT, LIZET et LOYSEAU se tournent bien vers le droit romain<sup>1650</sup>. Ces derniers, ainsi que les membres de l'École du droit naturel moderne que sont GROTIUS et PUFENDORF<sup>1651</sup>, considèrent le droit romain comme la raison écrite (*ratio scripta*)<sup>1652</sup> et tiennent en suspicion les coutumes<sup>1653</sup>.

En Suisse, mis à part Genève où la discussion est ouverte, les régions romandes (Vaud, Fribourg, Neuchâtel, Valais) sont «résolument coutumières» et n'admettent pas le droit romain comme droit supplétif, si bien que ce dernier est appelé à jouer un rôle limité à des cas bien particuliers et ne joue pas de rôle majeur en pratique jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1654</sup>.

Sous pression, le droit romain impose ainsi tout de même sa présence de par la qualité qu'il revêt<sup>1655</sup>. Cette affirmation vaut en tout cas pour les écrits doctrinaux. Quant à la pratique juridique, il est plus difficile de se faire une véritable idée de la situation<sup>1656</sup>.

---

<sup>1645</sup> Ce qui se remarque à la consultation de la seconde partie des *Arrêtés de M. de LAMOIGNON*, consacrée au droit des biens. Voir OURLIAC/GAZZANIGA, p. 159; THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 5.; THIREAU, *Arrêtés*, p. 63 («La codification du droit civil, telle que la concevait LAMOIGNON, s'inspirait donc surtout de la tradition coutumière, dont la zone d'influence se serait trouvée considérablement étendue au détriment du droit romain, [...]»). Hostilité qui se mêle à celle à l'encontre des Italiens au XVI<sup>e</sup> siècle: OURLIAC/GAZZANIGA, p. 151 s.

<sup>1646</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 161.

<sup>1647</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 147 et 162.

<sup>1648</sup> GALLET, p. 65.

<sup>1649</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 151 et 160.

<sup>1650</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 159 et 161.

<sup>1651</sup> KRYNEN, p. 23.

<sup>1652</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 5. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, 24. C'est du moins le cas des grands enseignements du droit romain, car le *Corpus Iuris Civilis* n'échappe pas à la critique; notamment en raison des imprécisions qu'il contient et qui ouvrent la porte au débat: OURLIAC/GAZZANIGA, p. 147.

<sup>1653</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 150 (tel est notamment le cas de Guy COQUILLE). Sur l'ensemble de la discussion menée par les doctes de la fin de l'Ancien Régime, voir HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 40 ss.

<sup>1654</sup> POUURET, *Les sources*, p. 70 ss, 72 ss et 80 ss.

<sup>1655</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, 23 s.; OURLIAC/GAZZANIGA, p. 163.

<sup>1656</sup> L'examen des documents notariés n'est ainsi pas déterminant: POUURET, *Les sources*, p. 69 et 103 ss.

Pour y faire face, DOMAT – pour ne citer que lui – publie ainsi à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle sa célèbre synthèse du droit privé coutumier, qui notamment a le mérite de systématiser les matières.

En parallèle à l'affirmation de l'État-nation français, la place du droit romain est donc l'objet d'un vif débat allant grandissant dès le XVI<sup>e</sup> siècle et jusqu'à la Révolution<sup>1657</sup>. Ces discussions préfigurent les débats qui auront lieu à propos du Code Napoléon.

La différence pour les royaumes germaniques est l'intégration assumée du droit romain à l'ordre juridique en tant que *ius commune*, savoir en tant que droit commun supplétif<sup>1658</sup>. La configuration est donc fort différente de celle de la France.

§ 3. Pour les raisons que nous évoquons, les ordonnances royales sont rares et sans grand effet en notre domaine<sup>1659</sup>. Il n'empêche que le roi tient le rôle de « *gardien* » des coutumes, lequel implique d'en assurer la connaissance, la diffusion et l'effectivité<sup>1660</sup>. L'ordonnance de 1629 (Code Michau) applique le principe de la « *directe universelle* » aux alleux en précisant que si une terre ne relève d'aucun seigneur, elle relève du roi. De la sorte, le roi reprend à son profit la féodalité<sup>1661</sup>. Cela réduit d'autant la portion d'alleux en France. Le Sud (et les parlements) y résiste difficilement (avec toutefois plus de succès dans le Languedoc) jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1662</sup>. L'« *Édit portant confirmation du franc-aleu* » de LOUIS XIV du mois d'août 1692 retrace la longue suite d'ordonnances faites depuis 1629 afin de tenter de restreindre au maximum la liberté des alleutiers<sup>1663</sup>.

La « *mouvance universelle* » n'implique pas, en France, que toute terre appartienne au roi: c'est une fiction à but politique et une simple règle de hiérarchie sociale<sup>1664</sup>. L'échec de ce principe survécut à l'Ancien Régime et perdure en France: l'État n'a pas de domaine éminent<sup>1665</sup>. Ce qui permet d'affirmer que la propriété n'est pas une construction sociale, mais est de droit naturel<sup>1666</sup>. De la même manière que la théorie

<sup>1657</sup> KRYNEN, p. 23 ss. Cet auteur reporte extensivement les propos en faveur du droit romain écrits en 1708 par un avocat au Parlement de Paris, Barthélémy-Joseph BRETONNIER, dont nous citons ici une phrase qui illustre son état d'esprit (p. 26): « *il n'y a personne qui ne soit persuadé que la science du droit romain est absolument nécessaire aux magistrats et aux avocats qui veulent s'acquitter dignement de leur emploi.* »

<sup>1658</sup> KRYNEN, p. 23.

<sup>1659</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 166 s.

<sup>1660</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 38; CARBASSE, p. 35. Voir DE BEAUMANOIR, n° 683 précité.

<sup>1661</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 147.

<sup>1662</sup> IMBERT, p. 40 s.; BART, p. 219.

<sup>1663</sup> Évoquons encore l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile: NERON/GIRARD, p. 239 s.

<sup>1664</sup> GARSONNET, p. 301. Cela est par contre vrai et extrêmement important en Angleterre, comme nous l'avons déjà vu, cf. *supra* p. 142 ss (notre bref historique du droit anglais).

<sup>1665</sup> GARSONNET, p. 302. Cf. *infra* p. 315.

<sup>1666</sup> TERRAT, p. 336.

de la propriété du peuple romain sur les provinces conquises fut – si ce n'est développée – perfectionnée par après, le domaine éminent du roi n'apparaît en France qu'avec la résurrection de l'autorité du roi. Par ailleurs, aux plans religieux et philosophique, la théorie d'un domaine éminent du prince ne convainc guère que les théologiens de la Seconde scolastique<sup>1667</sup>.

Dans le Saint-Empire non plus, jamais un domaine éminent du monarque impérial n'a été reconnu<sup>1668</sup>. Il en va différemment dans certaines entités étatiques germaniques.

§ 4. Le développement du commerce et de l'artisanat donne aux meubles (au sens moderne) une importance accrue que ne leur connaissait pas la société féodale fondée sur une économie agraire<sup>1669</sup>. Aussi, de nombreux meubles sont qualifiés d'immeubles pour mieux les protéger. Cela annonce un remodelage de la systématique de la division des biens<sup>1670</sup>.

Pour d'autres types de biens (au sens large) des premières lois sont adoptées. C'est ainsi qu'apparaît une ébauche de propriété intellectuelle : les privilèges royaux.

En définitive, si le droit appliqué par les parlements ne se modifie pas véritablement entre la période des postglossateurs et celle des codifications, tel n'est pas le cas de la pensée juridique et des réflexions philosophiques. Le droit romain y contribue pour beaucoup grâce à sa logique et à sa rationalité<sup>1671</sup>. Bien plus favorable à la liberté et à la responsabilité individuelles par rapport au droit féodal, il sert d'appui à l'École du droit naturel moderne<sup>1672</sup>.

§ 5. En définitive, la citation suivante d'un célèbre juriste neuchâtelois résume et clôt parfaitement en deux phrases nos considérations consacrées à l'ancien droit : « *Le sol possédé par les décurions romains, occupé par leurs colons, partagé ensuite inégalement entre eux et les vainqueurs, se divisa en alleux et en censives, terres libres et terres sujettes, jusqu'au moment où, il n'y eut plus de terre sans seigneur. Mais, de ce moment aussi, le sol recommença à s'affranchir avec les hommes, jusqu'à l'époque où, le souverain se distinguant de plus en plus du propriétaire, il n'y eut plus que des terres libres, que des propriétaires aussi absolus que le dominus du droit romain*<sup>1673</sup>. »

---

<sup>1667</sup> Ces théologiens sont d'ailleurs eux-mêmes prudents face à la « prééminence de l'État qui tend à absorber la propriété de l'individu. » Voir RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 251 ss.

<sup>1668</sup> GARSONNET, p. 314.

<sup>1669</sup> En ce sens, pour la Suisse, HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 3.

<sup>1670</sup> Pour un aperçu de l'évolution de l'importance des meubles depuis l'Antiquité, voir RIVIERE, p. 1 ss.

<sup>1671</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 152.

<sup>1672</sup> OURLIAC/GAZZANIGA, p. 147 et 162.

<sup>1673</sup> JACOTTET, *Des projets de Code civil*, p. 809.

### XIII. Les codifications européennes : consécration du droit de propriété individuel et exclusif

Le mouvement de codification du droit privé est la dernière grande transformation des ordres juridiques européens à ce jour. Non seulement les règles de droit deviennent exclusivement encre et papier, mais elles sont remodelées pour créer un ensemble harmonieux et, dans la mesure où la situation sociale ou politique l'impose, leur rationalité est modifiée en conséquence. Le support change, le droit également – tout particulièrement le droit des biens.

En notre matière, en effet, un double changement de paradigme se produit. Pour reprendre les mots de PATAULT : «*on constate [...] vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle un double basculement progressif de notre droit des biens : basculement juridique de la notion de propriétés simultanées à celle de propriété exclusive ; basculement philosophique du droit objectif de l'appropriation des choses pour l'utilité des hommes, à la propriété droit subjectif et naturel de l'homme. Les deux aspects, juridique et philosophique, se rejoignent et se confondent dans la revendication du jus disponendi, droit de disposer librement de son bien*<sup>1674</sup>.» Tout est dit ! Ce constat que fait PATAULT à propos du droit français est également valable pour le droit autrichien et celui des États allemands, ainsi que par extension celui des cantons suisses<sup>1675</sup>. Mais, bien que le terme «codification» ait été inventé par l'anglais Jeremy BENTHAM<sup>1676</sup>, le Royaume-Uni n'a pour ce qui le concerne pas suivi le mouvement de codification du droit privé, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut.

Notre chapitre précédent consacré aux évolutions de l'Ancien Régime – préambule nécessaire à toute considération liée aux codifications – nous l'a montré : de tels changements ne sont pas le fruit d'une génération, mais celui d'une lente évolution graduelle, amorcée tant par les élites que par les mœurs sociales et économiques. Et, comme souvent dans l'histoire humaine, il arrive un point de basculement lors duquel les faits sociaux devenus étrangers aux règles de droit imposent à ces dernières une adaptation à l'époque<sup>1677</sup>. Ce processus forcé se distingue donc au premier chef de la formation du droit féodal par sa méthodologie qui n'est pas spontanée, mais réfléchie

---

<sup>1674</sup> PATAULT, p. 142 s.

<sup>1675</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 3 («*Et comme, vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le nouvel ordre des choses rompit en principe avec les traditions du système féodal et substitua d'une manière plus ou moins exclusive les méthodes d'exploitation individuelle de la terre à celles des antiques et multiples formes de l'exploitation commune, les vieilles institutions du droit des choses s'épuisèrent, furent tenues pour surannées et même pour dangereuses, [...]*»).

<sup>1676</sup> Le terme figure en titre de son ouvrage de 1817 «*Papers Relative to Codification and Public Instruction*». Voir HALPERIN, *The Age of Codification*, p. 907.

<sup>1677</sup> Dans le même sens, CHAMOREL, p. VIII s.

(ou du moins volontaire)<sup>1678</sup>. Il est question en effet d'un processus intellectuel placé sous l'égide de l'État. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, il s'agit en France de donner au nouveau régime un droit moderne qui soit le même pour tous les citoyens<sup>1679</sup>. Un peu moins d'un siècle plus tard, l'Allemagne nouvellement constituée se dote elle aussi d'une codification de droit privé unifiée, s'inscrivant dans la suite des travaux initiés par plusieurs États germaniques dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, dont en particulier l'Autriche qui établit la seconde grande codification jusnaturaliste en 1811 et par là son propre modèle de codification.

En définitive, l'objet des chapitres suivants de notre deuxième partie se scinde en deux. Le principal consiste évidemment à comprendre quel est l'esprit nouveau et sur quels fondements celui-ci s'appuie. Nous le verrons, les systèmes de droit des biens qui ressortent des codes français, autrichien et allemand sont des comparatifs précieux pour notre étude. Mais la nouveauté n'est pas notre seule préoccupation. La gestion du passé est tout aussi déterminante, car toutes les institutions de l'Ancien Régime ne disparaissent pas avec les codifications. S'il est vrai qu'un changement de paradigme est opéré, les principes modernes ne sont pas des dogmes purs. Aussi, certains principes anciens survivent-ils, de même que certaines institutions communautaires, voire à composantes féodales ou médiévales – autrement dit des propriétés divisées. L'époque des codifications est donc charnière à notre sujet d'étude. Non seulement, c'est lors du passage de l'ancien droit vers le nouveau droit que la question des survivances se pose, mais l'absence d'événement équivalent s'ajoute aux nombreuses différences techniques qui séparent déjà le continent du *common law* avant les codifications.

Si la France n'est pas la première nation à codifier son droit, c'est pourtant le Code Napoléon, entré en vigueur en 1804, qui aura le plus grand impact à long terme sur les autres pays. Aussi, ne consacrons-nous pas à une analyse des textes germaniques et scandinaves antérieurs – certes fondateurs du mouvement des codifications issu de l'École du droit naturel, mais d'une importance directe limitée pour notre étude. Nous rappelons néanmoins deux codifications importantes, car elles seront parfois mentionnées à titre de comparaison dans les prochains chapitres : le *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC) entré en vigueur en Bavière en 1756<sup>1680</sup> et l'*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) entré en vigueur en 1794 dans les États prussiens. Ces deux textes ont pour principal défaut – du strict point de vue de notre étude – d'être placés en complément des autres sources du droit et en conséquence de

---

<sup>1678</sup> DE TOCQUEVILLE, p. 31 : « *Ce que la Révolution a été moins que tout autre chose, c'est un événement fortuit.* »

<sup>1679</sup> L'apport des universités à l'élaboration de la codification est déterminant. L'absence d'un corps professoral consacré au *common law* en Angleterre est ainsi avancée comme explication (partielle) à l'absence de codification dans ce pays : SAMUEL, p. 126 s.

<sup>1680</sup> Ce code s'inscrit dans la continuation de l'esprit d'Ancien Régime, mais n'a qu'une valeur supplétive.

ne pas entraîner l'abrogation de l'ancien droit. Pour d'autres raisons encore, il ne s'agit pas de codifications modernes telles que nous l'entendons ici<sup>1681</sup>. En outre, ils n'exercent pas d'influence sur les codifications cantonales ou fédérale suisses<sup>1682</sup>.

Comme annoncé en préambule, nous nous pencherons par contre plus avant sur deux codifications germaniques postérieures au Code Napoléon : d'abord, l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) entré en vigueur en Autriche en 1812 et qui perpétue le mouvement jusnaturaliste, puis le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) entré en vigueur pour l'Allemagne impériale en 1900 qui est l'archétype des codifications pandectistes. Dans notre troisième et ultime partie, nous examinerons plus précisément le cas des codifications cantonales et fédérale suisses, lesquelles comme nous le verrons se répartissent entre les mouvements jusnaturalistes et pandectistes avec de nombreuses variations.

Mais, avant tout, il nous faut poser le contexte et surtout expliciter l'esprit philosophique qui est celui de la doctrine juridique au moment des codifications (A). L'évolution économique se double effectivement de celle de la pensée philosophique et juridique – inspirée par les auteurs antiques. Or, même si les idéaux de liberté et d'individualisme des philosophes ne sont encore que l'affaire de réflexions *de lege ferenda*, le droit qui sortira de l'entreprise codificatrice s'annonce déjà. Cette pensée nominaliste est, en effet, d'une importance capitale pour comprendre correctement le droit privé moderne et ce qui le sépare de l'ancien. Cette digression philosophique impromptue et singulière dans notre étude est nécessaire pour mesurer l'importance du changement qui se produit dans l'approche du droit par la subjectivisation. Cela fait, nous rappellerons ce que «codifier» signifie (B). Le processus est en effet tout particulier et va bien plus loin que la simple adoption d'un nouveau texte de loi : il s'agit de démolir l'ancien édifice juridique pour reconstruire de nouvelles fondations, parfois en usant de matériaux recyclés. Là aussi, l'esprit adopté par les législateurs doit être bien compris. Il faudra à cet égard distinguer entre l'esprit général des codifications et celui qui est particulier à chacune d'entre-elles.

Précisons encore, avant d'entrer dans la matière, que pour ce qui concerne les codifications, nous n'avons eu recours qu'aux éditions originales des différents codes et autant qu'il put se faire à des auteurs contemporains desdits codes ou à des historiens du droit plus récents. Les doctrines juridiques directement postérieures, qui eurent très vite tendance à s'éloigner de l'esprit original des codifications, sont moins importantes pour notre étude, le droit des biens restant, une fois codifié, relativement stable

---

<sup>1681</sup> Le CMBC laisse aux droits locaux et au droit commun Le rôle de source subsidiaire du droit. L'ALR comporte pour sa part le double défaut de vouloir codifier l'ensemble du droit et de n'avoir qu'une portée supplétive. Voir BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 110 s. ; PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 12 s.

<sup>1682</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 186.

(contrairement à d'autres matières), ce qui nous autorise à laisser de côté certaines controverses propres à la nouveauté de la technique juridique ou à la mise en œuvre des nouvelles institutions<sup>1683</sup>.

## **A. Un processus de subjectivisation du droit : de la dialectique aristotélicienne au néostoïcisme des humanistes en passant par le nominalisme occamien**

### **1. Positionnement de la problématique**

Au moment des codifications, comment mesurer «[...] *le chemin parcouru depuis Rome et le droit médiéval savant* [...] Rome, disions-nous, a répugné à systématiser le droit. *Gaius se bornait à classer des situations ou des choses sur lesquelles s'exerce le droit.* [...] *Qu'en est-il des nouveaux systèmes de la jurisprudence humaniste ? Nous montrerons que les systèmes bâtis sur le plan tripartite* [celui de GAIUS], [...], *ont profondément changé de nature ; ils cessent d'être un classement des choses pour devenir un classement des droits*<sup>1684</sup>. » Cette citation de VILLEY introduit fort à propos la pertinence des assertions philosophiques qui suivent. Visuellement, nous pouvons voir le résultat proposé par VILLEY dans son schéma<sup>1685</sup>.

Nous avons abordé plus haut la question de l'influence du droit romain sur le droit féodal par l'entremise des glossateurs, postglossateurs et de leurs successeurs. Ces savants, tenants de l'École du droit naturel classique<sup>1686</sup>, avaient – en procédant par dialectique – transformé les notions de leurs droits coutumiers en les rapportant aux constructions juridiques romaines des codifications de JUSTINIEN qu'ils admiraient tant. Ce faisant, ils n'avaient toutefois pas abandonné leur approche objective du droit, descriptive de l'environnement, qui était d'ailleurs celle du droit romain également (en particulier dans la classification de GAIUS)<sup>1687</sup>. Les institutions féodales et romaines se rejoignent sur ce point – unique sans doute en droit des biens, mais fondamental. Certes l'on pourrait être tenté de déceler d'éventuels indices ponctuels d'une présence de droits dits «subjectifs» sous le Dominat ou chez les glossateurs. Mais même si l'on admet ce fait<sup>1688</sup> (ce qui n'est pas notre cas), les droits subjectifs ne sont pas alors pla-

---

<sup>1683</sup> Voir, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, TROPLONG, p. 6 ss (qui évoque la permanence de la notion malgré les changements politiques). Voir, plus récemment, MORANGE, p. 102; TERRE, p. 48 ss (qui montre l'absence de changement de paradigme jusqu'à l'époque actuelle, notamment à l'appui du Conseil constitutionnel français). Des nuances s'imposent néanmoins, nous les verrons.

<sup>1684</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 476.

<sup>1685</sup> VILLEY, *Droit subjectif*, p. 228.

<sup>1686</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 178.

<sup>1687</sup> Voir en ce sens PATAULT, p. 141; TIERNEY, p. 15 s.; IONESCU, note n° 1 de la p. 23 s.

<sup>1688</sup> Ce qui consiste en la plus importante critique de TIERNEY à l'égard de VILLEY.



cés au centre du schéma de pensée et ne structurent pas l'ordre juridique qui demeure objectif, savoir fondé sur l'ordre naturel des choses. Nous avons tâché dans les chapitres précédents d'explicitier et vérifier ces points importants pour notre étude ; les conclusions tirées de notre première partie nous servent ici de point de départ.

S'oppose à la vision objective, notre actuelle approche du droit privé qui repose presque entièrement sur les droits subjectifs<sup>1689</sup>. Ainsi, la doctrine du XXI<sup>e</sup> siècle aborde-t-elle notre matière de façon résolument subjective : « *La loi ne s'occupe des choses, c'est-à-dire de tout ce qui existe dans la nature, que sous le rapport des droits que les personnes peuvent avoir sur elles. Envisagées à ce point de vue, les choses reçoivent le nom de biens, qui sont meubles ou immeubles*<sup>1690</sup>. »

L'on oppose la « nature cosmique » à la « nature de l'Homme »<sup>1691</sup> ; dans le premier, est considéré un monde uniquement fait de choses et, dans le second, ne sont considérés que les facultés ou qualités attribuées à un sujet de droit<sup>1692</sup>. Nous l'avons déjà montré dans notre partie préliminaire<sup>1693</sup>, ces droits s'érigent en tant que force structurante pour l'ordre juridique privé actuel et donc aussi pour les institutions du droit des biens ; et cela que l'on considère le droit positif suisse, français, autrichien ou allemand.

Cette place centrale et essentielle ainsi occupée par les droits subjectifs consiste en la traduction en termes juridiques de concepts philosophiques positionnant l'individu – et non plus l'environnement ou l'ordre naturel – au cœur des préoccupations et comme prémice à toute réflexion. Or, si la subjectivisation du droit n'a lieu dans le droit positif qu'au moment des codifications, comme nous allons le montrer plus loin, les courants philosophiques qui y président sont antérieurs de plusieurs siècles. Pour comprendre tous les ressorts des choix effectués lors des codifications, il s'impose ainsi de remonter plus haut, c'est-à-dire aux grands auteurs chrétiens<sup>1694</sup>. Pour cette raison, nous proposons ici d'exposer le cheminement intellectuel qui a conduit à l'hégémonie de l'approche subjective du droit privé moderne.

Cela a un triple intérêt pour notre étude. D'abord, il s'agit là de la différence conceptuelle majeure entre le droit romain, le droit féodal, ainsi que le droit anglais, d'une

---

<sup>1689</sup> Cela est beaucoup moins vrai du droit public qui est plutôt de nature mixte : il connaît tant la présence que l'absence de droits subjectifs selon les domaines. Voir notre contribution dans les *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, à paraître au printemps 2022, et les références citées.

<sup>1690</sup> ROSSEL, p. 121.

<sup>1691</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 243.

<sup>1692</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 244.

<sup>1693</sup> Voir notre catégorisation de la propriété privée de droit suisse parmi les droits subjectifs au début de cette étude.

<sup>1694</sup> Le christianisme est à l'origine des philosophies modernes : VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 271.

part, et le droit moderne, d'autre part<sup>1695</sup>. Établir avec précision les concepts permet de clairement délimiter ce qui sépare les divers ordres juridiques, de dégager l'esprit du droit moderne et finalement de déterminer les adaptations envisageables à une réconciliation dans le cadre d'un conflit de lois<sup>1696</sup>. Ensuite, le droit anglais n'a pas connu la même évolution « subjective » que les droits continentaux (ou du moins pas dans la même mesure), faute d'avoir pu remodeler complètement son droit en le codifiant<sup>1697</sup>. Nous en mesurerons l'importance pour l'appréhension des propriétés divisées, spécialement des *trusts*, en droit suisse. Enfin, la notion moderne de propriété telle qu'elle apparaît dans les codes européens continentaux est elle-même le fer de lance de ces mouvements philosophiques subjectivistes<sup>1698</sup>. Ce qui a pour conséquence que dans les États de tradition romano-germanique, les institutions des droits privés respectifs sont structurées autour et par la notion de droit subjectif : la technique juridique en est ainsi nouvelle et inédite dans l'histoire.

L'on s'en doute, la question a fait l'objet d'une abondante littérature – qui plus est récente<sup>1699</sup>. Pour cette raison – et comme nous n'avons pas ici la vocation d'un propos proprement philosophique – il ne servirait que peu de s'attacher à une étude approfondie des sources primaires. Aussi, convoquons-nous en priorité les sources modernes de référence. Michel VILLEY est l'auteur qui fait encore autorité en la matière bien au-delà des frontières françaises<sup>1700</sup>. HALPERIN s'attache à sa pensée pour décrire

---

<sup>1695</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 268 : « De même que le droit naturel est, selon moi, le maître-mot de la science juridique romaine, de même le droit subjectif est le maître-mot du droit moderne. »

<sup>1696</sup> Dans le même sens, VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 228 (« la structure du droit moderne ne peut s'expliquer que si l'on remonte à cette source ») et 269.

<sup>1697</sup> Le continent et les îles britanniques se divisent aussi philosophiquement entre école rationaliste (DESCARTES) et école empiriste (BACON et LOCKE). Voir VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 182 s.

<sup>1698</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 181 s. Ce dernier note (*Pensée juridique moderne*, p. 182), non sans une certaine ironie, le décalage qui existe entre la pensée philosophique et sa mise en application par les juristes : « Mais nous continuons à [...] penser en termes de droit subjectif, de droit réel, de personne juridique ou de propriété absolue [...] Ce décalage entre théorie du droit et philosophie ne devrait pas trop nous surprendre ; il constitue l'une des constantes de l'histoire du droit, fruit de la routine des juristes, qui, n'ayant pas à cultiver par eux-mêmes la philosophie, le plus souvent n'en reçoivent les leçons qu'en retard, et par des canaux indirects, les déforment et les durcissent, et ne leur obéissent jamais mieux qu'au moment où elles ont cessé d'être professées par les philosophes. »

<sup>1699</sup> Le débat a connu un renouveau suffisant au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle pour être qualifié de « one of the most hotly debated issues in the last decades » (PADOVANI, p. 37). Dans le même sens, GUZMAN BRITTO, p. 407. Voir, déjà en 1966, GAUDEMET, *Gratien et les premiers décrétiens*, p. 269.

<sup>1700</sup> Professeur à l'Université de Paris, philosophe et historien du droit (1914-1988). Nombreux sont les auteurs à partager la chronologie qu'il défend : voir, parmi les plus récents, SOL, p. 234 ; EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 39 ; PADOVANI, p. 52 ; GUTMANN, p. 89 ; ainsi que les nombreuses références citées par SOL (p. 210), respectivement par PADOVANI (p. 37). Ainsi, son principal contradicteur, TIERNEY, admet (p. 14) que « VILLEY's

« *la révolution du droit naturel moderne* » telle qu'elle est traduite dans le Code Napoléon<sup>1701</sup>. Le propos de VILLEY est donc très généralement accepté, mais il fait également face à une critique fouillée de la part de Brian TIERNEY<sup>1702</sup>; si bien que la controverse qui en ressort est un sujet d'étude pour elle-même<sup>1703</sup>. C'est donc essentiellement sur la foi des recherches de ces deux auteurs que nous appuyons les lignes qui suivent – d'autant plus que n'est pas tant essentiel pour nous ce qui les sépare (soit essentiellement des questions méthodologiques), mais plutôt ce qui les rassemble. Par cette approche, nous respectons par ailleurs la méthodologie qui s'impose en recherches philosophiques et qui consiste précisément à opposer les courants de pensées les uns aux autres par l'étude des écrits d'auteurs ayant des opinions antagonistes, à la manière du doxographe de l'Antiquité.

## 2. La thèse d'une origine des droits subjectifs au XIV<sup>e</sup> siècle

§ 1. Comment l'approche subjective du droit apparaît-elle dans la pensée européenne continentale? La formulation de cette question est importante, car elle n'appelle pas nécessairement la même réponse que celle qui consiste à s'interroger sur l'existence (possiblement fortuite) de droits subjectifs dans un ordre juridique. La différence entre les deux est en effet fondamentale. Distinguer la pensée juridique moderne de celle des anciens consiste en effet à opposer un système juridique conçu et ordonné par le moyen des droits subjectifs à un système qui n'y recourait pas du tout ou alors certainement pas dans ce but<sup>1704</sup>.

Nous nous rappelons qu'en plus des textes juridiques romains, les élites intellectuelles européennes redécouvrent progressivement un ensemble d'écrits philosophiques grecs et romains, lesquels sont également fort estimés, ou du moins dignes d'être débattus en détails<sup>1705</sup>. De ces textes, il faut partir pour comprendre « *quand l'expression ius naturale, qui faisait traditionnellement référence à une harmonie cosmique, à la justice objective ou bien à la loi morale naturelle, commença [...] à revêtir le sens d'un droit naturel subjectif [...]* »<sup>1706</sup>.

---

*argument has been widely and uncritically accepted. Nowadays Ockham is often regarded as the originator of modern rights theories, [...]*»

<sup>1701</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 51 ss.

<sup>1702</sup> Professeur à la Cornell University, médiévaliste (1922-2019).

<sup>1703</sup> Voir surtout SOL, p. 209 ss. Voir, également tout récemment, TOSI, p. 1067 ss; ROBLES, p. 51 ss; GUZMAN BRITTO, p. 410 ss. La doctrine est pour le surplus partagée entre les deux opinions: SOL, note n° 4 de la p. 209.

<sup>1704</sup> GUZMAN BRITTO, p. 407.

<sup>1705</sup> Dans la mesure où ces textes ne sont pas mis à l'index (au sens premier) – ce qui est tout autant un signe des passions qu'ils peuvent déclencher. Voir VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 384 s. (qui parle de « *modestie* » des modernes vis-à-vis des anciens).

<sup>1706</sup> SOL, p. 209 s.

De par l'abondante étude qui en est faite, les canonistes parviennent à réconcilier nombre de textes païens avec les idéaux chrétiens – dont le personalisme, il faut le souligner d'emblée, constitue un trait permanent<sup>1707</sup>. Car expliquer comment les sources antiques, qui ne ressortent pourtant pas à une approche subjective, mais bel et bien d'une approche objective du droit<sup>1708</sup> peuvent finalement donner lieu à une nouvelle conception philosophique, passe sans aucun doute en partie par l'atmosphère très chrétienne qui entoure les penseurs de la fin du Moyen Âge. L'importance accordée à la parole donnée et donc aux conventions – notamment à la foi et à l'hommage, nous l'avons vu – permet de comprendre que l'individu puisse devenir le centre d'un système qui acquiert une certaine idée de l'être chrétien<sup>1709</sup>. En adaptant le droit romain et les philosophies antiques au monde chrétien, il s'agit donc d'aller au-delà de ces sources<sup>1710</sup>. En particulier, parmi les différents courants qui traversèrent le monde antique, l'aristotélisme et le stoïcisme exercent une influence décisive sur les intellectuels européens. Ces philosophies antiques ont pour point commun d'offrir des analyses ayant pour thème la rationalité de l'homme, notamment dans le cadre du droit, ce qui forme le noyau même qui permet de construire un système fondé sur les attributs du sujet de droit<sup>1711</sup>.

L'apport des philosophes antiques se concrétise dans les courants philosophiques européens de façon différenciée avec le temps. Il s'agit dans une première période de l'affaire des penseurs du courant humaniste qui perpétue la tradition du droit naturel classique – soit principalement Thomas D' AQUIN. Ce dernier confronte tout spécialement les écrits d'ARISTOTE à la pensée chrétienne<sup>1712</sup>. En effet, ARISTOTE déjà conduit nombre de réflexions sur la décision et ses ressorts dans la raison humaine ou la vertu<sup>1713</sup>. Selon VILLEY, l'approche du monde (et du droit) de Thomas D' AQUIN reste alors encore purement objective, bien que l'on puisse noter une « *réhabilitation* » de la raison humaine dans la pensée chrétienne<sup>1714</sup>. La raison – qu'il s'agisse de celle de Dieu ou d'un être humain – reste cependant soumise à l'ordre naturel des choses qui demeure le premier objet d'étude<sup>1715</sup>. Autrement dit, le postulat de la toute-puissance individuelle (*potestas absoluta*) demeure inconcevable dans un univers prééta-

---

<sup>1707</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 263.

<sup>1708</sup> Même s'il est possible de trouver des éléments d'approche subjective chez les philosophes.

<sup>1709</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 271 (« *Grâce à cet apport chrétien, la philosophie des modernes ne sera pas la répétition de la philosophie classique de l'Antiquité, et la Renaissance ne sera pas qu'une renaissance.* ») et 272.

<sup>1710</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 194 (ce qui se voit déjà chez Thomas D' AQUIN).

<sup>1711</sup> TIERNEY, p. 343.

<sup>1712</sup> CAIRNS, p. 101 s. Voir aussi VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 181.

<sup>1713</sup> Voir ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, livre III, n° 8 ss; ARISTOTE, *Éthique à Eudème*, livre II, n° 10 ss.

<sup>1714</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 188 s.

<sup>1715</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 205.

bli<sup>1716</sup>. L'homme ne peut avoir que des portions de maîtrise, des pouvoirs sur certains objets dont le « juste partage » lui revient<sup>1717</sup>. Le mot droit (*ius*) prend donc le sens de « chose juste » (« *Ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam*<sup>1718</sup> ») : « *Le droit est l'objet de la justice*<sup>1719</sup>. »

Ramenée à la question de la « propriété » cette discussion implique que « [le domaine de Dieu] sert de modèle pour la description future du domaine humain. Par son existence, il constitue une sorte de donnée fondamentale, en dehors de laquelle on ne peut penser ce domaine de l'homme<sup>1720</sup>. »

Ce n'est encore que sous ce sens objectif qu'il est question de « droits ». Chacun reçoit d'une chose l'usage qui lui sera utile et lui revient en vertu d'un juste partage<sup>1721</sup> : ainsi sont distribuées les diverses utilités qu'il est possible de tirer d'une chose. L'exercice d'un droit représente donc la juste chose à faire conformément à l'ordre juridique établi<sup>1722</sup> : « *Ius n'est pas la loi objective, mais le résultat de son interprétation*<sup>1723</sup>. » Autrement dit, il n'est pas question d'un droit subjectif<sup>1724</sup>. Quoi qu'il en soit, redonner à la raison humaine un domaine d'application – même subalterne à l'ordre naturel – permet d'accorder aux autorités séculières une force productive de règles de droit dans la mesure du vide laissé par le droit naturel<sup>1725</sup>. THOMAS D' AQUIN explique ainsi que la propriété – prise comme division juste de l'usage des biens – ressort au droit positif puisque le droit naturel n'en traite pas<sup>1726</sup>. Un verrou s'ouvre ainsi.

Cela n'est point encore fort moderne puisque l'on trouve déjà chez CICERON que le véritable droit (*vera lex*) se doit d'exprimer uniquement « *la justice et la raison*<sup>1727</sup>. »

<sup>1716</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 205.

<sup>1717</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 243.

<sup>1718</sup> D' AQUIN, *Somme Théologique*, IIa IIae, question 57, art. 1 ad 1. Voir aussi ROBLES MORCHÓN, p. 54 ss.

<sup>1719</sup> « *Utrum ius sit obiectum iustitiae.* » : D' AQUIN, *Somme Théologique*, IIa IIae, question 57, pr. Voir aussi ROBLES MORCHÓN, p. 54 s.

<sup>1720</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 62.

<sup>1721</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 243.

<sup>1722</sup> PADOVANI, p. 42.

<sup>1723</sup> PADOVANI, p. 42 (qui cite le commentaire de Petrus PLACENTINUS sur ULPIEN, D. 1, 1, 1, pr.).

<sup>1724</sup> ROBLES MORCHÓN, p. 64, qui est d'avis que pour D' AQUIN, *ius* est la traduction concrète de la chose juste.

<sup>1725</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 188 s.

<sup>1726</sup> D' AQUIN, *Somme Théologique*, IIa IIae, question 66, article 2 ad 1 : « *Ad primum ergo dicendum quod communitas rerum attribuitur iuri naturali, non quia ius naturale dictet omnia esse possidenda communiter et nihil esse quasi proprium possidendum, sed quia secundum ius naturale non est distinctio possessionum, sed magis secundum humanum conductum, quod pertinet ad ius positivum, ut supra dictum est.* » D' ailleurs, le Christ lui-même déclare (LUC, 12, 14) : « *Qui m'a établi pour être votre juge ou pour faire vos partages.* » Voir aussi VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 195.

<sup>1727</sup> CAIRNS, p. 161 (« *justice and reason* »).

Le droit naturel est ainsi ce qui est juste ; autrement dit ce qui correspond à l'ordre naturel des choses, ce qui est rationnel<sup>1728</sup>. La morale constitue donc la notion gouvernante du droit<sup>1729</sup>. Le cœur de la pensée stoïcienne porte précisément sur la morale que doit suivre tout un chacun<sup>1730</sup>. Aussi, l'individu doit-il avoir accès aux mêmes droits, quelle que soit sa condition<sup>1731</sup>. De là découle l'importance du droit à l'appropriation («*Zueignungsrecht*») qui s'érige comme condition de l'existence de l'homme<sup>1732</sup>.

Toujours selon VILLEY, il nous faut donc attendre l'apparition de courants de pensées différents (progressistes) de la théologie classique au sein de l'Église chrétienne elle-même pour qu'une approche nouvelle – subjective – fasse son apparition. La transformation de la notion de propriété doit ainsi beaucoup aux moines franciscains (que nous avons déjà mentionné à propos du droit anglais)<sup>1733</sup> et à la célèbre controverse sur la pauvreté qui les opposent à la papauté<sup>1734</sup>.

§ 2. Ainsi, ce serait au XIV<sup>e</sup> siècle sous l'égide du franciscain et logicien Guillaume D'OCCAM que se produit le «*moment copernicien de l'histoire de la science du droit*<sup>1735</sup>» et qu'apparaissent pour la première fois clairement dans les sources les bases d'une approche subjective du droit privé<sup>1736</sup>. Tous les mérites ne reviennent évidemment pas à un seul homme. VILLEY lui-même admet que nombreux sont ceux qui ont préparé le terrain<sup>1737</sup>. C'est en particulier le cas de Jean DUNS SCOT (un autre franciscain) qui pose le principe d'un libre arbitre indépendant à la fois de la raison et du droit naturel et qui consacre ainsi la *potestas absoluta* de Dieu. Or, l'homme étant créé à son image, cela s'applique également à ce dernier<sup>1738</sup>. Partant, le point de départ logique de tout raisonnement doit être l'individu lui-même et non plus l'ordre naturel des choses<sup>1739</sup>. Par cette analyse, il ramène la focale de la philosophie non plus comme avant sur un ordre naturel immuable (l'environnement), mais bien sur chaque per-

---

<sup>1728</sup> CAIRNS, p. 141.

<sup>1729</sup> CAIRNS, p. 162.

<sup>1730</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 389.

<sup>1731</sup> CAIRNS, p. 162.

<sup>1732</sup> PATAULT, p. 142; RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 311; OESTERREICH, p. 19. Voir aussi ARISTOTE, *Politique*, livre i, no 8 ss [1256 a].

<sup>1733</sup> Notons en passant, que l'ordre franciscain est présent à Lausanne dès le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle. Voir DORTHE/OSTORERO/UTZ TREMP, p. 7 s., n<sup>o</sup> 1 et 2, ainsi que la note n<sup>o</sup> 2.

<sup>1734</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 202.

<sup>1735</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 267. Voir aussi SOL, p. 209.

<sup>1736</sup> SOL, p. 210. La doctrine précédant VILLEY avait tendance à placer cette césure au XVI<sup>e</sup> siècle : VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 185 s.

<sup>1737</sup> VILLEY (*Pensée juridique moderne*, p. 229) l'admet lui-même.

<sup>1738</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 206. D'OCCAM adoptera le même point de vue : VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 265.

<sup>1739</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 208.

sonne individuellement considérée<sup>1740</sup>. La nouvelle philosophie est celle de l'individu<sup>1741</sup>. Le positivisme juridique peut prendre toute son extension<sup>1742</sup>. Selon DUNS SCOT, la propriété et le partage des biens est le résultat des lois humaines ; cela ne ressort pas du droit naturel, mais doit tout de même être guidé par les principes qu'il contient<sup>1743</sup>. Un deuxième verrou saute.

Tenant de l'école nominaliste<sup>1744</sup>, c'est dans le cadre de la controverse sur la pauvreté que D'OCCAM se distingue. L'objet de cette controverse intéresse tout spécialement notre étude puisqu'en sus de consister en une étape importante de l'évolution que nous sommes en train d'expliquer, il touche à une forme toute particulière de double domaine. L'ordre franciscain devant se cantonner à la pauvreté<sup>1745</sup>, il prétend n'avoir que le simple usage factuel des biens (*simplex usus facti*) mis à sa disposition par le pape et que c'est ce dernier qui en retient la pleine propriété et se charge de les administrer<sup>1746</sup>. Alors, que cette époque connaît déjà la théorie du domaine divisé, il est difficile d'admettre que la tenure perpétuelle dont bénéficient les moines ne soit pas une forme de domaine immédiat<sup>1747</sup>. Mais la situation est encore différente de celle du fief, car le partage ainsi fait entre les franciscains et le pape revient à attribuer aux premiers l'usage des biens (c'est-à-dire la libre jouissance et l'ensemble des fruits) et au second uniquement les charges qui en découlent (sans pour autant qu'une indemnité vienne les compenser)<sup>1748</sup>. En somme, la titularité du pape ne s'explique plus du point de vue d'un juste partage de l'usage des biens ; le pape n'en retire aucun avantage<sup>1749</sup>. Il faut donc bien reconnaître une forme de propriété aux moines.

Pour parer à cet argument, qui s'appuie sur la vision objective du juste partage des biens, D'OCCAM se concentre sur l'analyse subjective. En effet, pour lui comme pour DUNS SCOT, l'individu consiste en le seul point sur lequel il est possible de s'appuyer pour comprendre le monde, car lui seul existe<sup>1750</sup> : « *Le premier objet de*

<sup>1740</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 207.

<sup>1741</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 209.

<sup>1742</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 209 s.

<sup>1743</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 210 s. Thomas D'AQUIN est d'un avis contraire.

<sup>1744</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 221.

<sup>1745</sup> Règle instaurée par le fondateur de l'ordre, Saint-François, qui repose sur la vie du Christ, dont par exemple le passage suivant en fait écho : « [Jésus] lui dit : *'Il te manque une chose : va vendre tout ce que tu as, donne-le aux pauvres, et tu auras un trésor dans le ciel.'* » (MARC, 10, 21).

<sup>1746</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 216 et 252.

<sup>1747</sup> Dans le même sens, VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 217 et 221. De même en va-t-il *a fortiori* de la négation de toute propriété des biens consommables : VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 216 s.

<sup>1748</sup> Dichotomie qui n'est pas sans rappeler celle attribuée aux *trusts*. Comme nous l'avons vu les franciscains jouent également un rôle dans l'histoire de cette institution.

<sup>1749</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 254.

<sup>1750</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 224 et 226.

*connaissance est l'individu, point de départ de toute doctrine [...] <sup>1751</sup>.*» Le sujet individuel est le seul élément qui n'est pas une construction de l'esprit.

En vertu de cette prémisse, devient pertinent un examen de la pensée de l'individu, de sa volonté et de la rationalité de celle-ci. L'on en vient donc à examiner les actes de l'individu, ses relations avec le monde et les hommes – en somme il s'agit là d'analyser sa position juridique – autrement dit le pouvoir dont il dispose vis-à-vis des autres<sup>1752</sup>. L'observation d'un ordre naturel des choses prééminent n'a plus lieu d'être<sup>1753</sup>: «[L']individu (*non plus le rapport entre plusieurs individus*) devient le centre d'intérêt de la science du droit: l'effort de la science juridique va désormais tendre à décrire les qualités juridiques de l'individu, l'étendue de ses facultés, de ses droits individuels<sup>1754</sup>.» Le point de départ de toute réflexion est «l'expérience singulière», celle subjective de l'homme<sup>1755</sup>. Toujours selon D'OCCAM, il faut ainsi limiter la notion de droit (subjectif) à la situation où un sujet de droit dispose d'un pouvoir qui lui attribué par la loi positive et donnant lieu à une protection en justice<sup>1756</sup>. Or, cette notion est «péjorative» du point de vue de la pensée chrétienne d'alors<sup>1757</sup>. Apparaît ainsi la notion de droit subjectif telle qu'elle sera synthétisée au XIX<sup>e</sup> siècle par les pandectistes<sup>1758</sup>: «*Le droit subjectif de propriété c'est par exemple le pouvoir d'user, de jouir, de disposer de la chose, attribué au propriétaire, lui-même reconnu, garanti, sanctionné* juridiquement<sup>1759</sup>.» Plus encore, la spécification du contenu des différents pouvoirs permet d'en extraire une classification<sup>1760</sup>. Le dernier verrou est ainsi ôté par D'OCCAM : la porte vers la modernité est définitivement ouverte.

Avant le XIV<sup>e</sup> siècle, l'ordre juridique a ainsi pour vocation de désigner le juste équilibre – et l'équitable répartition des utilités que l'on peut tirer des biens – entre les sujets de droit. Mais par après et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, une nouvelle approche mûrit : un pouvoir (*facultas/potestas*) individuel est attribué au sujet de droit pour promouvoir ses intérêts personnels et «*égoïstes*»<sup>1761</sup>. Cela est rendu possible dans la

---

<sup>1751</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 184. Alors que la doctrine du droit naturel classique procédait à l'inverse «à partir de la nature cosmique, des groupes sociaux, des cités [...]» (VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 184).

<sup>1752</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 228 et 257 s.

<sup>1753</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 265.

<sup>1754</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 228.

<sup>1755</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 273.

<sup>1756</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 257 s. et 260 («*Cesser d'entendre par le mot jus, la part de biens qui vous revient selon la justice, naturelle autant que positive, mais comme y pousse au Moyen Âge l'usage linguistique vulgaire, entendre par ce mot un pouvoir.*»).

<sup>1757</sup> Un tel «*instrument de contrainte matérielle*» n'est point en odeur de sainteté dans les écritures. VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 260 et 264.

<sup>1758</sup> Cf. *infra* p. 368 ss.

<sup>1759</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 242.

<sup>1760</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 258.

<sup>1761</sup> Dans le même sens, PADOVANI, p. 48.



mesure où la liberté ainsi attribuée à l'individu – absolue dans son principe<sup>1762</sup> – repose sur la raison et la morale (limite au-delà de laquelle ledit pouvoir n'existe pas)<sup>1763</sup>. À cette limite de droit naturel, s'ajoutent celles du droit positif<sup>1764</sup>. Ce ne sont donc plus des normes que l'on déduit des pouvoirs en faveur des sujets de droit, mais bien de la nature humaine elle-même. Par ailleurs, les normes dépendent, non plus de l'ordre naturel des choses, mais de la volonté des individus<sup>1765</sup>. La «raison» devient le maître-mot à penser des savants. À propos de la «propriété» et selon les mots de RENOUX-ZAGAME, «[l]a théorie du domaine [...] quitte le point de vue de Dieu pour le point de vue de l'homme<sup>1766</sup>.»

SOL résume ainsi la pensée de VILLEY : «[Au XII<sup>e</sup> siècle], le droit est <objectif> parce qu'il correspond à un objet juste : il désigne cette chose elle-même, et non un pouvoir que l'on aurait sur elle. Quant au droit subjectif, conçu comme faculté de l'individu sur les choses, il n'aurait pas sa place dans le droit, car [VILLEY] déduit le droit d'un pouvoir sur les choses, alors que le processus juridique réaliste dit exactement le contraire : le pouvoir sur une chose est la contrepartie de l'existence d'un droit. Certes, le droit subjectif existe bien, mais dans un second temps, comme résultante de l'existence d'un droit objectif, qui détermine les droits et les devoirs de chacun<sup>1767</sup>.»

### 3. La thèse d'une origine des droits subjectifs antérieure au XIV<sup>e</sup> siècle

TIERNEY s'oppose expressément aux idées de VILLEY en de nombreux points. Essentiellement, pour nous, il remet en cause le moment de l'apparition des droits subjectifs<sup>1768</sup> en le reculant de deux siècles. Cela nous fait revenir aux glossateurs et aux fondements du renouveau de la pensée intellectuelle occidentale<sup>1769</sup>. GAUDEMET – qui s'est aussi penché sur la question – arrive à la même conclusion à propos de textes également datés du XII<sup>e</sup> siècle<sup>1770</sup>. De même, plusieurs autres auteurs admettent ce

<sup>1762</sup> Car cette liberté est considérée comme accordée par Dieu : PADOVANI, p. 52.

<sup>1763</sup> PADOVANI, p. 48 ss.

<sup>1764</sup> PADOVANI, p. 50 s.

<sup>1765</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 228.

<sup>1766</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 203.

<sup>1767</sup> SOL, p. 223.

<sup>1768</sup> Il critique en outre la méthodologie adoptée par VILLEY qui tend, selon lui, à favoriser les conclusions qu'il souhaite atteindre, savoir l'absence de droits subjectifs dans la pensée chrétienne originelle. TIERNEY, p. 30 ss.

<sup>1769</sup> TIERNEY, p. 76 s. Voir aussi SOL, p. 209 s. et 225; PADOVANI, p. 38. THIREAU (*Fondements du Code civil*, p. 10) évoque quant à lui les «romanistes médiévaux» comme point de départ à la conception individualiste de la propriété.

<sup>1770</sup> GAUDEMET, *Gratien et les premiers décrétistes*, p. 291. Le même (*Gratien et les premiers décrétistes*, p. 290 s.) précise toutefois que «[c]es définitions juxtaposées relèvent d'une énumération plus que d'une réflexion approfondie qui puisse aboutir à des classifications. Du moins ont-elles le mérite de marquer combien l'interprétation subjective du droit naturel, sous des

point de vue, alors que d'autres se rangent à l'opinion de VILLEY<sup>1771</sup> – formant ainsi deux courants de pensée.

À notre avis, il existe effectivement des motifs convaincants d'admettre l'existence d'une conception subjective du mot *ius* dès le XII<sup>e</sup> siècle – contrairement à l'opinion de VILLEY. Il faut toutefois bien reconnaître que si des occurrences se rencontrent, elles ne figurent de loin pas une approche subjective du droit, c'est-à-dire un ordre juridique structuré par et pour les droits subjectifs, tel que nous le connaissons aujourd'hui en droit privé. Tout au plus, il s'agit là d'une préfiguration.

TIERNEY admet d'ailleurs que la notion de droit subjectif est apparue de façon « *pratiquement imperceptible chez les glossateurs*<sup>1772</sup> », puis a progressivement pris de l'ampleur dans la pensée philosophique<sup>1773</sup>. Dans le même sens, PADOVANI<sup>1774</sup> montre de façon convaincante qu'il s'observe une continuité – allant des auteurs romains aux auteurs des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles – dans la manière de décrire le mot *ius*, savoir par le moyen de longues énumérations de définitions parmi lesquelles le pouvoir individuel (*potestas*) ne tient qu'une place secondaire et encore fort éloignée de la notion de droit subjectif<sup>1775</sup>. PADOVANI va d'ailleurs jusqu'à accuser les auteurs modernes qui voient dans les expressions (*ius suum* ou *ius habere*) utilisées par les juristes des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles des occurrences de droits subjectifs de « préjugés » inaptes à comprendre l'état d'esprit de l'époque<sup>1776</sup>. Ainsi, PADOVANI explique que ces expressions signifient encore à l'époque que la personne qui « *se prévaut d'un droit* » veut indiquer qu'elle « [...] *prend avantage de l'ensemble du corps de règles que le droit en vigueur impose à la relation juridique en cause*<sup>1777</sup>. » Aussi, les prétentions individuelles ne ressortent-elles pas à la nature humaine, mais découlent de la conjonction de diverses normes qui établissent le juste état des choses entre sujets de droit<sup>1778</sup>.

---

*formes diverses, tendait à triompher. [...] Pensée complexe qu'il serait abusif de vouloir rapprocher de philosophies plus modernes, mais qui, peu à peu, rompaît avec la mentalité profondément religieuse du premier Moyen Âge.*»

<sup>1771</sup> Par exemple, en faveur de TIERNEY, GUZMAN BRITTO, p. 415. Voir les listes d'auteurs données par SOL, p. 210; PADOVANI, p. 37.

<sup>1772</sup> Notre traduction de TIERNEY, p. 344: « *In fact, though, this central concept of Western political theory [the idea of natural rights] first grew into existence almost imperceptibly in the obscure glosses of the medieval jurists.* ».

<sup>1773</sup> TIERNEY, p. 344.

<sup>1774</sup> Actuel professeur d'histoire du droit médiéval et moderne à l'Université de Bologne.

<sup>1775</sup> PADOVANI, p. 39 ss. Cet auteur montre notamment que Petrus PLACENTINUS (XII<sup>e</sup> siècle) reprend pour lui des textes de PAUL, D. 1, 1, 11 et MARCIEN, D. 1, 1, 12, de même que Jacques DE REVIGNY (XIII<sup>e</sup> siècle) ignore dans sa liste de définition un aspect un tant soit peu subjectif du mot *ius*.

<sup>1776</sup> PADOVANI, p. 44.

<sup>1777</sup> Notre traduction de PADOVANI, p. 45: « [...], *it means that he takes advantage of the whole body of norms that positive law prescribes for that order of juridical relations.* »

<sup>1778</sup> PADOVANI, p. 45 s.

«*Ius habere*» signifie donc avoir le pouvoir de s'appuyer sur les normes pour faire reconnaître une demande individuelle, autrement dit avoir le droit pour soi<sup>1779</sup>. En d'autres termes, l'objet n'est pas tant celui d'un droit subjectif, mais bien plus d'un moyen d'action en justice propre à obtenir gain de cause<sup>1780</sup>. Certes l'on en vient à trouver la description de facultés individuellement attribuées et reconnues juridiquement, mais le raisonnement qui y mène – l'ordre naturel cosmique – se distingue radicalement de celui qui consiste à partir du libre arbitre de l'individu. Or, si cela signifie bien l'attribution d'un droit d'action individuel, cela n'a pourtant rien à voir avec la notion de droit subjectif<sup>1781</sup>.

Un autre argument particulièrement convaincant de PADOVANI sur l'hégémonie d'une approche fondamentalement objective aux premiers siècles du renouveau intellectuel est la réaction de Jean CORAS (XVI<sup>e</sup> siècle) contre cette «*nouvelle interprétation subjective*» du *ius* qui ne correspondrait pas à l'approche traditionnelle<sup>1782</sup>.

En outre, et cela importe particulièrement pour nous, TIERNEY admet qu'il est inutile de chercher plus loin en arrière – c'est-à-dire dans le droit romain – une notion de droit subjectif<sup>1783</sup>. Tout au plus admet-il que certains droits subjectifs soient reconnaissables dans le droit romain, mais ce dernier n'est en aucun cas lui-même structuré autour des droits subjectifs<sup>1784</sup>. De la même façon, DONAHUE – pourtant sévère envers les thèses de VILLEY – admet que l'idée des droits subjectifs telle qu'elle apparaît lors de la controverse sur la pauvreté n'existait pas dans la même mesure avant le XIII<sup>e</sup> siècle et encore moins à l'époque romaine<sup>1785</sup>.

Il y a ainsi tout lieu de croire que le développement d'une approche subjective généralisée suit le développement de la théologie chrétienne qui se centre sur l'individu avec l'aide de certains textes philosophiques antiques, qui ne relèvent toutefois pas du corpus juridique romain.

Par ailleurs, il y a aussi une distinction délicate, mais importante, à faire quant à l'objet du débat. Certains auteurs portent leur intérêt sur les droits innés de l'homme et non

---

<sup>1779</sup> PADOVANI, p. 46 (qui s'appuie notamment sur un passage d'IRNERIUS).

<sup>1780</sup> PADOVANI, p. 46.

<sup>1781</sup> PADOVANI, p. 47.

<sup>1782</sup> PADOVANI, p. 51 s.

<sup>1783</sup> TIERNEY, p. 18.

<sup>1784</sup> Voir SOL, p. 215 s.; TIERNEY, p. 18 («[VILLEY] *was indeed making a valid point all along. Roman jurists did not conceive of the legal order as essentially a structure of individual rights in the manner of some modern ones.*»). Par ailleurs, VILLEY (SOL, p. 212) et d'autres (Voir PADOVANI, p. 38) admettent que l'on puisse rencontrer ponctuellement chez CICERON des ébauches de droits subjectifs ou plutôt de subjectivité, mais que cela ne découle en aucune manière d'une systématique.

<sup>1785</sup> DONAHUE, p. 506.

sur les droits (privés) subjectifs<sup>1786</sup>. De la sorte, TIERNEY et les autres auteurs cherchent dans le XII<sup>e</sup> siècle les fondements des réflexions humanistes menées par Bartolomé DE LAS CASAS, Francisco DE VITORIA et autres – notamment dans le cadre de la célèbre controverse de Valladolid qui a pour objet de déterminer quels sont les droits naturels de tout homme quelle que soit son origine (européenne ou indienne en l'occurrence)<sup>1787</sup>. Sur ce point, RENOUX-ZAGAME explique qu'il en résulte, à la fin de l'Ancien Régime « [...], l'idée que l'homme possède en tant que tel un certain nombre de droits qui sont attachés à la seule nature humaine et existent par conséquent en dehors de toute intervention extérieure, semble prendre valeur d'évidence pour les théoriciens du droit<sup>1788</sup>. » Les droits dont il est question ici sont des droits naturels subjectivement compris, mais non pas des droits privés subjectifs au sens moderne, savoir fondés sur un pouvoir issu de la volonté, de même que justiciable<sup>1789</sup>. Dans les deux catégories néanmoins, le droit subjectif attribué « [...] est rattaché [...] à une nature humaine qui est essentiellement définie par son indépendance à l'égard des lois qui gouvernent le monde physique. Le domaine est alors le moyen qui permet à l'homme d'imposer sa loi à un monde qui lui est étranger, il exprime la liberté essentielle de l'être humain, [...] »<sup>1790</sup>. Cela étant dit, il y a évidemment de forts arguments (philosophiques) depuis la Seconde Guerre mondiale pour considérer que les droits naturels subjectifs sont partie intégrante à la pensée juridique occidentale et non pas, comme VILLEY le pense, une dérive malvenue ultérieure à la pensée chrétienne d'origine<sup>1791</sup>.

#### 4. Synthèse et prise de position

En définitive, ce qui sépare les opinions, n'est pas de savoir à partir de quand l'approche subjective du droit apparaît, mais bien à partir de quand la notion même de droit subjectif apparaît. Les courants doctrinaux tentent en effet de prouver que les droits subjectifs consistent en une déformation de la pensée occidentale classique (VILLEY) ou qu'ils sont présents dès le renouveau des élites intellectuelles (TIER-

---

<sup>1786</sup> TIERNEY distingue lui-même tout au long de ses écrits les *individual rights* et les *natural rights*. Voir, notamment ses intitulés de chapitres.

<sup>1787</sup> TOSI, p. 1094 s.

<sup>1788</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 311.

<sup>1789</sup> D'OCCAM explique d'ailleurs bien qu'il fait une distinction similaire puisqu'il est impératif que la propriété ne soit pas imposée aux franciscains, mais dépende de leur libre volonté. De même, la justiciabilité, c'est-à-dire la sanction protectrice de l'ordre établi, implique la reconnaissance sociale d'une position juridique qui n'est pas inhérente à l'homme. Voir RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 311 (« Le droit de propriété en lui-même est rarement rangé dans la catégorie de ces droits innés, car, pour la plupart des auteurs, il y a besoin d'un fait pour apparaître en tant que droit au sens précis du terme. »).

<sup>1790</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 312.

<sup>1791</sup> Certains s'offusquent grandement (émotionnellement) de l'opinion de VILLEY : TOSI, p. 1099.

NEY)<sup>1792</sup>. Mais dans un cas comme dans l'autre, les droits subjectifs ont un parfum de modernité et de chrétienté.

Nous ne pouvons pas, à notre sens, admettre à la légère l'existence d'une certaine conception du droit avant même que celle-ci n'ait été exposée ou, à défaut, qu'elle ressorte clairement des sources. Or, nous l'avons bien constaté, jamais le mot *ius* ne prend comme sens premier celui de «droit subjectif» avant le XIV<sup>e</sup> siècle. Ce n'est qu'une définition parmi d'autres, difficile donc d'admettre qu'il s'agit de la plus importante et qu'elle préside à l'ordonnement des institutions juridiques.

Aussi, dans la mesure où ses écrits constituent sans doute la première forme pleinement perceptible de subjectivisation du droit (et non pas simplement de «droits subjectifs»), se justifie-t-il pour nous d'avoir accordé une importance particulière à D'OCCAM ; importance qui ne lui revient pas en vertu de sa pertinence historique, mais de la clarté de sa prose (clarté que l'on doit à sa plume, mais aussi à celles, bien plus récentes, qui ont servi à écrire à son propos)<sup>1793</sup>. Car, ce que nous voulons ici mettre en évidence, c'est l'existence (ou l'absence) d'une systématique des droits subjectifs. Sur ce point, il nous paraît clair qu'une telle systématisation théorique n'existe pas avant le XIV<sup>e</sup> siècle. La contribution essentielle des glossateurs dans le progrès de la pensée juridique apparaît donc être limitée à avoir initié l'essor d'un corps professoral s'occupant des matières de la science du droit sur le continent européen<sup>1794</sup>, ce qui offrit – par le brassage d'idées que cela implique – les conditions requises pour une évolution ultérieure de la pensée.

Par voie de conséquence, pour le droit de l'Ancien Régime, l'approche subjective du droit ne joue qu'un rôle minime. Lorsqu'arrivent les glossateurs, la société féodale existe déjà depuis longtemps et il faudra attendre la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle pour la voir disparaître. Ils ne peuvent donc, comme nous l'avons décrit, que tenter de traduire en termes juridiques «romains» les institutions féodales. Cela est rendu par la théorie du double domaine, nous l'avons vu. Mais, ce faisant, il n'y a pas de subjectivisation du système du droit féodal. Une telle approche n'influe pas sur les conceptions juridiques féodales *de lege lata*, elle ne commence à se traduire en droit positif que dans les premières codifications.

Cependant, la subjectivisation apparaît évidemment avant dans les écrits théoriques de la doctrine (ce que nous allons voir tout de suite). Il y a, à ce niveau, bel et bien un

---

<sup>1792</sup> SOL, p. 226: «[...] le droit subjectif en est-il un élément extérieur, une pièce rapportée pour résoudre un conflit historiquement daté, une déformation introduite à la suite du développement d'une théorie philosophique nominaliste, comme le pense VILLEY, ou bien en est-il une partie intégrante, née dans les écoles juridiques lors de la naissance des universités et du renouveau des études juridiques au XII<sup>e</sup> siècle ?» Voir TOSI, p. 1069 et; 1078; SOL, p. 210.

<sup>1793</sup> Dans le même sens, GUZMAN BRITTO, p. 415.

<sup>1794</sup> SOL, p. 213; VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 140 s. et 186.

phénomène général de subjectivisation de la pensée philosophique et juridique qui s'installe ouvertement et définitivement aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. La réforme protestante passant par là, la philosophie humaniste prend ensuite son essor en s'extrayant du cadre que lui impose la religion catholique. Il s'agit alors « *d'influencer la conduite des individus*<sup>1795</sup> », laquelle doit être fondée sur la raison. De là perdure un phénomène général de subjectivisation du droit. L'emphase est mise sur les sujets de droit eux-mêmes. « *Le droit se puise, non dans une technique savante de l'observation de la vie sociale, mais dans la simple raison présente chez tous les hommes cultivés*<sup>1796</sup>. » Il n'y a pas de raison sans volonté. Aussi, la volonté individuelle forme-t-elle le cœur même de l'approche subjective du droit<sup>1797</sup>. La philosophie moderne permet ainsi « [l']*exaltation du rôle de l'homme et de sa raison et de l'invention humaine dans la production du droit [...]*<sup>1798</sup>. » Dès la Renaissance et à l'heure des codifications, l'homme en tant qu'individu « *devient le centre du monde*<sup>1799</sup>. » Le droit positif a ainsi pour vocation de coordonner les divers droits subjectifs afin de rendre la vie en société possible. Si bien que cette pensée, qui imprègne tant la France que les pays germaniques, irradie le continent entier bien avant le Code Napoléon ou l'ABGB autrichien; lesquels de cette matière ne constituent pas une innovation, mais une simple codification, au sens propre du terme.

Ce qui nous amène à comprendre que la controverse qui oppose VILLEY et TIERNEY permet de mettre en évidence la conception différente du droit entre la tradition romano-germanique et le *common law*. Cela est particulièrement important pour comprendre que l'ordre juridique anglais ne s'est pas défait de l'approche objective, faute d'avoir pu véritablement repenser son droit par l'abrogation des sources anciennes lors d'une codification généralisée. Si les systèmes continentaux sont véritablement organisés par les droits subjectifs, le droit anglais se fonde effectivement encore sur des réflexes féodaux que nous avons déjà décrits<sup>1800</sup>.

<sup>1795</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 390.

<sup>1796</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 461.

<sup>1797</sup> DE FELICE, p. 84 et 89. Cela sera exprimé dans sa forme la plus exacerbee au XIX<sup>e</sup> siècle par JHERING, lequel considère l'ordre juridique comme un combat des volontés dans son ouvrage *Der Kampf ums Recht*, p. 1 ss.

<sup>1798</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 181.

<sup>1799</sup> PATAULT, p. 142. Dans le même sens, PADOVANI, p. 52.

<sup>1800</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 41 (« *Generally, common law scholars use the term 'right' more restrictively, in the sense of a legal entitlement set forth by law. This more procedural approach is related to the importance of the concept of remedies in the development of the common law tradition. English courts habitually reasoned in terms of remedies, rather than in terms of legal or subjective rights. The concept of freedom itself was often regarded as a form of latitude accorded by the law, rather than as something originating in the individual.* ») et 91. La dernière phrase ici citée nous donne un élément particulièrement révélateur de l'écart entre le droit anglais et les droits continentaux – nous le verrons, ces derniers se fondent en effet sur la notion de liberté pour établir, dès la Révolution française, la première d'entre-elles : la propriété.

Cette opposition dans les approches des différents ordres est particulièrement importante pour pouvoir arbitrer les situations où deux ordres juridiques se heurtent l'un à l'autre. Tel est le cas lors de la période des codifications en matière de droit transitoire, nous allons le voir dans la présente partie de notre étude, ainsi que, pour ce qui concerne le droit suisse, dans la troisième partie. Également dans cette dernière partie, nous verrons que la même problématique se rencontre également en droit international privé.

## 5. Conséquences de la subjectivisation pour les notions théoriques du droit des biens

§ 1. Quelle que soit son origine exacte, l'hégémonie croissante de l'approche subjective a pour conséquence, d'une part, la laïcisation (constructions raisonnées de systèmes juridiques, et donc de codes modernes, dont les origines remontent à Thomas D'AQUIN<sup>1801</sup>) et, d'autre part, l'individualisme (qui s'oppose à l'époque féodale et à ARISTOTE, que l'on doit à la pensée nominaliste, puis à des auteurs tels que LUTHER, DESCARTES, HOBBS, PUFENDORF et d'autres<sup>1802</sup>). La laïcisation permet de mettre la raison au centre du système juridique<sup>1803</sup>. L'individualisme impose ainsi les droits subjectifs comme élément central du droit<sup>1804</sup>. L'approche nominaliste implique également de considérer la loi comme une « *émanation de la puissance individuelle* », par voie de conséquence cela conduit à vouloir rejeter les autres sources de droit envisageables ; en d'autres termes, c'est la consécration du positivisme juridique<sup>1805, 1806</sup>.

L'une des premières constructions raisonnées d'un système juridique apparaît dans l'œuvre de Hugues DONEAU au XVI<sup>e</sup> siècle, alors qu'il tente de systématiser la confusion des matières inhérente aux compilations de JUSTINIEN<sup>1807</sup>. L'originalité de cet auteur tient au fait qu'il donne, par exemple d'un fragment d'ULPIEN, une interprétation démontrant « *qu'il ne raisonne pas dans le cadre de la justice distributive, comme semblent l'avoir fait les juristes romains et aussi la plupart de ses prédécesseurs. Son propos n'est pas de rechercher ce qu'il convient d'attribuer à chacun sui-*

---

<sup>1801</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 183 s. et 186 s. et 189.

<sup>1802</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 184, 186 et 272.

<sup>1803</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 270.

<sup>1804</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 185. Ainsi, la théorie du contrat social n'est qu'un prolongement de celle des droits subjectifs.

<sup>1805</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 272.

<sup>1806</sup> Poussée à outrance, la reprise de la doctrine philosophique nominaliste par les juristes conduit à de nombreux problèmes. Il faut donc admettre aujourd'hui un compromis avec la doctrine du droit naturel (thomisme) qui permet de tempérer les (trop bien connus) excès du positivisme. Telle est la position de WOLFF ou de l'École du droit naturel moderne. Voir VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 272 s.

<sup>1807</sup> THIREAU, *Fondements de la codification moderne*, p. 82 et 84 ; WAIDER, p. 52 et 63.

*vant des critères objectifs, selon la place qu'il occupe dans la société, mais d'énumérer des droits acquis une fois pour toutes et qui apparaissent en quelque sorte comme des prolongements de la personne, dont l'homme peut se prévaloir de par sa nature*<sup>1808</sup>. » DONEAU nous donne l'une des premières définitions juridiques du droit subjectif<sup>1809</sup> : « *Jus (est) facultas vivendi et faciendi quae velis*<sup>1810</sup>. » Ces droits se définissent comme des pouvoirs ou des facultés de l'individu vis-à-vis des choses externes<sup>1811</sup>.

De là à ce que l'approche subjective s'impose à la science juridique, il y a un pas qui ne sera véritablement franchi que lorsque les codifications offriront la possibilité de véritablement « repenser » le droit : leur influence sera alors extrêmement importante, notamment à l'égard de la notion moderne de propriété, mais aussi pour l'ensemble du droit privé puisque ce dernier constituera la conjugaison parfaite de l'individualisme et du positivisme<sup>1812</sup>.

Dans l'intervalle, quelles sont les implications juridiques d'une approche subjective du droit ? Sans surprise à l'égard de la propriété, cela conduit progressivement à l'affirmation de l'exclusivisme à outrance : maîtrise d'un individu opposable à tous les autres. Le passage de la vision objective du droit à la vision subjective – progressive, voire diffuse – se retrouve chez nombre d'auteurs.

§ 2. Concrètement, en notre matière, le passage d'une approche à l'autre implique de ne plus considérer la propriété pour elle-même, mais directement par le biais de la position juridique du propriétaire. Ainsi, la question « *Qu'est-ce qu'être propriétaire ?* » remplace « *Qu'est-ce que la propriété ?* ». Contrairement aux droits romain ou médiéval qui ne nous donnaient que fortuitement une description des pouvoirs du propriétaire (en particulier par l'analyse d'autres positions juridiques comme celle d'un usufruitier<sup>1813</sup>) pour les distinguer d'autres institutions, l'approche subjective conduit à faire de cette description le souci premier du juriconsulte. Ainsi apparaissent des définitions de plus en plus précises.

En conséquence, DONEAU toujours – avant de nous tourner vers d'autres auteurs – se penche sur les facultés offertes au *dominus* : « *Quare non dubitabimus qui dominii hae uelut partes sint quinque, in quibus hoc ius consistat: ut qui dominus sit rei, idem dominii iure omnes habeat. Prima, ius tenendae & possidendae rei[.] Secunda, licere incolulumem tueri. Tertia utendi fruendiq; ius. Quarta, ius ab eius usu arcendi quoslibet.*

---

<sup>1808</sup> THIREAU, *Fondements de la codification moderne*, p. 87.

<sup>1809</sup> THIREAU, *Fondements de la codification moderne*, p. 88.

<sup>1810</sup> DONEAU repris par THIREAU, *Fondements de la codification moderne*, p. 88.

<sup>1811</sup> THIREAU, *Fondements de la codification moderne*, p. 89.

<sup>1812</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 181 s. et 186.

<sup>1813</sup> Cf. *supra* p. 64.



*Postrema, ius alienandi deminuendive*<sup>1814</sup>.» Pour lui, ces facultés réunies en une somme forment la propriété<sup>1815</sup>. Cette conception de la propriété comme étant la somme des facultés reste encore en phase avec la vision féodale du démembrement des utilités des choses, le *bundle of rights* du droit anglais. Ce qui montre encore le chemin à parcourir vers la modernité.

Les définitions de la propriété ainsi exposées deviennent singulièrement familières aux yeux du juriste actuel. Ainsi, nous l'avions déjà annoncé, BARTOLE donne la première définition abstraite du droit de propriété pris dans un sens subjectif: «*Est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*»/«*Le droit de disposer parfaitement de choses corporelles, à moins que cela ne soit prohibé par la loi*<sup>1816</sup>.» En 1495, DE CASTRO explique que le *dominium* «*est libera potestas disponendi de re in qua quis habet dominium*<sup>1817</sup>.» Puis, HOTMAN expose au XVI<sup>e</sup> siècle: «*Dominium, est ius ac potestas re quapiam tum utendi, tum abutendi, qua tenus iure ciuili permittitur*<sup>1818</sup>.»

Pour sa part, PUFENDORF écrit: «*Pour le Domaine ou la Propriété (car nous n'attachons à ces deux termes qu'une seule & même idée), c'est un droit (1) en vertu duquel le fond & la substance d'une chose appartiennent à quelqu'un de telle sorte, qu'elle n'appartient à aucun autre, du moins entièrement & de la même manière*<sup>1819</sup>.» En des termes presque identiques, DE FERRIERE explique plusieurs siècles plus tard que la propriété «*est le droit de jouir et de disposer à notre volonté de ce qui nous appartient, en tant que la Loi n'y met point d'obstacle*<sup>1820</sup>.» De même, LE MERCIER DE LA RIVIERE rend la définition suivante: «*Je dis propriété exclusive parce que si elle n'étoit pas exclusive elle ne serait pas un droit de propriété [...] Le droit de propriété considéré par rapport au propriétaire, n'est autre chose que le droit de jouir; [...]*<sup>1821</sup>.» Mais, dans les écrits de DOMAT nous percevons un mélange des deux approches, plus fidèle au véritable état du droit avant la Révolution<sup>1822</sup>. POTHIER nous

<sup>1814</sup> DONEAU, livre IX, chapitre IX, p. 426. Voir RANDA, p. 6 et note n° 8 à la même page. Voir aussi THIREAU, *Fondements de la codification*, p. 89.

<sup>1815</sup> RANDA, p. 6 et note n° 8 à la même page.

<sup>1816</sup> BARTOLE, *ad* ULP IEN, D. 41, 2, 17. Voir PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1135; PATAULT, p. 143; COING, *Bartolus*, p. 348 ss.

<sup>1817</sup> DE CASTRO, *ad* JUSTINIEN, C. 4, 19, 4.

<sup>1818</sup> HOTMAN, sous l'entrée «*Dominium*» (sans numérotation). Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 62.

<sup>1819</sup> PUFENDORF, p. 491. Voir PATAULT, p. 143.

<sup>1820</sup> DE FERRIERE, p. 617.

<sup>1821</sup> LE MERCIER DE LA RIVIERE, p. 18 s. et 51. Voir PATAULT, p. 142.

<sup>1822</sup> DOMAT, p. 117 ss et 120. L'auteur expose d'abord dans son ouvrage ses réflexions quant à la codification du droit d'une nation, en prenant notamment appui sur le travail des romains. Puis, il scinde les matières entre «*règles du droit en général, des personnes, & des choses*» dans son livre préliminaire, avant de passer à l'analyse des engagements volontaires, puis du droit des successions, ce qui place la volonté de l'homme au cœur de la distinction.

donne la dernière définition d'autorité avant la fin de l'Ancien Régime et synthétise la notion de la façon suivante : « *On peut définir le droit de propriété, le droit de disposer d'une chose comme bon semble, sans donner atteinte au droit d'autrui, ni aux Loix*<sup>1823</sup>. » Tout cela est déjà très moderne, mais demeure encore purement académique<sup>1824</sup>.

Il en va naturellement de même des premières codifications du XVIII<sup>e</sup> siècle ; codifications germaniques qui nous donnent le dernier état de la doctrine d'outre-Rhin de ce siècle. Le CMBC définit – sous un intitulé latin (« *Dominio vel Proprietate* »), mais en allemand dans le corps de texte – la propriété de la façon suivante : « *Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt mit dem Seinigen nach eignen Belieben frey und ungehindert soweit zu disponiren, als Gesetz und Ordnung zulaßt*<sup>1825</sup>. » De même quelques années plus tard, l'ALR s'exprime en des termes similaires : « *Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechts, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder durch einen Dritten, zu verfügen. [...] Der Eigenthümer ist von dem Gebrauche seiner Sache, so weit es die Gesetze nicht ausdrücklich verordnen, niemanden Rechenschaft zu geben schuldig*<sup>1826</sup>. » et « *Zum vollen Eigenthume gehört das Recht, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, und sich derselben zu begeben. [§. 10.] Das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen, wird Proprietät genannt*<sup>1827</sup>. » Nous voyons clairement exprimé le lien entre la notion de droit et celle de pouvoir-faculté de l'individu.

Le même constat ressort logiquement des autres grands codes civils qui feront l'objet de notre attention. Alors que la saisine tient une place centrale et joue le rôle d'interface entre le sujet de droit et les biens sous l'ancien droit, cette place lui est prise dès les codifications par la figure des droits subjectifs qui régissent désormais la relation sujet-objet. Cela fait écho à la distinction (objective) que BODIN dresse entre la souveraineté (puissance complète et perpétuelle) et les puissances publiques partielles, car dépendantes d'une façon ou d'une autre de quelqu'un d'autre, c'est-à-dire d'un véritable souverain<sup>1828</sup>.

Mais si l'approche subjective se répand, la technique juridique n'est elle pas encore arrêtée. L'on oscille en permanence entre les concepts romains et ceux du droit coutumier. Cela se perçoit déjà par la terminologie, car il n'est pas rare de lire l'expression

---

<sup>1823</sup> POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, n° 100, p. 47. Voir aussi SICARD, p. 19.

<sup>1824</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 36 (« À proprement parler, le droit décrit par Pothier ne s'appliquait nulle part en France, mais il avait vocation à inspirer et à convaincre, par sa clarté, les juristes de toute la France. »).

<sup>1825</sup> CMBC, II, 2, 1.

<sup>1826</sup> ALR, VIII, 1 et 13.

<sup>1827</sup> ALR, VIII, 9.

<sup>1828</sup> BODIN, p. 152 ss.

«*domaine de propriété*» chez les précurseurs (comme BARTOLE), mais aussi chez POTHIER, ou de lire que les deux mots sont synonymes pour PUFENDORF. Cette expression marque aussi la dérive du droit des biens du continent des utilités de la chose vers la chose elle-même (modification que ne connaît pas non plus le droit anglais<sup>1829</sup>). La frontière entre l'approche subjective et l'approche objective est ainsi relativement ténue et nous verrons que contrairement aux vellétés de renouveau, il est bien difficile aux codificateurs de s'abstraire des principes et règles issues d'une approche objective. Nous retrouvons là une question classique que nous avons évoquée en droit romain : le droit de propriété se maintient-il à chaque mutation, qui de la sorte n'entraîne qu'un changement de titulaire, ou au contraire chaque nouvelle titularité emporte-t-elle avec elle la création d'un nouveau droit subjectif identique ? De même, en cas d'abandon du droit (l'on se rappelle le fameux *déguerpissement* mentionné plus haut), celui-ci se maintient-il sans titulaire ou disparaît-il faute de sujet auquel se rattacher ? Si l'approche objective plaide clairement pour la permanence du droit, l'approche subjective va dans la direction opposée<sup>1830</sup>.

Un élément de réponse, posant le curseur entre les deux extrêmes, peut se trouver chez OESTERREICH. Cet auteur explique indirectement que le processus de subjectivisation peut se décrire par adaptation du schéma de GAIUS : «*Eine Vergeistigung und Unterscheidung der Sachenrechte trat infolge der Rezeption ein: das dingliche Recht löste sich von seinem Gegenstand ab und verselbständigte sich*<sup>1831</sup>. » De la sorte, il demeurerait une certaine place pour des principes objectifs. Cependant, comme nous le verrons cette représentation n'est pas en phase avec la codification française ou les codifications pandectistes, dont le Code civil suisse. Elle est par contre apte à décrire des travaux autrichiens, quoique ces derniers souffrent de défauts conceptuels d'importance, comme nous le verrons.

Plus ambivalente est l'exigence inhérente à la saisine, qui impose, comme nous le savons, la permanence d'un titulaire pour des raisons à l'origine pratiques, cependant entrées dans la technique juridique elle-même. Alors qu'avant il s'agissait d'établir la division des choses et d'en distribuer les utilités, dès les codifications, l'on part des droits subjectifs que l'on catégorise pour obtenir une arborescence dont le point de départ est le sujet de droit.

Il est facile de le comprendre, les deux questions posées ici ne peuvent donc recevoir de réponse générale, mais doivent s'examiner par rapport à chaque ordre juridique considéré.

---

<sup>1829</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 27.

<sup>1830</sup> PIOTET, *La perpétuité de la propriété*, p. 21 s.

<sup>1831</sup> OESTERREICH, p. 74.

§ 3. Politiquement, cette émancipation de l'individu s'érige en opposition aux corps sociaux bénéficiant d'un statut juridique avantageux (noblesse, clergé, corporations)<sup>1832</sup> et se traduit concrètement par la fin du servage personnel en Europe occidentale. Pyramides personnelles et réelles commencent à se dissocier.

Si cela se limite à des considérations théoriques et que la pratique ne connaît pas (encore) une évolution aussi radicale<sup>1833</sup>, la subjectivisation du droit n'est donc pas l'œuvre des révolutionnaires ou codificateurs, mais bien du courant humaniste qui les précède et annonce le changement à venir vers un système juridique structuré par les droits subjectifs. Même si le passage des doctrines théologiques à celles philosophiques laïques n'est pas évident, le lien existe bel et bien<sup>1834</sup>. Il ne reste plus au moment des codifications qu'à inscrire l'héritage intellectuel des idées que nous venons de décrire dans le droit positif en procédant à leur codification. Aussi n'est-il pas surprenant de lire les déclarations suivantes de PORTALIS : « *Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses [...] La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel, et elle est appelée droit des gens dans les relations de peuple à peuple*<sup>1835</sup>. » Le même écrit encore quelques pages plus loin : « *L'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété. [...] Le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature, et la manière dont il s'exerce est un accessoire, un développement. Une conséquence du droit lui-même*<sup>1836</sup>. »

De la sorte, la propriété du Code Napoléon et des autres codes, « *[r]omaine parce que construite à partir des textes du Digeste relatifs à la propriété quiritaire, mais qui est bien davantage une création des juristes modernes, sous l'influence de la théologie néoscholastique et des philosophies individualistes, néostoïcienne puis lockienne. Car la définition de la propriété donnée par l'article 544 ne présente rien de nouveau et des formulations largement équivalentes en ont été proposées longtemps avant la Révolution : elle est la résultante du travail de systématisation et de synthèse du droit romain entrepris par les romanistes médiévaux, et surtout des interprétations nouvelles proposées, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle par les humanistes et les jusnaturalistes, dans un sens résolument individualiste, au point de ne considérer comme vraiment légitime*

---

<sup>1832</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 403.

<sup>1833</sup> Comme à l'égard du droit romain : les écrits des juristes ne sont pas garants d'une pratique du droit qui corresponde à la théorie dégagée. En outre, pour une bonne partie des penseurs, les réflexions philosophiques sur le droit naturel ont pour vocation de décrire un idéal abstrait vers lequel il faut que le droit positif tende, sans pour autant qu'il n'y corresponde en faits. Voir aussi POUURET, *Les sources*, p. 69.

<sup>1834</sup> RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques*, p. 311 s.

<sup>1835</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 15.

<sup>1836</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 57.

*que la seule propriété individuelle et d'en faire l'émanation même de la personne du propriétaire, le droit subjectif par excellence*<sup>1837</sup>.»

Nous le constatons déjà, les deux courants philosophiques principaux que nous avons évoqués – thomisme et nominalisme – influencent profondément les enseignements de tous les pays (catholiques ou protestants) jusqu'à la fin de l'Ancien Régime<sup>1838</sup> ; à tel point que VILLEY considère que le positivisme juridique et la place accordée aux droits subjectifs sont les traits spécifiques des ordres juridiques occidentaux<sup>1839</sup>. Nous le pensons également et érigeons ces deux caractéristiques comme distinction fondamentale entre droit des biens continental codifié et les autres systèmes de droit des biens que nous avons décrits dans la première partie de notre étude.

## **B. Considérations générales sur le mécanisme des codifications et leur esprit général**

§ 1. Toutes les problématiques de notre étude prennent leur source aux codifications modernes. La raison en est simple. Unifier, matériellement et formellement, le droit (ou du moins le droit privé) d'une nation dans un texte de loi ne suffit pas à changer l'ordre juridique dans lequel s'inscrit ce texte, tout général qu'il puisse être. Il suffit pour s'en convaincre de tourner notre regard vers la rédaction des coutumes en France<sup>1840</sup> ou vers l'Angleterre actuelle.

Ce dernier pays connaît certes de nombreuses lois adoptées par son parlement, mais n'en demeure pas moins un ordre juridique non codifié. Les règles et principes juridiques nouveaux, qu'ils émanent de lois ou de jurisprudences, ont vocation à compléter l'édifice juridique, voire de remplacer, si cela s'impose, une règle ancienne. Mais quoi qu'il en soit, le cadre juridique reste le même et ce n'est qu'avec le temps que les nouvelles règles par leur importance, leur permanence, leur nombre arrivent à influencer sur les conceptions qui forment l'ordre juridique lui-même. Sur le continent, l'adoption des textes légaux aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles s'accompagne donc d'une caractéristique supplémentaire, qui l'en distingue à la fois des îles britanniques et de la rédaction des coutumes<sup>1841</sup>. Quelle est-elle ?

Encore une fois, s'extraire de pures considérations juridiques est impératif. En effet, quel que soit l'État européen considéré, la codification qui y a lieu coïncide bien souvent avec la formation de celui-ci (ainsi, l'Autriche, l'Allemagne) ou la transformation

---

<sup>1837</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 10.

<sup>1838</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 187.

<sup>1839</sup> VILLEY, *Pensée juridique moderne*, p. 273.

<sup>1840</sup> GAZZANIGA, p. 71 ss ; HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 21.

<sup>1841</sup> Pour une discussion de la rédaction des coutumes et des différences qui les distinguent d'un processus de codification, voir GAZZANIGA, p. 71 ss.

profonde du régime politique qui est le sien (ainsi, la France). À chaque fois, avant d'être l'affaire des juristes, la codification est celle des politiques<sup>1842</sup>. Les tensions sont facilement imaginables.

Un droit nouveau, réformé, uniforme et clair est voulu<sup>1843</sup>. Le code doit user d'un langage bref et aussi simple que possible<sup>1844</sup>. Il faut en outre pouvoir faire obstacle à l'ancien droit. Cela était déjà vrai sous l'Ancien Régime lors de la codification de la procédure civile française en 1667<sup>1845</sup>. Pour y parvenir l'adoption de nouvelles règles ne suffit pas, il faut annihiler les anciennes. C'est une évidence<sup>1846</sup>. La notion de codification présuppose un « effet excluant » (« *Ausschlusswirkung* ») de toute autre source de droit<sup>1847</sup>. Associé à une volonté créatrice, cet effet constitue alors selon nous la caractéristique essentielle qui permet de qualifier un processus comme étant véritablement celui d'une codification. Car, une codification a pour essence de créer un ordre juridique nouveau dont les principes généraux peuvent être indépendants de ceux de l'ancien ordre juridique, grâce à l'exclusion de l'ensemble des précédentes sources du droit. C'est là ce qui distingue les codifications des autres processus de rédaction législative : plutôt qu'une modification des règles applicables, elles impliquent un changement de paradigme impactant l'ensemble des sources du droit pour un domaine donné<sup>1848</sup>. En cela, la maturation des doctrines philosophiques que nous avons décrites s'avère donc déterminante. L'originalité matérielle des règles nouvelles, n'est elle pas déterminante<sup>1849</sup>.

---

<sup>1842</sup> Voir GAZZANIGA, p. 72 et les nombreuses références citées.

<sup>1843</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 51.

<sup>1844</sup> JHERING écrit ainsi que « *der Gesetzgeber soll denken wie ein Philosoph, aber reden wie ein Bauer.* » Voir aussi MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 128 (à propos des codifications française et autrichienne).

<sup>1845</sup> RENOUX-ZAGAME, *Mise en œuvre du Code civil*, p. 24 : « *Conscient que le maintien du lien qui fait de tout droit nouvellement édicté le « complément » du droit ancien, est le fondement des méthodes interprétatives qui assurent au juge monarchique la « part de royauté » qu'il revendique dans sa mission, LAMOIGNON va mettre tout en œuvre pour empêcher qu'il soit rompu.* »

<sup>1846</sup> Il s'agit là d'un procédé admis de longue date et repris par toutes les codifications du droit privé, qu'il s'agisse du droit français (« *Les lois de la Nation [...]* »), autrichien (UNGER, p. 12 s.) ou allemand (ce que prévoit la loi d'introduction du code civil allemand).

<sup>1847</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 109; WIEACKER, p. 475 (« [...], *d.h. der Absicht nach abschließende und erschöpfende Aufzeichnung seiner Materie.* »).

<sup>1848</sup> Ce critère, tel que nous l'explicitons, ne semble pas avoir été mis en exergue de la même manière dans la doctrine française (voir cependant, clairement en notre sens, HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 39 et 51) – même si sur le fond, il ne nous semble pas y avoir de divergence d'opinion. Voir GAZZANIGA, p. 72 et les nombreuses références citées. Par contre, selon TALLON (p. 40), constitue l'une des raisons de la méfiance des juristes anglais et de leur « [...] *hostilité à l'égard de la codification : c'est l'effet abrogatoire de celle-ci, qui fait table rase du passé, à la différence de la [sic] Common Law, qui est un long fleuve tranquille sans rupture.* »

<sup>1849</sup> Une loi « *qui réforme* », comme une loi « *qui reforme* » peuvent ainsi l'une et l'autre constituer une codification, tout dépend de savoir si le processus dans lequel elles s'inscrivent est excluant. Voir GAZZANIGA, p. 73 ; BRAIBANT, p. 61 ss. Tel n'est ainsi pas le cas d'un proces-

Aussi, la loi doit-elle être érigée en tant qu'expression de la souveraineté, de la volonté générale et donc en tant que seule source de droit admissible à l'exclusion de toutes les autres (doctrine, jurisprudence, etc.) : cela inclut bien sûr les anciennes lois, même si aucune règle expresse n'est venue les remplacer<sup>1850</sup>. Un tel bouleversement nécessite la réunion de circonstances propices<sup>1851</sup>.

L'expression de synthèse de ces processus est celle (teintée de reproches) d'«*absolutisme juridique*» popularisée par Paolo GROSSI<sup>1852</sup>. Cet auteur explique si clairement le mécanisme en «clair-obscur» qu'implique les codifications (ici dans le contexte français) que nous nous permettons de le citer *in extenso* : «*Absolutisme juridique : nom et adjectif communs, mais une conjonction peu commune. Si, en fait, on a souvent parlé, et on parle encore, d'absolutisme avec le qualificatif de politique, religieux, culturel, tel n'est pas le cas – à ma connaissance – de juridique. La conjonction apparaît non seulement inhabituelle, mais aussi singulière et peu compréhensible, si l'on considère qu'avec elle j'ai voulu et j'entends souligner un fruit typique de l'époque bourgeoise, de l'époque du libéralisme économique, à laquelle la basse rhétorique des lieux communs de la culture actuelle n'assigne que le visage d'un monde de conquêtes libérales, une époque de liberté, une époque de droits [...] Le tiers-état au pouvoir a le mérite non négligeable d'avoir compris – à la différence du prince de l'Ancien Régime – que toute loi intéresse le détenteur du pouvoir politique et que la première et la plus valable des garanties de ce pouvoir réside dans la monoculture de la production légale. Face à un droit désormais entièrement identifié à la volonté de l'État, nous nous sommes réjouis de sources claires et certaines, claires dans leur lettre, robustement pensées (par exemple, le Code civil), fondées sur des connaissances techniques admirables, et nous n'avons pas suffisamment réfléchi à deux conséquences très graves : le droit ne s'identifie plus qu'au droit officiel et, de ce fait, tend de plus en plus à se formaliser, tandis qu'une frontière solide se dessine entre le territoire du droit et celui des faits ; [...] ; le droit fut arraché à la richesse complexe de la société pour se lier à une culture unique, pour s'appauvrir et s'identifier de façon désagréable à l'expression du pouvoir et à sa classe dirigeante*<sup>1853</sup>.»

---

sus de *consolidation* anglais (savoir, la transposition en un seul *act* de nombreux *statutes* portant sur une même matière, avec effet abrogatoire à leur égard, mais sans effet sur les autres sources du droit), au contraire de la codification autrichienne de 1811, nous le verrons.

<sup>1850</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 401 s.

<sup>1851</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 2 s. Dans le même sens, BRAIBANT, p. 67 s.

<sup>1852</sup> Expression du professeur Paolo GROSSI (1933-) de l'Université de Florence en titre de l'ouvrage compilant ses écrits successifs : *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan 1998. Voir aussi HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 277 s.

<sup>1853</sup> Notre traduction de GROSSI, p. 1 et 3 : «*Assolutismo giuridico : un sostantivo e un aggettivo comuni, ma una congiunzione non comune. Si è infatti parlato e si parla spesso di assolutismo unendovi la qualificazione di politico religioso culturale, ma mai – ch'io sappia – di giuridico. La congiunzione appare non solo inconsueta ma anche singolare e poco comprensibile, se si pone attenzione che con essa io ho inteso e intendo sottolineare un frutto tipico dell'età bor-*

Codification et absolutisme trouvent un autre point commun dans le nécessaire tour de force dont doit être capable l'État qui souhaite unifier son droit. Inversement, le droit est également le premier outil d'influence au service des gouvernants. La première vague de codifications se déroule ainsi uniquement dans des régimes, certes éclairés, mais néanmoins absolutistes et autoritaires<sup>1854</sup>.

Le législateur codificateur – qu'il s'agisse d'une assemblée, d'une commission *ad hoc* ou d'un exécutif – s'offre donc le luxe d'une page blanche sur laquelle il peut projeter sa vision sans contrainte apparente<sup>1855</sup>.

Il lui faut d'abord déterminer le champ qu'il entend couvrir par la législation. Il se rencontre en effet des codes englobant l'ensemble des domaines du droit (ALR), alors que d'autres se concentrent sur le seul droit privé à l'exclusion d'autres domaines<sup>1856</sup>. Or, seuls ces derniers correspondent à de véritables codifications modernes et emportent donc notre intérêt.

La nouveauté est la politique choisie, mais déjà, il fallut faire preuve de pragmatisme et la *Realpolitik* s'impose avant l'heure. Parfois des atténuations pratiques s'avèrent effectivement nécessaires. Elles sont de deux sortes. Il y a d'abord les plus évidentes, celles qui ressortent expressément de la nouvelle législation : les exceptions en faveur du maintien des anciennes règles. C'est la raison même de l'existence d'un droit transitoire, dont le but n'est pas de régir la relation entre une loi nouvelle et des lois anciennes, mais la relation entre la loi et les anciennes sources du droit, entre deux ordres juridiques : le nouveau et l'ancien. Ces règles sont d'essence politique, car ce ne sont pas des motifs proprement juridiques qui les motivent (dans les codifications jus-naturalistes du moins). Certes, il s'agit sans doute de garantir des situations acquises, car la propriété est tout de même affirmée avec force et l'on sait que cela ressort à la

---

*ghese, dell'età del liberalismo economico, cui la bassa retorica dei luoghi comuni della cultura corrente assegna unicamente il volto di un mondo di conquiste libertarie, età di libertà, età di diritti. [...] Il terzo stato al potere ha il merito non secondario di avere intuito – a differenza del Principe di antico regime – che tutto il diritto interessa al detentore del potere politico e che è nel monopolio della produzione giuridica la garanzia prima e più valida per quel potere. Dinanzi a un diritto ormai tutto identificato nella volontà statuale ci si è beati di fonti certe e chiare, limpide nel dettato, robustamente pensate (per esempio, il Code civil), fondate su un ammirevole sapere tecnico, e non si è riflettuto abbastanza su due conseguenze gravissime: il diritto si identificava ormai nel solo diritto ufficiale, e, come tale, tendeva sempre più a formalizzarsi, mentre un confine compatto veniva ad ergersi fra il territorio del diritto e quello dei fatti; [...] il diritto veniva sradicato dalla complessa ricchezza del sociale per legarsi a una sola cultura, impoverirsi e identificarsi sgradevolmente nella espressione del potere e della sua classe detentrica.»*

<sup>1854</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 109; GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 409 («[...] la liberté, l'égalité n'existaient pas sur le territoire de l'Autriche.»).

<sup>1855</sup> HALPERIN (*Codification autrichienne*, p. 283) parle de «*contrôle monopolistique de la création du droit*».

<sup>1856</sup> Voir, notamment, MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 121.



garantie constitutionnelle de la propriété, mais il s'agit surtout d'une question de paix publique. Par ailleurs, l'aménagement d'une exception dans le droit transitoire est sans aucun doute le signe d'une contradiction importante au nouveau droit (rendant impossible tant l'admission de l'ancienne institution que son assimilation à une institution consacrée).

Il existe pourtant également des atténuations qu'il est possible de qualifier de juridiques. Celles que le juriste se doit d'opérer pour pouvoir concevoir, puis appliquer correctement, le nouveau droit. Les notions juridiques utilisées dans un texte ont nécessairement une histoire<sup>1857</sup>. Cela mène à un « *esprit de modération*<sup>1858</sup> » qui se caractérise « *par un compromis entre les traditions juridiques de l'Ancien Régime et la réalisation des idées du Siècle des Lumières*<sup>1859</sup>. » Nous y reviendrons abondamment.

§ 2. Nous venons de décrire le mécanisme. Il nous faut maintenant nous attacher à en comprendre l'esprit général. Les codifications, nous l'avons vu, se fondent sur la longue évolution de la pensée humaniste<sup>1860</sup>. Il existe néanmoins des variations selon le pays et l'époque considérée. D'emblée, il faut distinguer entre les codifications dites jusnaturalistes (France et Autriche) et celles dites de l'École des Pandectes (Allemagne et Suisse).

En France, nous le verrons, la protection des droits innés, ne nécessitant aucune reconnaissance préalable de la part de l'État, est l'un des acquis de la Révolution. Partant de là, il est alors possible de construire un nouvel ordre juridique qui est fondé sur la nature humaine, c'est-à-dire sur la raison. Cependant la raison universelle de l'ancienne doctrine du droit naturel s'avère difficilement transposable concrètement et les élites du XVIII<sup>e</sup> siècle prônent ainsi la tempérance des principes classiques du droit naturel. Aussi, faut-il prendre en compte les différences qui existent entre les peuples et les régions géographiques. À cet égard, MONTESQUIEU exerce une influence décisive sur les rédacteurs de la première vague de codifications. L'on trouve ainsi dans *l'Esprit des lois* une illustration de la nécessité de prendre en compte le contexte social : « *On demanda à Solon si les lois qu'il avoit données aux Athéniens étoient les meilleures : 'Je leur ai donné, répondit-il, les meilleures de celles qu'ils pouvoient souffrir.' Belle parole, qui devrait être entendue de tous les législateurs*<sup>1861</sup>. » De même, MONTESQUIEU préconise-t-il la tempérance dans les évolutions du droit : « *En général, les*

<sup>1857</sup> « *L'ouvrage [le Code Napoléon] serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution absolument nouvelle, et si, [...], on dédaignait de profiter de l'exercice du passé, [...]* » : PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 4.

<sup>1858</sup> MONTESQUIEU, livre XXIX, chapitre I.

<sup>1859</sup> MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 129.

<sup>1860</sup> TERRAT, p. 330 : « [...] *le jour où la Révolution eut aboli les derniers vestiges du régime féodal, cette unité, entrevue et préparée depuis longtemps, peut être facilement réalisée. Elle était la simple conclusion d'un travail de huit siècles.* »

<sup>1861</sup> MONTESQUIEU, livre XIX, chapitre XXI.

*peuples sont très attachés à leurs coutumes ; les leur ôter violemment, c'est les rendre malheureux : il ne faut donc pas les changer, mais les engager à les changer eux-mêmes*<sup>1862</sup>. »

L'influence de ces idées s'étend au-delà des frontières françaises. Le droit naturel sécularisé fondé sur la raison humaine est nommé *Vernunftrecht* en Autriche<sup>1863</sup>. MARTINI et ZEILLER, principaux contributeurs au code autrichien, nous le verrons, sont les plus importants représentants du droit naturel moderne dit « relatif » (sous-entendu relatif aux peuples et à la géographie)<sup>1864</sup>. Faute de changement de régime politique pour imposer les idéaux révolutionnaires, ils doivent composer avec les tenants d'un droit naturel strictement subordonné à l'État monarchique (dont en particulier SONNENFELS qui fut membre de toutes les commissions préparant le code autrichien). Le compromis atteint consiste à reconnaître les droits innés existants entre particuliers dans la codification elle-même, ce qui permet d'en assurer la protection et de les rendre exécutoires, tout en admettant que l'État puisse limiter de manière externe ces droits ; ce contrat social que constitue le code, n'ayant ainsi aucune vocation à s'attacher aux questions de puissance publique que ce soit pour fonder ou régenter l'exercice de cette dernière, ne représente aucune menace pour le pouvoir absolu, mais accorde aux individus une « sphère de liberté qui leur permet [...] de suivre non pas la fin que leur imposait l'État, mais le but que chaque homme était amené à s'assigner par sa seule volonté, ses talents ou ses facultés »<sup>1865</sup><sup>1866</sup>. Il s'agit là d'une reprise par ZEILLER des idées de KANT<sup>1867</sup>.

Alors que les codes français et autrichiens sont contemporains et sont à placer dans la même période historique<sup>1868</sup>, la codification allemande est presque d'un siècle plus jeune. Entretemps s'y est développée l'École historique du droit (*nationalhistorisch-systematische Rechtschule*). Les analyses faites dans ce cadre perpétuent en réalité le mouvement humaniste en le juridicisant au maximum : l'individu et ses attributs demeurent la préoccupation première du droit allemand codifié, nous le verrons au tra-

---

<sup>1862</sup> MONTESQUIEU, livre XIX, chapitre XIV.

<sup>1863</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 104. Voir aussi ZWEIGERT/KOETZ, p. 84 ss (sur l'ensemble) et p. 137 ss (spécialement à propos de l'Autriche).

<sup>1864</sup> « das jüngere relative Naturrecht » : BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 105.

<sup>1865</sup> GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 419. Cette « sphère de liberté » est ainsi protégée de l'arbitraire. C'est ce que ZEILLER rappelle (*Commentar II-1*, n° 5 ad § 364) à propos des limites à la propriété consacrée par l'ABGB : « Diese Beschränkungen der natürlichen Freiheit des Eigentümers sind aber dem Gesetzgeber vorbehalten, und können daher von Richtern oder Obrigkeiten nicht eigenmächtig bestimmt, noch durch willkürliche Auslegungen vermehrt werden. »

<sup>1866</sup> Sur le tout voir la contribution détaillée de GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 407 ss. Voir aussi BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 105.

<sup>1867</sup> GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 408 ; OESTERREICH, p. 126.

<sup>1868</sup> MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 119.

vers de la notion de «droit subjectif». L'approche subjective du droit est en conséquence une constante sur tout le continent.

Nous le voyons déjà, lors de la rédaction de chacun des trois codes, il s'agit de traduire les courants de pensée en termes juridiques et de les introduire dans le droit positif, non de créer de nouvelles philosophies<sup>1869</sup>. Aussi, le mouvement important qui se produit par la codification du droit privé, n'est-il pas – paradoxalement – à rechercher dans la science juridique elle-même. Cette dernière ne change pas, mais s'actualise dans les droits nationaux par «*le prolongement du droit naturel sous la garantie des lois civiles*<sup>1870</sup>» et par la mise en œuvre des théories juridiques préconisées par la doctrine.

§ 3. Quelle que soit la codification considérée, la définition même de ce processus impose au législateur de régler les questions de droit transitoire. Or, les trois codes que nous étudierons ici, consacrent la notion moderne du droit subjectif de propriété exclusive que nous connaissons aujourd'hui. Une inévitable tension existe alors entre les propriétés divisées de l'ancien droit et le nouveau droit éminemment libéral; tension patente que les rédacteurs respectifs tentent de résoudre au mieux sur le plan juridique, avec un bonheur variable. Chaque code nous offre ainsi une méthodologie propre, riche d'enseignements pour notre étude de droit positif. Comme annoncé, la question de l'arbitrage entre conceptions modernes et anciennes du droit des biens doit donc aussi nous occuper dans cette partie de notre étude, en sus de l'étude des nouvelles notions introduites dans l'ordre juridique.

#### **XIV. La Révolution française et le Code Napoléon<sup>1871</sup>**

La période trouble de la Révolution française fut l'occasion d'événements nombreux, d'actes législatifs successifs – et parfois contradictoires –, ainsi que d'une littérature – contemporaine et ultérieure – extrêmement profuse<sup>1872</sup>. L'ensemble de ces sources apparaît de la sorte difficile à synthétiser, tant le risque de déformer l'histoire paraît encore plus grand que pour les époques précédentes, moins troublées. Nous ne pouvons néanmoins pas tout traiter ici. Par simplification, nous sommes ainsi parti de la prémisses que le lecteur francophone est déjà familiarisé avec l'essentiel des événements

<sup>1869</sup> GILARDEAU, *Der Einfluss des Gedankengutes Kants*, p. 126.

<sup>1870</sup> GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 408.

<sup>1871</sup> Dans la mesure où le Code Napoléon termine un effort de codification commencé sous la Révolution, il est naturel de considérer les années 1789 à 1804 d'un seul tenant. BRAIBANT, p. 62.

<sup>1872</sup> Même le droit intermédiaire, longtemps délaissé, suscite désormais l'intérêt des juristes depuis les travaux de GARAUD dans les années 1950 et le bicentenaire de la Révolution. Voir BEAUD, p. 4.

révolutionnaires, ce qui nous permet de limiter l'analyse à des considérations avant tout juridiques, rappelant ci et là brièvement le contexte socio-politique, toujours important.

Cela n'ôte toutefois pas encore à l'époque toute sa complexité, qui est à la hauteur des enjeux d'alors. Trois corps de législations s'étalant de 1789 à 1804 (le législateur ne chôme pas) emportent notre intérêt. D'abord, il y a les déclarations ressortant au droit intermédiaire<sup>1873</sup> qui s'attachent à gérer le passé féodal (*A*); lesquelles sont particulièrement intéressantes puisqu'elles ont pour vocation de poser les principes applicables au passage de l'ancien droit vers le nouveau. Ensuite, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pose, avec grandiloquence, les bases d'un droit constitutionnel moderne (encore embryonnaire) et surtout le piédestal de la propriété exclusive (*B*). Aussi, le sort qu'il faut réserver aux communaux embarrasse-t-il les législateurs qui peinent à prendre une position franche face à ces institutions, qui ne sont certes pas féodales, mais qui incarnent néanmoins une négation de la propriété moderne (*C*). Enfin, le texte le plus important pour notre analyse – qui est également le plus connu – est naturellement le Code Napoléon (*D*). Ce texte consacre l'archétype moderne du droit de propriété exclusive en droit privé (*E*), notamment grâce à l'immense influence postérieure des travaux législatifs français dans les autres ordres juridiques du continent européen<sup>1874</sup>.

## **A. Les Déclarations relatives à la féodalité du 4 août 1789 au 17 juillet 1793 : la gestion du passé**

§ 1. Lors de la Révolution française, l'objectif premier poursuivi par les divers corps législatifs successifs – dont les éléments réformateurs sont issus, rappelons-le, non pas de la classe paysanne, mais de la bourgeoisie et même de la noblesse<sup>1875</sup> – n'est pas celui de faire disparaître l'édifice féodal qui enserre le droit privé. Leurs préoccupations sont avant tout d'ordre politique et constitutionnel<sup>1876</sup>: il s'agit de parachever la lente transformation de l'appareil étatique et judiciaire, qui, déjà largement perfectionné par le renforcement de l'autorité royale<sup>1877</sup>, se dirige résolument vers la modernité, comme nous l'avons vu précédemment.

---

<sup>1873</sup> Cette terminologie (débattue) désigne, selon l'usage encore admis, le droit adopté pendant la période de la Révolution française jusqu'à l'avènement du Consulat, soit les années 1789 à 1799. Voir BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 386.

<sup>1874</sup> Voir, à ce propos, ZWEIGERT/HOETZ, p. 96 ss, spécialement p. 101 s. (à propos de l'Allemagne et de la Suisse) et 102 s. (à propos de l'Italie, qui à son tour influencera les codifications cantonales suisses).

<sup>1875</sup> AULARD, p. 82 s.; DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires*, p. 172.

<sup>1876</sup> AULARD, p. 77.

<sup>1877</sup> GALLET, p. 64 et 70.

Or, si l'ordre constitutionnel est profondément modifié, au plan du droit privé, l'ambition des parlementaires est, au contraire, de sauver ce qui peut l'être encore<sup>1878</sup>, tout en mettant un terme aux révoltes paysannes qui parcourent la France entière<sup>1879</sup>. Mais, même au plan civil, il faut bien le reconnaître, la féodalité n'était plus en phase avec la société depuis le XVII<sup>e</sup> siècle au moins<sup>1880</sup>. En 1789, le fief n'étant plus qu'une « ombre de seigneurie<sup>1881</sup> », le système est voué à être réformé en profondeur et à disparaître finalement complètement. Les législations successivement adoptées suivent, bon gré mal gré, ce schéma graduel.

Ainsi, le très célèbre Décret de l'Assemblée nationale constituante de la nuit du 4 août 1789<sup>1882</sup> baisse-t-il le rideau sur la société féodale, mais pas encore sur celui des institutions civiles de droit féodal<sup>1883</sup> : « L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal<sup>1884</sup>. » Il faut encore presque quatre années conflictuelles pour y parvenir entièrement<sup>1885</sup>. Qualifier le principe adopté pour ce faire de *tabula rasa* n'est pourtant pas un euphémisme<sup>1886</sup>. Un contemporain opta même pour la formule de « Saint-Barthélemy des propriétés<sup>1887</sup> ». Mais la coupure nette avec le passé est d'abord politique et symbolique – les institutions juridiques féodales n'étant que modifiées et non abolies – avant de devenir, progressivement, juridique par Décret de la Convention montagnarde du 17 juillet 1793<sup>1888</sup>.

<sup>1878</sup> Voir le projet de déclaration de l'Assemblée nationale proposé par TARGET, rapporté par AULARD, p. 78 s.

<sup>1879</sup> AULARD, p. 77 s. En ce sens le décret du 11 décembre 1789 défend « a toutes communautés d'habitants, sous prétexte de propriété, d'usurpation et tout autre quelconque, de se mettre en possession en voie de fait d'aucun des bois, pâturages, terres vagues et vaines, dont elle n'auraient point eu la possession réelle au 4 août 1789, sauf aux dites communautés a se pourvoir par les voies de droit [...] ». Voir, à ce propos, BOURJOL, p. 94.

<sup>1880</sup> GALLET, p. 64.

<sup>1881</sup> GALLET, p. 81.

<sup>1882</sup> Le lecteur qui souhaiterait consulter les textes législatifs mentionnés peut se reporter soit à la *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil-d'État*, Paris 1824-1938 (qui collationne l'ensemble de la législation française depuis l'année 1788 jusqu'à l'année 1938), soit aux *Archives parlementaires de 1787 à 1860*.

<sup>1883</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 386.

<sup>1884</sup> Article premier du Décret de l'Assemblée nationale du 4 août 1789 *ab initio*.

<sup>1885</sup> BART, p. 410.

<sup>1886</sup> Ce qui n'est que promulgué à l'été 1789 est appliqué à outrance quatre ans plus tard : tout titre lié à un droit supprimé est brûlé en place publique et une peine pénale menace les dépositaires récalcitrants (art. 6 et 7 du Décret du 17 juillet 1793). De même, tout signe de féodalité doit disparaître des bâtiments ; les bancs seigneuriaux d'église sont bien souvent brûlés et les girouettes démontées.

<sup>1887</sup> RIVAROL, rapporté par AULARD, p. 98.

<sup>1888</sup> CLERE (n° 1 ss) donne un bref aperçu chronologique de tout le processus.

Au 4 août 1789 donc, toutes les institutions de l’Ancien Régime ne disparaissent pas. Seule la peur des violences populaires<sup>1889</sup> pousse les parlementaires<sup>1890</sup> à faire une déclaration politiquement forte, mais juridiquement très faible<sup>1891</sup>. Guy-Jean-Baptiste TARGET, membre de la Constituante, résume le principe qui préside à la solution de compromis choisie de la manière suivante : « *les propriétés dont l’exercice est nuisible au corps politique ne peuvent être enlevées que par un remboursement au moins égal à leur valeur*<sup>1892</sup>. » Fondamentalement, une distinction est faite entre les droits abolis – savoir ceux considérés comme purement féodaux et qui, en outre, n’ont pas grand rapport avec le droit des biens, mais touchent plutôt à la personnalité<sup>1893</sup> – et les droits rachetables (art. 1<sup>er</sup> et 6)<sup>1894</sup>. Ces derniers sont ceux qu’il nous faut considérer, car ils regroupent les institutions qui ont été l’objet de notre étude jusqu’à présent. Il s’agit en effet des droits dont bénéficient les seigneurs en raison de leur propriété éminente – laquelle ne peut disparaître sans rachat puisqu’elle est de même nature que la propriété utile<sup>1895</sup>. C’est le Décret du 15 mars 1790 qui précise ce qu’il faut inclure dans la catégorie des droits rachetables : savoir les droits dits utiles qui représentent la contrepartie – ponctuelle (droits casuels) ou périodique (redevances) – de la concession d’un

---

<sup>1889</sup> AULARD, p. 83 : « [...] il valait mieux offrir de bonne grâce ce qu’on allait leur [les privilégiés] prendre de force. » Dans le même sens, BOURJOL, p. 93 s. (qui explique que la paysannerie n’avait alors « d’autre but que de rétablir les communautés dans leurs droits »).

<sup>1890</sup> Les trois (nobles) noms à retenir sont ceux du vicomte DE NOAILLES, du duc D’AIGUILLON et de M. DE MONTMORENCY. Voir AULARD, p. 82 ss; CHATEAUBRIAND, *Mémoires*, p. 172 s.

<sup>1891</sup> CHAMOREL (p. 44 s.) l’exprime ainsi : « Dans la nuit du 4 août, la noblesse et le clergé, sous le coup de l’enthousiasme, et portés par l’esprit de sacrifice, firent abandon de tous leurs privilèges; mais le lendemain, à la réflexion, les députés de ces deux ordres redevinrent pratiques et réalistes, et l’on suggère l’idée du rachat; l’idée eut naturellement du succès, et les discussions s’engagèrent sur les modalités de ce rachat. » Voir, dans le même sens, BOURJOL, p. 94.

<sup>1892</sup> TARGET cité par CLERE, n° 17. Plus d’un demi-siècle après les événements que nous relatons ici, DE TOCQUEVILLE (p. 30) met lui aussi l’accent sur l’importance avant tout politique de la Révolution : « [...] cette révolution n’a eu pour effet que d’abolir ces institutions politiques qui, pendant plusieurs siècles, avaient régné sans partage chez la plupart des peuples européens, et que l’on désigne d’ordinaire sous le nom d’institutions féodales, pour y substituer un ordre social et politique plus uniforme et plus simple, qui avait l’égalité des conditions pour base. »

<sup>1893</sup> CLERE, n° 21 ss.

<sup>1894</sup> Le texte de l’article premier du Décret de l’Assemblée nationale du 4 août 1789 l’exprime ainsi : « [...] [L’Assemblée nationale] décrète que, dans les droits et les devoirs tant féodaux que censuels, ceux qui tiennent à la main-morte réelle ou personnelle, et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentent, sont abolis sans indemnité; et tous les autres sont déclarés rachetables, et le prix et le mode de rachat seront fixés par l’Assemblée nationale. Ceux desdits droits qui ne sont points supprimés par ce décret continueront néanmoins d’être perçus jusqu’au remboursement. »

<sup>1895</sup> PATAULT, p. 164.

fonds (art. 1<sup>er</sup> et 2 du titre III<sup>1896</sup>). Nous les avons rencontrés sous les noms de cens, droit de quint, etc.<sup>1897</sup>.

La formule utilisée par WHITMAN est sans doute la plus apte à résumer le mouvement législatif ainsi créé: «*les seigneurs descendent au rang de simples créanciers*<sup>1898</sup>.» Mais, quoique séduisante, cette formule ne synthétise pas le réel état des faits. Car, malgré la précision des textes, la distinction restera impraticable<sup>1899</sup>. Sans compter que les modalités et conditions des rachats limitent considérablement leur mise en œuvre<sup>1900</sup>. De plus, hormis cette possibilité (théorique ?<sup>1901</sup>) de rachat, la volonté politique d'assurer l'effectivité du paiement des droits maintenus demeure très forte<sup>1902</sup>.

Malgré ce premier mouvement, le manque de corrélation entre les souhaits des paysans et les changements juridiques opérés *a minima*<sup>1903</sup> ne tarissent que partiellement les violences et conduisent à l'adoption de législations supplémentaires<sup>1904</sup>. Par le Décret du 18 juin 1792, les droits féodaux précédemment rachetables sont supprimés sans indemnité, exception faite des droits dont il est fait preuve du caractère de contrepartie du prix de la concession du fonds grevé (art. 1<sup>er</sup>). La chose est confirmée en détail par le Décret du 25 août 1792 (art. 5)<sup>1905</sup>. Seules les redevances conclues entre particuliers («*non seigneurs ni possesseurs de fief*») sont soustraites à l'application de ces décrets (art. 17).

Puis, finalement, le Décret du 17 juillet 1793 supprime sans indemnité – et sans distinction d'aucune sorte – toutes les redevances issues des rapports féodaux (art. 1<sup>er</sup>),

<sup>1896</sup> CLERE, n° 21 et 29.

<sup>1897</sup> Plus tard, la doctrine distinguera la féodalité contractante de la féodalité dominante: PATAULT, p. 164; LAFERRIERE, tome 2, p. 112 («*La distinction si rationnelle, introduite à l'égard des personnes, entre la féodalité dominante et la féodalité contractante, fut également appliquée à la propriété foncière.*»).

<sup>1898</sup> WHITMAN, p. 19 (Titre de la contribution).

<sup>1899</sup> PATAULT, p. 164.

<sup>1900</sup> CLERE, n° 35; KRIESER, p. 251.

<sup>1901</sup> BART, p. 411 ss. Par ailleurs, la question de l'effectivité du paiement des droits maintenus en cette période est rendue difficile par la destruction généralisée des archives de l'époque.

<sup>1902</sup> AULARD, p. 151 ss. Sans compter que le roi LOUIS XVI refuse d'abord sa sanction au texte législatif: «[...] *Alors il n'y aurait plus en France ni monarchie ni monarque.*» La sanction royale sera finalement donnée le 3 novembre 1789. Voir AULARD p. 95 et 104 s.

<sup>1903</sup> KRIESER (p. 251) montre l'action législative a contrario de l'assemblée: «*On notera la contradiction à l'intérieur de la politique <antiféodale> pratiquée par les Constituants: le 'régime féodal' déclaré <entièrement détruit> y est concomitant au maintien des <droits féodaux et censuels, ensemble toutes les rentes, redevances et autres droits qui sont rachetables par leur nature ou par l'effet des décrets du 4 août 1789 et jours suivants.>*» Dans le même sens, BART, p. 411.

<sup>1904</sup> PATAULT, p. 164 s.

<sup>1905</sup> CLERE, n° 49.

c'est-à-dire «*toute redevance ou rente entachée originellement de la plus légère marque de féodalité [...] quelle que soit sa dénomination, quand même elle aurait été déclarée rachetable par les lois antérieures, et qu'ainsi il ne peut y avoir de conservées que les rentes convenancières qui ont été créées originellement, sans aucun mélange ni signe de féodalité*<sup>1906</sup>.» Les «*rentes ou prestations purement foncières et non féodales*» sont seules maintenues, mais deviennent en tous les cas rachetables. Propriété éminente et propriété utile ne sont plus dissociées : une seule propriété existe<sup>1907</sup> ; le Code Napoléon viendra parachever ce changement de paradigme. *Acta est fabula!*

§ 2. Ne sont donc finalement maintenues que les institutions qui sont politiquement compatibles avec les concepts révolutionnaires<sup>1908</sup>, savoir les divers démembrements de la propriété et les institutions analogues dans leurs buts économiques, tels que les différents types de baux. Ce qui sera confirmé par la suite dans le Code Napoléon<sup>1909</sup>.

La distinction définitive paraît nette. Si elle l'est en théorie, la société civile et la pratique judiciaire n'ont pas encore assimilé les nouveaux principes<sup>1910</sup>. Ce qui ne peut leur être reproché en raison de l'extrême rigueur qu'entraînerait le brusque passage à l'exclusivisme pour des situations non entachées de féodalité, mais qui dans les faits correspondent à des propriétés divisées.

§ 3. Aussi, si la compatibilité politique du droit des biens est sauvegardée, sa compatibilité juridique ne l'est pas encore. L'exemple le plus emblématique à cet égard est sans doute celui des baux à long terme «*purement fonciers*» (ceux entachés de féodalité ayant été annihilés<sup>1911</sup>). Nous nous souvenons, ils constituent également un exemple de propriété divisée : propriété utile perpétuelle ou de très longue durée au locataire à charge de rentes en faveur de la propriété éminente du bailleur<sup>1912</sup>. Or, il est difficile de concilier ces baux avec la nouvelle propriété privée. Un autre feuillet législatif parallèle au précédant emporte ainsi notre intérêt. L'article 6 du décret des 4-11 août 1789 porte la première atteinte à la propriété éminente du bailleur : le rachat des rentes perpétuelles est permis *ex lege*<sup>1913</sup>. Puis, un autre décret du 18 décembre 1790 ramène à son article 1<sup>er</sup> à quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies la durée maxi-

---

<sup>1906</sup> Décret du 18 mai 1794.

<sup>1907</sup> PATAULT, p. 165 ; BART, p. 413.

<sup>1908</sup> «*Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : [...]*» : PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 20.

<sup>1909</sup> Voir les art. 1708 ss du Code Napoléon sur le contrat de louage. Voir TERRAT, p. 331.

<sup>1910</sup> PATAULT, p. 243.

<sup>1911</sup> En pratique les procès dureront encore longtemps : PATAULT, p. 169.

<sup>1912</sup> PATAULT, p. 74 s. et 167 s.

<sup>1913</sup> «*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, domanistes, apanagistes, ordre de Malte, seront rachetables. [...]*» Confirmé avec les mêmes mots à l'article 1<sup>er</sup> du décret du 18 décembre 1790.



male d'un bail<sup>1914</sup>. La rente foncière est formellement encore qualifiée d'immeuble, mais ne peut plus être l'objet d'une hypothèque dès le 1<sup>er</sup> novembre 1798<sup>1915</sup>. Les particularités des diverses formes de baux offrent un aperçu plus précis de leur évolution. Ainsi le bail à domaine congéable de Bretagne<sup>1916</sup> est-il d'abord aussi nettement que possible distingué des « *droits féodaux supprimés sans indemnité*<sup>1917</sup> » dans un décret de 1791, avant d'être déclaré « *aboli*<sup>1918</sup> » en 1792. Cela a pour effet non pas de supprimer les rentes mais de les rendre rachetables et d'attribuer la pleine propriété des terres aux ci-devant domaniers<sup>1919</sup>. Toutefois, ce dernier décret est à son tour abrogé en 1797<sup>1920</sup> et l'on en revient à celui de 1791 – autrement dit, les baux à domaines congéables revivent en la forme qu'ils revêtaient sous l'Ancien Régime (pour autant qu'il n'y ait pas eu de rachat dans l'intervalle<sup>1921</sup>). Dans le Code Napoléon, la rente sera toujours susceptible de rachat au plus tard après avoir duré trente ans (art. 530 CN) et qualifiée de meuble (art. 529 CN)<sup>1922</sup>. Par ailleurs, alors que sous l'Ancien Régime un bail de plus de neuf ans déjà suffisait à accorder des actions possessoires et pétitoires<sup>1923</sup>, après la Révolution, plus aucun effet réel ne sera admis<sup>1924, 1925</sup>.

Aussi, des institutions – baux, communaux, etc. – survivent-elles : d'abord, sans tentative d'assimilation aux principes individualistes, puis, l'on y procédera tout de même tant bien que mal<sup>1926</sup>. Aussi, dans un premier temps, ces vieilles institutions maintenues sont-elles considérées comme « *une catégorie particulière de droits réels autonomes*<sup>1927</sup> », ainsi que le fruit de la liberté des conventions – autre incarnation juridique de l'individualisme. Une situation juridique analogue se rencontre pour les

<sup>1914</sup> « *Il est défendu de plus, à l'avenir, de 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 99 ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois.* » Voir aussi PATAULT, p. 169.

<sup>1915</sup> Art. 7 de la loi du 11 brumaire an VII (1<sup>er</sup> novembre 1798).

<sup>1916</sup> Voir PATAULT, p. 76.

<sup>1917</sup> Article 2 du décret du 7 juin 1791.

<sup>1918</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret du 27 août 1792.

<sup>1919</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret du 27 août 1792. Voir aussi PATAULT, p. 170.

<sup>1920</sup> Décret du 30 octobre 1797 (9 brumaire an VI)

<sup>1921</sup> Cette question n'est tranchée par la Cour de cassation que le 16 juillet 1828 (DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements. Tome dixième*, note n° 2 de la p. 89), cependant que l'affirmation de l'exécutabilité des rentes échues entre les deux décrets l'est le 3 août 1812 déjà.

<sup>1922</sup> PATAULT, p. 170.

<sup>1923</sup> PATAULT, p. 168 ; LOYSEAU, *Des rentes*, p. 16 ; POTHIER, *Traité du contrat de louage*, p. 6.

<sup>1924</sup> PATAULT, p. 171.

<sup>1925</sup> Quoique le bail reste opposable à un nouveau propriétaire malgré sa relativité tant en droit français (art. 1743 CN) qu'en droit suisse (art. 261 CC). Voir aussi PATAULT, p. 171 s.

<sup>1926</sup> PATAULT, p. 243.

<sup>1927</sup> PATAULT, p. 250.

fidéicommiss de famille<sup>1928</sup>. Cette dernière institution a une place cependant bien moins notable en France qu'en Autriche, si bien que nous y reviendrons lors de l'étude du code de ce dernier pays<sup>1929</sup>. Notons simplement qu'il s'agit, en droit français, d'une entorse supplémentaire au principe de la propriété subjective et exclusive<sup>1930</sup>.

Mais cette liberté des conventions est dangereuse pour l'intégrité du principe d'exclusivité de la propriété. À laisser faire, il y a le risque de voir le *ius disponendi* – principe cardinal du nouveau droit des biens<sup>1931</sup> – repasser à l'arrière-plan par la résurgence de nombreux droits absolus sur un même objet<sup>1932</sup>. Aussi, les droits réels doivent-ils être soumis à un *numerus clausus* régi par la loi<sup>1933</sup>. En dehors de ce qu'elle prévoit aucun autre droit de ce type ne doit pouvoir exister<sup>1934</sup>. L'individu règne au centre du système, mais ne le gouverne pas : l'organisation du droit des biens lui échappe<sup>1935</sup>. L'antagonisme à la féodalité rend cette règle d'ordre public.

Néanmoins, il faut attendre encore de longues années pour que le principe du *numerus clausus* devienne effectif<sup>1936</sup>. Il faut en effet plusieurs décennies pour fixer dans la doctrine les institutions du nouveau droit des biens<sup>1937</sup>.

§ 4. Pour les institutions survivantes, la mise en place d'un *numerus clausus* – ou plus exactement dans le contexte historique l'exclusion de nombre de manifestations réelles – conduit à la nécessaire existence d'un droit transitoire. Or, la tolérance politique ne signifie pas que les institutions soient juridiquement en phase avec le nouveau droit – en particulier celui du Code Napoléon que nous allons analyser plus loin. Au contraire, étant donné le changement de paradigme, il paraît *a priori* que les bases théoriques ne sont plus les mêmes. L'interdépendance et la solidarité ne s'allient que peu avec la valeur première de la nouvelle société (industrielle) qui s'ouvre alors : l'individualisme. La question de la possibilité d'une assimilation se pose.

---

<sup>1928</sup> AUBRY/RAU, p. 415 s.; ZACHARIAE, *Handbuch 1837*, p. 442. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 85.

<sup>1929</sup> Cf. *infra* p. 353 ss (fidéicommiss en droit autrichien).

<sup>1930</sup> Entorse d'autant plus surprenante qu'elle s'inscrit dans l'une des premières nouvelles du Code Napoléon : ZACHARIAE, *Handbuch 1837*, p. 22.

<sup>1931</sup> PATAULT, p. 172.

<sup>1932</sup> PATAULT, p. 250.

<sup>1933</sup> Une première manifestation du principe de *numerus clausus* apparaît le 28 septembre 1791 dans l'art. 1<sup>er</sup> de la loi concernant les biens et usages ruraux de la police rurale : «*Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent : ainsi toute propriété territoriale ne peut être sujète envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi ; [...]*»

<sup>1934</sup> PATAULT, p. 252.

<sup>1935</sup> PATAULT, p. 250 et 252.

<sup>1936</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 87 s.

<sup>1937</sup> PATAULT, p. 243.

## B. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou la consécration formelle de l'individualisme

§ 1. Alors que l'on s'évertue à démanteler toutes les pièces de l'édifice féodal, en parallèle l'on construit les fondations libérales de la nouvelle société en formation. Les valeurs nouvelles sont ainsi projetées dans le premier texte symbolique et fondateur: la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen adoptée entre les 20 et 26 août 1789<sup>1938</sup>, quelques jours après l'anéantissement grandiloquent de l'édifice féodal, par l'Assemblée nationale constituante. Ce texte comprend à son article 17 la déclaration suivante: «*les propriétés*<sup>1939</sup> *étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*<sup>1940</sup>.»

Apparemment, par cette formule les constituants n'entendent pas créer un nouveau droit, mais bien «*déclarer*» un droit inné et imprescriptible inscrit dans le droit naturel et préexistant au droit positif<sup>1941</sup>. La propriété – à l'instar des autres libertés inscrites dans la Déclaration – apparaît effectivement exposée en tant que droit naturel de l'homme<sup>1942</sup>. Mais, les apparences sont trompeuses. WACHSMANN explique: «*On serait donc tenté d'analyser la Déclaration comme consacrant sinon une inféodation pure et simple du droit positif au droit naturel, du moins un renvoi du droit positif au droit naturel. Or, c'est tout le contraire: la Déclaration est bien constitutive et la référence au droit naturel sert simplement à légitimer l'ordre juridique auquel elle donne naissance*<sup>1943</sup>.» L'ancrage de droit naturel ne serait donc que «*purement idéologique*» et choisi à des fins politiques de légitimation du nouveau régime. Dans ces circonstances, les droits naturels ne s'imposeraient pas à l'État: l'action de ce dernier n'y étant ainsi pas subordonnée, il devient libre d'agir à leur rencontre et de limiter leur

<sup>1938</sup> L'héritage constitutionnel de ce texte a été abordé dans un autre chapitre au début de notre étude, auquel nous renvoyons. Cf. *supra* p. 10 ss.

<sup>1939</sup> Le 8 août 1791, le pluriel fut retiré. Ce dernier reflétait-il une erreur de plume – comme l'indiquent les travaux parlementaires – ou une volonté de protéger les droits féodaux non encore abolis en 1789? SUEL (p. 1295 ss) conclut de façon convaincante pour la seconde interprétation. MORANGE (p. 103) se range également à cette opinion.

<sup>1940</sup> Cette disposition fut par la suite confirmée au titre premier de la constitution du 3 septembre 1791, aux art. 16 et 19 de la constitution du 24 juin 1793, à l'art. 5 de la Déclaration de l'an III et dans la proclamation des consuls de la République du 24 frimaire an VIII (15 décembre 1799). Voir MORANGE, p. 106.

<sup>1941</sup> Cela ressort de l'art. 2 de la Déclaration (et des textes ultérieurs précités): «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.*» Voir, déjà, TROPLONG, p. 122. Voir aussi BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 398; MORANGE, p. 102 ss; TERRE, p. 33.

<sup>1942</sup> TERRE, p. 48. Ce qui paraît une telle évidence aux élites allemandes que la déclaration y est reçue avec indifférence: RENAUT, p. 143 ss.

<sup>1943</sup> WACHSMANN, p. 17.

garantie<sup>1944</sup>. Cette interprétation est sans doute plus proche de la réalité du pouvoir – en particulier si l'on considère la succession de régimes politiques autoritaires que connaît la France au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle.

La discussion entre tenants des théories naturaliste et volontariste furent intenses. Pour nous, la prévalence d'une vision ou d'une autre a son importance dans la perspective de l'admission – ou du rejet – d'une propriété éminente de l'État sur le patrimoine des particuliers. La question générale ainsi ramenée à cette problématique juridique particulière consiste à s'interroger sur l'origine de la propriété.

Comme nous l'avons déjà vu, cette question fut d'abord celle des élites ecclésiastiques, «droit-devoir», avant d'être progressivement sécularisé au sein de l'École du droit naturel moderne (droit-liberté fondé sur le travail<sup>1945</sup>)<sup>1946</sup>. Avant la Déclaration, les opinions sont variées. LOCKE, puis TURGOT, prennent position en faveur de la thèse jusnaturaliste<sup>1947</sup>. GROTIUS et PUFENDORF sont favorables à la thèse volontariste<sup>1948</sup>. La pensée de ROUSSEAU s'érige en synthèse des deux courants<sup>1949</sup>. Les tenants de la thèse volontariste sont effectivement bien représentés dans les premières années de la Révolution. MIRABEAU explique que «*la loi seule constitue la propriété*<sup>1950</sup>»; opinion secondée par TRONCHET<sup>1951</sup>. ROBESPIERRE s'exprime fermement pour la prévalence de l'État sur la liberté individuelle<sup>1952</sup>. À la même époque, l'abbé MAURY défend néanmoins l'opinion contraire: «*[...] le domaine de l'homme sur la matière ne repose pas sur une convention, [...] la propriété n'est autre chose que le rapport des choses et des personnes*<sup>1953</sup>.» Cette dernière opinion s'imposera finalement: la propriété tire bien son fondement dans le droit naturel et ne dépend pas de l'État; il s'agit d'une véritable liberté<sup>1954</sup>. L'opinion volontariste exprimée, plus tard, par NAPOLEON<sup>1955</sup>, ainsi que l'ouvrage de

---

<sup>1944</sup> WACHSMANN, p. 19 s.

<sup>1945</sup> TROPLONG, p. 17.

<sup>1946</sup> RENOUX-ZAGAME, 1985, p. 27 ss et 30 s.

<sup>1947</sup> LOCKE, p. 107 («*[...] et il acquiert une propriété légitime au regard de tout ce qui est un effet et une production de son travail: tout ce à quoi il applique ses soins et son industrie, pour le tirer hors de l'état où la nature l'a mis, devient, sans difficulté, son bien propre.*»). Voir MORANGE, p. 104.

<sup>1948</sup> TERRE, p. 47 s.

<sup>1949</sup> TERRE, p. 48.

<sup>1950</sup> TROPLONG, p. 113.

<sup>1951</sup> TROPLONG, p. 114.

<sup>1952</sup> TROPLONG (p. 117) résume la pensée de ROBESPIERRE ainsi: «*Le propriétaire est donc réduit à une jouissance, et cette jouissance est limitée à la part que la loi consent à lui garantir. Au-dessus du propriétaire s'élève un droit suprême. [...] C'est le droit du corps social [...].*»

<sup>1953</sup> TROPLONG, p. 114.

<sup>1954</sup> TROPLONG, p. 11 («*On ne saurait parler de la propriété sans parler d'abord de la liberté [...] Tant est la liberté, tant est la propriété; la seconde subit le sort de la première.*»).

<sup>1955</sup> DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, p. 368: «*Donnant un jour un projet à rédiger à un de ses conseillers d'État, [NAPOLEON] lui disait: 'Surtout n'y gênez pas la liberté, et bien moins encore l'égalité; car, pour la liberté, à toute rigueur, serait-il possible de la froisser, les*

TROPLONG publié en 1848, montrent néanmoins que la question n'est pas totalement close.

Nous verrons que ces divergences sont déterminantes quant au régime juridique applicable au pouvoir de disposition à cause de mort du propriétaire. Nous retrouverons en Autriche cette même thématique générale<sup>1956</sup>.

Aussi, si la « *sphère privée* » de l'individu, que CONSTANT souhaiterait voir hors d'atteinte de l'État<sup>1957</sup>, n'a aucune réalité juridique, l'État ne peut plus prétendre à un domaine éminent. La propriété individuelle s'émancipe donc finalement totalement de l'emprise du droit public avec l'échec définitif de la velléité de l'État français (monarchique, impérial ou républicain) d'être tenu pour titulaire du domaine éminent de tous les biens-fonds du territoire national<sup>1958</sup>.

§ 2. Quoi qu'il en soit de la véritable protection dont elle jouit au plan constitutionnel, la propriété est décrite comme le droit individuel, la liberté la plus haute, ayant droit de préséance sur toutes les autres, car compris comme condition fondamentale à l'accès à une vie sociale conçue par le nouveau régime comme libre et égalitaire en droit (à défaut de l'être socialement)<sup>1959</sup>, *a fortiori* à la vie économique<sup>1960</sup>. D'emblée, cette liberté n'est pas illimitée, mais doit s'effacer devant les nécessités sociales<sup>1961</sup>.

L'individualisme et le libéralisme, portés – rhétoriquement, au moins – à leurs paroxysmes, influencent non seulement la société, mais également la transformation

---

*circonstances le veulent, et nous excuseront; mais pour l'égalité, à aucun prix. Dieu m'en garde! Elle est la passion du siècle, et je suis, je veux demeurer l'enfant du siècle!'*»

<sup>1956</sup> WACHSMANN (p. 20) montre bien l'ambivalence qu'il peut y avoir à parler « *des libertés par la loi ou des libertés limitées par la loi* ». Mais, en définitive, toute latitude est reconnue au législateur en dépit des protestations (le même, p. 20): « *'Le rôle réservé au législateur est donc considérable, à la grande crainte des libéraux, qui relèvent que la Déclaration inaugure 'une souveraineté indéfiniment législative', selon l'éloquente expression de M. Bertrand de Jouvenel.* »

<sup>1957</sup> CONSTANT, p. 1070 s. Voir WACHSMANN, p. 21. Voir aussi MORANGE, p. 105, sur l'ambivalence de CONSTANT.

<sup>1958</sup> Voir l'exemple repris par GARSONNET, p. 302, de la tentative de prélèvement de droits de mutations en vertu de ce soi-disant domaine éminent de l'État par l'administration impériale des années 1850. Historiquement, le raisonnement de l'administration n'est pas erroné. Ainsi, SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 8: « [l']*état féodal*, [...], est pour ainsi dire la première forme de l'*impôt*. » L'appui dogmatique a par contre disparu.

<sup>1959</sup> BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET, n° 398 et note n° 10 de la p. 316; IMBERT, p. 71; LEVY J.-P., p. 76.

<sup>1960</sup> La place de la propriété est aujourd'hui encore toujours aussi fondamentale. Voir, en droit suisse, MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 871. Plus qu'une liberté civile et polique, il apparaît à notre sens que la garantie de la propriété est aussi dans l'esprit révolutionnaire une liberté sociale et économique.

<sup>1961</sup> MORANGE, p. 110.

du droit, et en particulier le droit des biens<sup>1962</sup>. Le droit n'est plus uniquement pensé en tant qu'ensemble abstrait et objectif. Le « je » prend une place prépondérante et le plus grand effort est consacré à l'analyse de la position juridique de l'individu. Approche subjective s'il en est, les droits subjectifs sont érigés en système de pensée quasi-unique; système qui perdure jusqu'à nos jours. C'est ainsi en tant que fondement à l'action du législateur que les droits subjectifs tirés du droit naturel concernent notre étude de droit privé.

La proclamation de la propriété fera son chemin jusque dans le Code Napoléon et consiste en l'une des idées fortes du code<sup>1963</sup> – preuve que tout le droit (privé) intermédiaire ne disparaîtra pas sous l'Empire<sup>1964</sup>.

### C. Le sort des communaux

En France, il existe au-delà des institutions proprement féodales d'autres institutions communautaires de maîtrise du sol, lesquelles ressortent aux mêmes réflexes juridiques – nous l'avons vu, cette proximité est de grande importance. N'étant pas directement entachés de cette marque féodale, les communaux échappent à l'abrogation décrétale que nous venons d'étudier et sont ainsi préservés dans le principe de leur destination collective<sup>1965</sup>. Il s'agit d'en comprendre l'évolution face à la consécration de la propriété privée individuelle et exclusive.

Car les communaux n'en sont pas moins controversés, sous l'Ancien Régime comme sous le nouveau<sup>1966</sup>. S'y opposent d'abord des considérations agraires économiques (savoir la physiocratie et l'agronomie) et sociales, lesquelles sont très présentes dans le courant du XVIII<sup>e</sup> siècle et plaident pour un partage des biens communaux<sup>1967</sup>. En 1777, sur mandat royal, le comte D'ESSUILES publie un « *Traité des communes* » de plus de deux cent cinquante pages, dans lequel il consacre les cinquante premières à l'histoire des communaux, alors que la suite en est une très sévère critique et un plaidoyer en faveur de leur affectation à l'agriculture moderne<sup>1968</sup>. S'y ajoute ensuite le

---

<sup>1962</sup> BART, p. 409.

<sup>1963</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 24 s.

<sup>1964</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 20.

<sup>1965</sup> BART, p. 416.

<sup>1966</sup> CLERE, n° 50; IKNI, p. 71.

<sup>1967</sup> En cela, les réflexions continentales sont influencées par l'expérience anglaise des *enclosures*. Sur le tout, voir VIVIER, n° 17 s.; GARAUD, p. 372; IKNI, p. 73. Sur la situation en Suisse centrale, voir BRUEHWILER, p. 115 ss. Pour un panorama complet, voir BLOCH, *La lutte pour l'individualisme agraire*, p. 329 ss. Notons que GARAUD est un auteur « pionnier » à propos du droit intermédiaire (BEAUD, p. 4).

<sup>1968</sup> Pour illustrer l'état d'esprit de cet auteur (qui emporte un certain consensus et est partagé par l'administration royale: VIVIER, n° 17 s. et 35), nous citons son avertissement au lecteur (D'ESSUILES, p. iij) qui commence avec la phrase suivante: « *L'état d'inutilité presque entière*

profond antagonisme théorique entre, sous l'Ancien Régime, une maîtrise commune du sol et la propriété éminente du seigneur<sup>1969</sup> (nous l'avons vu), puis, sous le nouveau régime, la propriété individuelle et exclusive consacrée par les élites révolutionnaires<sup>1970</sup>. Face à ce dernier, l'opposition devient même idéologique (la propriété collective ne figure pas au rang des droits de l'homme<sup>1971</sup>). Le sort de ces biens lors de la Révolution française est ainsi l'objet de nombreuses études<sup>1972</sup>. Comme pour la question féodale, la question communautaire est principalement résolue par le droit intermédiaire. Deux questions principales sont alors adressées: d'une part, le règlement du passé et, d'autre part, le futur de ces communautés, ce qui comprend la question de leur nature juridique, de leurs ayants-droits et bénéficiaires, ainsi que de leur partage.

§ 1. *Le règlement du passé.* Nous avons déjà évoqué l'importance quantitative des biens visés par le régime communautaire<sup>1973</sup>. Pourtant, de nombreux biens communaux avaient été soustraits à la maîtrise collective par les seigneurs – s'appuyant sur une concession primitive, les droits de triage ou de cantonnement<sup>1974</sup>, ou encore sur la maxime «*nulle terre sans seigneur*», ces derniers se les approprièrent pour en tirer des revenus<sup>1975</sup>. Ces amputations sont considérées comme des spoliations abusives dès le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1976</sup>. Mais bien qu'elles aient entraîné de fortes réactions législatives de la part du pouvoir royal<sup>1977</sup>, l'on ne parvient pas à y mettre

---

*où tous les biens communs du Royaume se trouvent actuellement réduits, mérite la plus grande attention.* »

<sup>1969</sup> VIVIER, n° 24 («*À partir de 1792 interviennent les juristes. Dans leur grand chantier de modernisation du droit, la propriété collective est considérée comme une monstruosité, elle doit disparaître.*»); PATAULT, p. 165; BART, p. 233.

<sup>1970</sup> DE PASCAL, p. 9 («*L'individualisme de notre Code le rend absolument hostile aux biens collectifs.*»). Il en va de même, par exemple, dans le Code civil du canton d'Argovie qui, selon GEISSMANN (p. 336) «*[...] das gemeinschaftliche Eigentum – als pathologischen Zustand des modellhaften Alleineigentums – vor allem unter dem Gesichtspunkt seiner Aufhebung betrachtet, [...].*»

<sup>1971</sup> BOURJOL, p. 9. Voir aussi MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, p. 491, IVbis ad «*propriété*»: «*Or, si la loi peut dire à un corps: je ne veux plus que tu existes; si elle peut lui dire: je ne veux plus que tu acquières; par quelle raison ne pourrait-elle pas lui dire aussi: je ne veux plus que tu possèdes?*»

<sup>1972</sup> IKNI, p. 74 s.

<sup>1973</sup> Cf. *supra* p. 241 et note n° 1561.

<sup>1974</sup> Procédures – dont la plus ancienne forme (judiciaire) remonte au moins jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle – qui aboutissent au partage des terres entre le seigneur et la communauté à hauteur d'un tiers pour le premier et deux tiers pour la seconde en cas de triage et inversement en cas de cantonnement. Voir le bref descriptif de PATAULT, p. 165 s. À noter que ces quotités n'ont pas toujours été respectées: PECQUET, *Loix forestières. Tome 2*, p. 280 ss ad titre XXV de l'Ordonnance de 1669.

<sup>1975</sup> GARAUD, p. 369 s.

<sup>1976</sup> GARAUD, p. 370.

<sup>1977</sup> L'Edit de 1667 les interdit. L'Edit de 1669 les permet sous conditions, titre XXV, article IV: «*Si néanmoins les Bois étoient de la concession gratuite des Seigneurs, sans charge d'aucuns*

fin<sup>1978</sup>. Au contraire, la pression économique sur les seigneuries s'aggrave et le nombre de biens soustraits – comme l'exercice de droits patrimoniaux seigneuriaux oubliés – augmente en conséquence jusqu'à la Révolution<sup>1979</sup>. Si l'un des moyens de lutte – qui obtient les faveurs du pouvoir royal – contre ces spoliations au crépuscule de l'Ancien Régime fut de partager les communaux<sup>1980</sup>, le souci premier des agriculteurs est au moment de l'abolition de la féodalité de rapporter les biens spoliés dans la communauté<sup>1981</sup>. Il faut dire que les partages ne connaissent pas le succès escompté<sup>1982</sup> et ceux qui ont lieu ne permettent pas nécessairement d'obtenir un plein affranchissement des biens communaux de l'emprise seigneuriale<sup>1983</sup>.

Aussi, à la Révolution, le droit de triage est tout d'abord aboli pour l'avenir<sup>1984</sup>, puis – dans un mouvement de rattrapage de la réalité<sup>1985</sup> – ce sont tous les triages effectués depuis 1669 (en vertu ou en dérogation de l'ordonnance de 1669) qui sont abolis sur requête judiciaire dans un délai de cinq ans<sup>1986</sup>. Mais le législateur ne s'arrête pas aux pâturages, forêts et autres terres. Il est aussi possible de revendiquer les autres biens ayant fait l'objet d'une spoliation par les seigneurs<sup>1987</sup>. Plus encore, dès 1792, les terres vaines ou vagues sont réputées propriété de la commune – au mépris du *statu*

---

*cens, redevance, prestation ou servitude, le tiers en pourra être distrait & séparé à leur profit, en cas qu'ils le demandent, & que les deux autres suffisent pour l'usage de la Paroisse, sinon le partage n'aura lieu; mais les Seigneurs & les Habitans jouiront en commun comme auparavant. [...]» Article V: «[...] mais s'ils en faisoient ou payoient quelque reconnaissance en argent, corvées ou autrement, la concession passera pour onéreuse, quoique les Habitans n'en montrent pas le titre, & empêchera toute distraction au profit des Seigneurs qui jouiront seulement de leurs usages & chauffages ainsi qu'il est accoutumé.»*

<sup>1978</sup> PATAULT, p. 166; BART, p. 233; GARAUD, p. 370.

<sup>1979</sup> GARAUD, p. 370 s.

<sup>1980</sup> GARAUD, p. 372 s. Le comte D'ESSUILES (p. 173 ss) préconise que le partage soit fait par tête. Suivant les régions, d'autres clefs de répartition devaient s'appliquer à raison de coutumes: selon les terres possédées, au marc la livre des impositions, etc. Voir GARAUD, p. 373 s.

<sup>1981</sup> GARAUD, p. 376.

<sup>1982</sup> D'une part, sur proposition du comte D'ESSUILES, le gouvernement prescrivit d'appliquer le triage. D'autre part, les intérêts antagonistes des différentes sortes d'exploitants de la terre attisaient des conflits sur la question du partage. Voir GARAUD, p. 373 et 375.

<sup>1983</sup> Soit que l'on accorde qu'un usage, soit que la part est uniquement transmissible à cause de mort au sein d'une même famille, soit encore qu'une redevance annuelle en découle: GARAUD, p. 375.

<sup>1984</sup> Art. 30 du Décret des 15-18 mars 1790. Seuls les triages des trente dernières années en contradiction avec l'ordonnance de 1669 sont révoqués. Voir BOURJOL, p. 94 et 100; GARAUD, p. 376.

<sup>1985</sup> Les paysans ne se souciaient guère des distinctions juridiques: BOURJOL, p. 94 s.

<sup>1986</sup> Loi des 28 août-14 septembre 1792. Ce qui revient en théorie à anéantir les effets de l'ordonnance de 1669. Voir PATAULT, p. 166; ANTONETTI, p. 629 s.; BOURJOL, p. 101; GARAUD, p. 377 s.

<sup>1987</sup> GARAUD, p. 378.



*quo* juridique, jusqu'alors seul but poursuivi<sup>1988</sup>. Les communaux sont également protégés contre toute nouvelle tentative d'appropriation ou de changement d'état juridique<sup>1989</sup>. Les ci-devant seigneurs bénéficient d'abord de moyens procéduraux de défense relativement utiles, mais ils iront en s'amenuisant – sans mentionner le contexte social<sup>1990</sup>. L'arbitraire des uns remplace celui des autres ...

L'on s'en rend compte et des procédures de révision ou de cassation sont (entre)ouvertes<sup>1991</sup>. Parfois, les mesures prises contre la noblesse sont même contreproductives. Ainsi, les biens des émigrés sont nationalisés, puis, selon l'usage, offerts à la vente publique. Or, parmi ces biens, certains avaient été pris aux communaux. Si certaines communes parviennent à récupérer quelques biens lors des ventes, le régime juridique qui leur est applicable n'a plus de dimension communautaire, puisque toutes les prérogatives tombent dans la seule maîtrise des autorités politiques communales.

Le décret du 10 juin 1793, en ligne avec la Déclaration, «*consacre la propriété originelle et naturelle des communes*<sup>1992</sup>» sur les terres vaines et vagues<sup>1993</sup>.

Pour le surplus, les droits d'usage, de parcours et de vaine pâture sont maintenus par le décret du 28 septembre-6 octobre 1791<sup>1994</sup>. Mais déjà, le cantonnement est possible<sup>1995</sup>.

§ 2. Quel sort faut-il réserver aux biens communaux dans la nouvelle société? Les avis sont divergents et antagonistes<sup>1996</sup>. L'alternative oscille entre le maintien du *statu quo* ou le partage des biens. Mais la seconde branche de l'alternative – ainsi exprimée – est par trop imprécise; l'on débat sur sa mise en œuvre qui peut prendre, mille et une formes différentes<sup>1997</sup>. L'opinion de la société agricole – tout aussi explosive qu'hété-

<sup>1988</sup> Encore les communes doivent-elles déposer une requête en revendication dans les cinq ans. Voir PATAULT, p. 167; BOURJOL, p. 101; GARAUD, p. 378. Il est intéressant de noter, avec BOURJOL (p. 101) et GARAUD (p. 379), qu'en Bretagne ces mêmes terres sont directement attribuées aux titulaires actuels de droit, soit les ci-devant vassaux, soit, à défaut d'inféodation, la commune. Ces terres appartenaient dans cette région en effet aux seigneurs sans exception.

<sup>1989</sup> Cela dès le décret des 13-20 avril 1791. BOURJOL, p. 101; GARAUD, p. 377.

<sup>1990</sup> GARAUD, p. 378 ss.

<sup>1991</sup> Lois du 28 brumaire et des 19-20 germinal an VII; Loi du 12 prairial an IV (9 juin 1796). Voir GARAUD, p. 380.

<sup>1992</sup> BOURJOL, p. 101.

<sup>1993</sup> Section IV, art. 1<sup>er</sup> du décret du 10 juin 1793. Le décret des 28 août-14 septembre 1792 consacre la propriété des habitants pour la Bretagne: Voir BOURJOL, p. 101.

<sup>1994</sup> BOURJOL, p. 101.

<sup>1995</sup> Décret des 28 août-14 septembre 1792. Voir BOURJOL, p. 102.

<sup>1996</sup> BOURJOL, p. 95 («[...] il y a convergence sur l'abrogation des privilèges et la restitution des terres usurpées, mais divergence en ce qui concerne le partage des communaux.»).

<sup>1997</sup> BOURJOL, p. 95: «*C'est à propos des théories égalitaires que naissent les divergences: égalité par et pour l'accès à la propriété parcellaire, égalité au sein de la communauté devenue société de citoyens, égalité au sein de la Nation tout entière?*» Voir aussi VIVIER, n° 23 et 26.

roclite<sup>1998</sup> – donne à toute prise de décision des parlementaires une nature cornélienne : « *Sur le principe, la bourgeoisie révolutionnaire est évidemment mal à l'aise : alors qu'elle abat avec précaution la propriété féodale, surgit devant elle une autre forme de propriété dont l'essence contredit fortement la propriété privée qui seule devait garantir l'appartenance au corps social*<sup>1999</sup>. » Les communaux s'opposent, « *à la fois, à la grande propriété et au progrès économique*<sup>2000</sup>. »

L'idée du partage n'est pas nouvelle, nous l'avons dit, elle avait déjà cours avant la Révolution et plusieurs édits en ce sens avaient été rendus sans grand succès<sup>2001</sup>. Si le triage disparaît avec la féodalité, le droit de cantonnement est lui conservé<sup>2002</sup>. Ce fait est logique, car la rationalité du second est fondée sur le droit romain qui revient en grâce dans le Code Napoléon, nous le verrons<sup>2003</sup>. Cette procédure administrative est encouragée par les révolutionnaires dans la mesure où aucun soupçon de féodalité ne pèse sur les biens affectés à des usages communautaires<sup>2004</sup>. Plus tard, le cantonnement est confirmé dans le code forestier du 21 mai 1827<sup>2005</sup>.

Mais, le partage des communautés – qui permettrait de ramener les biens concernés sous l'emprise de la propriété individuelle – n'est pas une évidence<sup>2006</sup>. Aux niveaux politique et économique, certes, cela permettrait de mettre fin à un modèle de maîtrise qui ne s'insère pas dans la pensée individualiste révolutionnaire. Toutefois, l'état de l'économie agraire à la Révolution ne permet pas (encore) aux agriculteurs de travailler individuellement<sup>2007</sup>. Forcer le partage des biens pourrait créer envers la toute nouvelle propriété individuelle la même haine que la paysannerie avait pour la seigneurie féodale et censitaire. Les élites révolutionnaires, qui s'attachent à éviter toute remise en cause de leurs acquis, doivent se résoudre à ne pas imposer le partage des biens-fonds (ce serait aller trop loin dans un contexte politique fébrile).

Au niveau juridique également, la question appelle à la réflexion. Les communaux, nous l'avons vu, consistent en une forme de propriété divisée à laquelle sont parties

---

<sup>1998</sup> Notons, avec BOURJOL (p. 95), l'opposition entre les intérêts des manœuvriers (favorables au partage) et des laboureurs (opposés au partage).

<sup>1999</sup> IKNI, p. 77.

<sup>2000</sup> BOURJOL, p. 96.

<sup>2001</sup> VIVIER, n° 17 ss ; GARAUD, p. 372. La première (n° 20 s.) donne une liste des quatorze édits publiés entre 1769 et 1781 destinés à diverses régions françaises et dont les modalités de partage sont aussi nombreuses que controversées. Ce qui conduit à des échecs répétés.

<sup>2002</sup> PATAULT, p. 167.

<sup>2003</sup> JUSTINIEN, Inst. 2, 4, 1. Voir PATAULT, p. 166.

<sup>2004</sup> PATAULT, p. 167.

<sup>2005</sup> PATAULT, p. 167.

<sup>2006</sup> VIVIER, n° 22 (« *Dans le contexte de crise de l'Ancien Régime au cours des années 1780, les autorités n'osent plus aborder cette question qui engendre des situations explosives.* »).

<sup>2007</sup> IKNI, p. 80.

en sus de la génération actuelle, celles passées et futures. Il s'agit d'une communauté lignagère, par essence inaliénable.

Une solution de compromis s'imposera donc : celle du partage des usages avec des rentes qui reviennent à la communauté en tant que telle<sup>2008</sup>. Elle ne sera toutefois pas appliquée de manière uniforme et des initiatives locales aboutiront au partage des fonds sous le signe de l'égalité des citoyens face au partage, puis du bénéfice pour chacun d'une pleine propriété sur sa part<sup>2009</sup>.

Les discussions furent longues et difficiles. Elles aboutirent le 10 juin 1793<sup>2010</sup>. Par ce décret, les communaux sont transformés en droit de propriété collective (et non plus communautaire) – nous y reviendrons dans un instant –, ce qui permet alors un « *partage égalitaire, gratuit et en pleine propriété*<sup>2011</sup>. » Le partage des biens communaux est décrété : l'on va donc bien plus loin que sous l'Ancien Régime, mais le partage gratuit demeure facultatif afin de prendre en compte les particularismes locaux<sup>2012</sup>. Un vote du tiers des habitants, ainsi que l'aval des autorités, est nécessaire<sup>2013</sup>. Le partage se fait par tête et en propriété<sup>2014</sup> – conséquence de la propriété collective et du principe d'égalité, le partage ne peut se faire par « feu »<sup>2015</sup>. Certains biens (forêts, vaine pâture, parcours, places, voies publiques, certaines mines, etc.) sont exclus du partage<sup>2016</sup>. Les biens ainsi partagés échappent définitivement à l'indivision, même si les nouveaux propriétaires ne sont pas forcément ceux que l'on aurait voulu<sup>2017</sup>. Le succès du partage fut globalement mitigé et variable selon les régions<sup>2018</sup>. L'économie pastorale n'avait notamment aucun intérêt au partage<sup>2019</sup>. La plupart des communes

<sup>2008</sup> IKNI, p. 80.

<sup>2009</sup> L'égalité du partage ainsi opéré est discutée. Quelle clef de répartition utiliser ? Faut-il partager par tête ou au prorata des terres déjà en propriété ?

<sup>2010</sup> VIVIER, n° 25 ; GARAUD, p. 369 et 381 ; DE PASCAL, p. 11.

<sup>2011</sup> BOURJOL, p. 102.

<sup>2012</sup> VIVIER, n° 25 ; GARAUD, p. 381. Le décret du 14 août 1792 rendait le partage obligatoire, mais ne fut pas appliqué. Voir VIVIER, n° 25 ; BOURJOL, p. 102.

<sup>2013</sup> VIVIER, n° 25 ; GARAUD, p. 381 s. ; DE PASCAL, p. 11.

<sup>2014</sup> La propriété est acquise au prix d'une inaliénabilité décennale (art. 13 du décret des 10-11 juin 1793). Voir VIVIER, n° 25 ; GARAUD, p. 382 ; DE PASCAL, p. 11. La mise en application de ce partage voulu en pleine propriété connaîtra cependant d'innombrables variations de la pratique qui ne se fait pas à la propriété exclusive dans le contexte rural et lui impose de multiples entorses : SOLAKIAN, p. 429 ss.

<sup>2015</sup> Même si on y reviendra en 1808 pour l'affouage et les biens indivis : BOURJOL, p. 102.

<sup>2016</sup> Art. 4 ss du Décret du 10-11 juin 1793. BOURJOL, p. 103.

<sup>2017</sup> Les partages profitent ainsi bien souvent aux personnes aisées qui rachètent rapidement les terres aux pauvres. GARAUD, p. 383.

<sup>2018</sup> VIVIER, n° 25 (« *La volonté de partage s'est manifestée fortement dans les plaines au nord de Paris, dans le nord-est (Champagne et Lorraine) ainsi que dans la vallée du Rhône.* ») ; GARAUD, p. 384. Il est difficile de faire une appréciation fiable : BOURJOL, p. 102 s.

<sup>2019</sup> GARAUD, p. 383 s.

ne procédèrent pas au partage et celles qui l'entreprirent ne le menèrent pas forcément à bien<sup>2020</sup>.

Finalement, en 1796, les partages sont suspendus<sup>2021</sup>, puis interdits<sup>2022</sup>, avant d'être pour partie remis en cause<sup>2023</sup>, pour partie validés<sup>2024</sup> – ce de manière définitive par une loi du 29 février 1804 (9 ventôse an xii)<sup>2025</sup>.

Par après, beaucoup de procès ont lieu encore, ce qui représente bien souvent une perte pour les communes en faveur des descendants de l'ancienne noblesse<sup>2026</sup>.

§ 3. Pour les biens communaux qui existent toujours, la commune en devient seule titulaire, les habitants ne bénéficiant alors plus que de la jouissance desdits biens<sup>2027</sup>. Aussi, un partage gratuit n'est-il plus envisageable : il doit être onéreux. D'un point de vue technique, si ces terres et autres biens ne sont pas tombés dans un régime de propriété privée individuelle, ils sont cependant passés de la propriété communautaire à la maîtrise exclusive d'une personne morale de droit public : la commune<sup>2028</sup>. Dans cette mesure, elle dispose donc d'une maîtrise exclusive et absolue sur ces biens, certes encore affectés à une destination commune. Aussi, l'on pourrait certes continuer l'étude du sort des biens communaux jusqu'à nos jours, mais cette institution n'entre toutefois plus dans le cadre de notre étude.

Nous le voyons, alors qu'elle n'en est qu'à ses balbutiements et s'érige comme outil essentiel de la liberté des citoyens, la propriété individuelle ne recueille pas l'unanimité de la société. Sa pleine réalisation est déjà utopique<sup>2029</sup> : il ne s'agit pas là du modèle hégémonique – d'autres sont défendus –, pas plus que la propriété n'est elle-même absolue – nous allons le voir ci-dessous. C'est dire à quel point les nuances sont importantes lorsque l'on aborde ces questions.

§ 4. En dehors des partages, les communaux continuent donc à exister dans leur destination collective. Leur forme juridique est néanmoins modifiée en profondeur. La modification est importante, cependant elle aurait pu être plus radicale encore, car la «*voie française*» s'érige en réalité comme «*un compromis entre les thèses égalitaires extrêmes prônant une <réforme agraire> et les partisans d'une sorte de <communisme*

---

<sup>2020</sup> GARAUD, p. 384.

<sup>2021</sup> Décret du 21 prairial an IV. Voir VIVIER, n° 25 ; DE PASCAL, p. 11.

<sup>2022</sup> GARAUD, p. 385.

<sup>2023</sup> Loi du 9 ventôse an XII. La remise en cause vise les partages opérés par oral et les lots qui n'avaient pas subis d'amélioration : GARAUD, p. 386.

<sup>2024</sup> DE PASCAL, p. 11.

<sup>2025</sup> VIVIER, n° 27.

<sup>2026</sup> DE PASCAL, p. 11 s.

<sup>2027</sup> GARAUD, p. 386.

<sup>2028</sup> IKNI, p. 76 ; BART, p. 417, GARAUD, p. 386.

<sup>2029</sup> IKNI, p. 80.

*agraire* utopique<sup>2030</sup>.» Le siège de la matière se trouve dans le décret des 10-11 juin 1793 (lequel pose la base durable du nouveau régime – à ceci près que les partages gratuits, qu’il admet, seront ensuite prohibés<sup>2031</sup>), ainsi qu’à l’article 542 du Code Napoléon. La compréhension en termes juridiques de cette propriété collective particulière n’est pas aisée en raison de l’évidente difficulté à faire entrer les communaux dans les schémas de la propriété exclusive. Or, depuis la Révolution, il a souvent été fait abstraction de la réalité juridique des communaux au profit du régime moderne de la propriété privée<sup>2032</sup>. Ainsi, «[certains auteurs] *enferment dans les codes un régime juridique qui n’appartient qu’aux us et coutumes et le disloquent en de multiples sous-catégories se réclamant du droit de propriété, qui n’ont aucun rapport avec [le réel état du droit]*<sup>2033</sup>.» Les travaux de BOURJOL en particulier, nous montrent l’analyse plus fine qui s’impose.

Pour commencer, il convient d’énoncer les deux changements majeurs qu’implique le nouveau régime, avant de détailler leurs conséquences. D’abord, le décret de 1793 transfère la propriété des communaux non partagés sur la tête d’«*une personne juridique abstraite simple démembrement de l’État, la commune moderne*<sup>2034</sup>.» Cette personne morale de droit public, qui s’est formée en parallèle de la transformation constitutionnelle induite par la Révolution, reprend donc la titularité des droits des habitants, en quelque sorte par représentation<sup>2035</sup>.

Ensuite (et corollairement), la nouvelle législation «*transforme l’usage commun en propriété collective*<sup>2036</sup>.» Ce changement signifie la disparition de la dimension lignagère de la communauté – ce qui constitue une différence majeure dans l’évolution des communaux en France par rapport à la Suisse<sup>2037</sup>. Effectivement, le décret des 10-11 juin 1793 «*transforme la <propriété commune>, d’essence familiale, en <propriété collective> des habitants qu’il fait accéder à la petite propriété foncière*<sup>2038</sup>.»

<sup>2030</sup> BOURJOL, p. 96.

<sup>2031</sup> BOURJOL, p. 97 et 172. Ce changement, que l’on trouve notamment dans le Code forestier de 1827, écarte par là péremptoirement la figure de l’indivision.

<sup>2032</sup> BOURJOL, p. 65.

<sup>2033</sup> BOURJOL, p. 8.

<sup>2034</sup> BOURJOL, p. 97; DE PASCAL, p. 11. Le décret de 1793 distingue quant à la personne morale titulaire entre la commune et la section de commune (BOURJOL, p. 100).

<sup>2035</sup> BOURJOL explique (p. 173) comment, au XX<sup>e</sup> siècle, un raisonnement syllogistique expose correctement ce mouvement : «*les habitants du hameau [...] sont seuls propriétaires de la forêt [...] ainsi le hameau [...] constitue une section de commune [...] ces bois sont propriété d’une section de commune.*»

<sup>2036</sup> BOURJOL, p. 97.

<sup>2037</sup> BOURJOL, p. 60 et 97. Comme nous l’avons vu et comme l’écrit TROPLONG (p. 30) : «*Là, tout était commun, et la succession n’était que la continuation, entre les survivants, d’un état de choses auquel le décès d’un des membres ne portait pas atteinte.*» Voir aussi BOURJOL, p. 97.

<sup>2038</sup> BOURJOL, p. 93.

À ces fondements qu'il est possible de trouver dans le décret de 1793, s'ajoute l'article 542 du Code Napoléon. Le texte de cette disposition est le suivant : « *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.* » Cette disposition est « *équivoque*<sup>2039</sup> » à plusieurs égards. D'une part, nous venons de le voir, la commune est – à l'égard du monde extérieur – la seule propriétaire à l'exclusion des habitants<sup>2040</sup>. D'autre part, cette disposition confond en un seul régime la propriété et les simples droits d'usage<sup>2041</sup>. Prenons les choses l'une après l'autre.

La propriété de la commune ne peut être niée. Cependant, les habitants ont eu aussi des prérogatives sur les communaux. Si le corps social reçoit une personnalité morale, laquelle est bel et bien titulaire d'une propriété individuelle<sup>2042</sup>, il n'en demeure pas moins que « *la jouissance intégrale des habitants est démonstrative de la propriété des communes*<sup>2043</sup>. » La propriété du corps repose sur la propriété des habitants. Aussi, « *[a]u centre de l'Institution, il y a les habitants : considérés ut universi, ils forment un <corps social> titulaire du droit de propriété; chaque habitant considéré ut singuli, participe à l'exercice de ce droit*<sup>2044</sup>. » Selon BOURJOL, la prérogative des habitants reste un droit divisé, « *mixte* », à situer entre la propriété commune d'Ancien Régime et la propriété collective<sup>2045</sup> : « *[...] chaque habitant n'a pas un droit individuel à la propriété d'une quote-part idéale, mais il est à considérer comme propriétaire in solidum de la totalité du bien*<sup>2046</sup>. »

Le caractère mixte du régime ressort notamment au fait que, bien que l'institution ne soit plus lignagère, le partage gratuit est interdit en vertu de la nature particulière du corps social communal qui comprend « *les habitants futurs et les habitants actuels*<sup>2047</sup> »<sup>2048</sup>.

---

<sup>2039</sup> BOURJOL, p. 65.

<sup>2040</sup> DE PASCAL, p. 11.

<sup>2041</sup> BOURJOL, p. 171; DEMOLOMBE, *Tome Deuxième*, p. 353.

<sup>2042</sup> BOURJOL, p. 173.

<sup>2043</sup> PROUDHON repris par BOURJOL, p. 173.

<sup>2044</sup> BOURJOL, p. 171.

<sup>2045</sup> BOURJOL, p. 171 s.

<sup>2046</sup> BOURJOL, p. 172. Cette approche s'oppose à celle applicable à la propriété collective du Code Napoléon qui consiste en un démembrement de la propriété, nous la verrons.

<sup>2047</sup> BOURJOL, p. 172.

<sup>2048</sup> BOURJOL, p. 172. Comme le souligne celui-ci, cela correspond au dernier état de l'ancien droit, notamment exposé par HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales I*, p. 449 s. (« [...] *les habitants eux-mêmes, ne sont que les administrateurs des biens communaux. Ils en doivent compte à ceux qui viendront après eux; ils doivent les leur conserver comme en dépôt sacré. Ces futurs habitants ont en effet une vocation directe dans le titre primitif; ce n'est pas à tels ou tels individus que le bien commun appartient, mais à la communauté, corps immortel, composé de ceux qui n'existent pas encore, comme des habitants actuels: [...]* »).

Donc, d'un côté, la commune est titulaire de la propriété exclusive et individuelle moderne, cependant que les habitants *ut singuli* sont les titulaires de la jouissance des communaux. Autrement dit, les habitants sont titulaires, pour ainsi dire, de « *tous les droits que donne la propriété*<sup>2049</sup>. » Ce qui revient au final à qualifier la position de la commune de « *nu-propriétaire* »<sup>2050</sup>.

En raison de la proximité entre la propriété individuelle de la commune et la propriété collective mixte des habitants (la première découlant de la seconde), la qualité perpétuelle du droit de chaque habitant doit être reconnue<sup>2051</sup>.

En somme, comme l'exposent élégamment les théoriciens anglais, le régime moderne des communaux en France peut être décrit comme « *held in common by insiders but private as to outsiders*<sup>2052</sup>. »

Reste à déterminer la nature juridique de la titularité individuelle des habitants considérés *ut singuli*. BOURJOL écrit : « *Le droit acquis de l'habitant considéré ut singuli – qui reste propriétaire in solidum – ne saurait être assimilé à un droit réel qui serait un démembrement de sa propriété, pas plus qu'à un droit personnel. Il s'agit d'un droit subjectif rattaché à sa propriété collective*<sup>2053</sup>. » Sa démonstration excluant les qualificatifs de droit réel et de droit personnel nous paraît convaincante<sup>2054</sup> : d'une part, car considérer la position de l'habitant comme un démembrement de la propriété exclusive est tout à fait contradictoire à l'ancien droit (aucune notion de propriété ne peut être reconstituée par le cumul des positions juridiques individuelles), nous le savons ; d'autre part, il n'est pas possible de nier les effets absolus de sa position, ce qui écarte également le qualificatif de droit personnel. Il s'agit donc selon BOURJOL d'un droit *sui generis*, de nature unilatérale<sup>2055</sup>. Rien n'est plus juste que de qualifier la situation de *sui generis*, car elle ne peut entrer dans les schémas de la propriété exclusive. Nous émettons par contre quelques réserves quant à la nature de droit subjectif mis en avant par BOURJOL. En effet, nous le savons dans la perspective de l'ancien droit, une telle approche n'a pas lieu d'être. De plus, l'habitant n'est au bénéfice d'aucun droit sur les communaux directement, mais ne dispose que de certaines utilités de ces derniers (dont la répartition est du ressort de la commune)<sup>2056</sup>. L'on sent bien que l'individu s'efface devant la communauté en vertu d'une approche objective. Aussi, BOURJOL doit-il qualifier de « *précaire* » l'exercice du droit de propriété de l'habitant, lequel doit

<sup>2049</sup> HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales I*, p. 440. Voir aussi BOURJOL, p. 174.

<sup>2050</sup> BOURJOL, p. 174.

<sup>2051</sup> BOURJOL, p. 174.

<sup>2052</sup> HELLER, p. 66.

<sup>2053</sup> BOURJOL, p. 176.

<sup>2054</sup> BOURJOL, p. 176 s.

<sup>2055</sup> BOURJOL, p. 177 et 179.

<sup>2056</sup> BOURJOL, p. 178 s.

se distinguer du droit de propriété collective<sup>2057</sup>. À notre sens, cela suffit à écarter la notion de droit subjectif au sens moderne, tout en renforçant le qualificatif *sui generis*, propre à montrer que l'ancien droit a survécu à la codification. BOURJOL montre d'ailleurs qu'en poursuivant l'analyse selon les canons du droit moderne, la notion de sujet de droit se heurte à de nombreux obstacles<sup>2058</sup>. De même, il écrit : « *Par sa généralité, le terme jouissance correspond mieux à l'idée originale d'usage que la terminologie moderne*<sup>2059</sup>. » Ce d'autant plus si l'on considère les différentes jouissances (collectives ou individuelles) dont bénéficient les habitants<sup>2060</sup>. Le schéma de la propriété moderne ne fonctionne donc pas et des survivances de l'ancien droit s'imposent !

En définitive, après la promulgation du Code Napoléon, certains usages communautaires se maintiennent donc, dans la mesure des transformations que nous venons de rencontrer<sup>2061</sup>. Aussi, si la Révolution a été particulièrement virulente à l'égard de la propriété féodale, les communaux ont été relativement préservés dans le principe de leur destination collective<sup>2062</sup>. Ainsi, en 1877 encore environ 3,2 millions d'hectares de forêts et de prairies de montagne sont en mains de communes<sup>2063</sup>. Mais d'un point de vue technique jusqu'à un certain point seulement, car si ces terres ne sont pas tombées dans un régime de propriété privée, elles sont cependant passées de la propriété communautaire à la maîtrise exclusive d'une personne morale de droit public<sup>2064</sup> – ce qui complique d'autant la situation, nous l'avons constaté.

Nous verrons que le droit suisse, partant d'une prémisses législative analogue, a choisi une autre voie pour ses communaux<sup>2065</sup>. Cela étant dit, l'ordre juridique français admet, de cette manière, aux côtés de la sacro-sainte propriété individuelle, une propriété collective à caractère permanent qui se distingue des cas d'indivision par définition provisoires<sup>2066</sup>.

---

<sup>2057</sup> BOURJOL, p. 179 : « *Ce qui est <précaire>, c'est l'exercice du droit de propriété suspendu à sa qualité d'habitant, dont les modalités – c'est-à-dire le mode de jouissance – sont fixées unilatéralement par les organes de la communauté dont il est membre.* »

<sup>2058</sup> BOURJOL, p. 212 ss.

<sup>2059</sup> BOURJOL, p. 220.

<sup>2060</sup> BOURJOL, p. 220 ss.

<sup>2061</sup> THIREAU, p. 10.

<sup>2062</sup> BART, p. 416.

<sup>2063</sup> VIVIER, n° 34.

<sup>2064</sup> BART, p. 417.

<sup>2065</sup> BOURJOL, p. 65.

<sup>2066</sup> BOURJOL, p. 97.



## D. Les principes généraux régissant l'élaboration du Code Napoléon

§ 1. Annihiler l'ancien droit des biens ne suffit pas : un nouveau doit être créé<sup>2067</sup>. Après de longues années difficiles, les obstacles multiples – dont nous n'avons parcouru qu'une partie infime<sup>2068</sup> – et plusieurs abandons, le projet de codification du droit privé français se matérialise enfin<sup>2069</sup>. Trente-six lois, entrées en vigueur au fur et à mesure de l'avancement des travaux, sont réunies dans une seule : le Code civil des Français du 21 mars 1804 (30 ventôse an XII<sup>2070</sup>), dit «Code Napoléon»<sup>2071</sup>. À l'égard de ce droit nouveau deux questions d'ordre général intéressent notre étude : les sources formelles et matérielles du nouveau droit des biens, d'une part, et l'esprit particulier à la codification française<sup>2072</sup>, spécialement quant aux concepts, d'autre part.

§ 2. Plurielles, inégalitaires, emplies de particularismes ou ne correspondant pas (plus) aux mœurs, les sources traditionnelles du droit sont d'abord rejetées en bloc par le législateur du droit intermédiaire. À la manière des révolutionnaires les plus ardents, les lois de la Nation remplacent formellement coutumes, ordonnances royales et le très controversé droit romain<sup>2073</sup>. Ces piliers de l'Ancien Régime n'ont plus leur place dans un État moderne : telle est la déclaration politique et celle de la philosophie humaniste. La volonté d'en finir avec la «*marqueterie complexe et contrastée*»<sup>2074</sup> du droit est d'autant plus vigoureuse que – comme sous l'Ancien Régime – codifier le droit, et donc consacrer un droit commun français, est un moyen d'imposer l'autorité du gouvernement, soit en 1804 celui de l'empereur. Car en consacrant la loi formelle

<sup>2067</sup> PATAULT, p. 217 ; TERRAT, p. 332.

<sup>2068</sup> Voir, sur les enjeux d'une codification en général, BRAIBANT, p. 61 ss.

<sup>2069</sup> Voir, notamment, HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 17 ss.

<sup>2070</sup> Formellement, il s'agit de la date de la *loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*. Le titre portant sur la propriété a donc été décrété par avant, le 25 janvier 1804 (6 pluviôse an XII). Notons en passant que la date d'entrée en vigueur du Code Napoléon coïncide avec celle de l'assassinat du duc D'ENGLISHEN – comme pour bien nous rappeler que le libéralisme instauré par le code doit néanmoins toujours être considéré dans son contexte politique autoritaire, caractéristique partagée avec l'Autriche.

<sup>2071</sup> L'appellation de Code Napoléon n'est pas apocryphe, car elle fut officialisée en 1807. Dans la mesure où elle permet élégamment de distinguer ce texte d'autres codifications, nous l'adoptons ici – malgré les vicissitudes de cette appellation au fil des régimes politiques. Voir HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 15 ; IMBERT, p. 77.

<sup>2072</sup> L'esprit général des codifications européennes ayant déjà fait l'objet de quelques lignes : cf. *supra* p. 279 ss.

<sup>2073</sup> Ainsi, l'art. 7 du Code Napoléon stipule : «*À 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.*» Voir BART, p. 390 s. ; THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 3. Notons que sous l'Ancien Régime, l'unification du droit privé par actes législatifs ne rimait pas avec rejet des autres sources du droit : voir, THIREAU, *Arrêtés*, p. 63.

<sup>2074</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 20.

comme unique source du droit, l'on réduit d'autant l'indépendance des juristes en général et des juges en particulier<sup>2075</sup>.

Matériellement, les choses sont évidemment plus nuancées et les excès révolutionnaires s'étant quelque peu estompés au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2076</sup>, les rédacteurs du Code s'inspirent bel et bien des anciennes règles et ce de façon assumée<sup>2077</sup>. Cela permet d'augmenter l'acceptabilité du nouveau droit<sup>2078</sup>. PORTALIS, influencé par MONTESQUIEU<sup>2079</sup>, indique en effet avoir conçu la codification grâce à « *cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles*<sup>2080</sup>. » NAPOLEON lui-même reconnaît aussi malgré lui la nécessité de la démarche<sup>2081</sup>.

Si cette approche permet de rejeter « *l'esprit révolutionnaire* » exacerbé<sup>2082</sup>, elle ne désigne pas encore les sources prises en compte<sup>2083, 2084</sup>. Or, nous le savons, deux corpus juridiques s'opposent intellectuellement et géographiquement : les coutumes et le droit écrit. Les rédacteurs – qui incarnent à eux seuls les diverses sensibilités juridiques françaises<sup>2085</sup> – se doivent donc d'opérer une « *transaction*<sup>2086</sup> » en choisissant les prin-

---

<sup>2075</sup> Cf. *supra* p. 281 s. (notre citation de GROSSI).

<sup>2076</sup> BART, p. 394.

<sup>2077</sup> BART, p. 394 ; D'ONORIO, p. 75 ; THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 3 ; HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 15 ; TERRAT, p. 330.

<sup>2078</sup> D'ONORIO, p. 76.

<sup>2079</sup> D'ONORIO, p. 77 ; HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 22. Ainsi, MONTESQUIEU écrit-il dans *L'Esprit des lois* (livre XIX, chapitre v) : « *C'est au législateur à suivre l'esprit de la nation, lorsqu'il n'est pas contraire aux principes du gouvernement ; car nous ne faisons rien de mieux que ce que nous faisons librement, et en suivant notre génie naturel.* »

<sup>2080</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 4.

<sup>2081</sup> « *Toutefois, ajoutait-il, j'aurais voulu partir d'un point arrêté, suivre une route unique, connue de tous ; n'avoir d'autres lois que celles inscrites dans le seul code, et proclamer, une fois pour toutes, nul et non avenue tout ce qui ne s'y trouverait pas compris ; mais avec les praticiens, il n'est pas facile d'obtenir de la simplicité ; ils vous prouvent d'abord qu'elle est impossible, que c'est une véritable chimère ; puis ils essaient de démontrer qu'elle est même incompatible avec la sûreté, l'existence du pouvoir.* » : DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, p. 152 s.

<sup>2082</sup> D'ONORIO, p. 80 s.

<sup>2083</sup> Voir, la critique des révolutionnaires faite par LOCRE DE ROISSY, *La législation I*, p. 154 ss.

<sup>2084</sup> À cet égard, en sus des rédacteurs, deux auteurs contemporains du Code Napoléon nous ont préparé le terrain : H.-J.-Baptiste DARD et J.-M. DUFOUR DE SAINT-PATHUS.

<sup>2085</sup> PORTALIS et DE MALEVILLE sont issus des pays de droit écrit ; TRONCHET et BIGOT DE PRÉAMENEU sont issus des pays de coutumes. Les quatre ont une pensée modérée – ni réactionnaire, ni révolutionnaire – et ne sont « *ni des amateurs, ni de véritables savants* » (HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 19).

<sup>2086</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 20. BASDEVANT-GAUDEMET/GAUDEMET utilisent (n° 386) l'expression suivante : « *L'ancien droit ne disparaît pas en bloc, mais on compose avec cet héritage que l'on n'accepte que sous bénéfice d'inventaire.* » Voir aussi HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 21 ; TERRAT, p. 330 s.

cipes juridiques qu'il convient de reprendre dans le monde moderne<sup>2087</sup>. Il s'agit dès lors de faire un choix parmi les sources de l'ancien droit<sup>2088</sup>.

En consultant les célèbres Arrêtés de M. DE LAMOIGNON, il aurait tout à fait pu apparaître envisageable aux rédacteurs du Code civil de tirer du droit coutumier un régime unifié de droit des biens<sup>2089</sup>. Toutefois, nous le savons, la plupart des principes du droit des biens de l'Ancien Régime sont entachés de féodalité. En outre, nous savons l'importance de la diversité des coutumes les unes par rapport aux autres, ainsi que leur nombre<sup>2090</sup>. Aussi, devient-il difficile – si ce n'est impossible – de se fonder sur l'héritage coutumier pour rédiger les règles unifiées du droit des biens.

Les ordonnances royales – autre source envisageable – n'ont pas eu d'influence en notre matière sous l'Ancien Régime, nous le savons; elles ne sont d'aucune aide<sup>2091</sup>.

Le droit intermédiaire – que nous avons déjà parcouru – n'approche le droit des biens qu'en négation de toute notion féodale. Ce corps de règles ne se maintient que dans la mesure décrite ci-dessus: par l'abolition définitive de toute institution féodale<sup>2092</sup>. En faisant cela, il n'offre pourtant pas de nouvelles règles.

Ne reste donc finalement que le droit romain. Un droit dont la portée juridique en France est contestée depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, nous l'avons expliqué<sup>2093</sup>. Si la période intermédiaire ne semble d'abord que peu favorable au droit romain, la pensée jusnaturaliste qui cherche un appui solide au nouveau droit et a une intimité naturelle avec le droit romain vient à son secours. Le droit romain tient pour la raison écrite, l'incarnation du droit naturel, du droit idéal, dont ses grands principes en sont la meilleure reddition – «*il était censé refléter les enseignements des lois naturelles [...] élagué, épuré, débarrassé de ses <subtilités> [...] les principes universels et immuables de la raison*<sup>2094</sup>» – selon les courants de pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2095</sup>. Grâce à la codification, les principes du droit romain retrouvent une place dans le droit positif – notamment par l'entremise de PORTALIS<sup>2096</sup>. Non seulement, il forme le socle d'au moins la

<sup>2087</sup> TERRAT, p. 330: «[Les auteurs du Code civil] ont voulu conserver du passé tout, ou presque, tout ce qui n'était pas incompatible avec les principes nouveaux posés par la Constitution, car ils ont rejeté les exagérations de la Convention; [...]»

<sup>2088</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 19; THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 4.

<sup>2089</sup> La seconde partie des Arrêtés de M. de LAMOIGNON, consacrée au droit des biens, propose en effet une excellente synthèse. Voir aussi THIREAU, *Arrêtés*, p. 66 s.

<sup>2090</sup> HALPERIN, *L'impossible Code civil*, p. 20.

<sup>2091</sup> IMBERT, p. 78.

<sup>2092</sup> IMBERT, p. 78.

<sup>2093</sup> Cf. *supra* p. 251 ss. Voir, en outre, KRYNEN, p. 23.

<sup>2094</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 6 s.

<sup>2095</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 6 s. (lequel s'appuie sur D'AGUESSEAU et POTHIER).

<sup>2096</sup> TERRAT, p. 338.

moitié des règles du Code<sup>2097</sup>, mais il est la source quasi-exclusive de celles se rapportant au droit des biens<sup>2098</sup>. Tout cela est logique. En effet, le droit coutumier définitivement compromis par son caractère féodal, il n'est pas possible de puiser dans les mœurs juridiques actuelles, les mœurs politiques s'y opposant : il ne reste plus que le modèle romain qui soit à disposition. Aussi, « [I]a propriété du droit impérial romain est, au fond, la propriété de nos lois actuelles<sup>2099</sup>. » ; à croire que rien n'a changé depuis mille ans, qu'il ne s'agissait que de refermer une parenthèse, que la matière est « immuable<sup>2100</sup> ». Seulement, il ne s'agit pas de reprendre le *Iuris Corpus Civilis* tel quel. Au contraire, il ne tient pas en son entier pour la raison écrite. Un savant élagage s'impose pour n'en retenir que les principes qui se rapportent proprement au droit naturel ; cela dans la droite ligne des travaux de DOMAT et POTHIER<sup>2101</sup>. L'autrichien ZEILLER observe ce travail à la même époque<sup>2102</sup>.

Il est assez singulier de constater que les juristes du Nouveau Régime se soient tant rattachés au modèle romain de la propriété. C'est n'avoir que trop bien compris que pour les Romains aussi, la propriété était la garante du maintien d'un certain ordre dans les relations sociales, d'une certaine stabilité entre les personnes<sup>2103</sup>. Il en va de même pour la France révolutionnaire : « Aussi vous avez vu le génie qui gouverne la France établir sur la propriété les fondements inébranlables de la République<sup>2104</sup>. »

Aussi reprend-on pour le droit des biens les principes romains. Pour autant, la notion de propriété n'est pas nouvelle, mais repose au contraire sur une tradition multiséculaire<sup>2105</sup>.

---

<sup>2097</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 5 ; IMBERT, p. 78.

<sup>2098</sup> PORTALIS : « [...] ; quant à la propriété, il en faisait une institution directe de la nature, justifiée par le fait que l'homme a un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien ». (THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 8). ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 105 s. ; THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 6 et 8 s. Le droit romain est aussi prééminent au droit des obligations.

<sup>2099</sup> SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 17.

<sup>2100</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 18. L'immutabilité est éminemment compatible avec la qualité de droit naturel que l'on prête au droit romain.

<sup>2101</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 9, qui cite à propos du droit des obligations : « Les auteurs du projet actuel du Code ont cru que ce serait rendre service à la société si on retirait du dépôt des lois romaines une suite de règles qui, réunies, formassent un corps de doctrine élémentaire, ayant à la fois la précision et l'autorité de la loi. »

<sup>2102</sup> ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I*, p. 262 : « Das II. Buch handelt von [...], größten Theils nach der Lehre des Römischen Rechts, doch mit aufmerkamer Entfernung der, in der Römischen Verfassung gegründeten, Subtilitäten. » Le même dresse donc un constat plutôt favorable au droit des biens du Code Napoléon, ce qui tranche quelque peu avec son opinion générale de l'ouvrage.

<sup>2103</sup> SCHMIDLIN, p. 213 s. ; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1115 ss. Ce dernier qualifie le rôle de la propriété romaine de fonction ordonnatrice.

<sup>2104</sup> PORTALIS, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 10.

<sup>2105</sup> SICARD, p. 18. Voir à cet égard, notre citation de BARTOLE (cf. *supra* p. 275), à laquelle nous ajoutons une autre de LESSIUS au début du XVII<sup>e</sup> siècle (rapportée par SICARD, p. 19) : « *re tua uti tuo arbitrio, eam vel tibi servando, vendendo, vel donando vel vastando* » (le droit d'user de la chose à ton gré, de t'en servir, de la vendre, de la donner, et même de la détruire).

Si le Code est en effet un compromis (transaction) entre le droit romain et les coutumes les plus importantes<sup>2106</sup>, tel n'est pas le cas des articles qui se rapportent à la propriété : ceux-là sont proprement romains – dans la mesure du moins où il nous faut nier tout caractère coutumier à la propriété elle-même<sup>2107</sup>. Le droit coutumier, nous le verrons reparait bien vite en ce qui concerne la division des biens.

Finalement, le Code Napoléon présente une « *synthèse de l'histoire du droit français*<sup>2108</sup> ». Il est difficile de qualifier politiquement le Code Napoléon dans son ensemble : réactionnaire ou révolutionnaire<sup>2109</sup> ? Juridiquement, en matière de droit des biens, les règles exposées sont loin d'être révolutionnaires.

§ 3. Doté d'une immense aura, le Code Napoléon n'en demeure donc pas moins « *une œuvre plus pratique que scientifique*<sup>2110</sup> » ; l'on doit bien reconnaître que la priorité devait sans doute aller d'abord au pragmatisme et au consensus<sup>2111</sup>. Ce qualificatif que le Code Napoléon se voit refuser aujourd'hui en regard de codifications ultérieures<sup>2112</sup>, ne peut pourtant être totalement nié. Une certaine dimension scientifique existe. Il y a d'abord un remarquable travail de synthèse, d'unification et – il faut le dire – d'amélioration technique du droit par rapport à l'Ancien Régime<sup>2113</sup>. Mais l'influence des théoriciens (HALPERIN cite GROTIUS, PUFENDORF, WOLFF, BARBEYRAC) et de l'École moderne du droit naturel reste diffus<sup>2114</sup>. De même, la doctrine française se réduit pour ainsi dire à un seul homme : POTHIER<sup>2115</sup>. Le droit des biens en général et la propriété en particulier ne sont donc pas l'objet d'une théorie générale, que l'on considère le Code Napoléon ou les travaux préparatoires<sup>2116</sup>.

Quoi qu'il en soit, les réflexions jusnaturalistes font leur entrée dans le droit positif<sup>2117</sup>. Le plan du Code Napoléon repose entièrement sur « *l'idée de droit subjectif* »<sup>2118</sup> – à défaut d'en avoir encore clairement arrêté la notion.

---

La définition de l'*Encyclopédie* est elle aussi édifiante : « *le propriétaire est celui qui a le domaine d'une chose, mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, qui a le droit d'en jouir, et d'en faire ce que bon lui semble même de la dégrader et détruire, autant que la loi le permet, à moins qu'il n'en soit empêché par quelque convention ou disposition.* »

<sup>2106</sup> IMBERT, p. 78.

<sup>2107</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 11.

<sup>2108</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 20.

<sup>2109</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 21.

<sup>2110</sup> IMBERT, p. 78. Dans le même sens, LASSERRE-KIESOW, p. 57 ss.

<sup>2111</sup> LASSERRE-KIESOW, p. 58.

<sup>2112</sup> Cf. *infra* p. 359 (à propos du BGB).

<sup>2113</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 4.

<sup>2114</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 20.

<sup>2115</sup> SAVIGNY, *Von Beruf unsrer Zeit*, p. 60 s.

<sup>2116</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 109.

<sup>2117</sup> LASSERRE-KIESOW, p. 59. Nous retrouvons par là la traditionnelle opposition entre droit naturel et positivisme juridique.

<sup>2118</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 20.

## E. La propriété du Code Napoléon

Dans la continuité des définitions de la doctrine de l’Ancien Régime<sup>2119</sup>, l’article 544 du Code Napoléon établit la propriété comme étant : « *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*<sup>2120, 2121</sup>. » Nous nous rappelons que cette formulation est, à peu de chose près, depuis fort longtemps usitée chez les juristes – en premier lieu chez BARTOLE – et est donc peu originale pour l’époque<sup>2122</sup>.

Et pourtant, le lecteur de nos lignes précédentes le devine sans difficulté, à près de mille ans d’écart, l’approche de la notion est résolument nouvelle et moderne. La propriété du Code Napoléon est « *bien davantage une création des juristes modernes, sous l’influence de la théologie néoscholastique et des philosophies individualistes, néostoïcienne puis lockienne*<sup>2123</sup>. » L’approche du code est donc résolument individualiste : la propriété est le droit subjectif par excellence<sup>2124</sup>. Et si avec PORTALIS, nous pouvons nous accorder à dire que la propriété se trouve « *dans tous les temps et partout* », jamais dans l’histoire elle n’apparaît aussi intimement rattachée à son titulaire, jamais elle n’a une telle hégémonie parmi les institutions du droit des biens : « *Le droit de propriété est évidemment au premier rang des droits réels ; ou plutôt même, car ce n’est pas assez dire, il est le type, il est (si j’osais m’exprimer ainsi) l’étalon de tous les droits réels*<sup>2125</sup>. »

La féodalité étant abolie et l’atmosphère politique de l’époque se devant de rassurer les nouveaux propriétaires, le Code Napoléon ne contient pas la notion de domaine éminent en mains de l’État dans la ligne de la pensée jusnaturaliste, pas plus qu’il ne traite les questions que cette absence soulève<sup>2126</sup>. La législation tire les conséquences de l’abandon des principes de l’ancien droit des biens et trace un trait sur la maxime de la directe universelle<sup>2127</sup>, remplacée par une nouvelle : « *Au citoyen la propriété, et*

---

<sup>2119</sup> Cf. *supra* p. 274 ss.

<sup>2120</sup> Toutes les citations du Code Napoléon sont issues de l’*Édition originale et seule officielle* publiée par l’imprimerie impériale à Paris en 1807.

<sup>2121</sup> À l’art. 2 de la loi du 28 septembre 1791 concernant les biens et usages ruraux de la police rurale, il était déjà possible de lire : « *Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l’exploitation de leurs terres, de conserver à leur gré leurs récoltes, et de disposer de toutes les productions de leur propriété dans l’intérieur du royaume et au dehors, sans préjudicier au droit d’autrui et en se conformant aux lois.* »

<sup>2122</sup> LEVY J.-P., p. 83.

<sup>2123</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 10.

<sup>2124</sup> THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 10.

<sup>2125</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 188.

<sup>2126</sup> LEVY J.-P., p. 84 ; ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 109.

<sup>2127</sup> LEVY J.-P., p. 83 s. Voir, déjà, PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 6 (« *Dans les États despotiques, où le prince est propriétaire de tout le territoire, [...]* »).

au souverain l'Empire<sup>2128</sup>. » « *La propriété est inviolable* » déclare NAPOLEON en 1809<sup>2129</sup>. Quoi qu'il en soit, l'intérêt de l'État supplante l'arbitraire de l'individu dans l'exercice de son droit de propriété en de nombreuses dispositions<sup>2130</sup> et dont le principe sous-jacent figure à l'art. 544 CN. Nécessité sociale sans aucun doute, mais qui ne repose pas sur une théorie juridique clairement établie. L'on continue parfois – dans le silence de la loi – à rattacher ces restrictions à un *dominium eminens*, faute de mieux et par habitude<sup>2131</sup>. Alors que « *l'idée d'une copropriété pour les souverains sur les biens de leur territoire est fautive et en opposition avec le droit de propriété*<sup>2132</sup>. » Cette seconde opinion DE MALEVILLE s'impose, car avec l'abandon de la féodalité, s'est produit l'aboutissement de la dissociation entre questions de droit public et de droit privé auparavant regroupées pêle-mêle dans l'institution du fief. Désormais, l'intervention de l'État repose sur les tâches publiques qui lui sont attribuées – que les interventions législatives ressortent au droit privé ou au droit public<sup>2133</sup>. Ce mouvement prend racine dans la Déclaration de 1789, nous l'avons dit. Les interventions de l'État sortent du champ du droit privé et donc très largement de notre étude.

Le choix terminologique du législateur en accord avec le dernier état de la doctrine d'Ancien Régime (c'est-à-dire POTHIER), est donc celui de propriété et non plus de « *domaine de propriété* »<sup>2134</sup>. Les juristes contemporains du code rattachent la définition du code à deux dispositions du droit romain qui ne concernent pas tant le *dominium*, mais plutôt la modération qui doit être adoptée même lorsque la loi nous permet d'agir : ULPIEN, D. 39, 3, 1, 4 et 13 (à propos du droit de voisinage en matière d'eau)<sup>2135</sup>; JUSTINIEN, C. 4, 35, 21 (à propos des pouvoirs du man-

<sup>2128</sup> PORTALIS, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 5.

<sup>2129</sup> TROPLONG, p. 129.

<sup>2130</sup> Voir les art. 545, 713, 715 CN.

<sup>2131</sup> Ainsi, ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 109 s.

<sup>2132</sup> MALEVILLE repris sans précision par LEVY J.-P., p. 84.

<sup>2133</sup> LEVY J.-P., p. 84. Cf *supra* p. 17 (à propos du droit constitutionnel suisse).

<sup>2134</sup> Pourtant, la doctrine continuera longtemps encore à user de cette dernière terminologie. Ainsi, TROPLONG, p. 6. Comparez cette modification à celle de l'ABGB : cf. *infra* p. 338 ss.

<sup>2135</sup> Leg. 1, §. 4 et 13 ss, *de aqua et aquae pluviae arcendoe*: « *Sed et fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucisu ait fundi colendi causa fieri: non tamen oportere corrivandae aquae causa fieri: sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini Deteriore faciat.* » / « *Mucius est encore d'avis qu'on peut faire des rigoles pour dessécher son champ, mais non pas pour en conduire l'eau dans celui du voisin. Il en rend cette raison, qu'il est à la vérité permis à chacun d'améliorer son champ, de manière cependant qu'il ne nuise pas à celui de son voisin.* » ; « *Item sciendum est hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere: et inferiorem adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet.* » / « *Il faut encore observer que cette action a deux objets; elle est donnée au propriétaire d'un héritage supérieur, pour forcer le propriétaire d'un héritage inférieur à souffrir l'écoulement de ses eaux, et à n'en pas arrêter le cours par quelque ouvrage fait de main d'homme; elle est donnée aussi au propriétaire de l'héritage inférieur contre le propriétaire de l'héritage supérieur, pour forcer celui-ci à ne pas faire écouler les eaux de son héritage d'une manière différente de celle suivant laquelle*

dant)<sup>2136</sup>. Il faut dire que prolongeant en cela la tradition romaine, le Code Napoléon ne donne pas de véritable définition de la propriété, mais en décrit le contenu<sup>2137</sup>. Ce qui est logique dans la mesure où il s'agit largement d'une reprise de la garantie de la propriété telle qu'inscrite dans la Constitution de 1793<sup>2138</sup>. Aussi pour ce qui concerne la notion même de propriété, il faut reprendre le dernier état de la doctrine de l'Ancien Régime<sup>2139</sup>. POTHIER écrit ainsi en 1772 que «*le domaine de propriété est ainsi appelé, parce que c'est le droit par lequel une chose m'est propre & m'appartient privativement à tous autres. Ce droit de propriété considéré par rapport à ses effets, doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux Lois: Jus de re liberè disponendi ou jus utendi & abutendi*<sup>2140</sup>.»

Si la formule du Code Napoléon est quelque peu lacunaire sur ce point<sup>2141</sup> (et sur d'autres<sup>2142</sup>), la notion de propriété telle qu'elle y figure expose la nouvelle base juridique pour l'Europe continentale. Non seulement la notion longtemps mûrie par la doctrine fait son entrée dans le droit positif, mais surtout – et c'est essentiel – l'on in-

---

*elles ont toujours coulé.*» Voir DARD, p. 104 ad art. 544 CN; DUFOUR DE SAINT-PATHUS, p. 307 ad art. 544 CN.

<sup>2136</sup> Leg. 21, cod. mandati: «*In re mandata non pecuniae solum, enjus est certissimam mandati iudicium, veranaedum existimationis periculum est. Nam suae quidem qui-que rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit, Aliena verò negotia exacto officio geruntur: nec quiequam in eorum administratione neglectum ac declinatum, culpa vacuum est.*»/«*Dans ce qui concerne le mandat, on risque non-seulement son bien, qui est l'objet principal de l'action du mandat, mais encore l'infamie: car celui qui est l'administrateur et le maître de sa chose, ne fait point toutes ses affaires, mais la plupart à sa volonté. Les affaires d'autrui doivent être administrées avec la plus grande exactitude; à cet égard rien de ce qui a été négligé ou mal administré n'est exempt de faute.*» Voir DE MALEVILLE, p. 25 ad art. 544 CN; DARD, p. 104 ad art. 544 CN; DUFOUR DE SAINT-PATHUS, p. 307 ad art. 544 CN.

<sup>2137</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1811*, p. 211, note n° 3 («*Jedoch enthält dieser Art. [...] nicht eine Definition des Eigenthumes, sondern nur reine Aufzählung der darinnen enthaltenen Rechte.*»). Dans le même sens, LEVY J.-P., p. 83.

<sup>2138</sup> Art. 16 constitution du 24 juin 1793: «*Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.*»

<sup>2139</sup> PORTALIS s'en inspire largement, ce que n'ont pas manqué de remarquer les commentateurs contemporains qui renvoient à l'œuvre de POTHIER: ZACHARIAE, *Handbuch 1811*, p. 210; DUFOUR DE SAINT-PATHUS, p. 307 ad art. 544 CN.

<sup>2140</sup> POTHIER, *De la propriété*, n° 4, p. 6.

<sup>2141</sup> Voir la critique de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 66 («*Diese Grundbegriffe nun sind hier nicht etwa blos nirgends definiert, [...], und diese Unkunde verbreitet über das ganze Werk mehr Dämerung, als man glauben sollte.*»).

<sup>2142</sup> Le droit d'user des choses est sous-entendu. En ce sens, TROPLONG, p. 21: «*[...], la raison dit à tout le monde que l'appropriation engendre des effets permanents, et que le propriétaire peut user de sa chose à sa guise, en véritable souverain, avec une indépendance de volonté dont il ne doit compte à personne.*»



troduit un nouveau système de droit des biens qui se substitue à l'ancien<sup>2143</sup>. « Dans le Code Napoléon, tout tourne autour de la propriété<sup>2144</sup>. »

La définition française de la propriété privée offre pourtant une notion encore embaumée d'un parfum d'Ancien Régime. La rupture entre l'ancien droit et le nouveau n'est pas si nette que l'on veut bien nous le faire croire. Le Code Napoléon ne constitue-t-il pas – plutôt qu'une reprise du droit romain tempérée ci et là par des concessions à l'ancien droit – l'achèvement d'un processus de théorisation à la romaine du droit français amorcé par les glossateurs ? Nous le pensons, car le droit des biens napoléonien est sans cesse tiraillé entre les doctrines de l'ancien droit et le droit romain lui-même. Elle n'est pas totalement aboutie. La division des choses est particulièrement traditionnelle.

Bien que la propriété tienne une place extrêmement importante dans la vie de l'homme, PORTALIS semble se ranger aux opinions philosophiques de l'Ancien Régime qui considèrent que le droit naturel ne s'occupe pas de la propriété<sup>2145</sup>. La société est donc la source du droit de propriété : elle le garantit et le limite dans la mesure de son intérêt – l'individu s'effaçant au profit d'un État autoritaire<sup>2146</sup>. Cette solution constitue un point d'équilibre. Selon PORTALIS, la propriété ne dérive pas d'une convention<sup>2147</sup>. Tel est également l'opinion de TROPLONG : « L'empire de la loi, comme cause de la propriété, est donc une usurpation : il est banni formellement de la théorie du Code civil, [...]. L'État n'est pas le propriétaire suprême, [...] »<sup>2148</sup>. et « L'État n'a sur la propriété que les droits attachés au commandement politique<sup>2149</sup>. » Autrement dit, l'État ne peut agir que pour protéger et garantir la propriété. Aussi, se pose la question de la justification de l'impôt – question qui est désormais hors du droit privé. Le modèle romain, nous nous souvenons, reposait sur une forme de domaine éminent sur les terres conquises, néanmoins d'embellie fictionnel. Ici, ce modèle est rejeté. C'est donc sur la nécessité publique et sur le consentement de la Nation que les impôts se fondent<sup>2150</sup>. Tel est l'avis majoritaire de la doctrine postérieure au code et

<sup>2143</sup> PATAULT, p. 216.

<sup>2144</sup> LEVY J.-P., p. 93. Dans le même sens, TERRE, p. 33. Ainsi, DE LAS CASES (*Mémorial de Sainte-Hélène*, p. 264 s.) : « Ce degré de prospérité est dû aux lois libérales qui régissent ce grand empire, à la suppression de la féodalité, des dîmes, des mainmortes, des ordres monastiques ; suppression qui a constitué ou affranchi ce grand nombre de propriétés particulières, aujourd'hui le patrimoine libre d'une multitude de familles jadis prolétaires ; il est dû à l'égalité des partages, à la clarté et à la simplification des lois sur la propriété et sur les hypothèques, [...] »

<sup>2145</sup> Cf. *supra* p. 251.

<sup>2146</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 25.

<sup>2147</sup> Lequel se range donc à l'opinion de l'abbé MAURY : FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, p. 112 s. (Jean-Etienne-Marie PORTALIS). Voir aussi TROPLONG, p. 124.

<sup>2148</sup> TROPLONG, p. 126. Dans le même sens, TERRE, p. 34.

<sup>2149</sup> TROPLONG, p. 127. Dans le même sens, TERRAT, p. 350. Voir, également, LOCRE DE ROISSY, *La législation IV*, p. 78.

<sup>2150</sup> BIENVENU, p. 138.

avant elle de LOCKE, MEY (si l'État a un domaine éminent, la propriété du particulier est imparfaite), THOURET et, dans une moindre mesure, MIRABEAU (pour qui l'impôt est la contrepartie de la protection de l'État)<sup>2151</sup>. En leur temps, ROBESPIERRE et LE MERCIER DE LA RIVIERE restèrent favorables au domaine éminent de l'État<sup>2152</sup>.

Le droit de propriété français n'est pas totalement abouti dans son processus de subjectivisation puisqu'il fonctionne – à défaut d'autres règles expresses dans le code – selon le principe du démembrement. Nous lisons ainsi dans un répertoire de 1828 qu'il existe des cas dans lesquels le droit de propriété est « imparfait », notamment lorsque « *la chose est chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire* »<sup>2153</sup>. Nous avons vu que cette approche correspond à celle objective de l'ancien droit et peut, dans la même mesure, être rapprochée du droit anglais<sup>2154</sup>.

Le changement de vision juridique d'objective à subjective est néanmoins visible dans la doctrine. Alors que POTHIER commence son exposé sur le « *Droit de domaine de Propriété* » ainsi : « *Il n'y a aujourd'hui à l'égard des meubles qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-aleu. À l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces de domaines ; le domaine direct, & le domaine utile.* » AUBRY/RAU exposent une notion abstraite de toute matérialité : « *La propriété, en général, est le droit en vertu duquel un objet est soumis, d'une manière absolue, au bon plaisir d'une personne. [...] La propriété des choses, en particulier, est le droit qui vient d'être défini, en tant qu'il s'applique à des objets corporels dépourvus de capacité juridique* »<sup>2155</sup>. Cette approche moderne est rendue possible si le point de départ du raisonnement n'est plus la chose, mais le sujet de droit et les droits qu'il détient. POTHIER expose les notions par leur objet sans même utiliser le mot « droit », alors que ce dernier mot est prédominant dans les définitions de AUBRY/RAU. Dans le même sens, DEMOLOMBE explique que la nouvelle législation abandonne la distinction de GAIUS entre *personae, res* et *actiones*, car le Code Napoléon « *n'a que deux objets* : les personnes et les choses<sup>2156</sup>. » Cela en raison du fait que dorénavant les actions comprises comme « *le droit d'une personne sur un bien [...] ne forment plus un objet spécial et distinct des biens auxquels elles s'appliquent ; elles s'y confondent, [...]* »<sup>2157</sup> et l'action, « *c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de*

---

<sup>2151</sup> Voir BIENVENU, p. 138 et 139 ss.

<sup>2152</sup> BIENVENU, p. 138 s.

<sup>2153</sup> MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, p. 488 (sous l'entrée « propriété »).

<sup>2154</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 233.

<sup>2155</sup> Notre mise en évidence. AUBRY/RAU, p. 391 s.

<sup>2156</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 2 s.

<sup>2157</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 2.

*guerre, au lieu d'être à l'état de paix*<sup>2158</sup>. » Autrement dit, le système juridique repose sur la figure du droit subjectif; et les actions ne constituent plus que les conséquences logiques et naturelles du droit subjectif dont elles dépendent<sup>2159</sup>.

Aussi, si contrairement à l'ABGB<sup>2160</sup>, le Code Napoléon ne conçoit pas expressément la propriété comme une faculté, tel est clairement le cas implicitement<sup>2161</sup>.

Dans l'esprit du législateur français, il nous faut donc d'abord commencer par expliquer ce en quoi consiste ce droit de propriété, c'est-à-dire quelle est sa nature et quelles sont les facultés qu'il offre avant de nous intéresser à son champ d'application.

§ 1. *Nature du droit*. La propriété du Code Napoléon est le droit subjectif par excellence tel que conçu et appréhendé par les courants humanistes, comme nous l'avons déjà expliqué<sup>2162</sup>. Alors que cette caractéristique fondamentale la distingue du droit romain<sup>2163</sup>, pour le surplus la propriété française répond – dans les grandes lignes, mais néanmoins pas entièrement – aux mêmes caractéristiques que celles du *dominium*<sup>2164</sup>. Ainsi, le droit de propriété du Code Napoléon est-il absolu, exclusif et perpétuel<sup>2165</sup>. Ce triptyque élégant est certes quelque peu postérieur à la rédaction du code, mais les principes qu'il reflète sont déjà acquis en 1804<sup>2166</sup>.

Absolu, d'abord car il accorde toute discrétion au propriétaire vis-à-vis de sa chose, sans qu'un autre sujet de droit ne puisse lui imposer une limite; la propriété offre un pouvoir illimité<sup>2167</sup>. Le domaine éminent a disparu, seul demeure le domaine utile<sup>2168</sup>. Cela est avant tout une caractéristique politique: les charges féodales ne doivent pas pouvoir renaître et les acquéreurs des biens nationaux doivent être assurés de leur bon droit<sup>2169</sup>. L'absolu en ce sens, c'est donc surtout une potentialité, plus qu'une ef-

<sup>2158</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 191.

<sup>2159</sup> DEMOLOMBE (*Tome Premier*, p. 191) cite à bon escient un contemporain romaniste qui écrit, à propos de l'art. 526 CN, que « [l']action qui tend à revendiquer un immeuble, soit qu'on entende par là l'action déjà intentée ou l'action qu'on a droit d'intenter, n'est pas un bien distinct de la propriété même de l'immeuble »: PELLAT, note n° 1 de la p. 7 continuée sur la p. 8.

<sup>2160</sup> Cf. *infra* p. 344.

<sup>2161</sup> PFISTER (*La propriété dans l'ABGB*, p. 63) cite en guise d'illustration l'art. 1604 CN: « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. »

<sup>2162</sup> Cf. *supra* p. 258.

<sup>2163</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 25.

<sup>2164</sup> CARBONNIER, p. 78; TERRAT, p. 337.

<sup>2165</sup> LEVY J.-P., p. 84; CARBONNIER, p. 78 s.; TROPLONG, p. 254. TERRE écrit (p. 33): « *droit quasi-souverain, exclusif et perpétuel.* »

<sup>2166</sup> Il faut attendre exactement cinquante ans pour que la formule soit adoptée: LEVY J.-P., p. 84 et 107.

<sup>2167</sup> CARBONNIER, p. 79 s.

<sup>2168</sup> CARBONNIER, p. 80; TREILHARD, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 3 (« *Notre Code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle.* »).

<sup>2169</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 25.

fectivité: «*La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. La licence de chaque particulier opérerait infailliblement le malheur de tous*<sup>2170</sup>. » En effet, l'on se doute des intérêts de certains, toute servitude ou charge n'est pas exclue: cependant elle doit prendre une forme moderne et n'être ni perpétuelle ni personnelle<sup>2171</sup>. Ainsi, les fermages et baux ne peuvent plus être perpétuels<sup>2172</sup>.

Absolu encore, car opposable à tous. L'égalité fonde la reconnaissance des droits de chacun<sup>2173</sup>: «*Si la liberté fonde la propriété, l'égalité la rend sacrée. Tous les hommes étant égaux, c'est-à-dire, également libres, chacun doit reconnaître dans autrui la souveraine indépendance du droit. [...] De la liberté sort le droit, de l'égalité le devoir, du devoir l'inviolabilité du droit*<sup>2174</sup>. » Absolu enfin, car il s'agit du droit réel le plus complet: celui qui accorde toutes les facultés possibles au titulaire<sup>2175</sup>. D'emblée néanmoins, le législateur peut limiter le droit de propriété en se fondant sur l'intérêt public<sup>2176</sup>. Une forme de théorie de l'abus de droit existe déjà<sup>2177</sup> et se développera dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle; aussi, l'absolutisme de la propriété, tout en se maintenant dans son principe, s'atténuera<sup>2178</sup>.

L'exclusivisme constitue le trait moderne de la propriété napoléonienne<sup>2179</sup>: «*Il est la face juridique de l'abolition de la féodalité, du déclin de la famille patriarcale et lignagère, des coups portés aux corps et communautés, structures conservatrices de la société monarchique*<sup>2180</sup>. » Au seul propriétaire appartient la maîtrise absolue de la chose et tous les autres titulaires de droit sur cette dernière se voient refuser le qualifi-

---

<sup>2170</sup> PORTALIS, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 5. Voir, dans le même sens, près d'un siècle plus tard, à propos de la propriété, RANDA, p. 2 s.: «*Nur seinem begrifflichen Wesen – seiner inneren Anlage nach ist somit das E. volle rechtliche Herrschaft, während seine Gestaltung im wirklichen Leben Einschränkungen mannigfacher Art wohl verträgt.* »

<sup>2171</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 26. Voir aussi art. 686 et 530 CN.

<sup>2172</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 26.

<sup>2173</sup> TROPLONG, p. 12.

<sup>2174</sup> TROPLONG, p. 12.

<sup>2175</sup> CARBONNIER, p. 79 s.

<sup>2176</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 26; CARBONNIER, p. 80.

<sup>2177</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 26.

<sup>2178</sup> CARBONNIER, p. 79.

<sup>2179</sup> Dans la mesure du champ d'application étendu que le nouveau droit donne au terme « propriété » en s'extrayant de l'approche objective de l'ancien droit. En effet, par propriété on entendait académiquement depuis longtemps «*le droit, le titre par lequel une chose appartient en propre à quelqu'un* », c'est-à-dire «*à l'exclusion de tout autre.* » Voir, *Dictionnaire de l'Académie française 1694*, p. 335. Définition qui est d'une remarquable stabilité depuis lors dans les éditions successives. À peine la neuvième édition (en cours d'achèvement) ajoute-t-elle, en sus, le texte de l'art. 544 CN.

<sup>2180</sup> PATAULT, p. 216.

catif de propriétaires : « *L'exclusivisme donne au propriétaire vocation à toutes les utilités de sa chose et liberté dans la jouissance de ces utilités ; [...]*<sup>2181</sup>. » Il peut toujours exister plusieurs titulaires des diverses utilités d'une chose, mais cette dernière ne connaît plus qu'un seul propriétaire. Les droits des autres titulaires de prérogatives vis-à-vis de la chose se cantonnent à de simples servitudes, c'est-à-dire des droits réels, certes, mais sur la chose d'autrui<sup>2182</sup>. Sur ce point, l'on peut penser revenir au schéma de GAIUS : la propriété se confond avec son objet et se distingue par là des autres droits réels<sup>2183</sup>. En effet, le développement économique – et avec lui celui d'un esprit entrepreneurial et volontaire – conduit à accorder une importance grandissante à la maîtrise, non plus seulement des fruits que fournissent les choses, mais également les choses elles-mêmes. L'*abusus* – qu'il s'agisse du pouvoir d'aliénation ou de transformation – devient déterminant. Or, n'a cette faculté que celui qui maîtrise la matière. Il y a donc un glissement des utilités vers la chose objet de droit. À cela s'ajoute l'admiration des juriconsultes pour le droit romain qu'ils essaient en permanence de réconcilier avec leur propre droit. Or, en droit romain, comme nous le savons, la propriété se confond avec son objet et ne porte que sur des choses corporelles. DUMOULIN, déjà, insiste sur l'importance de distinguer entre l'immeuble proprement dit et ce qui n'est que « réputé » immeuble<sup>2184</sup>. Par là, redevient claire la distinction romaine entre la propriété – qui fait corps avec l'objet – et les autres droits réels – qui n'offre pas le pouvoir d'*abusus* directement sur la chose et partant deviennent une catégorie secondaire face à la propriété qui prend une place prééminente.

Cependant, la relation entre la propriété et les autres institutions du droit des biens ne peut pas être celle que connaissait le droit romain entre le *dominium* et les *iura in res aliena*. Car au-delà de la distinction quantitative, il n'y a aucune différence de nature entre la propriété et les autres droits réels. Nous en voulons pour preuve la théorie dite du démembrement qui, comme sous l'ancien droit, attribue aux institutions du droit des biens la tâche de répartir les utilités de la chose entre les divers titulaires. C'est pourquoi si une chose « *est chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire* », alors la propriété est qualifiée d'« imparfaite »<sup>2185</sup>. Cette théorie du dé-

<sup>2181</sup> PATAULT, p. 216.

<sup>2182</sup> PATAULT, p. 216.

<sup>2183</sup> En ce sens, il est intéressant de noter l'évolution de la définition de « propriété » dans le dictionnaire de l'Académie française. Dans sa sixième édition de 1835 elle indique que propriété « *se dit aussi de La [sic] chose qui appartient en propre à quelqu'un. [...] Il s'emploie aussi absolument, et se dit Des [sic] biens-fonds, comme terres, maisons.* » (*Dictionnaire de l'Académie française 1835*, sous l'entrée « propriété », p. 521). Ce sens du mot ne figurait pas dans la cinquième édition de 1798 (*Dictionnaire de l'Académie française 1789*, sous l'entrée « propriété », p. 379).

<sup>2184</sup> PATAULT, p. 256.

<sup>2185</sup> MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, p. 488, I, (sous l'entrée « propriété »).

membrement se justifie d'autant que «[t]ous les droits patrimoniaux (droits réels, droits personnels), ainsi que leurs modes d'acquisition et d'extinction (successions, contrats, etc.) sont étudiés et réglementés en fonction du droit de propriété<sup>2186</sup>.»

La propriété ne peut être grevée d'autres prétentions réelles que de façon exceptionnelle – sont visés les cas de copropriété, ainsi que la propriété corporative – ou pour une durée déterminée – ainsi en va-t-il des autres servitudes<sup>2187</sup>.

L'exclusivisme comme pour le droit romain, se concilie mal avec la copropriété. Aussi, la situation de copropriété est-elle considérée juridiquement de la façon suivante : il n'y a qu'une seule propriété qui porte sur la chose entière, propriété tenue en commun par tous les copropriétaires<sup>2188</sup>. Voilà pourquoi, le code en fait une situation provisoire (art. 815 CN)<sup>2189</sup> et ouvre le partage gratuit en tout temps<sup>2190</sup>.

La propriété est perpétuelle dans la mesure de l'existence de son objet<sup>2191</sup>. Elle se distingue par là de certains droits réels restreints<sup>2192</sup>. En vertu de cette qualité (et de la diminution de l'importance des biens immobiliers<sup>2193</sup>), la propriété exclut l'existence de retraits<sup>2194</sup>. L'article 2125 CN suppose pourtant l'existence d'une propriété conditionnelle<sup>2195</sup>.

Nous notons l'apparition d'un *numerus clausus* par la détermination de par la loi des démembrements admis<sup>2196</sup>, mais pas celui d'une véritable publicité des droits réels fonciers, contrairement à ce qui se passera en Autriche. En outre, au XIX<sup>e</sup> siècle, l'emphytéose est reconnue par la jurisprudence, mais n'est à nouveau insérée dans la loi qu'au XX<sup>e</sup> siècle.

À l'époque de l'individualisme si longtemps revendiqué et finalement émancipé, si la propriété se confond avec une autre notion, c'est bien plutôt avec le sujet de droit qui la détient. Cette proximité entre le sujet et son droit – inédite dans l'histoire, rappelons-le – pourrait nous incliner à n'en faire qu'une seule catégorie. Pourquoi en effet ne pas classer, à l'instar de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, toutes

---

<sup>2186</sup> TERRE, p. 33.

<sup>2187</sup> LEVY J.-P., p. 85.

<sup>2188</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 107.

<sup>2189</sup> TERRAT, p. 343.

<sup>2190</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 107 s.

<sup>2191</sup> CARBONNIER, p. 79.

<sup>2192</sup> CARBONNIER, p. 79.

<sup>2193</sup> TREILHARD, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 1.

<sup>2194</sup> LEVY J.-P., p. 85 s.

<sup>2195</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 107.

<sup>2196</sup> TREILHARD, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 3 : «[...] on ne peut avoir sur les biens que trois sortes de droits ; ou un droit de propriété, ou une simple jouissance, ou seulement des services fonciers.» Voir aussi TERRAT, p. 338.

les libertés dans la même catégorie et n'en faire que des émanations de la personnalité? Il y a de graves raisons qui s'opposent à cela.

§ 2. *Facultés offertes*. L'article 544 du Code Napoléon énonce les pouvoirs de jouissance (*fructus*) et de disposition (*abusus*)<sup>2197</sup>. L'on admet que la liste est lacunaire, puisqu'il manque la mention de l'usage (*usus*), faculté qui est néanmoins incontestée et qui apparaît dans un sens générique au moment de poser le principe de la loi comme limite de la propriété<sup>2198</sup>.

Cela étant précisé, il n'y a guère plus de détails à donner. L'on n'a plus l'idée d'énumérer les facultés du propriétaire en détail comme le faisait encore POTHIER<sup>2199</sup>. La propriété étant un droit inné de l'homme, il ne revient pas au droit positif d'en donner le contenu, mais seulement de limiter les prérogatives du propriétaire dans l'intérêt commun. Car l'intérêt de la société n'a pas soudainement disparu au profit de l'individu comme unique entité juridique. Bien au contraire, l'État napoléonien limite de multiples façons les facultés des propriétaires<sup>2200</sup>. Il faut – toujours à propos des facultés offertes – tout de même noter deux différences avec l'Ancien Régime.

L'*abusus* (ou *ius disponendi*) est très certainement la faculté du propriétaire qui est la plus discutée pendant l'interrègne des Bourbons et après leur retour. Elle est un élément clef du nouveau droit<sup>2201</sup>. Ainsi, ZACHARIAE<sup>2202</sup> s'y attarde-t-il plus que pour les autres facultés, afin de bien expliquer que le droit de disposition inclut non seulement le pouvoir matériel sur le *corpus*, mais aussi celui de disposer juridiquement de sa propriété en la grevant de droits de tiers ou en l'aliénant<sup>2203</sup>. Sur le principe, le pouvoir de disposition du propriétaire est reconnu comme «*un attribut capital de la propriété*<sup>2204</sup>». La propriété étant un droit inné de l'homme, il appartient nécessairement à son titulaire la pleine compétence de la céder. Le droit positif vient en déterminer les limites. Ainsi, nous le savons, les droits réels sont désormais soumis à un *numerus*

<sup>2197</sup> ZACHARIAE (*Handbuch 1808*, p. 106) reprend cette simple distinction.

<sup>2198</sup> CARBONNIER, p. 78.

<sup>2199</sup> Il dressait une liste de six facultés à disposition du propriétaire : les droits d'avoir tous les fruits, de se servir de la chose, de changer sa forme, de la perdre entièrement, d'empêcher tous les autres de s'en servir et de l'aliéner. Voir POTHIER, *De la propriété*, p. 6 s., n° 5.

<sup>2200</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 37. De telles restrictions fondées sur l'intérêt de l'État perdurent évidemment après la chute de l'empire. Voir MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, p. 488 (sous l'entrée «Propriété») : «*Ainsi, un marchand de blé ne peut pas transporter son blé hors du territoire français, [...]*» Ces règles puisaient déjà leur origine dans l'ancien droit : POTHIER, *De la propriété*, n° 14, p. 15.

<sup>2201</sup> PATAULT, p. 172.

<sup>2202</sup> CARRARD, p. 134 : «*Les Allemands, Zachariae l'a prouvé déjà il y a longtemps, ont mieux compris l'esprit du droit français que les Français eux-mêmes, la science allemande exercera toujours plus d'influence dans la Suisse romande.*»

<sup>2203</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 106 s.

<sup>2204</sup> CARBONNIER, p. 79.

*clausus* strict qui réduit d'autant les possibilités à la disposition du propriétaire lorsqu'il souhaite céder à autrui une partie de ses facultés. Ne s'offre à lui qu'un choix limité et déterminé. Implicitement les possibilités de jouissance juridiques du propriétaire se sont réduites. Au contraire, évidemment, la jouissance matérielle des choses a été étendue à son maximum. Le propriétaire peut user librement de son bien. Il a désormais le droit de clore et de déclore (art. 647 CN)<sup>2205</sup>. Droit qui « [...] résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire<sup>2206</sup>. » Disposition qui peut paraître anecdotique, mais qui a son importance dans la mesure où cela tend à mettre fin à la possibilité de la vaine pâture et donc à une autre forme encore de maîtrise collective<sup>2207</sup>. Cette dernière est en effet devenue une « *servitude inacceptable*<sup>2208</sup> » dont la justification économique n'est plus admise – ce qui donne à cette règle une dimension politique<sup>2209</sup>. Aussi, la vaine pâture disparaît en cas de clôture, sauf si elle est consignée dans un titre, auquel cas elle est rachetable<sup>2210</sup>. À noter que le propriétaire qui clôt son fonds n'aura plus non plus le droit de vaine pâture sur d'autres fonds (art. 648 CN)<sup>2211</sup>. L'application de ces dispositions n'est pas chose ai-

---

<sup>2205</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 106.

<sup>2206</sup> Art. 4, section IV, de la loi du 28 septembre 1791 concernant les biens et usages ruraux de la police rurale. Le même article continue : « *L'assemblée nationale abroge toutes lois et coutumes qui peuvent contrarier ce droit.* »

<sup>2207</sup> Elle est reprise de l'art. 5, section IV, de la loi du 28 septembre 1791 concernant les biens et usages ruraux de la police rurale : « *Le droit de parcours et le droit simple de vaine pâture ne pourront, en aucun cas, empêcher les propriétaires de clore leurs héritages ; et tout le temps qu'un héritage sera clos de la manière qui sera déterminée par l'article suivant, il ne pourra être assujéti ni à l'un ni à l'autre ci-dessus.* » Difficile à première lecture de mesurer correctement le pas important ainsi franchi depuis l'Ancien Régime. Certes, lors d'une procédure de règlement, la jurisprudence du XVI<sup>e</sup> siècle attribuait déjà au seigneur une part « *franche et quitte de tous droits d'usage* » (ANTONETTI, p. 280). Avant encore, HOSTIENSIS admettait un droit de clôture de la forêt par le seigneur « *nonobstant les usages* » (« *invito usuario* ») (ANTONETTI, p. 249). Il faut pourtant se souvenir de la subtile différence entre le droit de vaine pâture et le régime des biens communaux (cf. *supra* p. 235). Dans ces textes plus anciens, il s'agit de déterminer les terres seigneuriales qui ne sont pas incluses dans les biens communaux, autrement dit, il s'agit de déterminer l'assiette du domaine utile au bénéfice de la communauté, cependant que le droit révolutionnaire en affranchissant le propriétaire de la « charge sociale » que constitue la vaine pâture, met fin à la répartition des utilités telle qu'elle était opérée en principe sur toutes les terres – et anéantit là encore une autre forme de double propriété. Voir PATAULT, p. 70.

<sup>2208</sup> PATAULT, p. 173.

<sup>2209</sup> CARBONNIER, p. 158 : « *Le [Code Napoléon] proclame ce droit dans l'esprit de la Révolution, en y attachant une signification politique. Par là sont condamnées les pratiques féodales ou communautaires qui, sous l'Ancien Régime, obligeaient les propriétaires à laisser leurs champs ouverts, tantôt aux chasses seigneuriales ou royales, tantôt aux troupeaux des autres habitants (droits de vaine pâture et de parcours, en vertu desquels, dans le village ou même de village à village, les bestiaux de chacun pouvaient aller paître sur les terres de tous).* »

<sup>2210</sup> Art. 7 s., section IV, de la loi du 28 septembre 1791 concernant les biens et usages ruraux de la police rurale. Voir PATAULT, p. 173.

<sup>2211</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 106, note n° 1.



sée<sup>2212</sup>, en particulier, lorsque se pose la question de l'attribution de la «seconde herbe» à propos de laquelle les conceptions ancienne et moderne se heurtent: à tous ceux qui bénéficient de la vaine pâture ou au propriétaire du fonds<sup>2213</sup>? Il n'y a pas de réponse définitive<sup>2214</sup>.

Par ailleurs, mais les deux sont liés, se pose la double question du sort des biens objets de la propriété et de la détermination de celui-ci par le propriétaire au-delà de son existence. Les deux aspects sont éminemment controversés à l'époque<sup>2215</sup>. Aussi, la méthodologie s'inverse: la loi (civile) se doit de déterminer le sort des biens et la volonté du *de cuius* ne doit la place qui lui est faite qu'aux dispositions qui l'autorisent<sup>2216</sup>. D'une part, la stricte prédétermination du sort des biens, classés selon divers critères, pour les futures générations est un concept qui ressemble trop à la féodalité. Un propriétaire est-il libre de disposer de ses biens après son décès ou, au contraire, ne le peut-il pas<sup>2217</sup>? Aussi, la question qu'il faut se poser à propos de la transmission, c'est si la propriété survit à son titulaire ou pas. En effet, si elle lui survit, le *de cuius* peut disposer de sa propriété à cause de mort. Si elle ne lui survit pas, il revient alors à l'État la compétence d'en décider le sort<sup>2218</sup>. PORTALIS affirme la disparition de la propriété avec le décès de son titulaire<sup>2219</sup>. Mais, la disparition du droit de propriété à la mort de son titulaire n'est pas inconciliable avec le pouvoir d'en disposer après sa mort. ROBESPIERRE, sans surprise, s'exprime en défaveur du testament<sup>2220</sup> qui battrait en brèche l'abolition de la primogéniture aristocratique. Ainsi, MIRABEAU s'exprime-t-il – par l'entremise de TALLEYRAND – de la sorte en 1791: «*puisque le droit de propriété sur la plupart des biens dont les hommes jouissent est un avantage qui leur est conféré par les conventions sociales, rien n'empêche, si l'on veut, qu'on ne regarde ces biens comme rentrant de droit, par la mort de leurs possesseurs, dans le domaine commun, et retournant ensuite, de fait, par la volonté générale, aux héritiers que nous appelons légitimes*»<sup>2221</sup>. » Nous observons là les réminiscences des principes coutumiers qui imposaient de convoier le fief par l'entremise du seigneur, titulaire du domaine éminent, tout en assurant également la désignation des successeurs.

<sup>2212</sup> PATAULT, p. 173.

<sup>2213</sup> PATAULT, p. 174.

<sup>2214</sup> Si un décret impérial accorde la préférence au propriétaire du fonds, le Code Napoléon ne donne pas la réponse et la loi du 9 juillet 1889, qui supprime le droit de parcours, permet aux municipalités de le maintenir. Voir PATAULT, p. 174.

<sup>2215</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 57. Voir aussi TERRAT, p. 335.

<sup>2216</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 61 («[...] la successibilité n'est point un droit naturel: ce n'est qu'un droit social qui est entièrement réglé par la loi politique ou civile, et qui ne doit point contrarier les autres institutions sociales.»).

<sup>2217</sup> TERRAT, p. 335.

<sup>2218</sup> TERRAT, p. 337.

<sup>2219</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 57.

<sup>2220</sup> TROPLONG, p. 116.

<sup>2221</sup> MIRABEAU, p. 9.

Les réflexes nouveaux se distinguent toutefois nettement de l'ancien droit. Tous les retraits sont supprimés<sup>2222</sup>. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon fait preuve de souplesse en admettant que la volonté du *de cuius* doit être prise en compte par la loi<sup>2223</sup> : « [Le testament] n'est qu'une libéralité différée après le décès du testateur, et qui aurait pu être fait de son vivant<sup>2224</sup>. » Aussi, selon TROPLONG, le pouvoir de disposer de ses biens après sa mort n'est que la conséquence naturelle de la liberté<sup>2225</sup> : « L'égalité triomphe dans la succession légitime réglée par le Code civil; la liberté triomphe dans le testament<sup>2226</sup>. » Il s'agit là de la synthèse rousseauiste entre volontaristes et jus-naturalistes : la propriété n'est pas une création de l'État, mais le droit subjectif cesse à la mort du propriétaire. L'État est ainsi « maître de régler à sa guise la dévolution<sup>2227</sup>. » La limite à ne pas franchir demeure celle des institutions à caractère féodal – les substitutions sont ainsi interdites (art. 896 CN)<sup>2228</sup> – et finalement celle de toute dérive aristocratique<sup>2229</sup>.

§ 3. *Objet du droit*. Le droit français désigne la chose comme objet de la propriété<sup>2230</sup>, mais ne la définit pas<sup>2231</sup>. DEMOLOMBE (dit le « prince de l'exégèse »<sup>2232</sup>) nous apprend que bien que le législateur du Code Napoléon mélange les notions, il faut en réalité distinguer entre les choses et les biens ; ces derniers sont une sous-catégorie des premiers : il s'agit des « choses qui peuvent être utiles à l'homme pour la satisfaction de ses besoins ou de ses jouissances<sup>2233</sup> », à l'exclusion des droits de la personnalité<sup>2234</sup>. Les biens sont donc patrimoniaux<sup>2235</sup>. Ils se classent selon « [...] le

---

<sup>2222</sup> PATAULT, p. 174 s.

<sup>2223</sup> HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 31 ; TERRAT, p. 337.

<sup>2224</sup> TROPLONG, p. 34 s.

<sup>2225</sup> TROPLONG, p. 35 : « La liberté fonde le droit; le droit engendre la fixité; la fixité, par un nouvel accord avec la liberté, engendre les échanges, les successions, le testament. » Dans le même sens, DE PASCAL, p. 2.

<sup>2226</sup> TROPLONG, p. 134 (cela s'inscrit dans l'héritage de ROUSSEAU).

<sup>2227</sup> TERRAT, p. 335. Voir aussi MONTESQUIEU, livre XXVI, chapitre VI (dont le titre est « *Que l'ordre des successions dépend des principes du droit politique ou civil et non pas des principes du droit naturel* »).

<sup>2228</sup> Décret du 25 août 1792. Voir HALPERIN, *Histoire du droit privé*, p. 31 ; PATAULT, p. 175.

<sup>2229</sup> TROPLONG, p. 134 ss.

<sup>2230</sup> CARBONNIER, p. 79.

<sup>2231</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 16. Voir aussi PICHONNAZ, *Questions choisies*, p. 106.

<sup>2232</sup> VIDAL, p. 38. À propos de l'École de l'Exégèse et de la propriété du Code Napoléon, voir l'ensemble de la contribution de VIDAL, p. 7 ss.

<sup>2233</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 9.

<sup>2234</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 5 ss.

<sup>2235</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 10 (« Il n'y a de bien, pour nous jurisconsultes, que ce qui peut servir à l'homme, être employé à ses besoins, à ses usages, à ses plaisirs, que ce qui peut enfin entrer dans son patrimoine pour l'augmenter et l'enrichir. »). Cet auteur relève le lien entre la formule qu'il utilise et celles de l'ancien droit qui s'attache, nous le savons, spécialement aux utilités : « [ZACHARIAE] a fait remarquer que le mot bien n'exprime, sous ce rapport, qu'une abstraction, qu'il désigne beaucoup moins la chose elle-même qu'une simple qualité

*genre d'utilité et de service qu'ils peuvent nous procurer dans l'ordre de nos besoins*<sup>2236</sup>.»

La distinction entre propres et acquêts est abandonnée<sup>2237</sup> au profit de la distinction «*la plus générale et la plus naturelle*<sup>2238</sup>», celle entre meubles et immeubles érigée en *summa divisio*: «*Tous les biens sont meubles ou immeubles*<sup>2239</sup>.» L'explicitation de cette distinction dans le texte légal et son application aux choses incorporelles<sup>2240</sup>, là sont deux des rares innovations par rapport aux règles romaines<sup>2241</sup> et une certaine continuité par rapport à l'ancien droit<sup>2242</sup>. La propriété peut porter tant sur les meubles que sur les immeubles<sup>2243</sup>.

Cette alternative est finalement explicitée en fonction du critère de la fixité (art. 528 CN<sup>2244</sup>). Le code procède par là en fonction de la nature des choses<sup>2245</sup>, et non plus, comme sous l'Ancien Régime, en fonction de l'importance sociale de la chose en question<sup>2246</sup>. Le Code Napoléon est en effet «*une législation fondée sur la nature même des choses*<sup>2247</sup>.» De même, la propriété n'a en principe pour objet que les

---

*de cette chose, c'est-à-dire l'utilité qu'elle procure à la personne et le résultat des droits dont il est l'objet [...]. Cela est vrai; mais cette acception, ou plutôt cette dénomination, consacrée par les siècles, n'en représente pas moins, avec une grande exactitude, les choses elles-mêmes sous le rapport où la science du droit les considère et les apprécie.»*

<sup>2236</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 11.

<sup>2237</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 31. Voir aussi TERRAT, p. 338.

<sup>2238</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 47.

<sup>2239</sup> Art. 516 CN. Voir TREILHARD, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 1, à propos des biens: «[...] il est impossible d'en concevoir qui ne doivent pas être compris dans l'une de ces deux classes.» DEMOLOMBE (*Tome Premier*, p. 33) ajoute: «[...], sous beaucoup de rapports, cette distinction [entre meubles et immeubles] a acquis, dans les sociétés modernes, un caractère de gravité qu'elle n'avait jamais eu autrefois.» Voir aussi déjà, *Arrêts de M. DE LAMOIGNON*, 2, 8, 1.

<sup>2240</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 186.

<sup>2241</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 66. Voir aussi THIREAU, *Fondements du Code civil*, p. 11.

<sup>2242</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 186.

<sup>2243</sup> PORTALIS, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 7.

<sup>2244</sup> «*Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère.*» Formulation désuète pour le XXI<sup>e</sup> siècle et qui a été modifiée pour supprimer la mention des animaux (comme dans le Code civil suisse) et par la même occasion être simplifiée en 2015: «*Sont meubles par leur nature les biens qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre.*»

<sup>2245</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. xlx.

<sup>2246</sup> L'amorce de ce changement est déjà visible chez DOMAT (p. 57 ss) qui distingue entre immeubles («*toutes les parties de la surface de la terre, de quelque manière qu'elles soient distinguées*», p. 60) et meubles («*toutes [les choses] qui sont séparées de la terre*», p. 61), avant de distinguer entre choses corporelles et incorporelles. De même, POTHIER (*De la propriété*, n<sup>o</sup> 3, p. 4; *Traité des fiefs*, p. 1) distingue simplement entre meubles et héritages, sans prendre la peine d'une définition (sans doute jugée évidente).

<sup>2247</sup> TREILHARD, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 3.

choses corporelles (518 ss et 528 CN); ce qui exclut notamment toute propriété sur un droit<sup>2248</sup>. La France est à ce propos innovatrice, car les codifications germaniques – telles que le CMBC<sup>2249</sup> et l'ALR<sup>2250</sup> – antérieures maintiennent l'immatériel dans le champ de la propriété.

L'immatériel aussitôt exclu, reparait bien vite. Des exceptions légales<sup>2251</sup> à la matérialité existent évidemment; l'on est encore trop proche de l'Ancien Régime. D'abord, à propos des immeubles, l'article 517 du Code Napoléon prévoit: «*Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.*» Si les deux premières catégories («*classes*<sup>2252</sup>») ne posent pas de difficultés quant à leur matérialité<sup>2253</sup>, sont ainsi également immeubles «*par l'objet auquel ils s'appliquent: l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers et les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*<sup>2254</sup>.» Dans l'esprit du législateur, il n'y a en effet aucune raison pour que les «*droits partiels, démembrés du droit de propriété*» ne soient pas, comme le droit de propriété d'un immeuble, aussi de nature immobilière<sup>2255</sup>. Ensuite, à propos des meubles, il existe des biens meubles par leur nature<sup>2256</sup>, d'une part et ceux qui le sont «*par détermination de la loi*», d'autre part.

---

<sup>2248</sup> PICHONNAZ, *Questions choisies*, p. 107; CARBONNIER, p. 79 et 279.

<sup>2249</sup> «*Dasselbe wird unter anderen hauptsächlich in Dominium plenum, verum vel quasi, directum & utile, naturale & civile, solitarium & commune getheilt. Von dem Gemeinschaftlichen Eigenthum oder Condominio siehe §vum seq. 16. Quasi Dominium geht auf uncörperlich- und verum auf körperliche Dinge, directum & utile wird genannt, wenn die Sach mehr Herren hat, und einem davon die Grund-Herrschaft, dem anderen aber nur das nutzbare Eigenthum, wie z. E. bey Lehen Erb-Recht, Leibgeding, veranleiteter Freystift und anderen dergleichen Gütern zugehört. Civile heißt dasjenige Recht, welches durch besondere Verordnung die Kraft des Dominiü erlangt hat, naturale hingegen, welches so lang ruhet, als einem anderen das Dominium civile darauf gebührt, wie z. E. auf dem Heyrath-Gut, da der Frauen während der Ehe Dominium naturale, und dem Mann Dominium civile zustehet, plenum endlich, welches man ohne Einschränkung sowol mit der Grund-Herrschaft, als dem nutzbaren Eigenthum vollkommen innhat.*»: CMBC, II, 2, 2.

<sup>2250</sup> «*Rechte werden als bewegliche Sachen betrachtet.*»: ALR, II, 7.

<sup>2251</sup> La qualification échappe aux particuliers. La jurisprudence française a certes développé une catégorie de choses qui ne ressortit pas du code: les meubles par anticipation. Il s'agit de choses qualifiées selon le code d'immeubles, mais qui sont destinées à prochainement devenir des meubles (par exemple une future récolte vendue sur pied). Le but est d'assouplir les formalités de cession. Quoi qu'il en soit, il n'est pas question ici d'immatériel.

<sup>2252</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 37.

<sup>2253</sup> DEMOLOMBE (*Tome Premier*, p. 186) déclare à leur propos: «*Jusqu'à présent, nous n'avons parlé que des biens corporels.*» Voir, pour les biens immeubles par leur nature, les art. 518 à 521 et 523 CN. Voir, pour les biens immeubles par leur destination, les art. 522, 524 et 252 CN. Voir aussi DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 38 ss et 96 ss.

<sup>2254</sup> Art. 526 CN. À propos des «*actions*» qui n'ont aucune existence propre, voir DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 189 ss («*Non! l'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même, auquel ce droit s'applique.*»).

<sup>2255</sup> Voir DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 189.

<sup>2256</sup> Art. 528 CN. Ce qui, comme pour les immeubles, ne pose pas de problème ici. Voir DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 245 ss.

Cette seconde classe comprend « *les obligations et les actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies[,] les rentes perpétuelles ou viagères*<sup>2257</sup>. »

Il faut encore ajouter à cette liste les offices, la propriété littéraire, artistique ou industrielle et l'achalandage (la clientèle) des fonds de commerce<sup>2258</sup>. En effet, la liste des biens meubles par détermination de la loi doit être interprétée de manière telle qu'elle comprend tous les droits subjectifs et les actions qui ne portent pas sur un immeuble<sup>2259</sup>.

Au contraire des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, les meubles « *par détermination de la loi* » sont aussi objet de la propriété; mais en raison même de leur immatérialité, il s'agit là de « *propriétés d'une nature particulière*<sup>2260</sup> », de propriétés intellectuelles. En effet, selon les mots de CARBONNIER, « *se dire propriétaire d'une créance, d'une part sociale, d'un patrimoine, n'est pas d'une langue juridique correcte; on en est titulaire, non pas propriétaire, parce que ce sont des droits, non des choses*<sup>2261</sup>. »

Les meubles qui, nous le savons, ont pris une importance considérable au fur et à mesure des développements sociaux et économiques, acquièrent une place d'autant plus grande à l'époque ici étudiée: d'une part, en raison de la disparition du régime féodal et, d'autre part, en raison de la catégorisation moderne que nous venons de décrire<sup>2262</sup>. Ayant de la peine à s'extraire des vieilles habitudes, le législateur concentre pourtant son effort sur les immeubles<sup>2263</sup>. Et il revient aux lois plus récentes de réglementer ces propriétés intellectuelles<sup>2264</sup>. Cela relève donc d'une erreur grave de systématisme des

<sup>2257</sup> Art. 529 CN. Cet article forme donc le pendant parfait de l'art. 526 CN: DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 250.

<sup>2258</sup> TERRAT, p. 342; DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 251 et 292 ss.

<sup>2259</sup> DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 293; ZACHARIAE, *Handbuch 1837*, p. 345. Il convient de soustraire de la liste les biens immeubles par détermination de la loi, c'est-à-dire par détermination de nouvelles postérieures à l'entrée en vigueur du Code Napoléon. Voir DEMOLOMBE, *Tome Premier*, p. 238 ss.

<sup>2260</sup> TERRAT, p. 347.

<sup>2261</sup> CARBONNIER, p. 79.

<sup>2262</sup> Ce dont sont conscients les politiques. Ainsi, Jean-Baptiste TREILHARD (*Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 1), exposant les motifs relatifs à la distinction des biens: « [...] la fortune mobilière des citoyens s'est considérablement accrue, et cette révolution n'a pu être étrangère ni aux mœurs ni à la législation. » Voir, dans le même sens, TERRAT, p. 341.

<sup>2263</sup> TERRAT, p. 340 s.; MUNDT, p. 16 (« [Le législateur] a complètement négligé la protection de la propriété mobilière. »); RIVIERE, p. 49 s. (« [...] lorsqu'on parcourt les dispositions du Code Napoléon, on est frappé de l'espèce de préférence que le législateur semble avoir donnée à la propriété territoriale. »).

<sup>2264</sup> TERRAT, p. 343.

rédacteurs du Code Napoléon qui auraient dû écarter l'immatériel ou établir une réglementation *ad hoc* adaptée<sup>2265</sup>.

Tous les meubles n'entrent pas dans le domaine de la propriété privée. Comme en droit romain – héritage expressément revendiqué –, seules les choses dans le commerce sont susceptibles d'être l'objet de la propriété privée<sup>2266</sup>.

En ce qui concerne les biens-fonds, il serait erroné de les considérer comme de véritables alleux, au sens sus-défini<sup>2267</sup>. Certes, toute charge foncière à composante féodale a disparu de France. Le droit privé ne connaît plus de redevance fondée sur le domaine éminent d'un autre sujet de droit. Toutefois, dans les faits, ces redevances (fiscales) sont devenues l'objet du droit public et s'appuient sur la souveraineté de l'État<sup>2268</sup> : «[...] [L]a substitution, après dix siècles, du système de la possession féodale au système de la propriété libre et de l'impôt<sup>2269</sup>.»

La classification des biens repose ainsi sur un triple critère qui prend en compte tout à la fois la nature des choses, l'objet d'un droit et la détermination de la loi<sup>2270</sup>. Le manque de clarté quant à la classification des objets de droit démontre – s'il le fallait encore – la place centrale qui est accordée au sujet de droit. Une autre empreinte de la pensée individuelle est la tenue des registres fonciers français selon des entrées par le nom du titulaire de droit (publicité personnelle)<sup>2271</sup>.

## F. Synthèse

L'héritage juridique de la période révolutionnaire française (1789-1815) tient un rôle considérable dans le développement du droit européen en général et suisse en particulier. Aussi, mérite-t-il ici une brève synthétisation.

Là où le codificateur français a les mains libres, il crée de toute pièce la propriété privée individuelle moderne en poussant à son paroxysme son aspect exclusif. Mais là où les réalités politiques et pratiques s'imposent, les survivances communautaires sont nombreuses. Or, il faut bien comprendre que les deux formes d'institutions ressortent à deux traditions juridiques différentes. Les principes juridiques de la propriété mo-

---

<sup>2265</sup> TERRAT, p. 342 ss (analyse détaillée d'autres catégories de biens).

<sup>2266</sup> TREILHARD, *Archives parlementaires 1800-1860*, VIII, 28 nivôse an XII, p. 3.

<sup>2267</sup> «triomphe de l'alleu» : MERLIN DE DOUAI repris par IMBERT, p. 74 s.

<sup>2268</sup> IMBERT, p. 75.

<sup>2269</sup> SECRETAN É., *Essai sur la féodalité*, p. 45.

<sup>2270</sup> Ce triple critère est repris dans la codification cantonale lucernoise au § 206 CC-LU : «Die Sachen sind unbeweglich durch ihre Nature, durch ihre Bestimmung, oder durch den Gegenstand, worauf sie sich beziehen.» Voir SCHMID A., *Luzern*, p. 78.

<sup>2271</sup> Ce qui distingue le système français du système allemand. Voir MUNDT, p. 142.

derne ne peuvent être appliqués aux institutions ressortant à l'ancien droit. La première est subjective, les autres sont objectives.

Il y a d'abord évidemment l'acte révolutionnaire qui consiste à se débarrasser des constructions archaïques qui ne sont plus en phase avec les mœurs de la société: «*La Révolution eut pour but principal de détruire tous les privilèges; d'abolir les justices seigneuriales, la justice étant un inséparable attribut de l'autorité souveraine; de supprimer les droits féodaux comme un reste de l'ancien esclavage du peuple; de soumettre également tous les citoyens et toutes les propriétés, sans distinction aux charges de l'État*<sup>2272</sup>.» Fini donc la propriété féodale divisée entre le domaine utile et le domaine direct. À l'exception notable de certaines communautés villageoises, toute forme de propriété multiple est abandonnée; nous percevons dans cette survivance la première contradiction à l'unité théorique du nouveau système juridique.

Ensuite, l'autre transformation – tout aussi essentielle que le retour en grâce du droit romain à notre avis – est évidemment la subjectivisation du droit de propriété. Le Code Napoléon ne contient pas la formule «*droit du domaine de propriété*», il ne s'agit plus juste d'avoir une certaine emprise ou puissance sur une chose: l'individu dispose d'un véritable droit subjectif dont il peut jouir à sa guise librement et perpétuellement. Ce droit (complet) se distingue de la sorte facilement des autres droits réels qui n'offrent que certaines facultés – mais n'en demeurent pas moins des droits subjectifs également.

La consécration de la propriété romaine par les rédacteurs du code n'est donc qu'un trompe-l'œil. Si la lecture des règles révèle une filiation claire avec la tradition romaine, la conceptualisation du droit subjectif de propriété – fondement même du système – n'a rien de romain. Il s'agit là de l'héritage humaniste.

Plus techniquement, il faut noter l'approche matérielle du droit français qui donne aux droits réels les biens corporels pour seuls objets, quoique cette approche connaisse de nombreuses exceptions empruntées de pragmatismes et, en partie, reprises de l'ancien droit<sup>2273</sup>. Il s'agit là d'un travail de systématisation et de clarification bienvenu face au foisonnement féodal graduel et purement fortuit.

<sup>2272</sup> DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, p. 61 s.

<sup>2273</sup> En Belgique, le 1<sup>er</sup> septembre 2021 est entré en vigueur le nouveau livre troisième du Code civil qui s'inscrit dans la refonte complète du code belge (loi portant le livre 3 «Les biens» du Code civil, Moniteur belge du 17 mars 2020). À cette occasion, la définition du droit de propriété – jusqu'alors celle de l'art. 544 CN – a été modifiée pour devenir (art. 3.50): «*Le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d'user de ce qui fait l'objet de son droit, d'en avoir la jouissance et d'en disposer. Le propriétaire a la plénitude des prérogatives, sous réserve des restrictions imposées par les lois, les règlements ou par les droits de tiers.*» Nous voyons que l'amélioration formelle apparaît sans conséquence matérielle (BERNARD, n° 728 ss). Ce qui change toutefois, c'est bien le champ d'application des droits réels et donc de la propriété qui s'étend désormais à tous les biens (art. 3.41): «*Les biens, au sens le plus*

En somme, le Code Napoléon codifie le meilleur de la pensée juridique de l'Ancien Régime sous l'égide d'un individualisme exacerbé. Le code a «*un caractère nettement et énergiquement individualiste*<sup>2274</sup>.» La propriété n'a plus de fonction ni sociale, ni familiale<sup>2275</sup>.

Le Code Napoléon n'est pas le seul code à traduire la pensée humaniste européenne. Il en va de même des codes autrichien et germanique. Comme nous allons le voir ci-après, il est possible d'y retrouver un même esprit et des fondements juridiques similaires, si ce n'est identiques.

Comme l'énonce DUFOUR et ZOGMAL, au crépuscule de l'Empire, les États européens ayant reçu le droit codifié français se trouvent face à un quadruple choix : le *statu quo*, l'adaptation du droit français aux mœurs locales, l'adoption d'une codification locale sur des bases indépendantes du droit français ou le retour à l'ancien droit<sup>2276</sup>. Nous verrons qu'il s'agit là en 1815 d'un dilemme européen et également suisse.

## **XV. La réaction « éclairée » de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* autrichien**

Les différents États composant le Saint-Empire romain germanique n'attendent pas de vivre leur propre révolution sociale pour entamer un processus de codification du droit similaire au Code Napoléon. Les utilités politiques d'une codification existent déjà. Les idées philosophiques à la base du mouvement codificateur en France sont, nous le savons, anciennes, de même que répandues parmi les intellectuels des pays germaniques. L'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer des Österreichischen Monarchie* (ci-après ABGB), adopté en 1811 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1812, s'inscrit donc pleinement dans l'esprit fondé sur la raison et le droit naturel dont nous avons décrit les prémices et que nous avons rencontré en France, tout en ayant des caractéristiques nationales propres (A).

En particulier, le contexte politique y est fort différent puisqu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle l'Autriche est toujours une société de classes fondée sur les principes de la féodalité. Il nous faudra d'abord étudier le régime général de droit des biens consacré par l'ABGB dans un esprit de continuité avec les anciennes sources, mais qui se veut une œuvre résolument moderne en consacrant la même notion de propriété exclusive que le mo-

---

*large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux.»*  
Voir, BERNARD, n° 530 ss et 731 *in fine*, ainsi que le renvoi aux travaux préparatoires.

<sup>2274</sup> DE PASCAL, p. 1.

<sup>2275</sup> DE PASCAL, p. 2 et 6.

<sup>2276</sup> DUFOUR, *Droit genevois*, p. 22 s.; ZOGMAL, p. 124.



dèle français (B). Cela expliqué, nous pouvons examiner plus en détails comment les institutions communautaires et féodales ont été conciliées dans le nouveau droit (C).

### A. Les caractéristiques de la codification autrichienne<sup>2277</sup>

§ 1. De manière bien plus assumée que PORTALIS, le rédacteur du code autrichien, Franz von Zeiller<sup>2278</sup>, est lui aussi très influencé par le droit naturel. Il en est d'ailleurs l'un des plus importants représentants en Autriche (mouvement dit du *Vernunftrecht*)<sup>2279</sup>. Aussi, aborde-t-il avec le même état d'esprit le processus de la codification; savoir, d'une part, celui de la création d'un corps de règles rationnellement exposées qui permet d'abroger toutes les anciennes sources relatives aux matières traitées et, d'autre part, celui d'une approche subjective du droit. Paramètres qui nous sont du reste déjà bien connus<sup>2280</sup>. L'ABGB dans son ensemble repose sur des considérations tenant au jusnaturalisme rationaliste moderne<sup>2281</sup>.

Ce point commun entre les deux rédacteurs se manifeste en particulier quant à leur attachement à une conception historique du droit<sup>2282</sup>. Cette conception du droit qu'ils partagent, passe en effet par une tempérance du jusnaturalisme, en rejetant la notion de «*nature humaine abstraite, universelle et immuable*» préexistante, pour lui substituer la subjectivité humaine associée à l'expérience du passé<sup>2283</sup>. Autrement dit, il faut

<sup>2277</sup> Sur le processus de codification, le lecteur consultera en dernier lieu l'ouvrage très complet et récent de BRAUNEDER, *Entstehung und Entwicklung des ABGB*, p. 23 ss. Pour un résumé détaillé du processus de codification autrichien, voir surtout KORKISCH, p. 263 ss (avec une abondante bibliographie). Voir, chez les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle: UNGER, p. 5 ss; DE CLERCQ, p. XI ss. Des résumés plus succincts se rencontrent chez BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 114 ss; PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 9 ss; PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 49 s. (ainsi que sa liste bibliographique en note n° 1); HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 278 ss.

<sup>2278</sup> Juriste autrichien, 1751-1828. Ses travaux furent notablement précédés par le *Codex Theresianus* de 1766 (jamais adopté) et les travaux de Karl-Anton VON MARTINI qui présenta un premier projet en 1796. Lequel prit la forme du *Bürgerliche Gesetzbuch für Galizien* (adopté en 1797 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1798), dont le champ d'application fut ainsi limité à une part minime de l'Empire autrichien (voir la déclaration de FRANÇOIS II datée du 8 septembre 1797 insérée au début de la publication officielle). Ce texte servit de base de travail initial (*Urentwurf*) pour l'élaboration de l'ABGB par ZEILLER. Il s'agit également de la première véritable codification moderne d'Europe occidentale (MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 121).

<sup>2279</sup> ZWEIGERT/KOETZ, p. 137 ss; UNGER, p. 9.

<sup>2280</sup> Cf. *supra* p. 255 ss (nos considérations à propos des codifications en général).

<sup>2281</sup> PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 14.

<sup>2282</sup> MAUSEN, p. 37 ss; PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 13.

<sup>2283</sup> MAUSEN, p. 39 s. Cet auteur cite (p. 38 s.) deux passages éloquentes: «*Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent.*» (PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 8); «*Un philosophe qui perd de vue la véritable situation d'un État [...] peut ébaucher une théorie brillante, mais elle ne pourrait jamais être tra-*

en codifiant prendre en compte le *Volksgeist* (« l'esprit du peuple »)<sup>2284</sup>. Le lien de filiation avec MONTESQUIEU – déjà rappelé précédemment – apparaît très clairement.

En sus, la proximité entre PORTALIS et ZEILLER apparaît de diverses manières dans les textes<sup>2285</sup>. Tel est d'emblée le cas de l'ordre dans lequel sont rangées les matières. À l'instar du Code Napoléon, l'ABGB s'inspire et s'éloigne du modèle tripartite de GAIUS pour ne plus distinguer que les sujets de droit (Première Partie) des objets de droit (Deuxième Partie)<sup>2286</sup> – il faut dire que le plan ainsi adopté est déjà classique parmi les doctes du début du XIX<sup>e</sup> siècle. De même en va-t-il, nous le verrons, de la place centrale occupée par l'institution de la propriété, conçue en Autriche également comme le premier des droits subjectifs<sup>2287</sup> et par extension la clef de voûte du droit des biens et du droit privé en général – ce qui est poussé plus loin dans l'ABGB que dans le Code Napoléon, nous verrons pourquoi.

Dans la même ligne, l'on retrouve au paragraphe 16 ABGB l'écho de la Déclaration française de 1789 : « *Tout homme a des droits innés que la seule raison rend évidents, et il doit, par ce motif, être considéré comme une personne [...]* »<sup>2288</sup>. Sans ambiguïté, l'homme est placé au cœur des préoccupations du code<sup>2289</sup>. Cette disposition s'explique en particulier par la position juridique passablement fortifiée des paysans autri-

---

*duite en pratique dans un État réellement existant, où le passé est enchaîné si étroitement au présent et le présent à l'avenir.*» (traduction de MAUSEN) (ZEILLER, *Notwendigkeit eines bürgerlichen, einheimischen Privatrechts*, p. 59).

<sup>2284</sup> MAUSEN, p. 38.

<sup>2285</sup> Quels que soient les textes considérés, il faut faire preuve de retenue lorsque l'on parle d'« esprit des codes » – de la même manière que lorsque l'on parle de volonté du législateur de nos jours. Néanmoins, il reste possible de « *considérer l'état d'esprit (ou si l'on préfère l'idéologie) des codificateurs d'une même période, un état d'esprit dont la lettre des textes et surtout leur interprétation se sont détachées dès la promulgation* » (HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 290).

<sup>2286</sup> L'ABGB est composé au total de trois parties – la dernière faisant office de partie générale – précédées de 14 articles introductifs. La deuxième partie embrasse non seulement le droit des biens, mais également le droit des successions et le droit des obligations. Voir BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 117; PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 51 (« [...] il [l'ABGB] s'inspire du système tripartite des Institutes, revu et corrigé par la doctrine moderne [...] »).

<sup>2287</sup> PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 16; PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 51.

<sup>2288</sup> Notre traduction : « *Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten [...]* » Notons néanmoins qu'une telle disposition ne se retrouve pas dans le Code Napoléon qui néglige la reconnaissance de droits innés, notamment dans la perspective d'un traitement différencié des personnes étrangères et de la pratique de l'esclavage toujours maintenue dans certaines colonies françaises, au contraire de l'Autriche dont la seconde partie du § 16 ABGB ne tolère plus ni l'esclavage, ni le servage : « *Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.* »

<sup>2289</sup> DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Italie*, p. 121.

chiens depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2290</sup>. L'Autriche semble donc également guidée vers un mouvement jusnaturaliste analogue à celui qui devait (en théorie) régir le destin de la France dans les années révolutionnaires. Néanmoins, la monarchie habsbourgeoise n'est pas prête à reconnaître des droits innés qui lui soient supérieurs et s'imposent à elle. Aussi, le paragraphe 17 ABGB vient-il immédiatement préciser le propos : «*Tout ce qui est conforme aux droits naturels innés est considéré comme existant, tant que la restriction légale de ces droits n'est point prouvée*<sup>2291</sup>. » Comme nous l'avions rappelé pour la France, il ne faut pas se méprendre face aux déclarations grandiloquentes et à l'atmosphère libérale qui entoure le processus de codification. L'ordre établi demeure autoritaire et, qui plus est en Autriche, soumis à une monarchie absolutiste ancienne. Si l'approche utilitaire d'une législation de droit civil a pu être repoussée par ZEILLER, l'approche kantienne à laquelle il se rattache n'est pas pour autant totalement fidèle à l'École du droit naturel moderne<sup>2292</sup>. Quant à la reconnaissance de droits innés, l'Autriche va rhétoriquement moins loin que la France, mais le résultat à court terme est sensiblement le même. En tous les cas, la propriété peut être considérée comme une liberté<sup>2293</sup>.

Malgré les similitudes, le Code Napoléon, de même que ses travaux préparatoires, n'a pour ainsi dire pas eu d'influence sur la législation autrichienne<sup>2294</sup>. Nous y voyons trois raisons principales. D'abord, l'Autriche est l'un des pays les plus opposés à la France révolutionnaire. Et, bien que (provisoirement) sous domination militaire française lorsque l'ABGB est finalement adopté, elle demeure un pays indépendant<sup>2295</sup>. Il suffit, pour se rendre compte de l'influence que peut avoir l'Empire français lorsqu'il le souhaite, de comparer l'ABGB au Code civil du Grand-duché de Bade adopté en 1810 sous le titre de «*Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden*<sup>2296</sup>». La systématique et les dispositions des lé-

<sup>2290</sup> BRUCKMUELLER, p. 16 ss. Cf. *infra* p. 346 ss (à propos de la propriété divisée autrichienne).

<sup>2291</sup> § 16 ABGB : «*Was den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird so lang als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird.* »

<sup>2292</sup> GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 407 ss ; SWOBODA, p. 153 ss. Il ne faut d'ailleurs pas exagérer l'influence de KANT sur ZEILLER : MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 267.

<sup>2293</sup> BRAUNEDER, *Entstehung und Entwicklung des ABGB*, p. 219.

<sup>2294</sup> Il en va de même de l'ALR. Voir en particulier MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 119 ss. Voir également BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 117.

<sup>2295</sup> MEISSEL (*Contre-partie ?*, p. 119) relève qu'une partie des débats relatifs à l'ABGB eurent lieu «*dans l'appartement privé du président de la commission [législative]*» en raison du siège français de la ville de Vienne au même moment.

<sup>2296</sup> L'introduction de BRAUER (p. 3 ss) met d'emblée en avant les liens étroits entre les deux codes. Le CN-Bade restera en vigueur jusqu'en 1900 lorsqu'il sera remplacé par le BGB. D'autres régimes germaniques connaissent une application directe du Code Napoléon, par incorporation administrative à la France.

gislations françaises et badoises sortent pour ainsi dire d'un moule parfaitement identique<sup>2297</sup>. Il en va de même des royaumes de la péninsule italienne<sup>2298</sup>. Au contraire, l'ABGB poursuit une dynamique qui lui est propre – ce qui rend d'autant plus intéressant l'exercice comparatif<sup>2299</sup>.

Par ailleurs, l'Autriche commença l'élaboration de son projet de code au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle déjà<sup>2300</sup>, alors qu'en France le projet ne s'envisage sérieusement que sous la Convention. Enfin, au-delà de la temporalité, les fondements politiques du processus de codification sont eux-mêmes fort différents. D'un côté, il y a une société (française) renouvelée qui souhaite fonder un droit nouveau, *a priori* sans égard pour le passé<sup>2301</sup>. Alors que de l'autre côté il n'est pas question de cela puisque l'adoption d'un code civil s'inscrit dans la continuité d'un processus intellectuel amorcé par la philosophie des Lumières et perpétué par les despotes éclairés. Si la raison (*Vernunft*) guide les travaux législatifs des deux pays, ce n'est point par rattachement de l'Autriche à l'exemple de la France, mais dans la perpétuation des mouvements humanistes européens<sup>2302</sup>. Ainsi, bien que « modernité et raison » riment avec les deux corps de législations, deux politiques opposées – rupture ou continuité – les séparent néanmoins<sup>2303</sup>. ZEILLER n'ignore toutefois pas complètement le Code Napoléon et ses

---

<sup>2297</sup> L'art. 544 (!) du Code badois est ainsi formulé : « *Eigenthum ist die Befugniß über Bestand und Wesen einer Sache, so wie über den Genuß derselben nach Belieben zu schalten und zu walten, so lang man nur keine durch Geseze oder Verordnungen des Staats untersagte Verfügung darüber trifft.* »

<sup>2298</sup> Le Code Napoléon y trouve directement application sous le Premier Empire, sans modification de fond ou de forme, dans une version traduite en italien : *Codice civile di Napoleone il Grande per il regno d'Italia*, Florence 1806. Par la suite, les codes des différents États de la péninsule conservent le Code Napoléon comme modèle, de même que le fera le Code civil de 1865 de l'Italie unifiée. Voir DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Italie*, p. 116.

<sup>2299</sup> Ce n'est pourtant pas l'opportunité qui manqua à la France d'influer sur les travaux préparatoires de l'ABGB puisque ceux-ci eurent en partie lieu dans une Vienne assiégée, comme nous venons de le rappeler.

<sup>2300</sup> Dans le même sens, MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 270; MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 121. Ainsi, en 1753 commencèrent les travaux relatifs au *Codex Theresianus* avec la nomination d'une première commission. Nous pourrions en réalité remonter bien plus loin en relevant des velléités d'unification du droit autrichien aussi loin qu'au XVII<sup>e</sup> siècle déjà (BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 114; HAMZA, p. 323 ss). Pour un parcours détaillé des étapes menant à la codification, voir BRAUNEDER, *Entstehung und Entwicklung des ABGB*, p. 23 ss. Pour une relation des faits par des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, voir UNGER, p. 5 ss; DE CLERCQ, p. XI ss. Chez les auteurs récents, voir, notamment, PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 49 s. (ainsi que sa liste bibliographique en note n° 1); KORKISCH, p. 263 ss.

<sup>2301</sup> Nous avons vu qu'en regard des juridiques finalement choisis pour les institutions consacrées par le Code Napoléon, il convient de fortement nuancer les déclarations politiques.

<sup>2302</sup> Ainsi, avant 1792 dans le Saint-Empire, « [...] l'approbation des principes de 1789 [la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen] fut d'abord perçue, dans la majeure partie de l'intelligentsia, comme allant tellement de soi qu'elle ne requérait point d'effort spécifique de légitimation. » (RENAUT, p. 144.). Voir aussi ZWEIGERT/HOETZ, p. 159 ss.

<sup>2303</sup> Dans le même sens, HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 281 s.

travaux préparatoires<sup>2304</sup>. Il y recourt «*sporadiquement*» à titre de comparaison, bien souvent pour y opposer son œuvre codificatrice qu'il juge meilleure<sup>2305</sup>. Aussi, les points communs entre les droits des biens français et autrichiens s'expliquent-ils en réalité par leurs «[...] *racines communes dans le droit romain et le droit naturel rationaliste*<sup>2306</sup>.»

Cela étant dit, malgré l'antagonisme entre leurs législations, les rédacteurs badois et autrichiens rencontrent une problématique dont les rédacteurs français n'avaient pas à se soucier<sup>2307</sup>: le maintien du double domaine. En effet, les deux premiers États – comme l'ensemble des monarchies germaniques – doivent encore composer avec une société fondée sur les principes féodaux et qui procède à une division de la propriété entre seigneur et vassal<sup>2308</sup>. Alors que pour le Grand-duché de Bade, seules des adaptations ponctuelles *a minima* furent opérées, l'ABGB aborde le problème de façon globale et propose une théorie générale du droit des biens opérant la synthèse entre les anciens et les nouveaux principes – sorte d'aboutissement d'un ouvrage commencé par les glossateurs de Bologne. Cette caractéristique constitue la solution proposée par la codification autrichienne au problème de coordination entre les approches subjective et objective qui fait l'objet de notre étude. Pour cette raison, nous pourrions constater que les écrits de POTHIER – représentatifs du dernier état de la doctrine d'Ancien Régime – trouvent également dans l'ABGB de nombreux échos (et même d'une manière plus fidèle que dans le Code Napoléon).

Cela se comprend, en notre matière, l'ambiance de la codification autrichienne est donc fort différente de celle à couteaux tirés que connaissait la France révolutionnaire. Des tensions sociales existent pourtant de longue date, notamment en matière agraire, mais également aux plans fiscal (l'Empire subit la banqueroute en 1811) et politique (les défaites successives face à NAPOLEON et les pertes territoriales menacent la monarchie)<sup>2309</sup>. La

<sup>2304</sup> MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 270. Le même (*De l'esprit de modération*, p. 269) rappelle très justement que le travail comparatif est une évidence au temps de ZEILLER et que ce dernier observe non seulement le droit français, mais également les autres droits européens (prussiens et anglais, notamment).

<sup>2305</sup> ZEILLER évoque le Code Napoléon surtout dans ses ouvrages doctrinaux (ainsi dans son *Jährlicher Beytrag* de 1806 – malheureusement superficiel quant à l'analyse – et dans son commentaire de l'ABGB). Dans son discours introductif au code civil autrichien, il se montre particulièrement critique envers le Code Napoléon. Voir, pour plus de détails, MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 269 ss (spécialement, p. 276 ss); MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 121 ss. Le même (p. 127) résume ainsi: «*Nous avons pu constater que le Code Napoléon faisait l'objet d'analyses comparatives, mais qu'il n'avait point d'influence directe sur le code civil autrichien.*» Dans le même sens, MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 269.

<sup>2306</sup> MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 129 et 132.

<sup>2307</sup> ZACHARIAE, *Handbuch 1808*, p. 105 s.

<sup>2308</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 75; HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 287.

<sup>2309</sup> Sur toutes ces questions, voir la relation des années précédant la codification («*Kriegs- und Krisenzeiten*») telle que faite par BRUCKMUELLER, p. 1 ss.

peur de la contagion révolutionnaire impose donc de prendre certaines précautions – parfois au prix de contorsions juridiques discutables<sup>2310</sup>.

À tout cela s'ajoute encore l'opposition des qualités des codificateurs – qui sont presque tous issus de la pratique de l'avocature en France, alors qu'il s'agit d'académiques en Autriche<sup>2311</sup> – et du processus de codification lui-même – alors que le Code Napoléon ouvre la période de codification des diverses matières du droit français, l'ABGB en constitue pour l'Autriche la dernière étape, l'aboutissement<sup>2312</sup>.

Tous ces éléments exposés, il n'est en conséquence pas surprenant que l'œuvre codificatrice autrichienne offre un résultat plus abouti que le Code Napoléon ou les textes germaniques précédents. L'ABGB est un édifice moderne, ménageant les traditions temporelles et spirituelles<sup>2313</sup>, appuyé sur une solide assise philosophique et doctrinale façonnée par les mouvements humanistes et le droit romain<sup>2314</sup>. Le tout en comportant un tiers de dispositions en moins par rapport au modèle français. De part toutes ses singularités qui fondent son indépendance, l'ABGB représente un autre modèle de codification européenne, le second (chronologiquement) des « *monuments de la première vague de codification du droit en Europe* »<sup>2315</sup>.

---

<sup>2310</sup> Cf. *infra* p. 346 ss (à propos de la propriété divisée de l'ABGB).

<sup>2311</sup> HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 284.

<sup>2312</sup> HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 285.

<sup>2313</sup> En comparaison du Code Napoléon, l'ABGB est tout empreint de catholicisme. Voir, à ce propos, l'analyse détaillée de SCHIMA, p. 299 ss. En droit des biens, la marque religieuse est naturellement restreinte. Ainsi, parmi les choses hors du commerce se trouvent les *res spirituales* (§ 303, 311 ABGB) – cela n'est guère nouveau. Est plus intéressant néanmoins, le fait que l'ABGB tout en ouvrant sur le principe l'accès de la propriété aux membres d'un ordre religieux (§ 355 ABGB), en permet l'interdiction par des règles spéciales qui se maintiendront longtemps sur la base des préceptes de pauvreté de l'Église: voilà un intéressant écho à la controverse sur la pauvreté que nous avons rencontré tantôt. Sur ces derniers points, voir SCHIMA, p. 318 s.

<sup>2314</sup> L'ouvrage comparatif et contemporain de Giovanni Maria NEGRI (*Dei difetti del Codice Civile Italiano che porta il titolo de Codice Napoleone e dei pregi del Codice Civile Austriaco*, Vienne 1815) est ainsi largement favorable à l'ABGB. De même que le sera plus tard celui de Giovanni CARCANO (*Il codice civile austriaco e i suoi caratteri. Studi per la compilazione del codice patrio*, Milan 1860), en particulier à propos de la partie du code consacrée au droit des biens. Voir, pour une brève comparaison des mérites des deux codes du point de vue italien et un résumé des propos de NEGRI et de CARCANO, DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Italie*, p. 116 ss et 121 ss. Cette dernière écrit ainsi: « *Tout cela rendait l'ABGB, bien que novateur, moins révolutionnaire que le Code Napoléon, mais c'est justement à cause de cette sorte de continuité avec le passé qu'il fut bien accueilli en Italie, où la législation napoléonienne semblait parfois inconciliable avec les coutumes locales.* » (p. 117) et « [CARCANO] exalte d'abord le caractère philosophique de l'ABGB qui à son sens possède l'avantage de poser des prémisses idéales sur lesquelles est basé un complexe cohérent de principes et de règles formant un schéma géométrique. » (p. 121). Voir aussi PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 14.

<sup>2315</sup> HALPERIN, *Codification autrichienne*, p. 277. Dans le même sens, PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 7 et 14; MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 268.

§ 2. Nous le savons, la réception du droit romain fut plus tardive dans les pays germaniques. L'*usus modernus pandectarum* apparut et se développa dès les XVI-XVII<sup>e</sup> siècles. Il n'en demeure pas moins que le droit romain (tel que réinterprété par les juristes) devint, dans le silence des coutumes, le droit supplétif. Pour cette raison, le droit romain est évidemment choisi comme première base du droit des biens tout en prenant en compte les droits locaux et germaniques<sup>2316</sup>.

Conformément aux principes mêmes de la codification, toutes les anciennes sources du droit qui se rapportent aux matières traitées par l'ABGB sont abrogées, y compris le droit commun<sup>2317</sup>. Il nous faut néanmoins souligner, d'une part, que cela s'opère dans un fort esprit de continuité matérielle et, d'autre part, que de nombreuses lois spéciales (notamment régionales) sont maintenues – nous y reviendrons.

L'ABGB, s'il ne rompt pas franchement avec le passé, inscrit néanmoins dans le droit positif de nombreux éléments de modernité – au premier desquels figure la propriété sous une forme jusqu'alors inconnue du droit positif. La continuité ne s'observe donc pas tant avec l'ancien droit à proprement parler, mais plutôt avec les développements doctrinaux qui, nous le savons, s'écartaient de façon relativement importante de la pratique juridique quotidienne.

Après son entrée en vigueur, l'ABGB exercera une certaine influence sur les droits européens<sup>2318</sup>: d'abord, dans la mesure de l'expansion de l'Empire autrichien, soit en particulier dans l'Italie du Nord où il sera en vigueur dès 1815<sup>2319</sup>; ensuite par reprise volontaire comme au Liechtenstein en 1812 (législation toujours en vigueur)<sup>2320</sup>, de

<sup>2316</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 117; PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 14; MEISEL, *De l'esprit de modération*, p. 287. ZEILLER (*Jährlicher Beytrag I*, p. 262) juge d'ailleurs à propos que le Code Napoléon ait procédé de même.

<sup>2317</sup> DE CLERCQ, p. XIII.

<sup>2318</sup> ZWEIGERT/HOETZ, p. 164 s.

<sup>2319</sup> L'ABGB s'applique ainsi aux régions de la Lombardie-Vénétie, Trente et Trieste. Voir WENDEHORST, p. 167; DE CLERCQ, p. XIV; RANIERI, p. 201 ss. Pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les juristes italiens – pris entre les deux influences – sont d'attentifs comparatistes des codes de leurs importants voisins. Il existe de multiples traductions des écrits de ZEILLER (RANIERI, p. 214 s., note n° 50). Nous pensons notamment à l'ouvrage de NEGRI précité, paru pour ainsi dire en même temps que les premières codifications (1815) (voir à propos de ce texte, DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Italie*, p. 117 s. et les références en note n° 5; RANIERI, p. 212 et 214) dans lequel nous avons puisé quelques réflexions (il y en aurait encore d'autres: RANIERI, p. 215 s.). L'influence juridique autrichienne dans la péninsule subira le même coup d'arrêt que celui de son influence politique au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle face au mouvement patriotique italien (*Risorgimento*) (RANIERI, p. 216 et 219 ss). Aussi, lorsqu'il sera question de codifier le droit du désormais Royaume d'Italie, et malgré un vif débat, l'ABGB sera écarté en faveur du Code Napoléon. Voir sur l'ensemble de ce sujet: RANIERI, p. 199 ss; DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Italie*, p. 115 ss; DI SIMONE, *Das ABGB in Italien*, p. 291 ss.

<sup>2320</sup> BERGER, *Rechtsrezeption*, p. 190; BERGER, *Das ABGB in Liechtenstein*, p. 13. Si l'ABGB a été reçu à l'origine presque intégralement au Liechtenstein à l'appui d'une reprise dynamique

même que dans les cantons de Berne (lequel reprend la partie des droits réels de l'ABGB presque mots à mots), Lucerne, Soleure et Argovie<sup>2321</sup>; enfin, plus tard en tant que référence comparative pour d'autres projets de codification, en particulier celles des États thuringiens<sup>2322</sup>, puis de l'Allemagne et de la Suisse<sup>2323</sup>.

## B. La propriété dans l'ABGB

§ 1. L'ABGB ne nous offre pas une, mais deux définitions de la propriété<sup>2324</sup>. D'abord la propriété au sens objectif (« *Eigenthum im objektiven Sinne* »): « *La propriété d'une personne se compose de tout ce qui lui appartient, de tous ses biens corporels et incorporels*<sup>2325</sup>. » La notion dont use ZEILLER recouvre ainsi l'ensemble des valeurs patrimoniales d'une personne. Par conséquent, la propriété dans ce sens objectif, particulièrement large, c'est en réalité le patrimoine du sujet de droit considéré<sup>2326</sup>. Une fois encore, la propriété se confond avec ses objets par métonymie. Contrairement au droit français, le mot propriété est encore synonyme de domaine – le champ d'application de la propriété couvre l'ensemble des éléments patrimoniaux, comme nous allons

---

(BERGER, *Rechtsrezeption*, p. 191) et sous une appellation identique, plusieurs modifications ont progressivement distingué les droits des deux États. En particulier, depuis 1923, le droit des biens ne figure plus dans le code, mais dans une loi distincte (*Sachenrecht*) qui s'écarte nettement du droit autrichien pour s'inspirer très largement du Code civil suisse.

<sup>2321</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 119. PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 18.

<sup>2322</sup> BERGER, *Rechtsrezeption*, p. 192 s.

<sup>2323</sup> Au cours des deux derniers siècles, les juristes français – confortés par le prestige international de leur code – négligèrent toute étude sérieuse de l'ABGB; les sources en langue française sont donc très rares. Voir PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 7 ss.

<sup>2324</sup> Le fait que ZEILLER inscrive une double définition de la propriété n'est pas en soi une originalité de sa part. En son temps, MARTINI avait procédé de la même manière, à ceci près néanmoins qu'il n'opposait pas la propriété objective à la propriété subjective, mais la propriété au sens large à la propriété au sens étroit – cette dernière s'appliquant uniquement aux choses corporelles. Ainsi le *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien* énonce « *Alles, was Jemanden zugehört, alle seine Habe, alles sein Gut, folglich alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, und alle seine Rechte heissen überhaupt sein Eigenthum.* » (2<sup>e</sup> partie, § 73); « *Im engsten Verstande ist Eigenthum das Recht mit der Substanz und mit den Nutzungen einer körperlichen Sache, frei zu schalten und zu malten, folglich auch jeden Andern davon auszuschliessen, in so fern dadurch die Gesetze, oder die Rechte eines Dritten nicht verletzt werden.* » (2<sup>e</sup> partie, § 74). Il s'agissait là d'une distinction courante dans la doctrine d'Ancien Régime: ainsi, par exemple, POTHIER (*De la propriété*, n° 3, p. 4 s.) distingue le *domaine* de la *propriété*, de même que la propriété d'un droit de seigneurie de la propriété d'un héritage. ZEILLER devait modifier cette dichotomie. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, l'ABGB ne distingue pas les choses corporelles des choses incorporelles – le lien entre les deux approches n'en reste pas moins patent.

<sup>2325</sup> § 353 ABGB: « *Alles, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum.* » Cette traduction en français du texte de l'ABGB et les suivantes sont de la plume de A. DE CLERCQ (Paris 1836) – sauf les notes marginales qui ne figurent pas dans son ouvrage; les traductions en sont donc les nôtres.

<sup>2326</sup> UNGER, p. 380 et note n° 39. Voir aussi PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 61 s.



le voir. Laissons de côté cette notion qui s'explique par la définition juridique des choses que nous verrons plus loin.

Vient ensuite, au paragraphe 354, la définition de la propriété au sens subjectif («*Eigenthum im subjektiven Sinn*»): «*Considérée comme un droit, la propriété est la faculté de disposer suivant sa volonté de la substance et des [utilités] d'une chose, et d'en exclure toute autre personne*<sup>2327</sup>.» Autrement formulé dans un ouvrage de ZEILLER, «[p]ar droits de propriété nous comprenons ici [...] le droit de disposer d'une chose exogène selon sa volonté exclusive<sup>2328</sup>.». À cette disposition s'ajoute encore en complément les limites générales à l'arbitraire du propriétaire quelques paragraphes plus loin: «*En général, le droit de propriété ne peut être exercé qu'à la condition de ne porter aucun préjudice aux droits des tiers et de respecter les limites fixées par les lois dans l'intérêt de l'ordre et des progrès du bien général*<sup>2329</sup>.» Nous remarquons d'emblée la proximité avec la définition que donne le Code Napoléon de la propriété, d'une part<sup>2330</sup>, de même qu'avec la «déclaration» des droits innés au début de l'ABGB, d'autre part<sup>2331</sup>.

Comme la définition française, son pendant autrichien n'a rien de très original par rapport à l'état de la science juridique en 1811. D'un côté, l'ABGB consacre le mouvement général de subjectivisation du droit en mettant l'accent sur la faculté arbitraire offerte par la propriété<sup>2332</sup>, comme l'avaient fait d'autres codifications germaniques au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2333</sup>. D'un autre côté, il reprend les définitions classiques de la doctrine<sup>2334</sup> et s'attache, comme en droit français, à décrire les facultés du propriétaire.

Quant aux principes, les définitions du Code Napoléon et de l'ABGB sont ainsi identiques, même si elles divergent sur la forme et le champ d'application.

<sup>2327</sup> § 354 ABGB: «*Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen.*» DE CLERCQ traduit malencontreusement «*Nutzungen*» par «produits»; nous lui substituons le terme «utilités» juridiquement conforme à l'ancien droit, comme nous avons pu le voir à maintes reprises.

<sup>2328</sup> ZEILLER, *Das Natürliche Privat-Recht 1819*, p. 91: «*Unter dem Eigenthumsrechte versteht man hier [...] das Recht, über eine äußere Sache ausschließend nach Belieben zu verfügen.*»

<sup>2329</sup> § 364 ABGB: «*Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden.*»

<sup>2330</sup> Sans pour autant qu'il n'y ait d'influence directe du Code Napoléon. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 62; MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 132.

<sup>2331</sup> La structure «liberté-restrictions légales» est identique. Cf. *supra* p. 293 ss.

<sup>2332</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 62. Le contenu du § 354 ABGB se trouvait déjà dans le *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*: cf. *supra* note n° 2329.

<sup>2333</sup> CMBC, II, 2, 1. ALR, I, 8, 8.

<sup>2334</sup> Cf. *supra* p. 274 ss (les définitions que nous avons exposées dans notre partie d'Ancien Régime).

§ 2. *Nature de la propriété.* Avec une pédagogie inconnue au Code Napoléon, l'ABGB distingue les droits réels (*dingliche Sachenrechte*) des droits personnels (*persönliche Sachenrechte*): «*On appelle droits réels les droits qui compètent à une personne sur une chose sans égard à des personnes déterminées. On appelle droits réels personnels sur les choses ceux qui résultent directement d'une loi ou d'une action obligatoire contre des personnes déterminées*<sup>2335</sup>.» Ce *distinguo – iura in re et iura ad rem* – était connu de la doctrine de l'Ancien Régime des deux côtés du Rhin<sup>2336</sup>. Le code précise ensuite que les droits réels comprennent les droits «*de possession, de propriété, d'hypothèque, de servitude et de succession*<sup>2337, 2338</sup>.» Cette «*pentarchie des droits réels*<sup>2339</sup>» est également déjà ancienne<sup>2340</sup>.

Aussi, retrouvons-nous avec cet ordonnancement l'enjeu classique de la ségrégation de la propriété des autres droits réels. L'opposition romaine entre la propriété (*dingliches Vollrecht an einer Sache*) et les droits réels restreints (*beschränkte dingliche Sachenrechte*) apparaît certes clairement dans l'ABGB. Néanmoins, contrairement au modèle romain (et français), la propriété est rangée parmi les droits réels<sup>2341</sup>. Cela pose un problème de délimitation important, notamment par rapport à la définition de chose et au rôle attribué à la propriété<sup>2342</sup>, ce que nous allons voir plus bas.

Pour les surplus, les caractéristiques générales de la propriété sont identiques à celles que nous avons rencontrées pour la propriété du Code Napoléon: absolue, exclusive et perpétuelle.

La dimension absolue de la jouissance du propriétaire est reconnue. Elle connaît sa limite expresse dans les droits d'autrui<sup>2343</sup>. Or, la propriété et ses restrictions interagissent selon le modèle des § 16 et 17 ABGB. Cela signifie que les restrictions sont conçues comme externes à la propriété. Autrement dit, ces limites «*affectent l'exer-*

---

<sup>2335</sup> § 307 ABGB: «*Rechte, welcher einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen, werden dingliche Rechte genannt. Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar aus einem Gesetze, oder aus seiner verbindlichen Handlung entstehen, heißen persönliche Sachenrechte.*» Voir UNGER, p. 11. Le Code Napoléon n'explique pas une telle distinction: PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 70.

<sup>2336</sup> CMBC, IV, 4, 9; ALR, I, 2, 122. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 69.

<sup>2337</sup> § 308 ABGB: «*Dingliche Sachenrechte sind das Recht des Besitzes, des Eigenthumes, des Pfandes, der Disntbarkeit und des Erbrechtes.*»

<sup>2338</sup> Alors que le Code Napoléon ne se préoccupe que peu de la possession, cette dernière est ainsi considérée comme un droit réel à part entière par l'ABGB et occupe le premier chapitre consacré aux droits réels (§ 309-352). Il n'en demeure pas moins que la possession doit reposer sur un titre, c'est-à-dire un autre droit réel ou un droit relatif.

<sup>2339</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 70.

<sup>2340</sup> Elle remonterait à l'an 1639: PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 70.

<sup>2341</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 69 s.

<sup>2342</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 70 s.

<sup>2343</sup> Ce que ne mentionne pas le Code Napoléon: PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 65 s.

cice» du droit de propriété et non le droit de propriété lui-même<sup>2344</sup>.» Il n'y a donc pas de démembrement en droit autrichien. Il s'agit d'une différence importante par rapport au droit français.

L'ABGB insiste particulièrement sur la dimension exclusive de la propriété qui permet d'écarter tout tiers de sa maîtrise<sup>2345</sup>. Cette dimension de la propriété, expliquée textuellement l'ABGB, se traduit directement en une faculté concrète tendant à l'exclusion de tout usurpateur par le biais d'une action judiciaire<sup>2346</sup>. Cette mise en relation expresse, entre l'opposable *erga omnes* du droit de propriété et l'action judiciaire qui est devenue la simple mise en application de ce principe, est une illustration supplémentaire de l'approche subjective du législateur. La propriété est par essence un droit relationnel opposable à tous les sujets de droit<sup>2347</sup>.

Le principe d'exclusivité est garanti par le fait que la propriété ne se partage en principe pas<sup>2348</sup> avec d'autres titulaires de droits réels sur le même objet. Il n'y a qu'un propriétaire, les autres titulaires n'ont qu'un droit réel limité<sup>2349</sup>. Cela n'empêche pas la copropriété (*Miteigentum*) et la propriété commune (*gemeinschaftliches Eigentum*). La figure de la copropriété implique alors l'existence d'un droit de propriété complet pour chacun des ayants droits, les droits des autres restreignant toutefois ce droit<sup>2350</sup>. La propriété commune se caractérise par une pluralité de titulaires d'un droit de propriété unique (§ 825 ss ABGB). Il en découle alors une communauté revêtue de la personnalité juridique<sup>2351</sup>, notamment dans les cas de murs mitoyens (§ 854 ABGB).

<sup>2344</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 66.

<sup>2345</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 63 s.

<sup>2346</sup> § 366 ABGB: «*Mit dem Recht des Eigenthümers jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern. [...]*»/«*Le droit qu'a un propriétaire d'exclure tout autre de la possession de sa chose emporte aussi le droit de réclamer en justice, par l'action pétitoire, contre tout détenteur, la chose dont il est privé à tort. [...]*» Voir aussi PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 64.

<sup>2347</sup> PFISTER (*La propriété dans l'ABGB*, p. 64 s.) évoque à juste titre le lien entre cette approche et la pensée humaniste.

<sup>2348</sup> § 358 ABGB. Les § 357, 359 et 360 ABGB sus-évoqués ont été abrogés en 2006 (*Deregulierungsgesetz*).

<sup>2349</sup> Cela ressort clairement, par exemple, de la définition de servitude donnée par le code: «*Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheile eines Andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. [...]*» (§ 472 ABGB).

<sup>2350</sup> ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht 1819*, p. 119 («*Dann entsteht im Gegenstaze des Alleineigenthumes ein Miteigentum, [...], worin die Rechte eines jeden Theilnehmers durch die gleichen Rechte der übrigen beschränkt sind.*»). Il s'agit de la même approche que le droit suisse.

<sup>2351</sup> PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 17.

§ 3. *Facultés*. Nous venons de le dire, le propriétaire dispose de toutes les facultés relatives à la chose objet de son droit. Le pouvoir de disposer du propriétaire de sa chose est explicité avec plus de détails au paragraphe 362: « *En général, celui qui a la propriété parfaite d'une chose peut, en vertu du droit qu'il a de disposer librement de sa propriété, se servir de sa chose à volonté ou la laisser sans emploi; il peut la détruire, la transférer à d'autres en tout ou en partie, ou s'en dépouiller sans condition, c'est-à-dire l'abandonner*<sup>2352</sup>. » Ici non plus, rien de bien nouveau par rapport aux opinions doctrinales<sup>2353</sup>. De la même façon que le Code Napoléon, l'ABGB explicite cette faculté à la fois positive et négative. Il ne semble pas utile de nous y attarder.

§ 4. *Objet du droit*. Le lecteur aura peut-être remarqué que dans les chapitres précédents cette question était traitée avant même d'examiner les institutions du droit des biens. Cette approche ne conviendrait pas à l'étude de l'ABGB. Ce dernier opère en effet une inversion de systématique. L'ABGB déclare expressément que « *toutes les choses* » peuvent être l'objet d'un droit de propriété<sup>2354</sup>. Or, la notion juridique de chose de ce code est extrêmement large puisqu'elle comprend « *tout ce qui est distinct de la personne et qui sert à l'usage des hommes [...]*<sup>2355</sup>. » Cette *summa divisio* explique que la seconde partie de l'ABGB englobe à la fois le droit des biens et le droit des obligations, à la différence du droit français<sup>2356</sup>. Sont donc visées non seulement les choses corporelles, mais également les choses incorporelles<sup>2357</sup>. Le paragraphe 292 ABGB s'aligne effectivement sur le droit romain en reprenant la distinction entre choses corporelles (*körperliche Sachen*) et choses incorporelles (*unkörperliche Sachen*). Aussi, le créancier est-il propriétaire de sa créance<sup>2358</sup>. Le champ d'application de la propriété est donc immense.

En réalité, il s'agit d'une façon de trancher le sort de la notion de « domaine ». Nous nous souvenons en effet que POTHIER utilise le terme restrictif de « domaine de propriété » à l'égard des choses corporelles, bien qu'il donne au « domaine » un champ d'application s'étendant à toutes les choses corporelles ou incorporelles. Il n'était pas

---

<sup>2352</sup> § 362 ABGB: « *Kraft des Rechtes, frei über sein Eigenthum zu verfügen, kann der vollständige Eigenthümer in der Regel seine Sache nach Willkühr benutzen oder unbenutztlassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum theile auf Andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.* »

<sup>2353</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 64.

<sup>2354</sup> § 355 ABGB: « *Alle Sachen sind insgemein Gegenstände des Eigenthumsrechtes, [...]* » Ces mêmes choses sont logiquement susceptibles de possession (§ 311 ABGB).

<sup>2355</sup> § 285 ABGB: « *Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.* » Il s'agit là d'une vision du monde que ZEILLER tire des écrits de KANT. Voir SWOBODA, p. 162.

<sup>2356</sup> Comme nous l'avons vu, le droit français distingue parmi les choses les biens, seuls objets précisément du droit des biens. Cf. *supra* p. 324 ss.

<sup>2357</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 66; OESTERREICH, p. 93.

<sup>2358</sup> « *Eigenthümer der Forderung* »: § 1424 ABGB.

le seul à procéder ainsi et les auteurs germaniques font de même<sup>2359</sup>. Influencé par cette doctrine, ZEILLER a tout bonnement substitué le terme *dominium*, qu'utilisait par exemple WOLFF<sup>2360</sup> par celui de *proprietas* – les deux termes étaient, il est vrai souvent confondus à l'époque romaine déjà. Ne reste alors qu'une seule notion d'*Eigentum* (si l'on laisse de côté la notion objective). Nous trouvons trace de ce «transfert» dans la traduction de CALDERONI<sup>2361</sup>.

À noter qu'il s'agit là d'un choix délibéré de ZEILLER<sup>2362</sup>. MARTINI distinguait en effet entre la propriété au sens large et au sens étroit (celle-ci ne couvrant que les choses corporelles)<sup>2363</sup>. Ce faisant, il s'oppose aux opinions de UNGER, KRAINZ et RANDA<sup>2364</sup>. Pour ZEILLER, il vaut mieux respecter le droit appliqué alors en Autriche, plutôt que s'aligner sur le droit romain inconnu de la pratique<sup>2365</sup>. En outre, le champ d'application de la possession, recouvrant également toutes les choses, ne peut (dogmatiquement) diverger de celui la propriété<sup>2366</sup>.

La place ainsi accordée à la propriété – qui voit son champ d'application étendu jusqu'aux droits – figure en quelque sorte la dernière réminiscence de la figure ancienne de la saisine<sup>2367</sup>. La propriété tient la même place de cette institution du Moyen Âge puisque, comme elle, elle opère le lien entre la personne et les choses. Nous avons décrit plus haut l'emprise hégémonique de la saisine sur l'ensemble des institutions féodales et son rôle d'interface entre l'homme et son environnement. La place qu'occupe la propriété dans l'ABGB est peu ou prou la même<sup>2368</sup>.

Tout cela se heurte néanmoins au classement de la propriété parmi les droits réels, tel qu'y procède l'ABGB, nous l'avons vu. La propriété ne serait à nouveau qu'une chose, mais cette fois distincte de son objet. PFISTER oppose à ce classement de la propriété parmi les choses l'argument qu'elle consiste en une «*faculté de*

<sup>2359</sup> WOLFF, *Institutions*, § CCVI, p. 84.

<sup>2360</sup> WOLFF, *Institutions*, § 206, p. 115: «*Cum non minus de rebus incorporalibus, veluti iuribus nobis competentibus, pro arbitrio disponere possimus, [...]; res etiam incorporales in dominio esse possunt, eidemque ideo subjici [...]*»

<sup>2361</sup> DE CALDERONI écrit (p. 90) à propos du § 354 ABGB: «*Nel trattare del dominio ossia del diritto di proprieta.*». De même il intitule le titre: «*Del diritto della proprieta (Dominio)*».

<sup>2362</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 67.

<sup>2363</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 66 s.

<sup>2364</sup> OESTERREICH, p. 94.

<sup>2365</sup> Solution qui correspond du reste à celle du Code Napoléon selon ZEILLER: PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 67.

<sup>2366</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 68.

<sup>2367</sup> Nous nous souvenons (cf. *supra* p. 99 ss) que la saisine représente une figure unique qui s'insère schématiquement entre le sujet de droit et tous les objets de droit qu'il s'agisse de choses corporelles ou incorporelles, tels que obligations contractuelles, droits féodaux, tenures, etc.

<sup>2368</sup> «*Somit existiert z.B. auch an einer Forderung, da ein Recht, Eigentum, si kann daher vom Gläubiger als Eigentümer ohne Mitwirkung des Schuldners veräußert werden.*»: BRAUN-EDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 107.

*l'Homme*<sup>2369</sup>»; mais cela revient à dire qu'il s'agit d'un droit subjectif, ce qui est vrai de tous les autres droits relatifs ou absolus et plaide par conséquent en faveur du classement uniforme effectué par ZEILLER de tous les droits réels. La nature de la propriété et celle des autres droits réels est identique. Sur cette seule base, il n'y aurait pas d'incohérence à classer la propriété parmi les droits réels et donc à la qualifier de chose.

Cependant, et ZEILLER le précise d'ailleurs, la propriété est bien distincte des autres droits réels en vertu de la place systématique qu'elle occupe par son champ d'application qui couvre toutes les autres choses<sup>2370</sup>. Il y a donc une distinction à opérer, au-delà de différences quantitatives relatives aux facultés accordées au propriétaire.

En substituant la notion de propriété à celle de domaine, l'ABGB lui conserve néanmoins les attributs de *propriété* que la doctrine lui accorde depuis des siècles. Pour résoudre ce paradoxe, il aurait donc fallu dissocier ces deux notions, c'est-à-dire soit réintroduire la double notion de propriété (au sens large et au sens étroit) à la manière de MARTINI, soit faire fi de la notion de domaine et réduire le champ d'application de la propriété aux seules choses corporelles (abandonnant ainsi définitivement la figure de la saisine). C'est cette seconde option qui sera prise rapidement par la doctrine autrichienne du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2371</sup>.

Malgré les virulentes critiques de SAVIGNY – qui considère que la notion de chose de l'ABGB ne veut rien dire<sup>2372</sup>, l'incohérence est excusable au début XIX<sup>e</sup> siècle. Inutile de rappeler combien il est difficile de concilier les notions anciennes et modernes du droit des biens – c'est le sujet de notre étude. Nous verrons que les défauts ici évoqués sont des contorsions nécessaires au maintien et à l'intégration du double domaine dans le nouveau droit. Or, si cette seconde étape est fort réussie à notre avis, il n'en demeure pas moins qu'elle repose sur une base peu solide.

---

<sup>2369</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 71.

<sup>2370</sup> ZEILLER, *Commentar II-1*, n° 5 ad § 353-354.

<sup>2371</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 69. Voir UNGER, p. 524 s. RANDA, p. 8 s. Comme le fait la doctrine française à propos du Code Napoléon, voir. Vidal.

<sup>2372</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 99 s. («*Der Begriff der Sache wird in solcher Allgemeinheit genommen, daß kaum etwas ist, was nicht Sache heißen könnte: [...]. Nun werden aber unmittelbar auf den Begriff der Sache zwey der allerwichtigsten Rechtsbegriffe gegründet: Besitz und Eigenthum. Allein es ist einleuchtend, daß eben dadurch diese Begriffe durchaus gestaltlos und unbrauchbar werden; [...]. [...] Ein noch allgemeinerer Nachteil jenes unbrauchbaren Begriffs der Sache zeigt sich schon bey der Eintheilung der Sachenrechte in dingliche und persönliche: zu den dinglichen werden die bekannten fünf Arten gerechnet, Besitz, Eigenthum, Pfand, Dienstbarkeit und Erbrecht, deren Zusammenstellung allein schon hinreicht, jeden bestimmten Gattungsbegriff ganz unmöglich zu machen.*»). Voir aussi PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 56; ZWIGERT/KOETZ, p. 156.

Paradoxalement, la classification de ZEILLER est également très moderne, car il s'agit là d'une matérialisation de la division de l'ordre juridique entre sujets de droit et objets de droit. Ce qui ressort à la personne humaine ayant été délimitée dans la première partie de l'ABGB, il est logique que tous les éléments subsistants de l'ordre juridique soient traités comme objets de droit<sup>2373</sup>.

De plus, ZEILLER a le mérite d'avoir laissé hors de portée de la propriété les droits de l'homme. En effet, la deuxième partie de l'ABGB commence par définir la chose – objet de droit – par opposition à la personne – sujet de droit dont s'occupe la première partie du code<sup>2374</sup>. La distinction entre droits absolus de la personnalité et les droits absolus patrimoniaux est ainsi acquise. Il s'agit là d'un changement important qui rompt avec la doctrine humaniste<sup>2375</sup>.

De la masse hétéroclite que forment les choses corporelles et incorporelles, il faut re-trancher, comme à l'époque romaine, les choses appartenant au domaine public (*öffentliches Gut*) ou au patrimoine administratif (*Staatsvermögen*)<sup>2376</sup>, pour ne conserver que les choses privées (*Privatgut*)<sup>2377</sup>. Pour le surplus, l'ABGB divise théoriquement les choses selon leur nature (*nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit*). Il y a donc les «*choses corporelles ou incorporelles, mobilières ou immobilières, [...], patrimoniales ou non patrimoniales*»<sup>2378</sup>. Toutes ces choses sont indifféremment objets de la propriété.

<sup>2373</sup> Dans le même sens, BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 107; PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 67 s.

<sup>2374</sup> L'ABGB est composé au total de trois parties – la dernière faisant office de partie générale, nous l'avons dit.

<sup>2375</sup> En conformité avec la doctrine d'Ancien Régime, MARTINI incluait les droits naturels de l'homme dans le champ d'application de la propriété objective. Ainsi, WOLFF, § CCVI s., p. 84, en lien avec le § CXXI, p. 48. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 60 s.

<sup>2376</sup> § 286 ABGB: «*Die Sachen in dem Staatsgebiete sind entweder ein Staats- oder ein Privatgut. Das letztere gehört einzelnen oder moralischen Personen, kleineren Gesellschaften, oder ganzen Gemeinden.*»/«*Les choses dans l'étendue de l'empire sont ou des biens publics ou des biens privés. Ces derniers appartiennent, soit à des personnes individuelles, soit à des personnes morales, lesquelles sont ou des sociétés restreintes ou des communautés entières.*»

§ 287 ABGB: «*Sachen, welche allen Mitgliedern des Staats zur Zueignung überlassen sind, heißen freistehende Sachen. Jene, die ihnen nur zum Gebrauche gestattet werden, als: Landstraßen, Ströme, Flüße, Seehäfen und Meersufer, heißen ein allgemines oder öffentliches Gut. Was zur Verdeckung der Staatsbedürfnisse bestimmt ist, als das Münz- oder Post-Recht und andere Regalien, Kammergüter, Berg- und Salzwerte, Steuern und Zölle, wird das Staatsvermögen genannt.*»/«*Les choses que tous les citoyens peuvent s'approprier s'appellent choses libres. Celles dont l'usage seul leur est permis, telles que les routes, les rivières, les fleuves, les ports et les rivages de la mer, s'appellent biens communs ou publics. Ce qui est destiné à couvrir les besoins de l'État, comme le droit de battre monnaie, le droit de poste et autres droits régaliens, les biens domaniaux, les mines et salines, les impôts et péages, forment la fortune de l'État.*»

<sup>2377</sup> Il est possible de lire au § 289 ABGB que le patrimoine des princes doit être considéré comme relevant de la propriété privée.

<sup>2378</sup> § 291 ABGB.

L'ABGB distingue entre les meubles et les immeubles<sup>2379</sup>. Les droits, pour autant qu'ils ne soient pas rattachés à un objet immobilier, sont considérés comme des choses mobilières<sup>2380</sup>. Pour les immeubles, le code introduit l'obligation d'une écriture (*Intabulation*) dans un registre pour rendre effectif tout transfert de propriété<sup>2381</sup>. Le code reste néanmoins particulièrement laconique à propos de ce «registre foncier» que ZEILLER rattache aux questions procédurales<sup>2382</sup>. Il s'agit néanmoins d'une différence importante par rapport à la France, l'inspiration de cette obligation étant d'origine germanique.

### C. La coordination avec les institutions féodales et communautaires

L'absence de révolution politique en Autriche et la persistance d'une société de classe fondée sur le modèle féodal implique que les transformations juridiques matérielles induites par l'ABGB, soit en notre matière la consécration de la propriété exclusive, doivent être opérées dans le respect des équilibres sociaux<sup>2383</sup>. Il ne doit pas en résulter une redistribution de la maîtrise des terres et de leurs utilités. Le législateur autrichien évite ainsi autant que possible de «déposséder un propriétaire» en transformant une prérogative réelle en simple droit relatif. Cette situation n'est pas particulière à l'Autriche<sup>2384</sup>.

Ainsi, si ZEILLER prend grand soin de rédiger son code comme un texte d'application générale, c'est-à-dire valable pour tous les citoyens sans distinction de rang<sup>2385</sup>, les institutions intrinsèques à une société de classes y sont préservées<sup>2386</sup> – l'exemple le plus frappant en est le fidéicomis de famille, nous le verrons. Cependant, il y procède discrètement sous couvert de renvois à des lois spéciales inégalitaires sans lesquelles l'ABGB ne peut être correctement appréhendé<sup>2387</sup>. Sous cet aspect, l'ABGB

---

<sup>2379</sup> § 293 ABGB («*Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen verszt werden können, sind beweglich, im entgegen gesetzten Falle sind sie unbeweglich. [...]*»).

<sup>2380</sup> § 298 ABGB.

<sup>2381</sup> § 431 et 451 ABGB.

<sup>2382</sup> Or, la procédure n'est pas l'affaire de l'ABGB, comme nous le savons. Voir KUNDERT, *Österreich*, p. 1809. En droit suisse actuel, le registre foncier est certes régi par le Code civil dans ses principes, mais il s'agit bien d'une juridiction gracieuse dont la procédure relève du droit administratif et se trouve d'autant éloignée du droit matériel privé.

<sup>2383</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 75.

<sup>2384</sup> Il en va de même pour l'ALR, le CMBC et le CN-Bade. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 75.

<sup>2385</sup> Caractéristique que l'ABGB partage logiquement avec le Code Napoléon; ce dernier s'inscrivant toutefois dans une société post-féodale: TROP LONG, p. 7 («[...] le domaine de propriété s'est dégagé de tout élément politique [...]»).

<sup>2386</sup> MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 133.

<sup>2387</sup> MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 133. BRAUNEDER (*Privatrechtsgeschichte*, p. 118) relève qu'en 1829 déjà il existait quelque sept cents de ces lois spéciales.



est donc, pour reprendre le terme popularisé par BRAUNEDER, une «*neuständische Kodifikation*<sup>2388</sup>». C'est-à-dire un texte «*néoféodal*» ou «*néocorporatiste*», qui réaffirme l'existence d'une société de classes, tout en donnant une nouvelle présentation qui en tempère quelque peu les effets<sup>2389</sup>. Cela sans pour autant que l'on puisse nécessairement le reprocher aux rédacteurs<sup>2390</sup>, en particulier en raison de la volonté de ZEILLER de n'intégrer à l'ABGB que le droit applicable à tous les citoyens<sup>2391</sup>.

L'ABGB entend non seulement laisser subsister toutes les institutions qui accordent des droits acquis<sup>2392</sup>, mais prend également le soin de les codifier en les incorporant pleinement au nouveau droit<sup>2393</sup>. L'ABGB fait donc bien plus que de simplement tolérer les situations préexistantes au moment de son entrée en vigueur et prend, sur ce thème, le contre-pied du Code Napoléon<sup>2394</sup>. Comprendre comment les institutions féodales et communautaires sont appréhendées dans le contexte d'un code qui, comme nous venons de le voir, régit son système de droit des biens sur le fondement du droit de propriété, constitue une problématique centrale de notre étude.

§ 1. *Institutions féodales*. En matière de fiefs et censives, le code consacre expressément le dernier état de la théorie doctrinale du *double domaine* (*duplex dominium*)<sup>2395</sup>. Plus précisément, en corrélation avec les choix législatifs déjà évoqués, la notion de domaine disparaît au profit de celle de propriété. Le choix du terme *Eigenthum* se fonde ici par l'obligation (qui ressort à la structure romaine donnée au droit des biens

<sup>2388</sup> Wilhelm BRAUNEDER (1943-), professeur ordinaire en histoire du droit à l'Université de Vienne (1980-2011). Sa première contribution sur cette thématique date de 1988 et fut ensuite reprise en 1992, puis en 2014. Voir BRAUNEDER, *Entstehung und Entwicklung des ABGB*, p. 182 ss. Voir pour une reprise du terme, par exemple, MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 267 et 288.

<sup>2389</sup> De la sorte, BRAUNEDER (repris par MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 288) écrit en 1992: «[das ABGB wendet sich] auf der Basis des vormärzlichen Österreich anders als das ALR nicht an die altständische, aber auch nicht wie der Code civil an die egalitäre Gesellschaft, vielmehr an eine neuständisch gegliederte Bevölkerung.»

<sup>2390</sup> MEISSEL, *Contre-partie?*, p. 134 («*Une explication plus naturelle serait que les rédacteurs du code, en particulier Zeiller, avaient une position réservée à l'égard de ces institutions féodales, mais n'avaient pas le pouvoir politique de les écarter.*»). Dans le même sens, PFISTER (*Histoire de l'ABGB*, p. 17) note que l'ABGB admet «*avec plus de réticence*» le double domaine. Voir encore MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 288 (qui rappelle que le Code Napoléon n'était pas non plus égalitaire).

<sup>2391</sup> MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 288 s.

<sup>2392</sup> § 5 ABGB: «*Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß.*» Pour le droit transitoire, voir UNGER, p. 113 ss.

<sup>2393</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 74; KUNDERT, *Österreich*, p. 1807.

<sup>2394</sup> MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 288.

<sup>2395</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 74; MEISSEL, *Contre-partie?*, p. 133. Cf. *supra* p. 73.

de l'ABGB) de maintenir une stricte délimitation entre la propriété et ses variations, d'une part, et les autres droits réels qui lui sont subordonnés, d'autre part.

Sur ce point encore ZEILLER marche dans les pas de MARTINI<sup>2396</sup>. Mais, l'intégration même de la propriété divisée n'est pas le résultat de pures considérations juridiques. La reprise de la notion n'apparaît pas comme une évidence dans les travaux autrichiens (la notion était absente du *Codex Theresianus*). Si ZEILLER y recourt, c'est surtout pour des raisons pratiques et politiques<sup>2397</sup>. La discussion (latente) que nous percevons résulte naturellement de la collision du système romain au système féodal et de la manière dont l'on entend la résoudre<sup>2398</sup>. À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'alternative est la suivante : soit qualifier de *iura in re aliena* tout domaine utile, soit admettre une division de la propriété<sup>2399</sup>. Comme le montre THIBAUT, la question est loin d'être résolue au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2400</sup>. Cette seconde branche s'impose cependant en raison de la « vitalité » des institutions féodales et communautaires<sup>2401</sup>. Il s'agit surtout d'un compromis politique et social permettant le maintien des acquis de toutes les parties<sup>2402</sup>. Comment en effet à la fois conserver l'aristocratie dans sa prérogative de propriété éminente et ne pas reléguer l'exploitant de la terre à un simple droit réel subalterne à la propriété, sans avoir recours à la double propriété<sup>2403</sup> ?

Il existe ainsi dans l'ABGB une forme de continuité doctrinale avec les théoriciens de l'ancien droit (notamment ceux de l'*usus modernus pandectarum* et de la seconde scolastique) – continuité que l'on pourrait faire remonter jusqu'à la fin du Moyen Âge. L'École moderne du droit naturel admet ainsi la figure du double domaine. Tel est le

---

<sup>2396</sup> Ainsi le Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien énonce « *Wenn das Recht auf eine körperliche unbewegliche Sache, mit dem Rechte auf die Nutzungen derselben, in einer und derselben Person vereinigt ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungetheilt; kommt aber einer das Recht auf den Grund, und der andern das Recht auf desselben Nutzungen vorzüglich zu, dann ist das Eigenthumsrecht getheilt und für beide unvollständig: Jene wird Grund-Eigenthümer, diese wird Nutzungs-Eigenthümer genannt.* » (2<sup>e</sup> partie, § 77). Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 75.

<sup>2397</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 76 ss et 80 ss. Sa marge de manœuvre est en réalité grandement restreinte au plan politique : MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 268.

<sup>2398</sup> Cela se voit assez clairement dans les opinions relatives par PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 77 s.

<sup>2399</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 75.

<sup>2400</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 71 ss.

<sup>2401</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 79.

<sup>2402</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 80 s. ; MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 289. Cet auteur note d'ailleurs que dans les années 1780 déjà, les droits de retrait avaient été abolis et de même la liberté d'exploiter la terre selon son bon vouloir et des possibilités de rachat avaient été introduites, si bien que la « *propriété des paysans* » était une formule consacrée.

<sup>2403</sup> En 1846, PHILLIPS (p. 24) exposera encore la reconnaissance d'un double domaine comme un geste de bienveillance envers les tenanciers : « [...] ; *man würde den Vasallen insonderheit seiner vorzüglichsten und wichtigsten Rechte berauben, wenn man ihn etwa zu einem Usufructuar in re aliena machen wollte.* »

cas notamment de POTHIER, PUFENDORF, WOLFF<sup>2404</sup>. Il n'est donc pas étonnant que l'ALR ait opté pour la même solution<sup>2405</sup>.

Si la figure juridique reste courante, son admission ne va pas sans introduire des contradictions à la propriété subjective exclusive. Aussi, avant l'ABGB, jamais le double domaine n'avait été aussi bien intégré parmi les principes du droit romain. Le résultat est en effet presque entièrement satisfaisant, bien qu'il souffre du double vice originel de se fonder sur la déformation du droit féodal par les romanistes et d'imposer à la propriété un champ d'application trop large. Examinons la solution choisie.

La prise en compte de la tension théorique que pose l'admission d'une *double propriété* explique, en partie au moins, le champ d'application particulièrement large que l'ABGB donne à la propriété. À cet égard, il convient d'apporter une précision importante à nos développements précédents. La propriété autrichienne ne porte pas directement sur la chose (corporelle ou incorporelle), mais sur la «*substance et les utilités*» de cette dernière<sup>2406</sup>. Cette précision n'a aucune véritable importance lorsqu'il n'existe qu'une forme complète de propriété. Le droit porte, à rigueur de texte, à la fois sur la substance et l'ensemble des utilités de la chose.

Mais la distinction prend toute son importance lorsque l'ABGB admet plus loin que ces éléments peuvent être scindés. Dans ce cas, une première propriété – nommée *Nutzungsseigentum* (soit propriété utile) – porte bien à la fois sur la substance et les utilités, mais est placée en concurrence avec une autre propriété – nommée *Obereigentum* (soit propriété éminente) – qui porte elle uniquement sur la substance<sup>2407</sup>. Le

<sup>2404</sup> PUFENDORF, p. 491 s. SWOBODA (p. 151 s.) souligne d'ailleurs que MARTINI, puis ZEILLER, on reprit le système de WOLFF.

<sup>2405</sup> ALR, I, 8, 19 s. L'ALR en tant que codification d'ensemble des règles de droit incorpore aussi celles relatives aux fiefs et censives, ce que ne fait évidemment pas l'ABGB. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 80.

<sup>2406</sup> Voir § 354 ABGB. De même, cf. *supra* notre note n° 2332 (à propos de l'erreur de traduction de DE CLERCQ). ZEILLER, *Commentar II-1*, n° 1 ad § 357 ABGB («*Man unterscheidet in einer Sache die Substanz oder die Sache an sich selbst [...], und die Nutzungen oder den Gebrauch, wozu sie dienlich ist.*»). Voir également PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 66.

<sup>2407</sup> § 357 ABGB. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 66 et la note n° 119 en p. 72, qui rappelle le flou qui a pu exister à l'entrée en vigueur de l'ABGB quant à la délimitation entre propriétés et autres droits réels. Un certain manque de clarté se rencontre en effet chez ZEILLER en 1802 (*Das natürliche Privat-Recht 1802*, p. 88), mais il précise son propos en 1819 (*Das natürliche Privat-Recht 1819*, p. 119): «*Eine andere Art, diese Eintheilung zu vertheidigen, ist, daß man in der Erklärung des Nutzungsseigentumes beifügt: mit einem Antheile an der Proprietät.*» La doctrine allemande du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle connaît évidemment cette distinction (qui apparaît comme déjà datée), mais la terminologie peut varier. Ainsi, MITTERMAIER (p. 363) distingue: «*In so ferne trennte man ein echtes Eigenthum als das von einem Freien selbstständig besessene, von allen Lasten freie Grundeigenthum im Gegensatz des abgeleiteten Eigenthums, das nach dem alten Güterverleihungssysteme von demjenigen besessen wurde, welchem der echte Eigenthümer das Gut zur vollen Benützung verlieh.*»

pouvoir de disposer forme ainsi le noyau de la notion de propriété<sup>2408</sup>. Il s'agit de la caractéristique qui permet de distinguer les propriétés des autres droits réels. Lorsqu'un droit porte au moins sur la substance de la chose, il s'agit d'une forme de propriété<sup>2409</sup>. *A contrario*, si le droit ne porte que sur les utilités de la chose, il ne s'agit alors que d'un autre droit réel.

Comme le paragraphe 354 ABGB permet d'inclure dans le champ de la propriété toutes les choses et que ces dernières sont corporelles ou incorporelles, l'on évite – en quelque sorte en amont – d'exacerber la tension qui résulte de la différence entre la substance (qui peut être corporelle selon la nature de la chose) et les utilités (qui échappent par définition aux sens). Cette tension est donc amalgamée dans les défauts de la notion même de chose.

Pour le surplus, la propriété divisée est de même nature que la pleine propriété. Les mêmes facultés de propriétaire sont accordées tant à l'*Obereigentümer* qu'au *Nutzungs-eigentümer*, dans la mesure où il n'y a pas contradiction avec les droits de l'autre<sup>2410</sup>.

À ce stade nous disposons d'un panorama complet de la notion de propriété. La pleine propriété correspond à la notion romaine. La propriété divisée, incomplète et imparfaite, reprend la théorie du double domaine de la fin de l'Ancien Régime<sup>2411</sup>. À cela s'ajoute encore la situation dans laquelle le propriétaire a accordé à des tiers des droits réels sur sa chose. Cela n'a pas d'influence directe sur sa propriété qui reste pleine et entière (contrairement à ce que prévoit le Code Napoléon)<sup>2412</sup>, mais se trouve néanmoins limitée par les prérogatives de ce tiers (« *vollständig, aber beschränkt* »), de la même manière que le fait déjà l'ordre juridique dans son ensemble<sup>2413</sup>.

---

<sup>2408</sup> Cela correspond donc à la définition classique de la *proprietas* et nous éloigne, au contraire, de celle du *dominium* qui ne porte classiquement que sur les utilités. Ici encore le choix d'*Eigentum* se justifie. Voir ZEILLER, *Commentar II-1*, n° 1 ad § 357 ABGB (« *Nur das Recht an der [Substanz] nennen die Rechtsgelehrten Proprietät oder Eigentum, nicht auch das Recht bloß auf die Nutzungen oder den Gebrauch. [...] Erst dann, wenn ihm zugleich ein Recht auf die Substanz eingeräumt wird, muß er als ein Eigentümer der Sache betrachtet werden.* »). Il en va de même dans l'ALR (I, 8, 19 s.) (voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 80).

<sup>2409</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 71.

<sup>2410</sup> § 363 ABGB. Voir aussi PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 83.

<sup>2411</sup> ZEILLER, *Commentar II-1*, n° 2 ad § 357 ABGB (« *Sobald aber der letztere [Fruchtnießer] zugleich an der Substanz oder Proprietät Theil nimmt, ist er als ein Eigentümer der Sache anzusehen, er genießt die Eigentumsrechte, und heißt Nutzungseigentümer; sein Mitgenosse aber Obereigentümer.* »).

<sup>2412</sup> § 358 ABGB. Voir ZEILLER, *Commentar II-1*, n° 2 ad § 357 ABGB (« *Wer ein ausschließendes Recht auf die Substanz hat, ist und bleibt vollständiger Eigentümer, obgleich einem ändern, wie z.B. dem Fruchtnießer, ein ausschließendes Recht auf alle Nutzungen oder den vollen Gebrauch zustünde.* »).

<sup>2413</sup> PFISTER (*La propriété dans l'ABGB*, p. 71 ss) semble ériger, au contraire, cette dernière situation en une forme supplémentaire de propriété, distincte des deux autres – tout en précisant

Le paragraphe 360 ABGB nous montre que la propriété divisée doit être restreinte à certains cas seulement – en indiquant qu’une redevance foncière ne suffit pas à l’admettre<sup>2414</sup>. Concrètement, le double domaine s’applique donc aux baux de longue durée (*Erbpacht*)<sup>2415</sup>, baux emphytéotiques<sup>2416</sup>, servitudes héréditaires (*Erbdienstbarkeiten*), charges foncières (*Grundpflichtigkeiten*), etc.<sup>2417</sup>, ainsi qu’aux fidéicommiss de famille<sup>2418</sup>. Si nous reviendrons encore sur ce dernier exemple, pour le surplus, il n’y a qu’une particularité à évoquer sur ces manifestations du double domaine qui restent, pour une partie, régies en dehors de l’ABGB par l’ancien droit et, pour une autre partie, soumises aux principes que nous venons d’évoquer à propos du double domaine<sup>2419</sup>. Cette particularité concerne les baux de longue durée et la libre disposition en principe accordée au *Nutzungsseigentümer*, néanmoins lourdement tempérée par les éventuelles exceptions contractuelles – notamment des formes de droits de retrait – et surtout par le code lui-même<sup>2420</sup>. Ajoutons encore que l’ABGB consacre également le droit de superficie (*Bodenrecht*) en vertu duquel il résulte une propriété divisée: celle de la substance et de l’usufruit du dessous, d’une part, et celle de la substance et l’usufruit héréditaire de la superficie, d’autre part<sup>2421</sup>. Une loi de 1912, prenant pour exemple le BGB, viendra moderniser et revitaliser cette institution<sup>2422</sup>. Le droit de superficie autrichien n’est donc pas une servitude, mais bien une survivance de propriété divisée<sup>2423</sup>.

---

plus loin (p. 73 s.) à juste titre que la théorie du démembrement n’a pas cours en Autriche. Ce n’est qu’en vertu de cette théorie de cette dernière que la propriété est modifiée par l’existence d’un autre droit réel sur la même chose dont la création requiert le retrait d’une faculté au propriétaire pour l’accorder au titulaire du droit réel. De la sorte, en droit français, l’existence d’un autre droit réel rend la chose imparfaite. ZEILLER (*Das natürliche Privat-Recht 1819*, p. 119) montre bien que ces restrictions s’inscrivent dans le contexte général du droit positif privé et public. À cela s’ajoutent les § 16 et 17 ABGB, à propos desquels ZEILLER (*Commentar II-1*, n° 1 ad § 358 ABGB) nous dit: «*Jedes Recht ist schon seinem Begriffe nach durch die Rechte anderer eingeschränket.*» Pour le droit français, cf. *supra* p. 320 (à propos du démembrement).

<sup>2414</sup> PFISTER (*La propriété dans l’ABGB*, p. 83) qualifie cette disposition de «*présomption défavorable à la propriété divisée*».

<sup>2415</sup> § 1122 ABGB.

<sup>2416</sup> § 1123 ABGB.

<sup>2417</sup> MEISSEL, *De l’esprit de modération*, p. 288. La liste est potentiellement très longue, voir THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 79.

<sup>2418</sup> PFISTER, *La propriété dans l’ABGB*, p. 83 et 85; MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 133. NEGRI, p. 63 ss. Voir aussi DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Italie*, p. 119.

<sup>2419</sup> § 1127 et 1139 ABGB. PFISTER, *La propriété dans l’ABGB*, p. 86.

<sup>2420</sup> § 1140, 1141, 1142 ABGB. Voir PFISTER, *La propriété dans l’ABGB*, p. 86 s.

<sup>2421</sup> § 1125 ABGB. PFISTER, *La propriété dans l’ABGB*, p. 85.

<sup>2422</sup> Gesetz vom 26. April 1912 betreffend das Baurecht (RGBl. Nr. 86). Voir KUNDERT, *Österreich*, p. 1809.

<sup>2423</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 371 ss.

Pour le surplus, les règles proprement féodales ne font pas l'objet du code<sup>2424</sup>. Pour les raisons politiques que nous savons, elles demeurent du ressort d'autres lois spéciales, notamment provinciales<sup>2425</sup>. Le texte de l'ABGB est ainsi exempt, autant que possible, de toute considération relative aux rangs sociaux et aux inégalités intrinsèques à la société du début du XIX<sup>e</sup> siècle. En maintenant de nombreuses institutions « corporatistes », le code n'échappe pourtant pas au qualificatif de « néo-corporatiste<sup>2426</sup> ».

En définitive, si l'ABGB représente sans doute l'aboutissement du travail des glossateurs, le système proposé ne résiste pas à l'analyse. THIBAUT le montre très bien<sup>2427</sup>. La seule double propriété qui se concilie avec le système du droit romain est celle de la propriété bonitaire. Pour le surplus, l'on n'y arrive qu'imparfaitement : il n'y a pas de double domaine possible dans le système romain.

Ce n'est que lors de la Révolution de Mars 1848 que les lignes se modifièrent. Il faut en effet attendre la prévalence des idées libérales pour que, d'une part, l'égalité des personnes soit véritablement acquise<sup>2428</sup> et, d'autre part, les terres soient enfin libérées du joug féodal. Ce dernier processus est nommé *Allodifikation*<sup>2429</sup> et commence en 1848 par le *Grundentlastungspatent*<sup>2430</sup>. Le bail emphytéotique (*Erbpacht*) est ainsi obsolète en 1848, de même que l'*Erbzinsvertrag*<sup>2431</sup>. Le système adopté est alors très similaire à celui des rachats que nous avons évoqué dans le droit intermédiaire français. Le processus est graduel et culmine par l'interdiction constitutionnelle de la double propriété en 1867<sup>2432</sup> – ce qui met définitivement fin aux institutions féodales. Néanmoins, formellement, la double propriété ne fut retirée de l'ABGB que le 24 juillet 2006 sans aucune nouvelle intermédiaire<sup>2433</sup>.

---

<sup>2424</sup> § 359 ABGB.

<sup>2425</sup> § 2246 ABGB. Voir BRUCKMUELLER, p. 21 ; UNGER, p. 10 ; DE CLERCQ, p. XIII. Voir aussi PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 53. Telle était la volonté de ZEILLER d'écarter toute disposition de nature « politique » : ZEILLER, *Commentar I*, n° 15 *ad Vorkenntnisse* (à propos de la distinction entre le droit privé et le droit public, ce dernier tenant aux obligations des citoyens envers la société). Voir PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 14.

<sup>2426</sup> PFISTER, *Histoire de l'ABGB*, p. 14.

<sup>2427</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 94 ss.

<sup>2428</sup> Loi du 7 septembre 1848, constitution du Reich du 4 mars 1849, constitution du 21 décembre 1867. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 88.

<sup>2429</sup> KUNDERT, *Österreich*, p. 1807.

<sup>2430</sup> Grundentlastungspatent du 7 septembre 1848.

<sup>2431</sup> Le Code civil espagnol maintient portant la division de la propriété pour l'emphytéose à ses articles 1605 et 1638. De même en va-t-il en Autriche dans la jurisprudence : COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 385.

<sup>2432</sup> Art. 7 Staatsgrundgesetz vom 12. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger. Voir KUNDERT, *Österreich*, p. 1807.

<sup>2433</sup> Cela est sans aucun doute à mettre sur le compte de l'attachement de ZEILLER de donner à l'ABGB ce caractère intrinsèquement égalitaire. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 88.

Nous avons évoqué le Code civil du grand-duché de Bade qui reprend le Code Napoléon tel quel en ne modifiant que ponctuellement les dispositions relatives au double domaine<sup>2434</sup>. Le législateur souhaite, de manière similaire à l'ABGB, éviter au maximum les cas de division de la propriété. Ainsi, la propriété n'est-elle pas «*partagée*», mais «*limitée ou grevée*» si seuls des éléments particuliers de jouissance de la chose sont accordés, ou encore si la jouissance complète est accordée à une personne déterminée à l'exclusion du pouvoir de disposer de la chose elle-même<sup>2435</sup>. Ce modèle de division de la propriété est d'évidence incohérent par rapport au Code Napoléon. L'assise théorique est viciée. Elle appellerait sans doute un décorticage complexe analogue à celui qui doit être fait pour les communaux français et qui aboutirait à la même conclusion: il n'est pas possible d'assimiler les réflexes de l'ancien droit au nouveau.

§ 2. Contrairement aux autres manifestations de double domaine, les fidéicommiss de famille (*Familienfideikommiss*) se sont maintenus dans l'ABGB<sup>2436</sup> et au-delà du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce fait les rend dignes d'intérêt pour notre étude – sans compter qu'il s'agit de l'incarnation même du phénomène de *neuständische Kodifikation*: l'institution figure dans le code, semble-t-il à la portée de chacun, mais renvoi est fait aux droits locaux qui continuent à en limiter l'accès à la seule aristocratie (comme par le passé)<sup>2437</sup>. Les fidéicommiss sont répandus en Bohême et en Pologne, là où la grande

<sup>2434</sup> ZEILLER (*Commentar II-1*, n° 2 ad § 357 ABGB *in fine*) évoque également cet exemple.

<sup>2435</sup> Art. 544a CN-Bade: «*Die Befugniß zu einzelnen Gattungen der in dem Eigenthum begriffenen Verfügungen kann durch das Gesetz oder den Willen des Eigenthümers von dem Umfang des Eigenthums im Ganzen getrennt werden und auf Andere kommen. Diese Trennung wird niemals vermuthet, und ist stets im engsten Sinn zu nehmen.*»

Art. 544b CN-Bade: «*So lang dergleichen getrennte Verfügungsarten nur einzelne Gattungen des Genusses betreffen, oder auch den Genuß im Ganzen jedoch nur für eine bestimmte Person und ohne Mitübertragung einer Befugniß über Stand und Wesen der Sache selbst nach Belieben zu schalten und zu walten; so wird dadurch das Eigenthum nur beschränkt oder belastet, nicht zertheilt.*»

Art. 544c CN-Bade: «*Hat jemand und zwar erblich den Genuß einer Liegenschaft nebst dem Recht zu allen Verfügungen über die Sache, welche ihre bessere Genießbarkeit bezielen, und ein Anderer hat daran nur die Rechts-Erwartung des einstigen Heimfalls des Genusses auf bestimmte Fälle sammt dem Recht zu allen Verfügungen über die Sache, welche ihre Erhaltung im Stand einer unveränderten Genießbarkeit bezwecken; so hat keiner ein volles, sondern jeder nur ein zertheiltes Eigenthum, nemlich der Erstere das Nuzeigenthum, und der Andere das Grund-Eigenthum.*»

Art. 544d CN-Bade: «*Ein getheiltes oder Mit-Eigenthum hat derjenige, der mit einem Andern eine im innern Umfang durchaus gleiche Art der Theilnahme an den einzelnen Gattungen der Eigenthums-Befugnisse hat, sey es nun zu gleichen oder ungleichen Antheilen. Man kann am vollen Eigenthum, ingleichen an Grundeigenthum allein, oder am Nuz-Eigenthum allein das Mit-Eigenthum haben. Es findet bey unkörperlichen wie bey körperlichen Sachen statt, so wie bey liegender und fahrender Habe.*»

<sup>2436</sup> § 604 ss ABGB. NEGRI, p. 75 ss. Voir aussi DI SIMONE, *Le Code civil autrichien en Autriche*, p. 119.

<sup>2437</sup> KUNDERT, *Österreich*, p. 1807 s.

propriété agricole est le modèle de prédilection, mais moins fréquents dans les Alpes<sup>2438</sup>.

Le contexte politique sera de plus en plus hostile à l'institution au fil du siècle<sup>2439</sup>. D'emblée, ZEILLER tente d'en restreindre au maximum le champ d'application<sup>2440</sup>. Dans cette perspective, il prend notamment appui sur l'abolition française de 1804<sup>2441</sup> : le Code Napoléon supprime effectivement initialement les fidéicommiss (art. 896 CN), mais l'empereur décide de les réintroduire en 1807 sous la forme de majorats (art. 896 CN nouveau), dans le but de favoriser la nouvelle aristocratie d'empire<sup>2442</sup>. Ainsi, la création de nouveaux fidéicommiss est soumise à l'autorisation du *Landesfürst*<sup>2443</sup>. Doléance est faite en 1848 d'abolir les fidéicommiss : ils sont maintenus, mais l'autorisation conditionnée dès 1868 à une loi formelle, de même que toute modification importante ou accroissement d'un fidéicommiss<sup>2444</sup>. La mesure est efficace contre les nouvelles créations (rares sont les autorisations accordées et celles qui le sont concernent souvent des accroissements et non des créations), mais n'a pas d'effet sur les fidéicommiss préexistants<sup>2445</sup>. Quoi qu'il en soit, en 1930, il ne reste plus que 164 fidéicommiss dans la désormais République d'Autriche<sup>2446</sup>. Les fidéicommiss seront abolis en 1938 en raison de l'impact juridique provoqué par l'*Anschluss*<sup>2447</sup>.

Hormis leur accès réservé à la classe aristocratique, les fidéicommiss sont peu ou prou une institution communautaire que l'on pourrait rattacher aux communaux. En effet, il s'agit d'un patrimoine inaliénable en mains de la communauté familiale passée, ac-

---

<sup>2438</sup> KUNDERT, *Österreich*, p. 1808.

<sup>2439</sup> PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 88.

<sup>2440</sup> Voir OFNER, p. 542 («[...] ; [ZEILLER] *habe sich ohnedieß immer für die Beschränkung der Fideikommiss erklärt.*»).

<sup>2441</sup> Dans ce sens, MEISSEL, *Contre-partie ?*, p. 122.

<sup>2442</sup> Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 85. Cette révision s'inscrit parmi les modifications corrélatives au passage de la république à l'empire. Elle en est même la plus notable selon ZACHARIAE (*Handbuch 1837*, p. 22) : «*Auch sonst erlitten die Vorschriften des C. N., so lange das Kaiserreich bestand, (ausgenommen etwa durch die Einführung der Majorate,) keine wesentlichen Veränderungen.*» Les majorats seront finalement définitivement interdits par la loi du 12 mai 1835 (ZACHARIAE, *Handbuch 1837*, p. 52). Ils sont une exception dans le système français, mais ils sont loin d'être la seule, puisqu'il en va de même des baux de longue durée : PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 88.

<sup>2443</sup> Le § 627 ABGB renvoie en effet au pouvoir législatif. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 84 ; KUNDERT, *Österreich*, p. 1808.

<sup>2444</sup> KUNDERT, *Österreich*, p. 1808.

<sup>2445</sup> KUNDERT, *Österreich*, p. 1808.

<sup>2446</sup> Ce qui ne représente que 4% des terres cultivables autrichiennes. Notons néanmoins que l'Empire habsbourgeois a lui-même été éputé de 87% de sa surface à la fin de la Première Guerre mondiale et que la majorité des fidéicommiss se trouvait en Bohême et en Pologne. Voir KUNDERT, *Österreich*, p. 1808.

<sup>2447</sup> Gesetz vom 6. July 1938. Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 88.



tuelle et future (avec ou sans limite de générations)<sup>2448</sup>. Le fidéicommiss est stipulé « *en faveur du premier né de la branche aînée (fidéicommiss de primogéniture), du plus proche parent de la famille (majorat) ou du plus âgé entre plusieurs parents du même degré (seniorat)*<sup>2449</sup>. » Le titulaire ainsi désigné dispose de la propriété utile, cependant que les appelés disposent de la propriété directe<sup>2450</sup>. Ils peuvent porter non seulement sur un fond, mais également sur des ensembles de meubles ou des capitaux<sup>2451</sup>. L'avantage du maintien du fidéicommiss est notamment d'échapper aux règles successorales égalitaires<sup>2452</sup>.

§ 3. *Les communaux*. Nous ne pouvons achever ce chapitre consacré au droit autrichien sans évoquer au moins les communaux. Au sens de l'ABGB, la définition des communaux (*Gemeindegut*) est la suivante: « *De même les choses qui, d'après la constitution du pays, servent à l'usage de chaque membre d'une commune, constituent les biens communaux: mais les choses dont les revenus sont destinés à pourvoir aux dépenses de la commune, forment la fortune communale*<sup>2453</sup>. » Aussi, n'y a-t-il, conformément à l'esprit du code autrichien, aucune remise en cause de la nature juridique, ni d'ailleurs de règles quant à l'organisation des communaux.

De la sorte, nous nous permettons de renvoyer à nos considérations consacrées au droit allemand, lequel abaisse le rideau sur les communaux en tant que propriétés divisées en 1938, tant pour l'Allemagne que pour l'Autriche<sup>2454</sup>.

<sup>2448</sup> § 618 ABGB: « *Ein fideicommiss (Familien-Fideicommiss) ist eine Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger, als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird.* » Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 84.

<sup>2449</sup> § 619 ABGB: « *Das Fideicommiss ist insgesamt entweder eine Primogenitur, oder rein Majorat, oder rein Seniorat; je nachdem der Stifter desselben die Nachfolge entweder dem Erstgeborenen aus der ältern Linie; oder, dem Nächsten aus der Familie dem Grade nach; unter mehreren gleich Nahen aber dem Aeltern an Jahren; oder endlich, ohne Rücksicht auf die Linie, dem Aeltern aus der Familie zugebacht hat.* » Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 84.

<sup>2450</sup> § 629 ABGB: « *Das Eigentum des Fideicommiss-Vermögens ist zwischen allen Anwärtern, und dem jedesmaligen Fideicommiss-Inhaber geteilt. Jenen kommt das Obereigentum allein; diesem aber auch das Nutzungseigentum zu.* » Voir PFISTER, *La propriété dans l'ABGB*, p. 84.

<sup>2451</sup> KUNDERT, *Österreich*, p. 1808.

<sup>2452</sup> Cela est vrai que l'on se place en Autriche ou en Autriche (AUBRY/RAU, p. 130). C'est ce qui motive NAPOLEON à les réintroduire en Autriche. Voir, PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 483 ss.

<sup>2453</sup> § 288 ABGB: « *Auf gleiche Weise machen die Sachen welche nach der Landesverfassung zum Gebrauche eines jeden Mitgliedes eines Gemeinde dienen, das Gemeindegut; diejenigen aber, deren Einkünfte zur Bestreitung der Gemeindeauslagen bestimmt sind, das Gemeindevermögen aus.* »

<sup>2454</sup> Cf. *infra* p. 387.

## D. Synthèse

Alors que la codification française propose une solution consistant à moderniser autant que possible le droit des biens en imposant l'hégémonie du modèle du droit subjectif de propriété exclusive, le modèle autrichien opte pour une approche de synthèse mêlant tradition et modernité. Cependant, si le premier modèle fait obstacle aux principes de l'ancien droit au profit de ceux du nouveau, l'ABGB met en réalité à mal les principes issus des deux ordres juridiques. Assimiler le domaine divisé à la propriété moderne est certainement une erreur juridique, même si nous pouvons saluer l'habileté politique.

L'ABGB est à la fois le dernier état de la féodalité en Europe et l'ouverture à la modernité. ZEILLER par son œuvre donne une base véritablement libérale au droit autrichien<sup>2455</sup>. Il a su conjuguer au mieux traditions et modernité.

Au fond, si l'on considère la notion de propriété telle qu'elle figure dans le code – depuis longtemps bien connue des théoriciens – et le maintien des institutions communautaires et féodales, l'ABGB n'apporte pas de changement majeur à l'ordre juridique autrichien<sup>2456</sup>. De même, au plan doctrinal, il consiste en une continuation des philosophies contemporaines, en particulier celle de la *Rechtslehre* de KANT<sup>2457</sup>.

En définitive, l'ABGB ne procède donc qu'à une codification de la doctrine juridique de l'Ancien Régime. Aussi, la description que OESTERREICH<sup>2458</sup> fait de l'époque des glossateurs s'applique-t-elle également à la codification autrichienne: «*Das deutsche Eigentum ist ein dingliches Recht wie alle übrigen; es unterscheidet sich nur durch seinen größeren Umfang, nicht durch seine Art. Die anderen dinglichen Rechte sind nach dem treffenden Ausdruck Otto v. Gierkes als <Eigentumsplitters> zu charakterisieren und äußern sich in einer verminderten eigentumsähnlichen Nutzbarkeit. Auch an unkörperlichen Sachen, renten und Zinsen, gibt es ein Eigentum*<sup>2459</sup>. »

---

<sup>2455</sup> MEISSEL, *De l'esprit de modération*, p. 292.

<sup>2456</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 120.

<sup>2457</sup> GILARDEAU, *Codification kantienne*, p. 408.

<sup>2458</sup> L'archiduc Maximilian Eugen VON OESTERREICH (1895-1952) est le frère du dernier Empereur d'Autriche (CHARLES I). Il effectue des études de droit et obtient le titre de docteur en droit, délivré par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, le 22 juillet 1922. Sa thèse est intitulée «*Wandlungen im Eigentumsbegriff*»; une thématique proche de l'histoire de sa propre famille et que d'aucuns pourraient croire émotionnelle, alors que son étude démontre au contraire, à notre avis, une bonne maîtrise juridique des questions traitées et est exempte de saillies politiques.

<sup>2459</sup> OESTERREICH, p. 74.

## XVI. L'École historique du droit et le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand

Après la période des codifications jusnaturalistes, débute dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle celle des codifications pandectistes dont l'apogée s'incarne dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après BGB) de 1896. Ce texte est précédé dans cette démarche de plusieurs codes régionaux des États allemands et des cantons suisses. Il est suivi par le Code civil suisse dont le rédacteur, Eugen HUBER, s'inscrit dans le même esprit.

Notre première tâche consiste donc à exposer les évolutions doctrinales ayant conduit la codification allemande à revêtir des caractéristiques quelque peu distinctes de celles des codes français et autrichien. En particulier, nous serons amené à évoquer les fondements de l'École historique du droit (A). Nous verrons ensuite que la notion de droit subjectif de propriété exclusive et ses caractéristiques telles que conçues par le BGB nous offrent un exposé précis et cohérent, sans que cela ne soit une véritable innovation par rapport aux travaux de la doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle (B). Quant aux institutions communautaires et féodales, elles sont réduites à leur portion congrue dès avant le code et ce dernier les écarte pratiquement complètement, non seulement en raison des évolutions sociales, mais surtout sur la base d'arguments juridiques. La solution est tout à la fois différente de la codification autrichienne et clairement distincte de la solution française, tout en préfigurant la codification fédérale suisse<sup>2460</sup>, ce qui est particulièrement intéressant pour notre étude (C).

### A. L'École historique allemande et l'élaboration d'un code civil allemand

§ 1. La réaction de la doctrine allemande du début du XIX<sup>e</sup> siècle aux deux codifications jusnaturalistes que nous venons d'étudier est contrastée. Si THIBAUT se prononce en faveur d'une codification similaire pour les pays germaniques, SAVIGNY s'y oppose directement et avec verve<sup>2461</sup>. Cependant, fondamentalement, la *Kodifika-*

<sup>2460</sup> WIEACKER, p. 486.

<sup>2461</sup> Voir le mémoire de THIBAUT (*Die Notwendigkeit*, p. 5 ss) publié en 1814 et qui consiste en un plaidoyer en faveur d'un code national unifiant le droit privé et la longue réponse de SAVIGNY (*Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 1 ss) la même année qui, sur la base de son analyse des codifications jusnaturalistes, plaide au contraire pour le maintien de la diversité juridique face aux nombreux défauts qu'il relève (*Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 108) : « *Ist dieses Urtheil über die drey neuen Gesetzbücher gegründet, so liegt darin eine Bestätigung meiner Ansicht, daß die gegenwärtige Zeit keinen Beruf hat, ein Gesetzbuch zu unternehmen: und gewiß eine sehr starke Bestätigung.* » Voir, sur l'ensemble, WIEACKER, p. 390 ss. Mis à part sur le continent, la verve de SAVIGNY sert également les juristes anglais en arguments favorables à l'absence de codification du *common law*: SOLEIL, *Le recours à Savigny*, p. 1 ss et spécialement p. 9 ss.

*tionsstreit* de ces deux doctes s'efface devant leur défense commune des particularismes juridiques germaniques, lesquels se fondent sur les droits locaux ou le *ius commune*, que ces auteurs contribuent à mettre en valeur<sup>2462</sup>. Pour l'un comme pour l'autre, l'évolution du droit passe nécessairement, par une réflexion morale et historique. Elle se réalise par une législation nationale pour THIBAUT, par une science doctrinale commune pour SAVIGNY.

Peu de temps après cette *Kodifikationsstreit*, SAVIGNY fonde en 1815, avec Karl Friedrich EICHHORN, une revue d'histoire du droit – la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*<sup>2463</sup> – dont la première contribution écrite par SAVIGNY à vocation programmatique<sup>2464</sup> : « *L'École historique s'appuie sur le principe que, la matière du droit est donnée par l'ensemble du passé d'une nation, et non pas par un arbitraire, qui conduirait à ce qu'elle ait ce contenu ou un autre par le jeu du hasard, mais bien délivrée par le destin propre à la nation même et à son histoire. [...] Les éditeurs de cette revue, lesquels sont pleinement dévoués à l'École historique, souhaitent par leur entreprise commune promouvoir le développement et l'application des vues de cette École : en partie par leurs propres travaux, en partie en offrant un point de ralliement aux amis de la même opinion*<sup>2465</sup>. » L'École historique du droit (*die nationalhistorisch-systematische Rechtschule*) est née. Elle comprend deux courants : le courant germanistique (*Germanistik*) – appuyé sur une étude globale et structurante du droit germanique et de ses notions – et celui pandectiste (*Pandektistik*) – appuyé sur l'analyse des notions du droit romain, en particulier celles du droit privé, dans une perspective moderne<sup>2466</sup>.

---

<sup>2462</sup> ZIMMERMANN, p. 97 ss.

<sup>2463</sup> Cette revue paraît de 1815 à 1850. Johann Friedrich Ludwig GÖSCHEN (1778-1837, également professeur de droit) en est aussi éditeur dès la première publication, mais de manière subordonnée. À cette revue succède en 1861, l'actuelle *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* que nous avons plusieurs fois citée dans la présente étude.

<sup>2464</sup> Dans le même sens, voir WIEACKER, p. 388.

<sup>2465</sup> Notre traduction de SAVIGNY, *Zweck dieser Zeitschrift*, p. 6 s. : « *Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so daß er zufällig dieser oder ein anderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. [...] Die Herausgeber dieser Zeitschrift, welche mit voller Ueberzeugung der geschichtlichen Schule zugehan sind, wünschen durch ihre gemeinschaftliche Unternehmung die Entwicklung und Anwendung der Ansichten dieser Schule zu befördern: theils durch eigene Arbeiten, theils indem sie gleichgesinnten Freunden einen Punkt der Vereinigung darbieten.* » Voir aussi WIEACKER, p. 353 s.

<sup>2466</sup> Sur cette École et son développement, voir surtout l'ouvrage classique de WIEACKER, p. 348 ss. Le même (p. 411) expose ainsi la relation (évolutive) entre les deux courants doctrinaux : « *Bei der Gründung der Schule hatten beide Zweige in engem Bündnis gestanden, getragen von der Einheit von Kultur und politischer Nation, die eine Spannung von <Weltbürgertum und Nationalstaatsgedanke> noch nicht zuließ; die Germanisten mitgerissen von Savignys mächtigerem Willen. Mit Puchtas Wendung von der Geschichtsromantik zum wis-*

La technicité juridique ainsi engendrée par la « *Begriffsjurisprudenz* » qui en découle donne, par dialectique, une assise académique extrêmement solide aux travaux allemands<sup>2467</sup>. Cette École influence profondément le droit allemand jusqu'à la fin du siècle donnant de la sorte à la science juridique un regain tout à fait remarquable.

Cela étant précisé, ces analyses perpétuent en réalité le mouvement humaniste en le juridicisant au maximum, bien au-delà du point où étaient arrivées les codifications jusnaturalistes. L'individu et ses attributs demeurent la préoccupation première du droit allemand codifié, nous le verrons. L'approche subjective du droit est ainsi aussi celle du droit allemand et s'érige donc en constante pour l'ensemble des droits romano-germaniques.

Ainsi, depuis la phase initiale des codifications jusnaturalistes jusqu'à l'achèvement des travaux allemands de codification à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'École historique du droit a le temps de travailler à l'étude raisonnée des droits germaniques et romain pendant près d'un siècle<sup>2468</sup>. Les rédacteurs du BGB peuvent s'appuyer sur les multiples travaux des auteurs allemands contemporains. Bien plus que la codification proprement dite, ce sont effectivement les discussions des doctes qui permettent de délimiter et d'asseoir les notions fondamentales du nouveau droit des biens allemand. Sous cet angle, la codification ne vient donc que simplement formaliser les acquis doctrinaux<sup>2469</sup>. Il n'est dès lors pas étonnant que le code allemand se revendique comme une œuvre proprement scientifique – en particulier en comparaison du Code Napoléon<sup>2470</sup>. Aussi, notre analyse du BGB doit-elle, logiquement, s'appuyer sur les réflexions des doctes de l'École historique du XIX<sup>e</sup> siècle.

§ 2. Ce n'est qu'après le décès SAVIGNY en 1861<sup>2471</sup> que les doctrines germaniste et pandectiste s'accordent finalement quant à la nécessité d'une législation civile unique

---

*senschaftlichen Positivismus und der Beselers von der Volksgeistromantik zur nationaldemokratischen Forderung des Tages brachen die Gegensätze auf.* »

<sup>2467</sup> Pour un bref résumé, voir BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 133 ss.

<sup>2468</sup> ZWEIGERT/KOETZ, p. 143 (« *In Sprache und Technik, in Aufbau und Begriffsbildung ist das Bürgerliche Gesetzbuch – mit allen daraus folgenden Vorzügen und Nachteilen – ein Kind der deutschen Pandektenwissenschaft und ihrer tiefgründigen, ebenso exakten wie abstrakten Gelehrsamkeit.* »).

<sup>2469</sup> MAUNZ/DÜRIG-PAPIER/SHIVARNI, n<sup>o</sup> 30 ad Art. 14 GG.

<sup>2470</sup> LASSERRE-KIESOW, p. 57; IMBERT, p. 78. C'est d'ailleurs en comparant les deux codes que le plus ancien se voit refuser le qualificatif « scientifique » ; il ne s'agit donc au fond que de l'opposition de deux courants juridiques : le positivisme légal et le positivisme scientifique. Notons toutefois que les commissions successives du BGB furent très largement composées de praticiens du droit, plutôt que de théoriciens. Voir, LASSERRE-KIESOW, p. 57 ss; WIEACKER, p. 473.

<sup>2471</sup> Il faut rappeler que l'influence de SAVIGNY s'étend au-delà du monde académique puisqu'il fut ministre pour la révision de la législation du roi de Prusse de 1842 à 1848. En cette capacité, il s'opposa à toute codification générale du droit privé. Voir, sur la vie de SAVIGNY en général, HATTENHAUER, p. 10 ss (spécialement p. 19 s.); WIEACKER, p. 381 ss.

pour toute la nation allemande<sup>2472</sup>. L'élaboration d'un code civil commun à tous les États allemands ne peut toutefois être envisagée concrètement qu'à la suite de leur union politique en 1871, puis de l'attribution d'une pleine compétence législative en matière civile à l'autorité impériale à la fin de l'année 1873<sup>2473</sup>. Cela acquis, les travaux menant à l'adoption du BGB sont particulièrement longs – quelque vingt-deux ans – et épuisèrent trois commissions. Le texte définitif est finalement adopté le 18 août 1896<sup>2474</sup>; il entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900 en même temps que sa loi d'introduction, l'*Einführungsgesetz des BGB* (ci-après EGBGB<sup>2475</sup>) qui fait office de partie générale du code et contient également les dispositions de droit transitoire<sup>2476</sup>. La longueur du processus s'explique pour diverses raisons, souvent liées à d'autres matières que la nôtre, mais est aussi le résultat de la dynamique des codifications pandectistes, qui ne dépend plus d'un pouvoir autoritaire, mais bien des parlements. Contrairement aux codifications jusnaturalistes, le contexte politique dans lequel émerge le BGB est donc bien plus démocratique<sup>2477</sup>.

§ 3. Selon GIERKE, le droit privé allemand prend sa source dans le *ius commune* allemand, ainsi que les lois communes des États allemands et les lois de l'ancien empire<sup>2478</sup>. Avant l'unification allemande de 1871, plusieurs des royaumes qui composent l'empire disposent par ailleurs déjà d'une codification de leur droit civil – en particulier la Prusse, la Bavière et le grand-duché de Hesse<sup>2479</sup>. Ce faisant, les influences furent diverses: fortement françaises à l'est du Rhin, autrichiennes au sud-est et prussiennes pour l'essentiel du reste du territoire. La situation est donc très diversifiée<sup>2480</sup>.

Selon le mécanisme propre aux codifications, l'avènement du code marque la fin de l'application directe du *ius commune*<sup>2481</sup>. Mais, pour ce qui concerne le droit des

---

<sup>2472</sup> BRAUNEDER, *Rechtsgeschichte*, p. 144; WIEACKER, p. 412. Sur l'ensemble du processus de réflexion de la doctrine allemande dès le XVIII<sup>e</sup> siècle jusqu'au BGB, voir JOUANJAN, *Science juridique*, p. 65 ss; DUFOUR, *L'idée de codification*, p. 45 ss.

<sup>2473</sup> WIEACKER, p. 468. Notons avant cela une amorce de codification du droit privé dans les matières commerciales: *Reichsgesetz* sur le droit de changes (1848) et *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (1861) adopté progressivement par la majorité des États allemands dans les quatre années suivantes.

<sup>2474</sup> Voir, sur les étapes successives de la codification, WIEACKER, p. 469 ss.

<sup>2475</sup> Si les dispositions du BGB sont organisées en paragraphes, celles de l'EGBGB le sont bien en articles. Aussi, nous en tiendrons-nous volontairement à cette distinction triviale, mais propre à éviter toute confusion.

<sup>2476</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch*, in: *Reichs-Gesetzblatt*, Berlin 1896, numéro d'objet 21, numéro de loi 2321, p. 195-603; *Einführungsgesetz des Bürgerliches Gesetzbuch*, in: *Reichs-Gesetzblatt*, Berlin 1896, numéro d'objet 21, numéro de loi 2322, p. 604-650.

<sup>2477</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 143.

<sup>2478</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 54 ss.

<sup>2479</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 144.

<sup>2480</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 144.

<sup>2481</sup> SALEILLES, p. 81.

biens, le droit romain figure en excellente place parmi les sources du BGB, nous le verrons<sup>2482</sup>.

Bien que la dimension scientifique du droit soit portée à son paroxysme<sup>2483</sup>, cela ne signifie pas que les juristes allemands négligent la pratique: «*Der Gesetzgeber soll denken wie ein Philosoph, aber reden wie ein Bauer*», est une phrase précitée attribuée à JHERING. Le style du code allemand est donc sensiblement le même que celui des codifications jusnaturalistes: phrases brèves, vocabulaire accessible, exposé des grands principes, ensemble aussi court que possible, bien que précis<sup>2484</sup>. Le résultat final et surtout la démarche sont pourtant bien plus complexes que les premières codifications<sup>2485</sup>.

## B. L'*Eigentum* du BGB: le droit subjectif de propriété exclusive

Le BGB est divisé en cinq livres, dont le troisième est celui portant sur le droit des biens (*Sachenrecht*). Il s'étend sur quelque cinq cents paragraphes (§ 854-1296). Logiquement, l'*Eigentum* (droit de propriété) est classé parmi les droits réels (*Sachenrechte* dans le code, parfois *dingliche Rechte* dans la doctrine<sup>2486</sup>), lesquels comprennent en bonne systématique le droit de superficie, les servitudes et les autres droits réels limités<sup>2487</sup>.

Nous allons ici parcourir les dispositions du BGB en les contextualisant, par rapport au propos du plus important des commentateurs de ce texte Otto von Gierke, mais surtout par rapport aux différents auteurs allemands de l'École historique du droit en tâchant de relever les opinions romanistes comme celles germanistes.

Le BGB consacre le droit subjectif de propriété exclusive et, dans la même ligne que le Code Napoléon, mais contrairement à l'ABGB autrichien, procède à une refonte

<sup>2482</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 361.

<sup>2483</sup> Ce qui n'est pas sans quelques désavantages: WIEACKER, p. 476 ss.

<sup>2484</sup> BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 145; WIEACKER, p. 475 («*Durch strenge Begrifflichkeit und fast vollständigen Verzicht auf Kasuistik erzielt es gleichwohl seine rühmenswürdige Übersichtlichkeit und Bündigkeit. Zwischen den älteren Naturrechtsgesetzbüchern und dem BGB liegt die strenge begriffliche und systematische Schule der Pandektenwissenschaft. Wenn das ALR Rechte und Pflichten in konkreten Lagen mit breitem Pinselstrich ausmalte, Code civil und österreichisches ABGB dagegen ihre Kürze mit oft gerügter Unvollständigkeit erkaufte, so setzt das BGB die gemeinsamen begrifflichen Merkmale der Rechtsverhältnisse in zwei Allgemeinen Teilen konsequent vor die Klammer.*») et p. 478 s.

<sup>2485</sup> ZWEIGERT/KOETZ, p. 143.

<sup>2486</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 369.

<sup>2487</sup> LA GRASSERIE, p. LVIII. Voir aussi THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts II*, p. 223 («*Unter [Rechte an dem Eigentum eines Andern] gehören die vier Unterarten: Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Emphyteusis und Superficies.*»).

complète du droit privé en se fondant sur le seul modèle des droits subjectifs<sup>2488</sup>, dans la ligne de SAVIGNY : « [...], *das Eigentum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach außen, über die natürlichen Gränzen ihres Wesens hin, erweitert. Die Gesamtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesamtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht*<sup>2489</sup>. » L'approche objective est ainsi complètement délaissée en faveur de l'hégémonie de l'approche subjective. WINDSCHEID explique ainsi que : « *Das [heutige] Recht weist jedem Individuum den Herrschaftskreis zu, in welchem sein Wille Gesetz für die anderen Individuen ist; wird das Individuum in diesem Herrschaftskreise nicht anerkannt, so darf es sich darüber bei dem Staate, dem Mächtigsten des Rechtes, beschweren, beklagen, und der Staat hilft ihm zu dem Seinigen. Die Rechtsordnung ist die Ordnung der Rechte*<sup>2490</sup>. » Procédant donc d'une même démarche que les codes que nous avons déjà étudiés, le travail du législateur allemand présente toutefois une meilleure cohérence que celui du législateur français, ainsi qu'un degré d'élaboration plus abouti que le code autrichien.

## 1. Classification des biens et objet des droits réels

§ 1. *Objets du droit.* À lire le paragraphe 90 BGB, dans la partie générale de ce code, la situation quant aux objets de droit semble extrêmement simple : « *Les choses dans le sens de la loi sont seulement les objets corporels*<sup>2491</sup>. » Cette disposition marque ainsi un tournant par rapport à ses équivalents français ou autrichien<sup>2492</sup>. Alors que nous avons trouvé dans les codes de ces deux pays un champ d'application extensif du droit des biens, le BGB adopte une approche restreinte aux choses corporelles<sup>2493</sup>. *A fortiori*, nous le savons bien, ce champ d'application du droit des biens rompt avec l'ancien droit<sup>2494</sup>.

---

<sup>2488</sup> WIEACKER, p. 474 (« *Als allgemeines und abstraktes Privatrecht orientiert [der BGB] sein System prinzipiell nicht an den gesellschaftlichen Lebensordnungen [...], sondern an den begrifflichen Erscheinungsformen des subjektiven Rechts: Forderung, dingliches Recht, Personenrecht. [...] Dadurch entsteht ein gewisser systematischer Bruch.* »).

<sup>2489</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 339 s.

<sup>2490</sup> WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, p. 3.

<sup>2491</sup> § 90 BGB : « *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.* »

<sup>2492</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 369.

<sup>2493</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad* Einleitung zu §§ 903 ff BGB (« *Anknüpfungspunkt ist ein enger Sachbegriff.* »); *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad* § 903 BGB. Voir COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 369; OESTERREICH, p. 93 s.; LA GRASSERIE, p. XXVI; GIERKE, *Sachenrecht*, p. 3 et 367 (« *Nach dem BGB ist ein Eigentum im technischen Sinne nur an körperlichen Sachen möglich.* »); MUNDT, p. 60. Voir aussi PICHONNAZ, *Questions choisies*, p. 106.

<sup>2494</sup> Voir ALR, I, 2, 1; § 285 ABGB. Ce que OESTERREICH (p. 93 s.) synthétise bien lorsqu'il aborde précisément ce point : « *Das deutsche Eigentum dagegen erstreckt sich sowohl über körperliche als über unkörperliche Sachen, weil liegenschaftliche Gerechtsamen aller Art, Zinsen,*



Cette notion stricte se distingue également des notions constitutionnelles de « propriété », qu'il s'agisse de celle consacrée lors de la Révolution française, comme celle qui figure à l'article 4 de la constitution allemande de 1871 ou encore celle du droit constitutionnel suisse<sup>2495</sup>.

Il s'agit là du fruit d'une longue évolution de la doctrine allemande et d'un effort de systématisation corrélés avec le nouvel ordonnancement des droits vis-à-vis des biens. En effet, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, selon THIBAUT, il faut comprendre une chose (*Sache*) comme étant « [a]lles, was kein Subject rechtlicher Verhältnisse ist oder seyn kann, wohl aber Gegenstand rechtlicher Handlungen, und insofern auch mittelbar Gegenstand der Rechte<sup>2496</sup>. » Le même distingue alors entre les choses incorporelles et corporelles<sup>2497</sup>; ces dernières se divisant en choses meubles ou immeubles<sup>2498</sup>. Comme nous le savons, il est ainsi en phase avec la doctes autrichiens de son temps, tels que MARTINI ou ZEILLER.

De son côté par contre, SAVIGNY critique le concept autrichien de chose qu'il considère comme inutilisable, nous l'avons vu<sup>2499</sup>. Sur son exemple, dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine continentale distingue de plus en plus clairement entre la propriété au sens étroit (*Sacheigentum*) et la propriété au sens large (*Rechtsträgerschaft*)<sup>2500</sup>. Ainsi, en 1831, à l'appui de l'ABGB, PUETTER distingue avec plusieurs gradations entre l'*Eigenthum* englobant l'ensemble des droits d'une personne, c'est-à-dire tout son patrimoine, et l'*Eigenthum* en tant que « *Recht eine Sache auf jede (erlaubte) Art zu gebrauchen, also auch zu verbrauchen*<sup>2501</sup>. » Aussi, si à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle WINDSCHEID considère encore que les choses incorporelles sont l'objet des rapports juridiques de la même façon que les choses corporelles, il ne désigne

---

*Renten, Vermögensbegriffe, Eigentum werden können, sofern nu reine Gewere und volles Herrschaftsrecht möglich ist.* »).

<sup>2495</sup> Voir Staudinger-ALTHAMMER, n° 3 ad *Einleitung* zu §§ 903 ff BGB.

<sup>2496</sup> THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts I*, p. 132 s.

<sup>2497</sup> THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts I*, p. 136 (« *Ihrem inneren Wesen nach sind die Sachen entweder unkörperliche, wenn sie nur im Begriff existieren, oder körperliche, welche durch die Sinne erkannt werden.* »).

<sup>2498</sup> THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts I*, p. 136 (« *Die körperliche Sachen sind beweglich oder unbeweglich.* »).

<sup>2499</sup> Cf. *supra* p. 344.

<sup>2500</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 383. En ce sens, si en français l'on utilise encore le terme propriété « littéraire » ou « industrielle », l'ajout de l'adjectif montre bien qu'il est question d'une notion de propriété au sens large: COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 383. Voir DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 376 s. Voir aussi, pour Neuchâtel, CALAME, p. 46 (« *Chose dans le sens juridique le plus étendu, tout être qui n'est pas une personne. – Chose, dans le sens restreint, tout être sans volonté propre, mais ayant une existence corporelle indépendante.* »).

<sup>2501</sup> PUETTER, p. 37. Sur l'ensemble, PUETTER, p. 36 s. et son graphique synoptique en p. 44 (une rareté pour l'époque).

comme objet des droits réels que les seules choses corporelles<sup>2502</sup>. De même, BERGER explique que « *Eigenthum* » a bien souvent signifié « *Vermögen* », mais qu'il convient désormais de bien distinguer ces écarts de langage de la véritable notion juridique de droit de propriété<sup>2503</sup>.

Nous le savons, GAIUS distingue fondamentalement entre les *res corporalis* et les *res incorporalis*. En s'en tenant aux choses corporelles, le BGB s'écarte donc franchement du schéma de GAIUS<sup>2504</sup>. Visuellement, nous pouvons voir le résultat proposé par VILLEY et PUETTER dans leurs schémas<sup>2505</sup>. Le BGB reprend donc l'opinion de SAVIGNY<sup>2506</sup> et des pandectes en général<sup>2507</sup>. L'autrichien RANDA se range à la même époque à leur opinion<sup>2508</sup>.

Cependant, en bout de course, GIERKE considère encore qu'un objet de droit (*Rechtsobjekt*) peut consister en toute chose distincte de la personnalité d'un sujet de

---

<sup>2502</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 396 et 493 s. (« *Als Gegenstand des Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet worden. [...] Dagegen darf von einem Eigenthum an dem, was das römische Recht technisch mit dem Ausdruck *res incorporalis* bezeichnet, nicht geredet werden.* »).

<sup>2503</sup> BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 127 s. (« *Daraus erklärt sich zunächst, daß das Wort Eigenthum nicht selten als identisch mit dem Worte Vermögen gebraucht wird, eine Anwendung, welche sich in der Sprache des Volks und einiger neuerer Gesetzgebungen erhalten hat; es liegt darin nicht eine materielle Erweiterung des Eigenthumsbegriffs, sondern nur eine Dürftigkeit des juristischen Denkens, das für die Vielheit rechtlicher Zuständigkeiten nur die einzige Formel des Eigenthums kannte.* »).

<sup>2504</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 369.

<sup>2505</sup> VILLEY, *Droit subjectif*, p. 228; PUETTER, p. 44.

<sup>2506</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 238 (« *Die unfreie Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begränzung; ein so begränztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte; das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eingethum heißt.* ») et p. 367; SAVIGNY, *System VIII*, p. 169 (« *Denn da ihr [die dinglichen Rechte] Gegenstand sinnlich wahrnehmbar ist, also einen bestimmten Raum erfüllt, [...].* »). SAVIGNY n'a jamais achevé son travail explicatif du droit romain actuel (il n'a terminé que son *allgemeiner Theil*) et n'a notamment pas traité des droits réels dans une monographie particulière, mais au gré de ses recherches dans les autres domaines du droit. Ce pan du droit, qui aurait dû être la matière de la première monographie de son *speciellen Theil* conformément au plan de 1840, est finalement remis *sine die* au profit du droit des obligations dont le second volume est publié en 1853 (SAVIGNY, *System VIII*, p. VIII ss) – aucun ouvrage ne paraît plus jusqu'à son décès en 1861. Nous rappelons néanmoins son ouvrage de 1803 sur la possession bien qu'il n'ait qu'un lien relativement lâche avec notre étude.

<sup>2507</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 369.

<sup>2508</sup> Ainsi, RANDA (p. 1 et 53) écrit en 1893 : « *Eigenthum (Eigenthumsrecht) ist die durch das objektive Recht gewährte und durch dasselbe begrenzte rechtliche Möglichkeit relativ vollster, unmittelbarer Herrschaft über eine körperliche Sache. [...] Übrigens können nur körperliche Sachen (real und räumlich existirende und beherrschbare Gegenstände der Außenwelt) Objekt des Eigenthums sein, [...]. Spricht man vom Eigenthum an «unkörperlichen Sachen», [...], so ist dies entweder ein Tautologie oder reine juristische Unmöglichkeit.* »

droit<sup>2509</sup>. Il admet ainsi le principe d'une définition très large de la chose, abstraite de ses caractéristiques naturelles : « *ein unpersönliches Ding, dem die Rechtsordnung die Fähigkeit zuschreibt, Rechtsobjekt zu sein, heiss Sache (im weiteren Sinn)*<sup>2510</sup>. » La chose serait ainsi une pure notion juridique qui ne se recoupe que partiellement (fortuitement) avec la notion d'objets naturels (*Naturgegenstände*)<sup>2511</sup>. Ce n'est qu'en y ajoutant le critère de la corporéité que l'on réduit la notion aux seules choses corporelles. En dressant cette classification, GIERKE perpétue l'approche objective qui n'a en réalité plus lieu d'être dans le nouveau droit. Bien entendu, lorsqu'il s'y arrête, il n'a aucun mal à restituer une définition de la chose, objet des droits réels, qui soit conforme au nouveau code : « *Als unmittelbares Objekt wird eine Sache vorgestellt, bezüglich deren dem Berechtigten Herrschaft und somit Macht zur Untersagung fremder Eingriffe zuerkannt wird*<sup>2512</sup>. » Cela revient donc pratiquement au même et apparaît purement académique, mais admettre que toute valeur patrimoniale sous quelque forme que ce soit (notamment un droit subjectif) puisse être considérée comme une chose ayant une existence objective vient tempérer une approche subjective trop dogmatique. Qu'il s'agisse de choses corporelles ou incorporelles, celles-ci sont des éléments du patrimoine d'un sujet de droit<sup>2513</sup>. Les droits réels sont donc également des valeurs patrimoniales, puisque leur objet a une valeur économique intrinsèque<sup>2514</sup>. VON GIERKE va même jusqu'à prétendre qu'un patrimoine peut en tant que tel faire l'objet d'un droit de propriété<sup>2515</sup>. Néanmoins, le principe de la spécialité s'applique en réalité pleinement en droit allemand et la propriété ne peut porter que sur une chose déterminée et non pas sur une universalité de choses<sup>2516</sup>, comme en droit romain.

§ 2. En outre et quoique son approche soit dépassée, GIERKE met le doigt sur la difficulté induite par la démarcation du nouveau droit entre la matière relative au droit des biens et celle qui se rattache au droit des obligations. À raison, il mentionne le courant électrique en tant que « *körperliche Sache im Rechtssinn* »<sup>2517</sup>. De la même façon, il existe des droits (*liegenschaftliche Gerechtigkeiten*) qui sont assimilés à des immeubles<sup>2518</sup>. Les *Realrechte* encore sont également des objets de la propriété en tant qu'éléments d'immeuble<sup>2519</sup>. Cela ressort notamment du paragraphe 96 BGB : « *Les*

<sup>2509</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 269.

<sup>2510</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 269.

<sup>2511</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 269 s.

<sup>2512</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 260.

<sup>2513</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 274 s.

<sup>2514</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 277.

<sup>2515</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 367 (« *Unentbehrlich bleibt ferner die Anwendung des Eigentumsbegriffs auf das einheitliche Vollherrschaftsrecht an Sondervermögen.* »).

<sup>2516</sup> MUNDT, p. 60.

<sup>2517</sup> ALR, I, 2, 3. GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 270.

<sup>2518</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 367.

<sup>2519</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 367.

*droits qui se trouvent joints à celui de propriété d'un fonds sont considérés comme en étant des parties constitutives*<sup>2520</sup>.

Malgré l'entrée en vigueur du BGB et sa lettre pourtant extrêmement claire, le champ d'application du droit des biens, c'est-à-dire des droits réels, peut ainsi encore s'étendre à une chose incorporelle<sup>2521</sup>. GIERKE l'admet, mais il s'agit alors de droits réels remodelés en fonction des caractéristiques particulières de la chose incorporelle sur laquelle ils portent<sup>2522</sup>. Pour cette raison, il est admis que le législateur a la possibilité d'appréhender certaines choses incorporelles comme s'il s'agissait de choses corporelles<sup>2523</sup>. Le modèle français dont l'on voulait s'écarter réapparaît bien vite : écarter l'immatériel n'est pas si facile.

Les choses incorporelles sont également les objets des différentes formes de propriétés intellectuelles, de même que les droits exclusifs de chasse, pêche, etc.<sup>2524</sup>. À propos de ces objets particuliers, GIERKE ajoute : « *Bis zu welchem Grade aber die objektive Selbständigkeit solcher un Leiblichen Güter anerkannt werden soll, ist eine vom positiven Recht zu entscheidende und keineswegs überall gleichmässig entschiedene Frage*<sup>2525</sup>. » Finalement, GIERKE relève encore les difficultés posées par le concept de droit sur une chose, car il existe également des droits sur des droits (*Pfandrecht, Näherrecht*, d'une part, et propriété d'un droit réel, d'une hypothèque, d'une œuvre intellectuelle, d'autre part)<sup>2526</sup>. Hiatus qui demeure encore aujourd'hui en droit allemand<sup>2527</sup>. Si GIERKE reconnaît que l'objet de la propriété au sens technique est bien une chose corporelle, il affirme au contraire que les droits réels restreints ont toujours pour objet une chose incorporelle dans la mesure où ils ne maîtrisent la chose corporelle que dans certains aspects<sup>2528</sup> : « *Endlich ist der Begriff des Eigentums im untechnischen Sinne auch fernerhin für das Vollrecht an einer unkörperlichen Sache überall da verwertbar, wo an ihr ein begrenztes dingliches Recht, wie Nießbrauch oder Pfandrecht, anerkannt wird. Denn sobald die einen Gegenstand in einzelnen Beziehungen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht vorgestellt wird, ist*

---

<sup>2520</sup> § 96 BGB : « *Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, gelten als Bestandtheile des Grundstücks.* »

<sup>2521</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 367.

<sup>2522</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 3.

<sup>2523</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 369.

<sup>2524</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 272.

<sup>2525</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 272.

<sup>2526</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 273.

<sup>2527</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 3 *ad* Einleitung zu §§ 903 ff BGB.

<sup>2528</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 271 s. : « *Unkörperliche Sache ist vor Allem stets der Gegenstand eines begrenzten Rechtes an einer körperlichen Sache, Denn das begrenzte dingliche Recht ergreift im Gegensatz zum Eigentum, das auf die körperliche Sache in ihrer Totalität gerichtet ist, diese nur in einzelnen Beziehungen.* »

*auch die den Gegenstand im Ganzen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht und somit als Eigentum vorstellbar*<sup>2529</sup>. »

S'il est ainsi possible de conclure avec GIERKE que le BGB ne procède qu'à une reprise seulement partielle du droit romain, il nous faut rejeter l'attitude critique de cet auteur. La systématique et la rationalité des institutions du nouveau droit des biens sont garanties par la notion de droit subjectif, autour de laquelle se structure le droit des biens, avec les difficultés que nous venons d'évoquer.

Il n'empêche que le choix tranché pour les choses corporelles, ainsi que le principe de spécialité, conduit à tenir les registres fonciers avec pour entrées les biens-fonds; soit l'objet de droit et non pas les sujets de droit (comme le fait la France)<sup>2530</sup>. Ce système de publicité réelle connaît toutefois ses limites en présence de nombreux ayants droits sur une même parcelle<sup>2531</sup>.

§ 3. Pour le surplus, le BGB est quelque peu lacunaire dans son propos. Ne sont en effet pas distinguées les choses relevant du droit privé de celles qui en sont soustraites, telles que les choses sacrées ou le domaine public<sup>2532</sup>.

De même, si le texte distingue entre les choses mobilières (*bewegliche Sachen*) et les biens-fonds (*Grundstücke*), il ne les définit pas au préalable<sup>2533</sup>. Il faut dire que cela est une habitude de la doctrine allemande, comme le relève MITTERMAIER en 1847<sup>2534</sup>. La distinction entre choses mobilières et immobilières n'est ainsi pas abordée et – hormis les exceptions prévues par les textes – un régime juridique unique régit ces deux catégories naturelles de choses<sup>2535</sup>. Cela n'empêche pas les variations habituelles<sup>2536</sup>, mais protège mieux la propriété mobilière que ne le fait le Code Napoléon<sup>2537</sup>. BLUNTSCHLI souligne déjà en 1853 la prise d'importance des meubles dans la composition du patrimoine d'une personne, entraînant ainsi un certain équilibre avec les immeubles, si bien que les premiers ne sont plus les simples acces-

<sup>2529</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 367.

<sup>2530</sup> LA GRASSERIE, p. LXV (« *C'est l'immeuble qui vit, se meut, agit sur le registre; c'est à lui que tout se réfère; le propriétaire n'est que son représentant passager.* »); MUNDT, p. 142.

<sup>2531</sup> Il est alors possible de revenir au système de la publicité personnelle à la mode française pour les personnes concernées pour le ressort du registre foncier en question. Voir, en particulier, MUNDT, p. 142 s.

<sup>2532</sup> MUNDT, p. 60.

<sup>2533</sup> Les § 91 ss BGB s'appuient ainsi sur ces termes pour qualifier, notamment, les choses fongibles ou les parties intégrantes (« *constitutives* », traduit LA GRASSERIE).

<sup>2534</sup> MITTERMAIER, p. 362 (« *Das deutsche Recht geht in der Lehre von dem Eigentum von dem Unterschiede von Grundeigentum und von beweglichen Sachen aus, [...]* »).

<sup>2535</sup> LA GRASSERIE, p. XXVII; MUNDT, p. 60 et 85.

<sup>2536</sup> En particulier en ce qui concerne les mutations et la tenue d'un registre foncier: § 873 ss BGB. L'absence de distinction réduit d'autant les effets de la qualification d'un meuble d'accessoire d'un immeuble. Voir MUNDT, p. 61 s.

<sup>2537</sup> MUNDT, p. 21.

soires des seconds et que leurs protections juridiques se valent désormais<sup>2538</sup>. De la sorte, les notions juridiques s'attachent à la nature des choses<sup>2539</sup>.

C'est notamment cette absence de définition des notions de meubles et d'immeubles qui donne à GIERKE un terreau propice à la critique du système juridique mis en place par le BGB en lui permettant de conserver une approche objective du droit.

## 2. Caractéristiques du droit subjectif de propriété et facultés offertes à son titulaire

§ 1. *Définition*. De même que dans les codifications jusnaturalistes, l'*Eigentum* est la pièce maîtresse du système du droit des biens allemand<sup>2540</sup>. Il faut se reporter au paragraphe 903 BGB pour en trouver la définition générale : « *Le propriétaire d'une chose peut, sauf l'effet des prescriptions de la loi ou les droits des tiers, disposer de cette chose à son gré et exclure toutes les autres personnes de tous actes sur elle*<sup>2541</sup>. » Le rapporteur de la commission pour les droits réels, BUCHKA, explique en 1897 : « *Das Eigentum ist nach dem BGB wie nach gemeinem Recht umfassendste und vollkommenste dingliche Recht an einer Sache, welches dem Berechtigten die Macht giebt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und Andere von jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen*<sup>2542</sup>. » Cette définition et ses caractéristiques n'ont ainsi aucune particularité par rapport aux notions subjectives des codifications française et autrichienne<sup>2543</sup>. Elle se trouve ainsi naturellement en phase avec la doctrine allemande<sup>2544</sup>.

---

<sup>2538</sup> BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, p. 217 ss. Une même évolution s'observe aussi dans les cantons de Suisse alémanique. Par exemple, voir ZWEIFEL, p. 40.

<sup>2539</sup> Ce que nous savons ne pas être le cas aux époques précédentes dans un but de protection des valeurs mobilières ou immatérielles méritant une protection analogue à celle des immeubles – le champ d'application des actions réelles s'étend désormais à l'ensemble des choses corporelles. BLUNTSCHLI (*Deutsches Privatrecht*, p. 220 s.) le rappelle d'ailleurs de manière imagée.

<sup>2540</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 1 *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB*; *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad § 903 BGB*. Voir aussi WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 486 s. Voir déjà THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts II*, p. 223 (« *Die dinglichen Rechte, welche sich auf Sachen beziehen, sind wieder zwiefach. [...] Zu den ersten gehört das Erbrecht. Die letzten zerfallen in zwei Hauptarten: Eigentum, und Rechte an dem Eigentum eines Andern.* »).

<sup>2541</sup> § 903 BGB : « *Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.* »

<sup>2542</sup> BUCHKA, *Vergleichende Darstellung*, p. 177.

<sup>2543</sup> Ainsi, l'autrichien RANDA (p. 1 ss) n'a-t-il aucune difficulté à se rattacher à la doctrine allemande lorsqu'il définit la propriété.

<sup>2544</sup> Voir la (très) longue liste de définitions données par la doctrine et citées en 1862 par GRUCHOT, p. 91 ss (ainsi qu'en note unique, aux mêmes pages, pour les plus anciennes). Voir, encore parmi de nombreuses définitions antérieures, BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 127 (« *Das Recht der principiell totalen Verfügungsgewalt über Sachen [...]* »); WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 490 (« *Eigentum bezeichnet, daß Jeman-*

Comme le code français, le BGB s'attache à décrire la position du propriétaire et ne donne pas de véritable définition de la propriété au sens objectif du terme<sup>2545</sup>. D'ailleurs le passage systématique dans lequel s'inscrit le droit de propriété a pour titre « *Inhalt des Eigenthums* » et tend au premier chef à décrire les prérogatives du propriétaire. Les rédacteurs sont conscients de cette absence de définition<sup>2546</sup>; pendant les travaux parlementaires certains plaident d'ailleurs pour l'abandon pur et simple du paragraphe 903 BGB<sup>2547</sup>.

Cet état des choses est peu étonnant en raison de l'attachement, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, de la doctrine allemande à définir l'*Eigentum* en tant que droit subjectif<sup>2548</sup>. Ainsi, considérant qu'il s'agit avant tout d'une liberté, WINDSCHEID écrit: « *Das Eigenthum ist als solches schrankenlos; aber es verträgt Beschränkungen*<sup>2549</sup>. » L'explicitation de la notion d'*Eigentum* par les doctes s'inscrit dans le cadre de la discussion autour du pouvoir de disposition (*Verfügung*)<sup>2550</sup>, discussion qui a également son importance en France, nous nous en rappelons<sup>2551</sup>. L'exclusivité et la plénitude du pouvoir de disposition est au centre de la notion de propriété, mais ne lui est pas propre: « *Das Verfügungsrecht sei mithin nichts dem Eigenthümer Eigenthümliches*<sup>2552</sup>. » Cela mérite que nous nous y arrêtions quelques instants<sup>2553</sup>.

La notion de droit subjectif est en particulier étudiée par SAVIGNY et WINDSCHEID. Selon SAVIGNY, le droit subjectif est un droit « [...] *der einzelnen Person zustehende*

---

*dem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt Eigenthum Eigenthumsrecht.* »).

<sup>2545</sup> Dans le même sens, *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 6 *ad* Einleitung zu §§ 903 ff BGB; *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad* § 903 BGB.

<sup>2546</sup> MUGDAN, *Materialien*, p. 145 (*Motive III*, p. 262) (« *Der Entwurf will weniger eine Definition geben, als den wesentlichen Inhalt der Eigenthümer zustehenden Rechte feststellen.* »).

<sup>2547</sup> C'est-à-dire le § 887 dans le projet. MUGDAN, *Materialien*, p. 577 (*Protokolle*, p. 3522) (« *Mit Rücksicht auf die grundlegende Bedeutung des Eigenthumes für die gesammte Staats- und Gesellschaftsordnung erscheine eine gesetzliche Feststellung des Begriffes und Inhaltes des Eigenthumes, wenn auch nicht unentbehrlich, so doch angemessen. Eine solche Feststellung habe namentlich den Werth, daß durch sie außer Zweifel gestellt werde, daß das Eigenthum anderen Beschränkungen als den durch Gesetz oder Rechte Dritter begründeten nicht unterworfen sei.* ») et p. 997 (*Kommission-Bericht*, p. 4) (« *Der Antragsteller machte noch geltend, daß die Begriffsbestimmung des Eigenthumes nur dogmatische Bedeutung habe und daher nicht in das Gesetzbuch, sondern in die Lehrbücher gehöre.* »). Voir aussi BUCHKA, *Bericht*, p. 69 s.

<sup>2548</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 383.

<sup>2549</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 492.

<sup>2550</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 368 (« *[Der Begriff der Verfügung] bezeichnet jedes Rechtsgeschäft, durch das jemand ein subjektives Recht irgendeiner Art, [...], überträgt, inhaltlich verändert, belastet oder aufhebt.* »).

<sup>2551</sup> Cf. *supra* p. 323.

<sup>2552</sup> ACHILLES/GEBHARD/SPAHN, p. 120.

<sup>2553</sup> Un autre aperçu des différentes approches relatives aux droits subjectifs peut être trouvé chez BUCHHEIM, p. 38 ss.

*Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht*<sup>2554</sup>. » De son côté, WINDSCHEID appuie également le concept d'espace de liberté de l'individu<sup>2555</sup> et explique que «*Man meint in diesen und ähnlichen Redewendung mit dem Worte Recht, daß der Wille des Berechtigten maßgebend sei für die Entstehung von Rechten der zuerst gedachten Art, oder für den Untergang oder die Veränderung entstandener. Es wird dem Berechtigten ein maßgebender Wille zugeschrieben nicht für die Durchsetzung, sondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung. Beide Arten der subjektiven Rechte umfaßt die Definition: Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft*<sup>2556</sup>. » Au contraire, JHERING écarte la notion de volonté pour s'attacher à celle des intérêts (*Interesse*) de l'individu<sup>2557</sup>, alors que d'autres encore mettent en avant celle de préention (*Anspruch*)<sup>2558</sup>.

De son côté, GIERKE caractérise d'abord le droit subjectif par la relation juridique qu'il crée entre le sujet de droit au bénéficiaire du droit en question et le sujet de droit y obligé (sujet de droit indéterminé et tenu à une abstention dans le cas des droits absolus) en lien avec un certain objet au sens large (*Gegenstand*)<sup>2559</sup>. L'emphase peut alors être mise sur la relation du bénéficiaire avec les autres sujets de droits ou avec l'objet de droit<sup>2560</sup>. Cette dernière option étant selon GIERKE la plus réaliste des conceptions populaires, il devient possible de distinguer trois catégories de droits (subjectifs) : les droits sur sa propre personne, les droits sur les choses et les droits sur d'autres personnes<sup>2561</sup>. La systématique ainsi exposée correspond à celle que nous avons adoptée au début de cette étude. Cela donne la définition suivante de l'*Eigentum* : «*Als unmittelbares Objekt wird eine Sache vorgestellt, bezüglich deren dem Berechtigten Herrschaft und somit Macht zur Untersagung fremder Eingriffe zuerkannt wird*<sup>2562</sup>. »

Pour GIERKE, cette relation concrète, individualisée et contextualisée, se distingue de son concept abstrait qui a son pendant dans le droit objectif en tant qu'institution juridique<sup>2563</sup>; reliquat de l'approche objective du droit que nous avons rencontré dans le droit autrichien, cette conception fait écho à la philosophie de PLATON : «*Subjek-*

---

<sup>2554</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 7.

<sup>2555</sup> WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, p. 3 précitée.

<sup>2556</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 88. Voir, dans le même sens, BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 107 («*Die unmittelbare Unterwerfung einer Sache unter den Willen einer Person ist das Merkmal der dinglichen Rechte.* »).

<sup>2557</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 88, note n° 3 à la même page.

<sup>2558</sup> WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 88 ss, note n° 3 aux mêmes pages et les nombreuses références citées) relève les oppositions de la doctrine et admet certaines faiblesses de sa définition.

<sup>2559</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 257 s.

<sup>2560</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 259 (qui donne l'exemple de la propriété).

<sup>2561</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 260.

<sup>2562</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 260.

<sup>2563</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 255 s.



*tives und objektives Recht ergänzen einander. Sie sind nur zwei Seiten derselben Gesamterscheinung und bleiben auch nach ihrer Entgegensetzung durch einander bedingt und bestimmt*<sup>2564</sup>. » À nouveau, cela nous permet de souligner l'absence de dogmes.

Il n'en demeure pas moins que, comme chez les philosophes français (par exemple DEMOLOMBE), la notion de droit subjectif a fait son chemin dans le monde germanique. Les droits réels sont des droits privés, absolus et patrimoniaux<sup>2565</sup>. Le droit le plus complet est le droit de propriété<sup>2566</sup>. Il s'agit d'un droit distinct des facultés qu'il incorpore<sup>2567</sup>.

§ 2. *Nature*. Pour le surplus, l'*Eigentum* du BGB correspond matériellement au *dominium* romain dans la mesure où il s'agit du droit le plus complet (*Vollrecht*) sur une chose, c'est-à-dire le droit qui incorpore l'ensemble des prérogatives envisageables sur une chose<sup>2568</sup>, nous venons de le voir. La notion est donc conceptuellement identique à celles du Code Napoléon et du code autrichien<sup>2569</sup>.

L'*Eigentum* constitue « [...] *das umfassende Voll- oder Herrschaftsrecht an einer Sache* [...] »<sup>2570</sup>. Le droit de propriété est absolu, c'est-à-dire qu'il offre un pouvoir complet (« *eine umfassende Rechtsmacht* »)<sup>2571</sup> et opposable *erga omnes*<sup>2572</sup>. L'*Eigentum* est absolue, car « [...], *dass der Rechtsinhaber auf bestimmte Rechtsobjekte einwirken und fremde Einwirkungen ausschließen darf* »<sup>2573</sup>.

Ce pouvoir n'est toutefois jamais illimité. Comme pour les autres définitions, l'*Eigentümer* ne peut pas tout à sa seule discrétion. De façon générale, le propriétaire qui débordé son « intérêt raisonnable » (*vernünftiges Interesse*) ne peut s'appuyer sur son droit<sup>2574</sup>. Le paragraphe (unique) qui énonce la notion de propriété est suivi d'une longue liste de dispositions explicitant les nombreuses limites de droit privé que doit subir un propriétaire<sup>2575</sup>: « *In der Definition des Eigentums im § [903] sei in treffender Weise zum Ausdruck gebracht, daß das Eigentum nicht kranklos sei* »<sup>2576</sup>. » À cela s'ajoute la lettre du paragraphe 904 BGB: « *Der Eigentümer einer Sache ist*

<sup>2564</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 251.

<sup>2565</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 1 et 362.

<sup>2566</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 348.

<sup>2567</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 361.

<sup>2568</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB*.

<sup>2569</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 6 *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB*.

<sup>2570</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 6 *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB*.

<sup>2571</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad § 903 BGB*.

<sup>2572</sup> RANDA, p. 8.

<sup>2573</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *ad § 903 BGB*.

<sup>2574</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 365.

<sup>2575</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 6 s. *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB*.

<sup>2576</sup> BUCHKA, *Bericht*, p. 69.

*nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr nothwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigenthümer entstehenden Schaden unverhältnißmäßig groß ist. Der Eigenthümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.*» Le droit du propriétaire s'efface également devant l'état de nécessité<sup>2577</sup>. C'est donc avant tout par comparaison aux autres droits réels que l'*Eigentum* apparaît comme illimitée<sup>2578</sup>. Comme en droit français, la dimension absolue de l'*Eigentum* est avant tout l'expression d'une potentialité<sup>2579</sup>.

La propriété est aussi limitée par le droit public<sup>2580</sup>. Dans ce cadre étroit, la notion de propriété éminente (*dominium eminens*) n'a pas totalement disparu; selon GIERKE sa composante de droit public survit<sup>2581</sup>. Mais nous connaissons le penchant de cet auteur pour une approche traditionnelle et objective du droit.

La propriété est également exclusive (*ausschliesslich*)<sup>2582</sup>: «*Dieses Ausschließungsrecht sei nichts dem Eigenthum Eigenthümliches; auch jedes andere dingliche Recht zum Gebrauch einer Sache gebe ein solches Ausschließungsrecht; nur der Umfang des Ausschließungsrechts sei ein je nach dem positiven Inhalte des dinglichen Rechtes verschiedener*»<sup>2583</sup>. Sur son objet, elle est le seul droit qui offre une emprise complète<sup>2584</sup>. L'exclusivité du droit, c'est-à-dire l'effet d'opposabilité aux tiers est caractérisé ainsi par BUCHKA: «*[...], daß dem Eigenthümer die Befugniß zustehe, Andere von der Einwirkung auf seine Sache auszuschließen*»<sup>2585</sup>. Une chose ne peut avoir qu'un seul propriétaire et les autres droits réels sont donc des droits sur la chose d'autrui<sup>2586</sup>.

---

<sup>2577</sup> § 905 ss BGB. Voir GIERKE, *Sachenrecht*, p. 364 s.

<sup>2578</sup> RANDA (p. 1 et 2 s.) l'explique fort bien: «*[...] – die der Idee nach schrankenlose, jedoch durch das positive Recht mit Rücksicht auf das Gemeinwohl begrenzte, auch durch Privatrechte zeitlich einschränkbare rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand. [...] Das E. sei die Möglichkeit relativ vollster rechtlicher Herrschaft oder die der <Idee nach> unbeschränkte rechtliche Herrschaft; Denn wenn auch das E. im konkreten Falle durch dingliche Rechte Dritter beschränkt ist, so bleibt doch immer die Möglichkeit, daß die beschränkenden Rechte im Laufe der Zeit wegfallen, und daß hiermit das E. kraft seiner Expansivkraft seinen ursprünglich und begriffsmäßig unumschränkten Umfang wieder gewinnt, im geraden Gegensatz zu den anderen dinglichen Rechten, welche aus sich heraus niemals zu der (relativ) vollen rechtlichen Herrschaft über die Sache, wie sie dem Eigenthümer gebührt, sich entwickeln können.*»

<sup>2579</sup> RANDA, p. 2 s.; DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 372.

<sup>2580</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 362.

<sup>2581</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 363.

<sup>2582</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 365 s.

<sup>2583</sup> ACHILLES/GEBHARD/SPAHN, p. 119.

<sup>2584</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 366.

<sup>2585</sup> BUCHKA, *Bericht*, p. 69.

<sup>2586</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 366.

L'*Eigentum* a enfin une dimension perpétuelle qui permet son maintien aussi longtemps que l'objet sur lequel elle porte existe. Ce qui nous conduit à la question de la permanence du droit de propriété en cas de mutation ou de déréliction. Pour GIERKE, «*Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst*<sup>2587</sup>.» Mais même lui admet parfois des dérogations<sup>2588</sup>. BRINZ et JHERING admettent pour leur part la possibilité de droits subjectifs sans titulaires, cependant affectés à un but (*Zwecksubject*)<sup>2589</sup>. NEUMAYER démontre de manière convainquante que, sur cette question, la doctrine est controversée au moment de l'adoption du BGB<sup>2590</sup>.

Pour la doctrine majoritaire, lorsque le propriétaire cède une partie de ses facultés à d'autres, la propriété demeure complète, car elle est élastique<sup>2591</sup>. Est ainsi rejetée la théorie du démembrement en faveur de la théorie de la charge<sup>2592</sup>. GIERKE admet toutefois que la doctrine reste encore divisée sur cette question<sup>2593</sup>. Quoi qu'il en soit, c'est bien la théorie de la charge qui est consacrée par le législateur: «[die Abgrenzung des Eigentumsinhalts] bringe die Plastizität des Eigentums, vermöge deren beim Wegfall einer Beschränkung die Konsolidation zu Gunsten des Eigentümers eintrete, zum Ausdrucke<sup>2594</sup>.»

§ 3. S'il reste possible d'imaginer en théorie une infinité de droits réels, à l'instar du droit romain, le BGB introduit un *numerus clausus* des droits réels<sup>2595</sup>. Ce qui est logique compte tenu de la restriction à la liberté de chacun qu'implique l'exclusivité et

<sup>2587</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 257 et les références multiples.

<sup>2588</sup> NEUMAYER, p. 352.

<sup>2589</sup> NEUMAYER, p. 343 s.

<sup>2590</sup> NEUMAYER, p. 342 ss.

<sup>2591</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 365; RANDA, p. 2 s.

<sup>2592</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 365;; RANDA, p. 2 s. («*Das E. sei die Möglichkeit relativ vollster rechtlicher Herrschaft oder die der <Idee nach> unbeschränkte rechtliche Herrschaft; Denn wenn auch das E. im konkreten Falle durch dingliche Rechte Dritter beschränkt ist, so bleibt doch immer die Möglichkeit, daß die beschränkenden Rechte im Laufe der Zeit wegfallen, und daß hiermit das E. kraft seiner Expansivkraft seinen ursprünglich und begriffsmäßig unumschränkten Umfang wieder gewinnt, im geraden Gegensatz zu den anderen dinglichen Rechten, welche aus sich heraus niemals zu der (relativ) vollen rechtlichen Herrschaft über die Sache, wie sie dem Eigentümer gebührt, sich entwickeln können.*»); DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 372.

<sup>2593</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 365.

<sup>2594</sup> ACHILLES/GEHARD/SPAHN, p. 120. De même, de nos jours, STAUDINGER-ALTHAMMER, n° 4 ad § 903 BGB: «*Des Weiteren ist anerkannt, dass das Eigentum sich wieder festigt, konsolidiert, wenn Beschränkungen wegfallen. Positive Befugnisse des Eigentümers leben dann von selbst wieder auf. Insoweit sprechen die Motive von der Konsolidationslage des Eigentums, das somit ein elastisches Recht darstellt. Auch bei der Einräumung von beschränkt dinglichen Rechten kommt es aber zu keiner Übertragung eines Teilbereichs des Eigentums (eines <Eigentumssplitters>). Vielmehr existiert lediglich eine Duldungspflicht des Eigentümers.*»

<sup>2595</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 366; SAVIGNY, *System I*, p. 369 («*Eine noch außer dem Eigentum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreie Natur ist nicht denkbar; wohl aber läßt sich eine mannichfaltig begränzte Herrschaft innerhalb des Eigentums denken, wo-*

de la définition de la propriété: «*Eine solche Feststellung habe namentlich den Werth, daß durch sie außer Zweifel gestellt werde, daß das Eigenthum anderen Beschränkungen als den durch Gesetz oder Rechte Dritter begründeten nicht unterworfen sei*<sup>2596</sup>. »

La question du droit transitoire – en particulier pour ce qui concerne les propriétés divisées – se pose donc avec une certaine importance, nous y viendrons.

§ 4. *Facultés*. Sur les facultés ressortant à la propriété telle que définie par le BGB, rien de véritable nouveau ne peut être dit par rapport aux codifications précédentes. Si la notion de pouvoir de disposition est largement discutée parmi les auteurs, comme nous venons de le rappeler, le principe même du pouvoir de disposer de sa propriété n'est pas discuté: «*Am angemessensten werde der positive Inhalt des Eigenthumes mit dem Entw. als das Recht bezeichnet, mit der Sache nach Willkür zu verfahren. Auch die Worte <nach Willkür> seien an sich zutreffend, denn sie besagten, richtig verstanden, nur, daß die Rechtsordnung, von den durch Gesetz oder Rechte Dritter begründeten Schranken abgesehen, dem Willen des Eigenthümers keine Beschränkung auferlege*<sup>2597</sup>. » Les choses n'ont pas changé depuis lors, comme le montre le commentaire de ALTHAMMER: «*Dementsprechend formuliert § 903 BGB, dass der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren (Einwirkungsrechte, positive Befugnisse, positiver Eigentumskern) und andere von jeder Einwirkung ausschließen darf (Ausschließungsrechte, negative Befugnisse, negativer Eigentumskern)*<sup>2598</sup>. »

Ajoutons simplement deux éléments. Le premier est que la nature de liberté que revêt la propriété laisse en dehors de sa notion celle de ses restrictions, ce qui est exprimé par un pouvoir de disposition négatif: «*Die positive Seite dieser Feststellung ist von geringerer Wichtigkeit, als deren negative Seite, nämlich daß die ausschließliche Verfügungsbefugniß des Eigenthümers über die Sache soweit reicht, als nicht eine Beschränkung nachwiesen wird*<sup>2599</sup>. » Le seconde est que l'*Eigenthum* ne constitue pas simplement la somme des facultés qu'elle peut accorder à son titulaire, mais bien en un droit complet et unique sur son objet. Autrement dit, la théorie du démembrement n'a plus lieu d'être dans le BGB. C'est ce que nous allons voir maintenant, dans le cadre des questions liées aux propriétés divisées.

---

*raus dann, je nach den Bestimmungen jedes positiven Rechts, mehrere einzelne jura in re, als besondere Rechtsinstitute, gebildet werden können. »).*

<sup>2596</sup> ACHILLES/GEBHARD/SPAHN, p. 119.

<sup>2597</sup> MUGDAN, *Materialien*, p. 578 (*Protokolle*, p. 3524 s.).

<sup>2598</sup> *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 2 *in fine ad* § 903 BGB. Pour plus de détails, voir *Staudinger-ALTHAMMER*, n° 9 *ss ad* § 903 BGB.

<sup>2599</sup> MUGDAN, *Materialien*, p. 145 (*Motive III*, p. 262).

### C. Le sort des institutions féodales et communautaires

§ 1. Face à deux modèles aussi antagonistes que le Code Napoléon et l'ABGB dans leur attitude envers l'ancien droit, difficile de préjuger de la direction choisie par la doctrine allemande quant aux institutions de l'Ancien Régime. Le sentiment national allemand – réaffirmé par les victoires sur le Second Empire, puis par les tensions austro-prussiennes et finalement par la formation d'un Reich allemand en 1871 – empêche politiquement d'envisager une législation impériale ayant un rattachement trop affirmé à l'une des deux codifications. Cela a l'avantage de cantonner (autant que faire se peut) le débat au champ juridique.

Pourtant le lecteur qui se reporte aux travaux préparatoires du BGB est nécessairement déçu par leur contenu qui ne fait que peu de cas des propriétés divisées: «*Pour le rédacteur du BGB, la doctrine [de la propriété divisée] est déjà une relique, qui n'est plus encore que brièvement évoquée et rejetée, mais à propos de laquelle une étude sérieuse n'a plus lieu*<sup>2600</sup>.» Remontons donc à la discussion doctrinale qui anime les doctes allemands tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle.

Il nous faut d'abord distinguer les préoccupations relatives au droit romain de celles propres au droit germanique moderne. Le propos des romanistes est celui de dégager le droit romain des dérives doctrinales qu'il a subi dès l'époque des glossateurs. Autrement dit, l'on souhaite retrouver le droit romain tel qu'il était connu des romains ou du moins tel qu'il ressort du *Iuris Corpus Civilis*. Aussi, si la doctrine est unanime à reconnaître l'existence de la dichotomie entre le *dominium directum* et le *dominium utile* dans le droit romain, il ne s'agit cependant que de la distinction entre l'action utile de la propriété bonitaire et l'action réelle du *dominium*, rien de plus<sup>2601</sup>. Nous l'avons vu et savons que cette opinion est fondée, inutile de nous y attarder sur ce «péché originel»<sup>2602</sup>.

Le droit féodal et le droit germanique sont à cet égard bien plus intéressants. Au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle et alors que ZEILLER développe l'approche de synthèse que nous connaissons entre le droit féodal et un droit des biens subjectivisé à la romaine,

<sup>2600</sup> Staudinger-ALTHAMMER, n° 60 *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB* («Für die BGB-Verfasser ist die Lehre [vom geteilten Eigentum] bereits ein Relikt, das nur noch knapp erwähnt und abgelehnt wird, über das eine ernsthafte Auseinandersetzung aber nicht mehr stattfindet.»). Voir MUGDAN, *Materialien*, p. 145 (*Motive III*, p. 262).

<sup>2601</sup> Voir, notamment, BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 128 s., note n° 4; BESELER, p. 320; PUCHTA, p. 207; THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 90 ss («Aus allen diesen Bruchstücken ist nun zuvörderst soviel von selbst in die Augen fallend, daß die Benennung: *dominium directum und utile lediglich von der den Römern bekannten Eintheilung der Klagen in directas und utiles hergenommen ist.*») et les nombreuses références citées dès la p. 85. Chez les auteurs récents, voir HECKER, p. 204.

<sup>2602</sup> Cf. *supra* p. 135.

THIBAUT est le premier à chercher à trancher le nœud gordien : «*Obgleich schon lange viele der ersten und scharfsinnigsten Juristen, [...], und nach ihnen mehrere andere, wiewohl nicht alle aus gleichen Gründen, die Eintheilung in dominium directum und utile verworfen haben: so ist dennoch bis auf den heutigen Tag dieser Widerspruch ganz vergeblich gewesen*<sup>2603</sup>.» Il propose une démonstration fondée sur l'histoire<sup>2604</sup> et conclut à l'erreur de raisonnement induite par le mot *dominium*, employé par les glossateurs alors qu'ils ne cherchaient (selon THIBAUT) qu'à décrire des actions et non une position juridique<sup>2605</sup>. En droit germanique, la distinction entre l'*Obereigenthum* et la *Nutzungseigenthum* n'a donc pas sa place<sup>2606</sup>.

En outre, si l'on opte pour un système de droit des biens fondé sur les droits subjectifs et organisé autour du droit de propriété exclusive, il ne peut exister qu'un seul droit de propriété – que THIBAUT attribue à l'*Obereigentümer* – et les droits tirés des tenures ne peuvent être que des «*droits sur la chose d'autrui*»<sup>2607</sup>. Le contenu de ces derniers droits est en effet limité à la teneur de la convention les instituant et à la prévoyance des lois, ce qui signifie que l'*Obereigentümer* seul bénéficie d'une présomption de plénitude de son droit<sup>2608</sup>. Il en va ainsi pour tous les autres droits qu'il s'agisse de servitudes, d'hypothèques ou (comme c'est le cas des fiefs, emphytéoses et superficies) des droits qui mêlent tout à la fois facultés de jouissance et de disposition («*Nutzungs- und Proprietätsrechte*») <sup>2609</sup>. THIBAUT ne change pas d'avis après l'entrée en vigueur de l'ABGB<sup>2610</sup> et répète son propos en 1834 encore : «*Man muß sich jedoch bei dieser, an sich richtigen Eintheilung gegen den gemeinen Irrthum verwahren, als ob dieses und jenes Recht an dem Eigenthum eines Andern, wie die Emphyteusis und Superficies, gleichfalls ein dominium utile sey. Denn da solche Rechte überhaupt nicht unter dem Begriff des Eigenthums stehen, so kann auch der Begriff des Billigkeits-Eigenthums nicht darauf passen*<sup>2611</sup>.»

---

<sup>2603</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 71 s.

<sup>2604</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 84 («*Die Untersuchung über den Begriff des dominii utilis muß also, aus den, inder vorhergehenden Abhandlung angegebenen Gründen, ebenfalls rein historisch seyn, und die historia dogmatis kann allein auf den wahren Begriff führen.*»).

<sup>2605</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 96 ss.

<sup>2606</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 97 («*Unsere Uebersetzung: Obereigenthum, und Nutzungseigenthum ist also ganz schief und unpassend.*»).

<sup>2607</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 101 s. : («*Man muß nämlich zwey Hauptarten der dinglichen Rechte: Eigenthum (ius in re propria, wenn man will), und Rechte an der Sache eines Andern (ius in rem in re aliena), unterscheiden.*»).

<sup>2608</sup> THIBAUT, *Versuche 1801*, p. 102 s.

<sup>2609</sup> Question à laquelle THIBAUT (*Versuche 1801*, p. 102 et 103 s.) répond expressément et avec verve : «*Unterscheidet man also [den Lehn, emphyteusis und superficies] von den übrigen sogenannten Nutzungseigenthümern, so thut man nichts weiter, als daß man ohne Begriffe distinguirt, um ein altes Wort vom Untergange zu retten. Eine solche Humanität, die zu reiner Unvernunft führt, ist doch wahrlich lächerlich!*»

<sup>2610</sup> THIBAUT, *Versuche 1817*, p. 98 («*Ich muß nach wie vor bey den in der obigen Abhandlung vertheidigten Hauptbegriffen bleiben, [...].*»).

<sup>2611</sup> THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts II*, p. 224.

La doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle se rattache à sa pensée. Ainsi, EICHHORN écrit en 1823: «*Sobald bei dieser Terminologie die Proprietät, als jus infinitum, geteilt gedacht wird, widerspricht freilich die Vorstellungsart dem Wesen des Eigenthums und kann überdies zu Irrthümern verleiten; [...]*»<sup>2612</sup>. En 1839 déjà, DUNCKER est en mesure d'affirmer: «*Darin wird nun Thibaut auf die Beistimmung aller Juristen rechnen können, daß vom Standpunkte des römischen Rechtes aus, die herrschende Ansicht über dominium directum und utile nicht gerechtfertigt werden kann*»<sup>2613</sup>. L'un des appuis à la contradiction entre le droit romain et la notion de *geteiltes Eigenthum* est notamment celui, en cas de disparition de l'un des titulaires, de la consolidation qui ne bénéficie qu'au *Obereigenthümer*<sup>2614</sup>.

En 1845, PUCHTA ajoute: «*Dem römischen Recht ist diese Anomalie unbekannt, nach ihm und der Consequenz des Eigenthumsbegriffs müßte das Recht des Lehens-, des Gutsherrn entweder als ein Recht anderer Art behandelt werden, oder wenn als Eigenthum, so müßte das Recht des Vassalen ein bloßes ius in re sein*»<sup>2615</sup>. PHILLIPS en 1846 écrit, dans le même sens: «*Stellt man sich auf den Standpunkt des römischen rechts, wie dasselbe in der Justinianeischen Compilation vorliegt, so erscheint dieselbe auf den ersten Anblick verwerflich. Die Proprietät, als ein ausschließliches Recht, kann nicht das Eigenthum einer andern Person an derselben Sache dulden, kennt daher neben sich nur Jura in re aliena*»<sup>2616</sup>. Le suisse BLUNTSCHLI est également d'avis en 1853 que le double domaine ne trouve aucun fondement en droit romain: «*Es ist nicht schwer nachzuweisen, dass diese Unterscheidung im römischen Rechte nicht begründet ist, [...]*»<sup>2617</sup>. De même, KELLER explique: «*Der Gegensatz des dominium directum und utile (Obereigenthum und nutzbares) ist dem Römischen Recht gänzlich unbekannt, rührt aber schon von den Glossatoren her*»<sup>2618</sup>. Nous pourrions encore ajouter à cette liste WINDSCHEID<sup>2619</sup>, BESELER<sup>2620</sup> et bien d'autres.

Ces conclusions sont partagées par les germanistes – au premier desquels nous pouvons nommer EICHHORN, déjà cité. Certes, PHILLIPS écrit: «*Ganz anders aber er-*

<sup>2612</sup> EICHHORN, p. 408.

<sup>2613</sup> DUNCKER, p. 178.

<sup>2614</sup> DUNCKER, p. 208 s.

<sup>2615</sup> PUCHTA, p. 207.

<sup>2616</sup> PHILLIPS, p. 23.

<sup>2617</sup> BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, p. 282.

<sup>2618</sup> KELLER, p. 212.

<sup>2619</sup> «*Aus dem Begriff des Eigenthums folgt, daß an einer und derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht bestehen kann.*»: WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 502. Le même (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 506) explicite encore son propos: «*Unhaltbar ist die im Mittelalter aufgekommene und bis in die neueste Zeit hinübergetragene Lehre, daß an einer und derselben Sache neben einem s.g. Obereigenthum ein s.g. Unter-(nutzbares) Eigenthum stattfinden könne.*»

<sup>2620</sup> BESELER, p. 321.

*scheint die Sache vom Standpunkte des germanischen Rechtes aus; hier konnten zwei Personen sehr wohl gemeinschaftlich eine Gewehre, d. i. nach der spätern Sprache ein Eigenthum, Dominium, an der nämlichen Sache ausüben, ohne daß man diese im Verhältnisse zu einer von ihnen als res aliena zu bezeichnen nöthig hätte; sie war keinem von beiden fremd, war der Herrschaft jedes von ihnen unterworfen, nur der Umfang dieser Herrschaft war ein verschiedener. [...] Dazu kommt, daß für die Bewahrung deutschrechtlicher Verhältnisse in ihrer eigenthümlichen Natur, wie z.B. des Lehnsinstitutes, diese Theorie schwerlich entbehrt werden kann [...]»<sup>2621</sup>.» Mais MITTERMAIER reconnaît que la notion de propriété est étrangère à l'ancien droit germanique: «Der Begriff eines getheilten Eigenthums ist zwar dem altdeutschen rechte fremd, und jenen Verhältnissen, in welchen wir von dem dominium utile sprechen, lag nur eine Gewere zum Grunde in so ferne nach dem Güterverleihungssysteme des Mittelalters der von einem Anderen Beliehene an dem verliehenen Gute nicht blos Nutzungsrechte, sondern auch andre die Rechte des Herrn beschränkende Verfügungsrechte hatte und durch die Investitur eine Gewere erhielt»<sup>2622</sup>.» Ce que BERGER reconnaît également: «Dieser Sprachgebrauch [Ober- und Nutzeigenthum] [...] widerspricht sowohl dem Character des Eigenthums überhaupt, als er auch in der Ausdrucksweise der Quellen des deutschen Rechts keine Unterstüztung findet»<sup>2623</sup>.» BLUNTSCHLI précise: «Wenn man aber die Glossatoren und die grosse Mehrheit der ihnen nachfolgenden Juristen beschuldigt, sie haben eine widersinnige Unterscheidung künstlich aufgebracht, und es sei das sogenannte Obereigenthum ganz einfach Eigenthum zu nennen, das sogenannte Nutzeigenthum aber nur ein jus in re aliena, so hätte schon das Andenken an eine verwandte Unterscheidung der römischen Juristen selbst vor solchem etwas oberflächlichen Urtheile bewahren sollen»<sup>2624</sup>.»*

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, RANDA arrive à la même conclusion que les doctes allemands en s'écartant expressément de l'« ancienne doctrine », comme de l'ABGB<sup>2625</sup>: «Doch nicht in einer Summe von bestimmten Machtbefugnissen über die Sache, sondern in der begriffsmäßigen Einheit der über dieselbe denkbaren bestimmten rechtlichen Machtvollkommenheit liegt das Wesen des römischen und modernen Eigenthumsrechtes. Vergeblich und irreführend ist daher der Versuch, den Inhalt desselben durch Angabe einzelner Befugnisse zu treffen, oder gar zu erschöpfen»<sup>2626</sup>.» Face à la lettre

---

<sup>2621</sup> PHILLIPS, p. 23 s.

<sup>2622</sup> MITTERMAIER, p. 379.

<sup>2623</sup> BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 128 s.

<sup>2624</sup> BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, p. 283.

<sup>2625</sup> RANDA, p. 7. Voir, chez les auteurs récents, la synthèse de HECKER (p. 205 s.).

<sup>2626</sup> RANDA, p. 7. Voir, de même, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 491 («Aber man darf nicht sagen, daß das Eigenthum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe, daß es eine Verbindung einzelner Befugnisse sei. Das Eigenthum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Neutzerungen



pourtant claire de l'ABGB, l'autrichien explique: «*Jedoch in keinem der oben angeführten Fälle [Lehensmann, Fideikommißbesitzer, Erbpächter, Erbzinspächter und Bodenzinspächter] liegt eine wirkliche Theilung des E.›s vor, vielmehr ist nur das ungetheilte Recht des wahren Eigenthümers durch gewisse Rechte (namentlich ausgedehnte Nutzungsrechte) dritter Personen beschränkt. Denn die Annahme einer Theilung des Rechtsinhaltes in der Weise, daß die einzelnen Theilhaber wieder als Eigenthümer erscheinen, ist nach dem oben entwickelten Begriff des E.›s als der (wenn auch zeitlich beschränkten) rechtlichen Möglichkeit vollkommener Herrschaft über eine Sache, welche selbst bis zur Vernichtung schreiten kann, ganz undenkbar und macht die juristische Konstruktion der diesfälligen Rechtsverhältnisse zur juristischen Unmöglichkeit.*» Si cet auteur pêche par excès de dogmatique (en donnant aux propriétés divisées une nature qu'elles n'ont pas, comme nous venons de le rappeler à l'appui de MITTERMAIER, BERGER et BLUNTSCHLI)<sup>2627</sup>, il démontre bien que, même si la question est délicate, les propriétés divisées ne sont pas envisageables dans les codes modernes: «*Das Merkmal des Eigenthumes, die Konsolidationslage und die Vermuthung für die Unbeschränktheit des Rechtes, kann immer nur auf der einen Seite vorhanden sein, doch wird unter Umständen zweifelhaft, auf welcher das Merkmal zutrifft; auch haben die Gesetze vielfach das Nutz- oder Untereigenthum gegenüber dem Obereigenthume in dieser Beziehung bevorzugt*<sup>2628</sup>.» Cela parachève en quelque sorte la démonstration puisque cela nous permet d'affirmer que les doctrines française, allemande et autrichienne sont, en définitive, de la même opinion quant à l'incompatibilité du droit subjectif de propriété exclusive avec les diverses formes de propriétés divisées.

Une double conclusion s'impose donc rapidement aux juristes allemands. La figure de la propriété divisée «*Ober- und Nutzungeigenthum*» n'a de fondement juridique ni

---

*und Manifestationen dieser Fülle.*»); DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 375 («*Die Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum wurzelte in der unrömischen Auffassung, wonach das Eigenthumsrecht nicht qualitativ als die Anwartschaft auf die Gesamtherrschaft der Sache bestimmt, sondern quantitativ nach dem Umfang der Befugnisse des Berechtigten bemessen wurde.*»). Au contraire, nous l'avions dit, en droit anglais, la *property ownership* est un «*bundle of rights*»: cf. *supra* note n° 1044.

<sup>2627</sup> Ce qu'il n'est naturellement pas le seul à faire. Voir, par exemple, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 506, note n° 9 à la même page, ainsi que p. 376 (à propos des fidéicommiss de famille); DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 375. BESELER (p. 321) a donc raison d'affirmer qu'il existe encore des occurrences de propriétés divisées régies par des règles spéciales (quoiqu'il se trompe en n'émettant pas de réserves quant à la terminologie équivoque de *dominium*).

<sup>2628</sup> MUGDAN, *Materialien*, p. 145 (*Motive III*, p. 263). Voir encore MUGDAN, *Materialien*, p. 145 (*Motive III*, p. 262 s.) («*[...]; es kommen Beschränkungen des Eigenthumes durch vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte vor, welche die Rechte des Eigenthümer nahezu vielleicht bis auf ein Rentenrecht erschöpfen und auf die deshalb auch die Bezeichnung dominium – utile im Gegensatze von directum – angewendet wurde.*»).

dans le droit romain, ni dans les droits germaniques<sup>2629</sup>. À cet égard, ils font peu de cas des législations européennes déjà adoptées : elles n'ont pas la qualité scientifique requise pour imposer un choix, que ce soit celui du *distinguo* entre *dominium* utile et direct de l'ancien droit ou celui entre *Eigenthum* et *geteiltes Eigenthum* de l'ALR ou de l'ABGB<sup>2630</sup>.

Sur la base des exemples historiques du droit français et surtout du droit autrichien, ainsi qu'avec le renfort des opinions que nous venons de citer, nous sommes également de l'avis que les propriétés divisées ne sont pas conciliables avec une approche subjective du droit privé en général, et du droit de propriété en particulier. Les prémisses, les philosophies et enfin la technique juridique, ainsi que les principes qui en découlent, s'y opposent. Les approches subjective et objective sont de cette manière irréconciliables.

§ 2. La nécessaire plénitude de la propriété ainsi doctrinalement établie, demeure la question, que nous avons déjà rencontrée en droit autrichien, de la position juridique qu'il convient de reconnaître à l'*Obereigenthümer*, respectivement au *Nutzungeigenthümer* – la société allemande étant toujours aristocratique jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, nous le rappelons. EICHHORN considère que la position du second mérite une qualification de *ius in re aliena* : « [...] ; *betrachtet man aber die Verhältnisse, welche die Neueren unter das dominium utile stellen, als eine dem deutschen Recht eigene Art des jus in re, bei welcher jenes der Proprietät in der Bedeutung, welche sie nach der Trennung der im dominium utile enthaltenen einzelnen Bestandtheile (als dominium directum) noch behält, entgegengesetzt und für diese einzelnen Bestandtheile genommen wird, so ist der Ausdruck allerdings passend, und in Ermangelung eines andern technischen Wortes sogar unentbehrlich*<sup>2631</sup>. » Il écarte toutefois celle d'*ususfructus* inapte à décrire des situations juridiques qui sont en réalité très variables pour chaque relation concrète individuellement considérée<sup>2632</sup>. BERGER et BLUNTSCHLI estiment aussi que le qualificatif de *ius in re aliena* est le plus correct<sup>2633</sup>.

MITTERMAIER pour sa part écarte le qualificatif de *ius in re aliena* : « *Der Begriff dieses getheilten Eigenthums, den auch die neuesten Gesetzgebungen anerkannt haben, ist, so lange die dahin gehörigen Verhältnisse gesetzlich bestehen, im deutschen Rechte nicht aufzugeben, daß er durch kein anderes Verhältniß erklärt werden kann, und man zu irrigen Folgerungen gelangt, wenn man das Verhältniß des Nutzigen-*

---

<sup>2629</sup> DUNCKER, p. 207 («*Rücksichtlich des sogen. Getheilten Eigenthums aber ist zwischen dem deutschen und römischen Rechte kein Widerspruch, beiden ist es gleichmässig unbekannt.* »).

<sup>2630</sup> DUNCKER, p. 210 ss.

<sup>2631</sup> EICHHORN, p. 408.

<sup>2632</sup> EICHHORN, p. 408 s.

<sup>2633</sup> BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 129; BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, p. 380 s.

*thümers nur als Pacht, oder als bloßen Niezbrauch betrachtet; Auch ist nichts gewonnen, wenn man das Nutzegenthum als eine besondere deutsche Art der dinglichen Rechte aufstellt. Richtiger behält man den durch eine entschiedene Praxis anerkannten, durch die Fortbildung des Rechts entstandenen Begriff des getheilten Eigenthums bei, wobei man zugeben muß, daß diese Art des Eigenthums dem römischen Begriffe vom Eigenthum widerspricht*<sup>2634</sup>. » BESELER est également d'avis qu'une propriété divisée ne s'insère de toute manière pas dans la catégorie des *iura in re aliena*<sup>2635</sup>. BERGER considère, à l'appui d'une approche historique correcte, que face à l'*Obereigenthum*, l'*Untereigenthum* doit également être de même nature et rang, c'est-à-dire une forme de propriété<sup>2636</sup>. DERNBURG de son côté constate, comme nous avons pu le faire, que l'évolution juridique est allée dans le sens de la reconnaissance d'une pleine propriété au tenancier<sup>2637</sup>.

Il ressort de ces textes que les institutions féodales et communautaires découlent véritablement à une autre logique que celle du nouveau droit des biens consacré par le BGB et qui s'appuie sur la dichotomie d'inspiration romaine entre la propriété et les autres droits réels<sup>2638</sup>. La consécration du tenancier comme plein propriétaire implique mécaniquement le nécessaire refus d'une telle qualité aux seigneurs<sup>2639</sup>. Le modèle autrichien est donc écarté à double titre: l'incompatibilité de la figure de la propriété divisée avec le nouveau droit allemand, ainsi que l'impossibilité d'une assimilation des positions des *Obereigenthümer* et *Nutzungeigenthümer* au sein du *numerus clausus* des droits réels. C'est ainsi à raison que BRUTTIN écrit dans sa thèse consacrée aux communaux valaisans: «À vouloir à tout prix les faire entrer dans les notions ro-

<sup>2634</sup> MITTERMAIER, p. 436 s.

<sup>2635</sup> BESELER, p. 321.

<sup>2636</sup> BERGER, *System des Deutschen Privatrechts*, p. 128 («*Neuere Gesetzgebungen sowohl, als ein alter Gebrauch der Rechtsgelehrten haben gewisse sehr weitgreifende dingliche Rechte an fremden Sachen als ein wirkliches Eigenthum (dominium utile oder Nutzegenthum) aufgefaßt, welches neben dem ursprünglichen Eigenthume (dominium directum oder Obereigenthum) stattfindet. [...] Jedoch hat man es nicht oder wenigstens nicht allgemein gewagt, an diese Eintheilung auch die Folgerung zu knüpfen, daß dem s.g. Nutzegenthümer alle wirklichen Eigenthumsrechte zukommen müßten.*»).

<sup>2637</sup> DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 375 s. L'influence de la doctrine allemande s'étend également à la doctrine (francophone) du canton de Neuchâtel: CALAME (p. 53 et 54) partage ainsi l'avis de DERNBURG: «*Mais, comme tous les systèmes d'origine germanique, le nôtre connaît deux sortes de propriété: l'une primitive ou directe, l'autre dérivée ou utile. La propriété dérivée n'est dans son origine qu'un droit réel relatif, qui, successivement accru et consolidé, s'est approché de la propriété véritable au point d'en prendre les caractères essentiels et d'en recevoir le nom. [...] L'existence de deux sortes de propriété, l'une primitive, l'autre dérivée, exclut une définition unique du droit de propriété.*»

<sup>2638</sup> La construction du double domaine qui est «*en contradiction des sources.*»: COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 385.

<sup>2639</sup> Staudinger-ALTHAMMER, n° 2 *ad* Einleitung zu §§ 903 ff BGB.

*maines strictes de l'universitas et du condominium, les juristes valaisans devaient fatalement échouer*<sup>2640</sup>. »

§ 3. Pour autant, les juristes allemands ne choisissent pas de se reporter au modèle de la France révolutionnaire et napoléonienne qui n'est en phase ni avec les mœurs, ni avec l'époque – à la fois assagie par le temps écoulé depuis la période révolutionnaire et ancrée dans une toute nouvelle épopée impériale. En fait, si pour la doctrine juridique il apparaît simple et logique de se départir du modèle de la propriété divisée, il n'en va pas de même dans la sphère politique au sein de laquelle l'aristocratie pèse encore de tout son poids (aux gouvernements, comme aux chambres législatives) et tient à ses nombreux privilèges<sup>2641</sup>.

Or, la monarchie impériale allemande, quoique puissante, n'est viable que dans la mesure de l'assentiment de ses États constitutifs (le *Bundesrat*, chambre représentative des États, ayant un droit de veto); avec les sensibilités desquels il faut donc composer. Le passage de l'ancien au nouveau régime de droit des biens s'inscrit ainsi dans un esprit politique de compromis qui en retarde d'autant la date qu'il en atténue la brutalité: «*Im Unterschied zu den eigentumsrechtlichen Umwälzungen im revolutionären Frankreich und der skizzierten Beseitigung des feudalsystems veränderten sich die Koordinaten der Eigentumsordnung in Deutschland im konstitutionellen Zeitalter langsamer. [...] Während man in Frankreich die Feudalrechte im Zuge der Revolution entschädigungslos aufhob, wurden sie in den deutschen Territorien meist rechtl. geschützt und mussten in langwierigen Verfahren gegen Entschädigungszahlungen abgelöst werden*<sup>2642</sup>. »

L'appui juridique permettant à l'aristocratie de poursuivre ses fins repose sur la notion des droits acquis (*wohlerworbene Rechte*)<sup>2643</sup>, que nous avons rencontrée dans le droit constitutionnel suisse au début de notre étude et que nous reverrons dans le droit transitoire du Code civil suisse. Par droits acquis, il faut entendre en droit allemand: «*Dazu gehörten etwa die auf dem bäuerlichen Grundbesitz lastenden Dienste und Abgaben, die Patrimonialgerichtsbarkeit, Zwangs- und Bannrechte und weitere Privilegien. Erörtert wurde im Einzelnen, ob die Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts entschädigungslos erfolgen konnte oder ob sie aufgrund des Vermögenswerts der Rechtsposition oder eines anerkanntswerten Interesses der Entschädigungspflicht unterlag. Die Diskussion über die <wohlerworbenen Rechte> verlor im Verlauf des*

---

<sup>2640</sup> BRUTTIN, p. 44.

<sup>2641</sup> MAUNZ/DUERIG-PAPIER/SHIVARNI, n° 31 *ad* Art. 14 GG.

<sup>2642</sup> MAUNZ/DUERIG-PAPIER/SHIVARNI, n° 28 et 31 *ad* Art. 14 GG.

<sup>2643</sup> MAUNZ/DUERIG-PAPIER/SHIVARNI, n° 32 *ad* Art. 14 GG. C'est également l'argument avancé à Lucerne contre l'abolition des fidécummes de famille. Voir SCHMID A., *Luzern*, p. 127 («[...] die rückwirkende Kraft des Artikels verstosse gegen wohlerworbene Rechte und gegen dass vom Staate geschützte Privateigentum.»).

19. Jahrhunderts ihre Brisanz, je mehr die feudalen Rechtsbestände im Wege der Gesetzgebung beseitigt wurden<sup>2644</sup>.» Il s'agit d'une notion relativement proche des droits subjectifs, mais pas identique<sup>2645</sup>.

Ainsi, deux exceptions viennent tempérer le principe du *numerus clausus*. D'abord, les États constitutifs de l'Allemagne conservent une certaine marge de manœuvre<sup>2646</sup>. Ensuite, les droits réels abolis, mais existant au moment de l'entrée en vigueur du BGB, sont maintenus dans la même mesure que sous l'ancien droit<sup>2647</sup> – cela préfigure la solution suisse.

Aussi, si comme lors de la codification du droit autrichien, l'adoption du BGB est l'occasion d'extraire du droit privé les institutions communautaires et féodales les plus archaïques (politiquement et socialement) plutôt que de les reprendre, une voie médiane est choisie par l'entremise du droit transitoire<sup>2648</sup>. Le législateur allemand le premier, adopte – pour des raisons constitutionnelles et politiques – une solution extrêmement moderne consistant à maintenir les droits locaux en vertu de dispositions figurant dans l'EGBGB: «*Die Behandlung der bestehenden Ober- und Nutzzeigentumsrechte bleibt den Uebergangsbestimmungen des EG. vorbehalten*<sup>2649</sup>.» Cette solution élégante permet de trancher le nœud gordien que nous avons rencontré tant en France qu'en Autriche.

Naturellement la féodalité s'efface progressivement. Si bien que l'institution la plus intéressante pour nous est celle du fidéicommiss de famille – qui parvient à se maintenir relativement longtemps. Nous commencerons par rappeler, d'une part, le sort des propriétés divisées dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle, puis étudierons, d'autre part, rapidement le sort qui est fait aux communaux.

<sup>2644</sup> MAUNZ/DUERIG-PAPIER/SHIVARNI, n° 32 *ad* Art. 14 GG.

<sup>2645</sup> L'on trouve chez VISCHER (*Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 53 ss) toutes les définitions de la doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle relative aux droits acquis. Pas plus que dans la doctrine suisse actuelle, il n'est possible de tirer une définition précise. Voir VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 61.

<sup>2646</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 366 (qui cite les § 57-60, 62-68, 73, 131, 133 BGB).

<sup>2647</sup> GIERKE, *Sachenrecht*, p. 367 (qui cite le § 184 BGB: «*Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Durch die Rückwirkung werden Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind.*»).

<sup>2648</sup> Une autre option aurait pu être de «rénover» certaines institutions en les adaptant au nouveau droit des biens (ce qui conduirait en réalité à créer des institutions inédites). En ce sens, à propos des fidéicommiss de famille, ECKERT, p. 565: «*Der Reichsgesetzgebung bot sich anlässlich der Schaffung des BGB die Gelegenheit, die umstrittene Fideikommißfrage an sich zu ziehen und das Familienfideikommiß entweder ganz abzuschaffen oder es für alle Länder des Deutschen Reiches zu vereinheitlichen und zu reformieren.*»

<sup>2649</sup> MUGDAN, *Materialien*, p. 145 (*Motive III*, p. 263).

§ 4. *Le sort du double domaine.* La fin de la féodalité se produit principalement à la suite de la révolution de 1848, mais débute dès 1807 avec la libération des paysans (*Bauernbefreiung*) à charge de rachat<sup>2650</sup>. Le domaine éminent du seigneur fut donc éliminé par la voie du rachat, par un processus dit d'«*Allodifikation*»<sup>2651</sup>. En Prusse, par l'absence de rachat, les fiefs et censives (sous réserve des fiefs tenus directement de la couronne) deviennent la pleine propriété de leur titulaire dès le 2 mars 1850 en vertu du paragraphe 2 numéro premier de la *Gesetz über die Ablösung der Reallasten und die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse*<sup>2652</sup>. Cependant, le paragraphe 2 numéro 5 de la même loi vient fortement tempérer la portée de cette abolition des fiefs et censives<sup>2653</sup>. Ainsi, le double domaine n'a pas encore disparu lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit et se maintient dans une mesure non négligeable – quoi qu'en pense la doctrine.

Dans le BGB, il n'y a plus d'emphytéose (*Erbpacht*), mais le droit de superficie est maintenu aux paragraphes 1012-1017 BGB<sup>2654</sup>. L'article 63 EGBGB garantit néanmoins la permanence des emphytéoses préexistantes : «*Il n'est pas dérogé aux dispositions des lois des États sur le droit de bail héréditaire, y compris le droit des petits propriétaires, et le droit des ouvriers agricoles, dans les États où de tels droits existent. Il y a lieu d'appliquer à ces droits les dispositions de l'article 1017 du BGB*<sup>2655</sup>. » Cette disposition est supprimée en 1947 par la *Kontrollratsgesetz Nr. 45*.

---

<sup>2650</sup> MAUNZ/DÜRIG-PAPIER/SHIVARNI, n° 31 *ad* Art. 14 GG; KRAUSS, p. 25 s.

<sup>2651</sup> Sur l'ensemble du processus, voir DETER, p. 205 ss. Voir aussi BRAKENSIEK, n° 26.

<sup>2652</sup> Lequel texte est formulé de la manière suivante : «*Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, so weit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben: 1) das Ober-Eigentum des Lehnsherrn und die lediglich aus demselben entspringenden, in dem § 5 nicht als fortbestehend bezeichneten Rechte bei allen innerhalb des Staates belegenen Lehnen, mit alleiniger Ausnahme der Thronlehne. 2) das Ober-Eigentum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn. Desgleichen das Eigentumsrecht des Erbverpächters; der Erbzinsmann und der Erbpächter erlangen mit dem Tage der Rechtskraft des gegenwärtigen Gesetzes und lediglich auf Grund desselben das volle Eigentum.*» Voir COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 385; DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, p. 375 s.; KRAUSS, p. 26.

<sup>2653</sup> «*Die in dem § 2 Nr. 1 und 2 bestimmte Aufhebung des Obereigentums des Lehnsherrn, Guts- oder Grundherrn und Erbzinsherrn, so wie des Eigentums des Erbverpächters, hat nicht zugleich die Aufhebung des aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltenen Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehen, und zwar mit denselben Vorzugsrechten in dem Vermögen der Verpflichteten, welche sie bisher darin hatten.* »

<sup>2654</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 368. La France avait supprimé tant le droit de superficie que l'emphytéose.

<sup>2655</sup> Art. 63 EGBGB : «*Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Erbpachtrecht, mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts, in denjenigen Bundesstaaten, in welchen solche Rechte bestehen. Die Vorschriften des § 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf diese Rechte entsprechende Anwendung.* »

En raison des principes inhérents au droit des biens du BGB, il est attendu qu'il ne consacre aucune forme de fidéicommiss et limite temporellement le pouvoir de disposer au-delà de sa mort<sup>2656</sup>. Toutefois, plusieurs exceptions sont aménagées au bénéfice des familles nobiliaires<sup>2657</sup>. Ainsi, le BGB ne s'applique à la famille d'un *Landesherr* et à la famille impériale<sup>2658</sup> que dans la mesure où les *Hausverfassungen* ou les *Landesgesetze* n'en disposent pas autrement (art. 57 EGBGB)<sup>2659</sup>. En outre, les relations familiales et les biens des anciennes maisons souveraines des États allemands (médiatisées dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle), sont seules régies par les *Landesgesetze* (Art. 58 EGBGB). Ces dispositions deviennent sans objet à la fin no-

<sup>2656</sup> *Staudinger-MITTELSTADT*, n° 7 ad art. 59 EGBGB.

<sup>2657</sup> Art. 57 EGBGB: «*In Ansehung der Landesherrn und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Das Gleiche gilt in Ansehung der Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses.*» / «*Relativement aux princes régnants, et aux membres des familles souveraines, ainsi qu'à ceux de la famille princière des Hohenzollern, il n'y a lieu d'appliquer les dispositions du BGB que lorsqu'il n'y est pas dérogé par des prescriptions spéciales de leurs constitutions familiales ou par les lois des États confédérés. Il en est de même relativement aux membres de l'ex-maison royale de Hanovre, de l'ex-maison ducal de Nassau et de l'ex-maison princière de la Hesse électorale.*» Art. 58 EGBGB: «*In Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter derjenigen Häuser, welche vormalig reichsständisch gewesen und seit 1806 mittelbar geworden sind oder welche diesen Häusern bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter durch Beschluß der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind, bleiben die Vorschriften der Landesgesetze und nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt. Das Gleiche gilt zu Gunsten des vormaligen Reichsadels und derjenigen Familien des landsässigen Adels, welche vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem vormaligen Reichsadel durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind.*» / «*Quant aux droits de famille et biens patrimoniaux des maisons qui ont été autrefois membres de l'Empire, et qui sont devenues médiatisées depuis 1806, ou qui ont été assimilées à ces maisons, quant aux droits de famille et de patrimoine, par décision de la ci-devant Confédération germanique ou par la loi d'un État confédéré antérieure au BGB, il n'est point dérogé aux dispositions des lois des États, ni, conformément à ces lois, aux constitutions de famille. Il en est de même au profit de la ci-devant noblesse de l'Empire et des familles de la noblesse des États qui, avant la mise en vigueur du BGB, étaient assimilées à la ci-devant noblesse de l'Empire par la loi d'un État confédéré, antérieure au présent Code.*»

<sup>2658</sup> Pour l'anecdote, notons que le § 57 EGBGB bénéficie également aux familles royale de Hanovre, princière-électorale de Hesse et ducal de Nassau, ainsi qu'à la famille princière de Holstein dès 1904, lesquelles ne règnent plus depuis la fin de la Guerre austro-prussienne de 1866 qui entraîna leur annexion à la Prusse, respectivement leur assimilation à une province administrée par le même royaume. Il s'agit d'une précision introduite *in extremis* par le *Reichstag* en 1896. Voir *Staudinger-GRAMM*, n° 1 et 4 ad art. 57 EGBGB.

<sup>2659</sup> Le BGB remplit donc un rôle de subsidiarité que tenait avant cela le droit commun: *Staudinger-GRAMM*, n° 2 s. ad art. 57 EGBGB.

vembre 1918 avec l'abdication de l'ensemble des maisons souveraines de l'empire allemand<sup>2660</sup>.

En outre, les fidéicommiss de famille, les fiefs et les *Stammgüter*<sup>2661</sup> qui existent encore sont également soumis aux prescriptions des *Landesgesetze* (Art. 59 EGBGB)<sup>2662</sup> – ce qui constitue aussi une faveur supplémentaire pour la noblesse.

Cette faveur – certes débattue<sup>2663</sup> – reflète une situation quelque peu distincte de celle de l'Autriche. D'abord, nous l'avons vu, la majorité des fidéicommiss sont dans la partie polonaise de l'Empire autrichien. Il n'est dès lors pas étonnant que leur nombre soit relativement important en Allemagne également. Ainsi, en 1913 un dixième des surfaces forestières y sont sous le régime d'un fidéicommiss. En 1919, il y a encore au moins 1432 fidéicommiss représentant 3,2 millions d'hectares (soit à peu près la surface de la Belgique ou un peu moins de 7% de la surface de la République de Weimar)<sup>2664</sup>. Cela n'est pas négligeable. Ensuite, il y a la dimension « constitutionnelle » de ces questions qui touchent au statut des familles régnantes des différents États constitutifs de la toute jeune Allemagne impériale. La justification de l'art. 57 EGBGB repose donc sur « l'autonomie des maisons souveraines<sup>2665</sup> », de même que les particularités des droits spéciaux et leurs liens étroits avec les droits des différents États – ce qui rend la limite entre droit privé et droit public difficile à tracer<sup>2666</sup>. Le compromis politique s'explique donc de plusieurs manières.

Le maintien des fiefs par l'entremise de l'article 59 EGBGB trouve une illustration en 1917. En pleine Première Guerre mondiale, dans une affaire hors du temps, le *Reichsgericht* doit en effet traiter de la plainte d'un aristocrate allemand à l'encontre de deux officiers britanniques, ses vassaux dans la principauté de Lippe, fondée sur leur violation du serment de fidélité dû à leur seigneur. Le tribunal fait cependant fi des règles applicables au fief sous prétexte qu'il s'agit là d'une « entité juridique mourante<sup>2667</sup> », alors que l'assise du fief en question se situe pourtant dans une principauté qui maintient encore en ce temps un système de propriété divisée.

---

<sup>2660</sup> *Staudinger-GRAMM*, n° 14 *ad* art. 57 EGBGB. La constitution de la République de Weimar (Art. 109 al. 3 première phrase) viendra parachever cet état de fait en imposant aux États d'abolir tout privilège de nature publique (y compris les rentes étatiques): *Staudinger-GRAMM*, n° 15 s. *ad* art. 57 EGBGB.

<sup>2661</sup> Il s'agit de patrimoines inaliénables transmis par primogéniture masculine.

<sup>2662</sup> Art. 59 EGBGB: « *Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommiss und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen, sowie über Stammgüter.* » / « *Il n'est pas dérogé aux dispositions des lois de chaque État sur les fidéicommiss de famille et les fiefs, y compris les fiefs allodifiés, ainsi que sur les domaines de famille.* »

<sup>2663</sup> *Staudinger-MITTELSTADT*, n° 3 *ad* art. 59 EGBGB.

<sup>2664</sup> *Staudinger-MITTELSTADT*, n° 8a *ad* art. 59 EGBGB.

<sup>2665</sup> *Staudinger-GRAMM*, n° 2 *ad* art. 57 EGBGB.

<sup>2666</sup> *Staudinger-GRAMM*, n° 2 *ad* art. 57 EGBGB.

<sup>2667</sup> Décision rapportée par EBERT, p. 744.



Quoique paradoxalement plus forts au plan politique en cette fin du XIX<sup>e</sup> siècle par rapport au début du même siècle, les fidéicommissaires ne recueillent plus les faveurs des juristes. Nous avons constaté déjà que ZEILLER – malgré les accusations de BRAUNEDER – ne tentait de concilier qu'à contre-cœur cette institution avec la propriété individuelle. Les doctes allemands, forts d'une longue discussion, ne s'embarassent pas de tant de détails. La propriété individuelle est considérée comme étant hégémonique et les exceptions (politiques) sont rejetées dans le droit transitoire. Aucune conciliation n'est tentée.

En 1935 et surtout en 1938 (*Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6. Juli 1938*, complété par une *Verordnung vom 20. März 1939 zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen*), des *Reichsgesetze* rendent l'article 59 EGBGB sans objet en unifiant pour toute l'Allemagne les normes relatives à la dissolution des fidéicommissaires de famille, des fiefs et des *Stammgüter*<sup>2668</sup>. Dès 1938, le champ d'application de cette législation est étendu à l'Autriche en raison de l'*Anschluss*.

§ 5. *Communaux*. Tout l'ancien droit rural foncier ne disparaît pas lors de l'entrée en vigueur du BGB. D'une part, certains droits de préférence successoraux sur les exploitations agricoles (*Anerbenrecht*) et certaines prérogatives, en particulier d'entretien, lors de la remise de l'exploitation agricole (*Altenteil* ou *Ausgedinge* en Autriche) sont préservés par l'article 64 EGBGB<sup>2669</sup>.

S'ajoute à cela, d'autre part, l'article 164 EGBGB à propos des communaux : «*Les dispositions des lois des États sur les communes et autres unions dont les membres, en cette qualité, ont droit aux produits d'immeubles d'exploitation agricole ou forestière, des moulins, brasseries et établissements analogues existant à l'époque de la mise en vigueur du BGB continuent d'être suivies. Il importe peu que les Realgemeinden ou autres unions aient ou non la personnalité juridique, ou que le droit des membres soit lié ou non à la possession de l'immeuble*<sup>2670</sup>.»

<sup>2668</sup> Staudinger-MITTELSTADT, n° 5c ad art. 59 EGBGB.

<sup>2669</sup> «*Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör. Die Landesgesetze können das Recht des Erblassers, über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todeswegen zu verfügen, nicht beschränken.*» «*Il n'est pas dérogé aux dispositions des lois des États sur la succession de l'Anerbe, relatives aux fonds d'exploitation agricole ou forestière avec leurs accessoires. Les lois des États ne peuvent limiter le droit du de cujus, de faire des dispositions à cause de mort sur les biens soumis aux droits de l'Anerberecht.*» Voir BRAUNEDER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 145.

<sup>2670</sup> Art. 164 EGBGB : «*In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Realgemeinden und ähnlichen Verbände, deren Mitglieder als solche zu Nutzungen an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, an Mühlen, Brauhäufeln und ähnlichen Anlagen berechtigt sind. Es macht*

Le sort des biens communaux dans les pays germaniques dépend donc de la région considérée. Le critère géographique apparaît comme sous-jacent : terres agricoles productives, terres forestières, terres pauvres ou improductives. De manière générale, il faut distinguer deux grandes étapes dans la transformation des communaux dans les États allemands. Au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'individualisme et les idées physiocrates, de même que les *enclosures*, forgent l'opinion des élites en faveur d'un partage des communaux<sup>2671</sup>. Les premières privatisations ont lieu à la fin de ce même siècle, mais demeurent exceptionnelles – la réglementation est trop ponctuelle et la population reste largement réticente au partage<sup>2672</sup>. Puis, au XIX<sup>e</sup> siècle, le débat prend vie par la mise en avant des traditions communautaires germaniques et l'édification par certains des traditions communautaires germaniques en tant que rempart aux maux de l'industrialisation<sup>2673</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'administration publique poursuit son travail et parvient à toucher la classe agricole et provoque des partages dans tous les États allemands<sup>2674</sup>. L'importance des terres redistribuées est variable. Dans le nord-ouest, le partage rencontre un très fort succès dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et au plus tard avant la fin de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2675</sup>. Aussi, en cette région, l'aristocratie apparaît-elle *a priori* comme victorieuse de la propriété communautaire. La déchéance de cette dernière est toutefois plus le fruit de la modernité que d'une victoire du système féodal, celui-ci étant lui-même sur le point de s'effondrer, comme nous venons de le voir. En réalité, la disparition des communaux n'est qu'une étape vers la propriété privée<sup>2676</sup>.

Nous retrouvons peu ou prou la même dynamique en Prusse où le partage s'opère très rapidement et avec une grande organisation avant 1850<sup>2677</sup>. L'aristocratie est moins perdante dans cette région du fait de la faible population et des nombreuses terres non cultivées<sup>2678</sup>. Le sud-ouest et le centre de l'Allemagne échappent toutefois à la règle dans la mesure où les communaux sont essentiellement des forêts et que la résistance contre le partage est grande (de même que l'intérêt économique au partage est limité)<sup>2679</sup>.

---

*keinen Unterschied, ob die Realgemeinden oder sonstigen Verbände juristische Personen sind oder nicht und ob die Berechtigung der Mitglieder an Grundbesitz geknüpft ist oder nicht.* »

Voir ARNOLD M., p. 19.

<sup>2671</sup> BRAKENSIEK, n° 3.

<sup>2672</sup> BRAKENSIEK, n° 5.

<sup>2673</sup> BRAKENSIEK, n° 6.

<sup>2674</sup> BRAKENSIEK, n° 7 s.

<sup>2675</sup> BRAKENSIEK, n° 22 s.

<sup>2676</sup> À l'abolition de la féodalité, ce sera bien l'aristocratie qui sera perdante et les riches agriculteurs gagnants. Mais les conséquences sociales pour les plus pauvres furent aussi douloureusement ressenties : BRAKENSIEK, n° 25 s. et 28.

<sup>2677</sup> BRAKENSIEK, n° 1 et 34.

<sup>2678</sup> BRAKENSIEK, n° 36.

<sup>2679</sup> BRAKENSIEK, n° 17 ss.

Les biens communaux subsistants sont aujourd'hui devenus la propriété des communes, comme en France<sup>2680</sup>. SAVIGNY rattache d'ailleurs cette catégorie de maîtrise des biens au droit public<sup>2681</sup>. De la sorte, nous pouvons renvoyer à notre exposé du droit français<sup>2682</sup>.

## D. Synthèse

La politique choisie par les rédacteurs du BGB est donc celle d'une ligne claire, simple et cohérente: celle d'une approche subjective hégémonique appuyée sur une solide dogmatique mise en exergue par la doctrine allemande de l'École historique du droit.

Pour ne pas contredire l'approche subjective (comme cela se voit dans le code autrichien) et, dans le même temps, respecter l'intégrité du patrimoine de chacun, la solution consiste à reléguer au droit transitoire les institutions de l'ancien droit, incompatibles avec le nouveau, mais qui, en vertu de la garantie des droits acquis, ne disparaissent pas pour autant au moment de l'entrée en vigueur du code. Systématiquement, la solution est assez élégante puisqu'ainsi le BGB forme un tout cohérent et c'est la EGBGB seule qui contient encore des dispositions concernant les institutions abolies, ressortant à une approche objective du droit.

Pourtant, malgré la force de l'approche subjective individualiste, dont GIERKE souligne la contradiction avec la tradition communautaire allemande<sup>2683</sup>, les manifestations objectives peuvent encore se maintenir ci et là en tempérant ainsi la dogmatique du nouveau droit des biens: « *Wir haben gesehen, dass das gespaltene Eigentum mehr als ein Jahrtausend der deutschen Rechtsgeschichte geprägt hat; und zwei Jahrhunderte reichten nicht hin, das Sonderrecht am Benefizium vollständig zum Verschwinden zu bringen*<sup>2684</sup>. »

Les dispositions du BGB concernant le droit des biens correspondent dans les principes généraux et systématiques aux droits réels suisses dont elles influencent fortement la conception, ainsi que celle du droit transitoire.

<sup>2680</sup> ERNST, p. 59.

<sup>2681</sup> SAVIGNY, *System I*, p. 369 *a contrario*.

<sup>2682</sup> Cf. *supra* p. 300.

<sup>2683</sup> GIERKE n'est pas le premier à souligner la tradition communautaire germanique. Il est possible de trouver une réaction similaire chez THIBAUT (*Die Notwendigkeit*, p. 33) à propos du Code Napoléon: « *Unsre Deutschen Länder können allein durch einen lebhaften, inneren, wechselseitigen Verkehr ihren Wohlstand erhalten, und von dem schneidenden Volks-Egoismus, den der Französische Code ausspricht, darf bey uns durchaus nichts gehört werden.* »

<sup>2684</sup> DETER, p. 232.

## XVII. Synthèse générale de notre deuxième partie

Les transformations induites par les codifications sont remarquables et d'une importance systémique inédite pour le droit privé. Il s'agit de passer d'une approche objective du droit qui permet la division à l'infini des propriétés à une approche subjective, centrée sur le sujet de droit, qui impose les droits subjectifs en guise d'interface avec le monde extérieur par le prisme du premier pronom personnel qu'est devenu l'individu. L'essence même du droit est changée, la philosophie sous-jacente n'est plus celle de l'Ancien Régime et la structure même des règles s'en ressent.

D'abord, au plan formel, le processus de codification impose l'anéantissement complet de l'ensemble des anciennes sources du droit, rejetées en bloc pour imposer le code, seul. Ce mouvement autoritaire permet d'offrir aux législateurs une page blanche qui aménage l'espace nécessaire à asseoir l'approche subjective dans la conception même des normes, de leur style rédactionnel ou de l'agencement des matières.

Ensuite, au plan matériel, l'on a voulu introduire dans le droit positif les concepts doctrinaux et philosophiques de l'humanisme et du nominalisme, en conjuguant ces acquis avec le modèle romain de droit des biens<sup>2685</sup>. La notion de droit subjectif de propriété exclusive se retrouve dans tous les textes et l'on ne conçoit les *iura in res* plus qu'en tant que droits subjectifs *erga omnes*. L'étude des codifications française, autrichienne et allemande nous a ainsi résolument approché de la notion de propriété privée telle que nous l'avions définie en tant qu'hypothèse de travail et telle que nous la connaissons dans le Code civil suisse. De la même manière que dans ce dernier, la propriété est dans les trois ordres juridiques étudiés la clef de voûte du droit des biens dans son entier. Bien que de nombreuses exceptions pratiques existent, le champ d'application des droits réels est ramené aux seules choses corporelles, ce qui l'établit comme « *idée traditionnelle* » des droits romano-germaniques en opposition à l'immatérialité du droit des biens anglais<sup>2686</sup>. La subjectivisation du droit des biens répond également à un besoin économique de libéralisation de la circulation des terres, ce qui conduit à une emphase sur le pouvoir de disposition<sup>2687</sup>. Le *ius disponendi*, le pou-

---

<sup>2685</sup> COING, *Europäisches Privatrecht II*, p. 368 : « *Der Begriff des dinglichen Rechts, wie er im römischen Recht geprägt war, ist die Grundlage auch der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts geblieben.* »

<sup>2686</sup> EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 172 ; EMERICH, *Les biens et l'immatérialité*, p. 389 ; EMERICH, *Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ?*, p. 909.

<sup>2687</sup> C'est ce que GEISSMANN (p. 334) exprime lorsqu'il compare le premier projet de code civil pour le canton d'Argovie (encore ancré dans le passé) avec la mouture finalement retenue pour ce code : « *Tönte der alte Entwurf wenigstens noch in Grenzen die Möglichkeit eines statisch gedachten Eigentums an, ist diese Vorstellung endgültig passé und ersetzt durch die nunmehr einzig interessierende Funktion des Eigentums, die da heisst: Mobilisierung.* »

voir sur la matière, est devenu un principe cardinal du nouveau droit. Les avantages procurés par les diverses utilités de la chose ne sont accessibles que par la maîtrise de la chose elle-même. Pourtant, en parallèle, le droit anglais en est resté aux principes anciens, à tel point que les discussions, que l'on pourrait croire abandonnées aux ouvrages relatant les débats des assemblées révolutionnaires, sont reprises par Sir Gerald FITZMAURICE au sein de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2688</sup>.

La propriété moderne est ainsi une invention du XIX<sup>e</sup> siècle.

Le processus fut un large succès, mais l'étanchéité n'est pas parfaite. Pour des raisons fort différentes, tant dans le droit français (dans la pratique du droit), que dans le droit autrichien (dans la nouvelle législation mixte) ou encore dans le droit allemand (dans le droit transitoire), les occurrences de propriétés divisées se maintiennent au-delà de la codification.

Sans doute, la chronologie historique marque-t-elle également une chronologie qualitative. Alors que la France procède à une tentative ratée de s'affranchir du passé et que l'Autriche s'essaie à une synthèse boiteillante, l'Allemagne prend le temps de repenser son droit privé – la solution allemande apparaît comme étant la plus cohérente.

Les trois exemples choisis sont tout autant l'un que l'autre d'une grande inspiration pour les questions actuelles ressortant au droit suisse. Ils nous montrent en particulier qu'il faut allier dogmatisme et pragmatisme, si l'on souhaite obtenir un corps de règle cohérent, qui ne soit pas trop « corseté » pour s'adapter avec flexibilité à la réalité<sup>2689</sup> – ce qui était le grand avantage de l'ancien droit et demeure l'atout essentiel du droit anglais<sup>2690</sup>. C'est ainsi renforcé de la compréhension et de la connaissance des mécanismes liés à la codification du droit privé en Europe que nous pouvons aborder la troisième et ultime partie de notre étude.

<sup>2688</sup> Cf. *supra* p. 10 ss (notre chapitre sur le droit constitutionnel suisse).

<sup>2689</sup> « [Les législateurs des codifications jusnaturalistes] commencèrent en somme le travail par la fin, si bien que pendant des années ils durent revenir en arrière, réadapter et rapiécer leurs systèmes; la théorie en perdit sa belle rigueur géométrique, mais y gagna une forme compacte et relativement solide. » : CHAMOREL, p. VIII.

<sup>2690</sup> Ce qui fait écrire à VILLEY (*Pensée juridique moderne*, p. 476) que « [d]ans cet ordre com- mode et souple, la libre recherche du juriste pouvait encore s'exercer sur chaque chose et sur chaque cas. ».



Troisième  
partie

**Les propriétés divisées dans  
le droit positif suisse à la lumière  
de l'Histoire**





*« Deux grands systèmes opposés d'appropriation du sol se sont affrontés dans notre histoire. Notre droit des biens porte les traces de cet affrontement qui fut très lent et parfois violent et qui se poursuit encore aujourd'hui sous nos yeux. »*

PATAULT, p. 15.

## Préambule à la troisième partie

Ayant étudié les principaux systèmes de droit des biens qui ont pu exister et existent toujours en Europe occidentale, ainsi que leur transformation lors du processus de codification, il nous reste à examiner ces mêmes questions pour le droit suisse. Notre approche sera double. Elle consistera d'abord à retracer, comme nous l'avons fait dans notre partie précédente, l'évolution du droit suisse induite par le processus de codification du droit privé. Cette analyse nous montrera quels ont été les choix opérés, d'abord, par les législateurs cantonaux et, ensuite, par le législateur fédéral. Il en ressortira en particulier la conception du droit des biens adoptée par le Code civil suisse, qui sans surprise est celle d'un droit subjectif de propriété exclusive (XVIII).

Cela fait, nous pourrons alors étudier en détail comment le droit suisse appréhende les institutions juridiques issues d'ordres juridiques connaissant un système de droit des biens ne reposant pas sur les mêmes considérations. Le propos ne sera pas d'examiner avec exhaustivité l'ensemble des régimes juridiques envisageables, mais au contraire d'établir les modalités précises selon lesquelles les propriétés divisées doivent être correctement appréhendées, à l'appui de nos considérations historiques. Le premier exemple est celui du droit transitoire du Code civil suisse relatif aux propriétés divisées, ainsi que du sort réservé aux sociétés d'*Allmends* (XIX). Le second exemple est celui des *trusts* que le droit suisse reconnaît en tant que tel par son droit international privé (XX). Pour ce faire, nos analyses des grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne et celles des processus de codifications seront des appuis déterminants.

## XVIII. La notion de propriété du droit privé suisse

Inspirés par les codifications des autres États européens, les cantons suisses procèdent à la codification de leur droit privé tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce faisant, l'usage général consiste à se rattacher à l'une ou l'autre des diverses traditions juridiques que nous avons rencontrées dans notre deuxième partie. Comme le souligne CHAMOREL en 1944: « Remplacer un régime établi depuis cinq siècles et dont on discute

*aujourd'hui encore pour savoir s'il fonctionnait bien ou mal, pour en substituer un autre qu'on ne connaissait alors que par les vues plus ou moins précises de réformateurs sociaux, comme nous dirions aujourd'hui, n'était pas une tâche aisée. Les révolutionnaires français, et, après eux, les Suisses, qui cependant profitaient de leurs expériences, s'en rendirent cruellement compte<sup>2691</sup>.»*

Aussi, il ne découle de ces travaux aucune homogénéité et encore moins une uniformité. Les cantons proposent une myriade de solutions différentes, souvent opposées les unes aux autres. Il n'en demeure pas moins que l'esprit général de ces ordres juridiques tend à la subjectivisation du droit, selon les exemples de leurs plus influents voisins. Nous commencerons donc par dresser un portrait général de l'évolution du droit des biens dans les cantons suisses dès après la Révolution française (A).

De ce portrait, nous le constaterons aisément, aucune tendance claire ne se dégage encore quant au choix d'un système suisse de droit des biens. Seule la tâche ardue qui consiste à codifier le droit privé au niveau fédéral permet d'atteindre l'uniformité sur pratiquement toutes les questions. Le Code civil suisse est principalement le fruit du travail d'un seul homme, le bien connu Eugen HUBER<sup>2692</sup>. Son œuvre s'inspire clairement du modèle pandectiste du BGB et offre ainsi à la Suisse une approche juridique scientifique emprunte d'une très grande cohérence conceptuelle, quoique faisant également preuve du nécessaire pragmatisme inhérent à la synthèse des droits cantonaux (B).

## **A. Aperçu des différents choix opérés par les codifications cantonales suisses**

*«Les législations cantonales du XIX<sup>e</sup> siècle furent placées en face de cette grande œuvre : une refonte profonde du droit des choses<sup>2693</sup>.»* Cette phrase de HUBER résume bien les mouvements législatifs suisses qui s'inscrivent en réaction aux grandes codifications européennes. Il n'y eut aucun réel effort coordonné et, un peu de la même façon que nous avons décrite pour les États allemands, les cantons procédèrent à leurs travaux législatifs en ordre dispersé, sans concertation entre eux<sup>2694</sup>.

---

<sup>2691</sup> Chamorel, p. VIII.

<sup>2692</sup> Eugen HUBER (1849-1923), juriste suisse, professeur dans différentes universités au cours de sa carrière, sur mandat du Conseil fédéral, il est chargé du projet de Code civil suisse. Ses écrits en général, en particulier son ouvrage en quatre volumes intitulés *«System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes»*, font autorité parmi les auteurs de son époque et dans la perspective d'une analyse historique et téléologique des dispositions du Code civil suisse.

<sup>2693</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 3.

<sup>2694</sup> ROSSEL, p. IX.

Nous commencerons par examiner comment le mouvement d'abolition de la féodalité fut conduit en Suisse (1), avant de procéder à des observations d'ordre général sur les différentes approches choisies par les cantons (2). Cela fait, nous pourrions nous attacher à nos deux points d'intérêts, savoir la mise en exergue des systèmes de droit des biens adoptés (3), ainsi que l'examen du sort réservé aux institutions communautaires et médiévales (4).

### 1. L'abolition de la féodalité dans les cantons suisses

La République helvétique, après avoir proclamé le 12 avril 1798 à l'article 13 de sa constitution que «*la terre ne peut être grevée d'aucune charge, redevance ou servitude irrachetable*», abolit le 4 mai 1798 les «*droits féodaux personnels*»<sup>2695</sup>. Cependant en ce qui concerne les rentes foncières, il s'agit là d'une déclaration grandiloquente, similaire à son équivalent français de la nuit du 4 août 1789, qui n'est juridiquement point assez précise et politiquement une promesse vide de toute substance<sup>2696</sup>. Les débats entre parlementaires suisses sont eux pourtant nourris et peu avares de mots forts<sup>2697</sup>. Par le décret du 2 juin 1798, il est fait le même sort aux droits féodaux personnels précédemment convertis en droits réels<sup>2698</sup>.

Le droit de retrait féodal, ainsi que le droit de prélation (son équivalent sur les abergements), sont abolis le 31 août 1798<sup>2699</sup>. En effet, les corps législatifs «*[...] considérant, que la conservation du droit de retrait est contraire au § 13 de la Constitution et au nouvel ordre des choses;*» ordonne que «*le droit de retrait des bourgeois sur les habitans [Bürger-Zugrecht oder das Zugrecht zwischen Gemein(de)bürgern] est aboli, [...] tout droit de retrait féodal [Feudal- und Leben-Zugrecht] est aboli [et] le droit de retrait entre voisins [Zugrecht unter Anstößen] est aboli*<sup>2700</sup>.» En d'autres termes, l'on supprime les retraits féodaux, les retraits bénéficiant aux ayants-droits des diverses formes de communaux, ainsi que les droits de retrait entre titulaires de biens-fonds mitoyens<sup>2701</sup>. Le retrait lignager est maintenu par cette dernière loi, car il

<sup>2695</sup> Loi du 4 mai 1798 intitulée «*Abolition de tous les droits féodaux personnels*» (*Actensammlung I*, n° 92, p. 1229 s.; *Bulletin I*, p. 43). Voir BASTIAN, p. 91; CHAMOREL, p. 44. Avant cela, le canton du Léman établit le 21 avril 1798 déjà un arrêté sur les droits féodaux.

<sup>2696</sup> CHAMOREL (p. 44 s.) explique que les Conseils législatifs s'inspirent directement des théories révolutionnaires.

<sup>2697</sup> L'on trouvera leur relation dans les comptes rendus édités par Johannes STRICKLER, *Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803)*. Dix volumes, Berne 1886-1905. FLOUCK (p. 200 ss) reporte dans sa contribution plusieurs déclarations parlementaires.

<sup>2698</sup> Décret du 2 juin 1798 intitulé «*Interprétation de la loi du 4 mai qui abolit les droits féodaux personnels*» (*Actensammlung I*, n° 9, p. 89 s.; *Bulletin I*, p. 125 s.). CHAMOREL, p. 46.

<sup>2699</sup> Loi du 31 août 1798 intitulée «*sur les divers droits de retrait*» (*Actensammlung II*, n° 249, p. 1006 s.; *Bulletin I*, p. 347). CHAMOREL, p. 46 et 52.

<sup>2700</sup> Préambule et ch. 1, 3 et 4 de la loi du 31 août 1798 (*Actensammlung II*, n° 249, p. 1006 s.; *Bulletin I*, p. 347).

<sup>2701</sup> FRICK, p. 30.

protège la famille, à l'époque toujours au centre des préoccupations sociales. À contre-courant et pourtant dans le même acte (qui n'occupe pas une pleine page), les Conseils législatifs considèrent également « *que l'abolition illimitée de tout droit de retrait pourroit devenir dangereuse avant l'établissement d'une loi qui pare à ce danger*<sup>2702</sup> » et ordonnent que soit ajournée « [...] *l'abolition du retrait lignager [des Blut-Zug-rechtes], jusqu'à ce que la Commission présente un projet de Loi qui pare à tous les abus que pourroit occasionner cette abolition, après l'acceptation duquel l'abolition du retrait lignager pourra avoir lieu*<sup>2703</sup>. » Le retrait lignager est cependant aboli (sans rachat) le 20 juin 1800, en raison des désavantages qu'il impose à l'agriculture et de l'obstacle qu'il dresse à la pleine disposition de la propriété, ainsi que des avantages qu'il n'offre qu'au cercle restreint des familles titulaires de fiefs nobles<sup>2704</sup>.

Le décret du 10 novembre 1798, qui ne concerne que les dîmes et les cens (à l'exclusion des lods et des droits de parcours), montre que le seigneur est reconnu en qualité de « propriétaire »<sup>2705</sup>. En conséquence, cette législation prévoit que certaines suppressions de la position seigneuriale appellent une équitable indemnité, autrement dit un rachat<sup>2706</sup>. Ce dernier est donc prévu pour la grande dîme et les cens fonciers (sauf certaines catégories spéciales)<sup>2707</sup>. Les droits de parcours (« vraie propriété ») sont également décrétés rachetables par une loi du 4 avril 1800<sup>2708</sup>. Le droit de collature est aboli<sup>2709</sup>. Le droit de retrait féodal et le droit de prélation le sont également<sup>2710</sup>.

Comme en France, ces dispositions brouillonnes ne sont pas satisfaisantes et appellent de nombreuses précisions législatives, ainsi qu'un logique « mécontentement général »<sup>2711</sup>. La situation politique, pour diverses raisons, est chaotique et donne lieu à un coup d'état en août 1800. Le 15 septembre 1800 toutes les législations que nous venons d'évoquer sont ainsi suspendues, car tenues pour « anti-constitution-

---

<sup>2702</sup> Préambule de la loi du 31 août 1798 (*Actensammlung II*, n° 249, p. 1006 s.; *Bulletin I*, p. 347).

<sup>2703</sup> Chiffre 2 de la loi du 31 août 1798 (*Actensammlung II*, n° 249, p. 1006 s.; *Bulletin I*, p. 347).

<sup>2704</sup> « *Le droit de retrait lignager est dès à présent aboli dans toute l'Helvétie.* » : ch. 1 de la loi du 20 juin 1800 intitulée « *Abolition du droit de retrait-lignager* » (*Actensammlung V*, n° 480, p. 1229 s.; *Bulletin IV*, p. 88 s.). Le préambule de cette loi reprend les arguments politiques usuels contre les institutions teintées de féodalité : « *le principe du droit de retrait lignager ne reposait que sur la conservation et l'agrandissement des familles riches et puissantes, sans avoir pour but l'intérêt général de la société* » ; « *ce droit de retrait lignager allait même à démorceler les citoyens* » ; « *injuste en lui-même.* » Voir FRICK, p. 30; CHAMOREL, p. 52 s.

<sup>2705</sup> Décret du 10 novembre 1798 intitulé « *L'abolition des droits féodaux* » (*Actensammlung III*, n° 74, p. 430 ss; *Bulletin II*, p. 74 ss). Ce décret est complété par un arrêté exécutif du 22 novembre 1798. Voir CHAMOREL, p. 46 s.

<sup>2706</sup> CHAMOREL, p. 47 s.

<sup>2707</sup> FLOUCK, p. 205; CHAMOREL, p. 49 s.

<sup>2708</sup> Décret du 4 avril 1800 intitulé « *Rachat du droit de parcours* » (*Actensammlung I*, n° 74, p. 430 ss; *Bulletin III*, p. 573 ss). Voir CHAMOREL, p. 51.

<sup>2709</sup> Arrêté du 3 janvier 1799; Arrêté du 22 janvier 1800. Voir CHAMOREL, p. 51 ss.

<sup>2710</sup> Loi du 10 juin 1800; Décret du 25 juillet 1800.

<sup>2711</sup> CHAMOREL, p. 50 s.

nelles»<sup>2712</sup>. Le cens continue à être dû<sup>2713</sup>. Des lois des 31 janvier et 9 juin 1801 ré-introduisent les rachats des cens, respectivement de la dîme<sup>2714</sup>, et une loi du 10 juillet 1801 abolit les retraits sous toutes leurs formes<sup>2715</sup>.

Mais la situation sociale et politique ne s'améliore pas, les constitutions de 1801 n'arrangent rien et n'apportent aucune nouveauté en notre matière<sup>2716</sup>. Les dîmes et cens pèsent toujours sur les paysans<sup>2717</sup>. Dans le canton de Vaud, plusieurs milliers de paysans se révoltent dans la nuit du 19 au 20 février 1802 en brûlant d'abord les titres féodaux conservés au château de la Sarraz, puis les archives de la Ville de Morges et ensuite, en de nombreux lieux, tous les documents dont ils parviennent à s'emparer. Cet épisode reste connu comme la révolte des «*Bourla-Papey*» («*Brûle-Papiers*» en patois vaudois)<sup>2718</sup>. Cette révolte retentit au niveau suisse, mais se retourne contre ses protagonistes par un assouplissement important des règles régissant les titres et l'administration des preuves requises des seigneurs quelques mois plus tard<sup>2719</sup>.

Le parallèle avec l'histoire française est frappant: «*Ainsi, bien que profitant de l'expérience française, l'autorité législative passe par les mêmes avatars, car il y a à la base une expérience sociale à faire et à mener au résultat; les mêmes réactions aboutissent aux mêmes incertitudes*»<sup>2720</sup>. Face aux difficultés et à la diversité des situations régionales, par un décret du 8 septembre 1802 l'abolition de la féodalité est laissée à la compétence des cantons, tout en leur donnant certaines directives générales<sup>2721</sup>. Dès lors les rachats doivent être effectués par les autorités cantonales conformément à la

<sup>2712</sup> Loi du 15 septembre 1800 intitulée «*Exécution de la Loi du 10 Novembre 1798, sur l'abolition des droits appelés féodaux est suspendue*» (*Actensammlung VI*, n° 57, p. 153 s.; *Bulletin IV*, p. 46 s.). Voir FLOUCK, p. 205; CHAMOREL, p. 53 s.

<sup>2713</sup> BASTIAN, p. 94; CHAMOREL, p. 54.

<sup>2714</sup> Loi du 31 janvier 1801 intitulée «*Mode du rachat des censés*» (*Bulletin IV*, p. 219 s.). Loi du 9 juin 1801 intitulée «*Sur le rachat des dixmes et l'acquittement de celles-ci pour l'an 1801*» (*Bulletin IV*, p. 406 s.).

<sup>2715</sup> Loi du 10 juillet 1801 intitulée «*Abolition de toutes espèces de droits de retrait*» (*Bulletin IV*, p. 459 s.). Voir FLOUCK, p. 207; FRICK, p. 30; CHAMOREL, p. 55 s.

<sup>2716</sup> CHAMOREL, p. 56 ss.

<sup>2717</sup> FLOUCK, p. 207.

<sup>2718</sup> FLOUCK, p. 207; CHAMOREL, p. 58. Voir aussi BASTIAN, p. 96. Ces événements inspirèrent le roman *La Guerre aux papiers* de Charles-Ferdinand RAMUZ, paru en 1942. D'ailleurs, sur le campus de Dorigny de l'Université de Lausanne, tout proche du bâtiment principal de notre École de droit, une stèle rappelle ces événements.

<sup>2719</sup> Loi du 21 mai 1802. Voir FLOUCK, p. 207; CHAMOREL, p. 59. Voir aussi BASTIAN, p. 96.

<sup>2720</sup> CHAMOREL, p. 54 s. Voir aussi BASTIAN, p. 93.

<sup>2721</sup> Ch. 1 ss du décret du 8 septembre 1802 intitulé «*Liquidation des Dixmes et Censés*» (*Bulletin VI*, p. 260 ss). Notons que ce décret est de manière erronée daté du 7 septembre 1802 dans le *Bulletin VI*; une correction manuscrite en corrige la date dans l'exemplaire de la bibliothèque cantonale et universitaire vaudoise (pour l'anecdote, cette correction est sans doute ultérieure aux recherches de CHAMOREL, qui avance lui la date du 7 septembre). Voir FLOUCK, p. 207; CHAMOREL, p. 59 s.

loi du 31 janvier 1801 pour les cens et à la valeur de vingt fois la valeur du produit annuel pour les dîmes<sup>2722</sup>. Pour le canton de Vaud, ce décret du 8 septembre 1802 est cependant annulé quinze jours plus tard<sup>2723</sup>. Malgré une volonté de grande rapidité<sup>2724</sup>, le mouvement de liquidation ne commencera ainsi véritablement qu'après l'Acte de médiation de 1803 qui rend aux cantons leur souveraineté<sup>2725</sup>.

Il s'en suit ainsi une liquidation des charges féodales canton par canton tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, que seule la codification fédérale de 1912 achèvera complètement<sup>2726</sup>. Notons que dans le décret du 8 septembre 1802, le Sénat écrit que «[...] *les dixmes et censes appartenant à l'État, ont été abandonnées aux cantons pour subvenir à l'entretien du culte et de ses ministres, et qu'ainsi il ne peut plus y avoir de liquidation générale*<sup>2727</sup>.» Celle du canton de Vaud est achevée en 1821 et coïncide avec l'entrée en vigueur de son Code civil, ce qui est particulièrement rapide<sup>2728</sup>. En Thurgovie, par exemple, le principe du rachat des charges féodales est inscrit à l'article 24 de la constitution de 1804 déjà, mais le processus n'est pas encore complètement achevé en 1912: les droits de vaine pâture («*Weidrechte auf Gemeinde- und auf Partikulargütern*») sont attribués aux patrimoines communaux en 1847 et les prétentions féodales («*Berechtigungen feudaler Natur herrührenden Ansprüche*») converties en simples créances en 1880, mais certains anciens droits de superficie forestière («*Waldsuperficien*») sont restreints par une loi de 1907, sans être abolis<sup>2729</sup>. Si la Révolution française donne la première impulsion, d'autres mouvements sociaux sont nécessaires pour définitivement modifier la donne. L'année 1848 – qui ébranle toute la société européenne – sera la seconde impulsion significative. Cette même année, le canton de Neuchâtel abolit les redevances foncières par l'art. 16 de sa constitution<sup>2730</sup>.

Ballotée par les événements et sans véritable pouvoir centralisé, la Suisse ne parvient pas à capitaliser sur les expériences de ces voisins européens. «[...] *la révolution*

---

<sup>2722</sup> Ch. 2 et 3 du décret du 8 septembre 1802 intitulé «*Liquidation des Dixmes et Censes*» (*Bulletin VI*, p. 260 ss). Voir CHAMOREL, p. 60 s.

<sup>2723</sup> Décret du 22 septembre 1802 intitulé «*Rapportant [entendez «annulant»] le décret du 8 Septembre, sur la liquidation des dîmes et censes*» (*Bulletin VI*, p. 277 s.). Voir CHAMOREL, p. 59 s.

<sup>2724</sup> Ch. 10 et 11 du décret du 8 septembre 1802 intitulé «*Liquidation des Dixmes et Censes*» (*Bulletin VI*, p. 260 ss): «*Les autorités cantonales futures [...] détermineront un mode de rachat uniforme pour tous les décimables de leur canton; ces projets seront soumis à l'examen et à la sanction du Sénat avant le premier Janvier 1803. Cette sanction obtenue, les autorités cantonales procéderont de suite et effectueront la liquidation d'après les bases prescrites. [...]*»

<sup>2725</sup> BASTIAN, p. 96 s.; FLOUCK, p. 207.

<sup>2726</sup> Dans le même sens, BASTIAN, p. 97.

<sup>2727</sup> Préambule du décret du 8 septembre 1802 intitulé «*Liquidation des Dixmes et Censes*» (*Bulletin VI*, p. 260 ss).

<sup>2728</sup> CHAMOREL, p. 79, 159 et 161.

<sup>2729</sup> KUNDERT, *Thurgau*, p. 28 s., 34 s. et 40.

<sup>2730</sup> JACOTTET, *Le droit civil neuchâtelois*, p. 383, 385 et 387.

*changea le droit historique contre un droit philosophique basé sur la nature de l'homme et où une démocratie représentative remplaça le patriciat des villes et les anciennes landsgemeindes des cantons démocratiques. Cela fût dur, cruel même et injuste dans l'exécution, [...]»<sup>2731</sup>.*

Avec une Europe quelque peu pacifiée après la première épopée napoléonienne et l'initiative législative à nouveau mise entre les mains des cantons, la traduction des courants de pensée juridique des États voisins dans des codifications cantonales devient possible.

## 2. Les différentes influences juridiques reçues par les cantons suisses

§ 1. C'est donc dans le prolongement du mouvement qui emporte ses imposants voisins européens que les cantons modifient leurs droits. Concrètement en notre matière, «[e]n théorie, le régime de la propriété foncière passe de la simple tenure, consentie par le souverain temporel, à la petite propriété individuelle, déclarée <droit absolu>, protégé par l'État<sup>2732</sup>.» Cependant, tout cela ne se fait ni de manière concertée, ni sur la base des mêmes fondements.

En observant le contenu des constitutions cantonales déjà, il est possible de distinguer entre les conceptions qui se rattachent à celles de l'Ancien Régime – à l'instar de ce que nous avons pu dire sur l'ABGB – et celles qui embrassent les concepts révolutionnaires cristallisés dans la Déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen<sup>2733</sup>. Puis, si nous descendons vers le droit ordinaire, un même constat peut être fait. Il faut dire que les codifications cantonales, ainsi que leurs travaux préparatoires, couvrent toutes les décennies du XIX<sup>e</sup> siècle – c'est dire les différences qu'il peut en découler.

Rien d'étonnant donc à ce que les codifications cantonales puissent être classifiées en fonction de leurs affinités avec les grands codes européens. À cet égard, la doctrine distingue de manière désormais classique quatre grandes «familles»<sup>2734</sup>.

<sup>2731</sup> CARRARD, p. 145 (qui se rapporte au descriptif de J.-J. BLUMER).

<sup>2732</sup> CHAMOREL, p. 161.

<sup>2733</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 874.

<sup>2734</sup> Ces catégories – que l'on retrouve dans l'ensemble de la doctrine romande et alémanique déjà bien avant que HUBER n'en fasse la synthèse définitive à la toute fin du XIX<sup>e</sup> siècle (par exemple en 1873 chez CARRARD, p. 141) – ne prêtent pas à discussion, mais ne doivent pas être prises comme étant particulièrement rigides. En ce sens, notamment, MARTIN, p. 875; CARRARD, p. 141 et 143. Le lecteur trouvera dans l'ouvrage en quatre volumes d'Anthoine DE SAINT-POTHIER et de son fils l'intégralité des textes législatifs de droit privé (qui se rapportent aux matières du Code Napoléon) des cantons suisses disponibles en 1856. Comme l'indique POUURET (*Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 41), l'ouvrage est «ancien, mais irremplaçable.»

§ 2. Dans l'ordre graduel de l'évolution de la science juridique, il nous faut commencer par mentionner les cantons qui ne procèdent pas à une codification moderne (transversale) de leur droit privé et en restent à un ordre juridique fondé sur le droit commun et la coutume. Il s'agit des cantons de Saint-Gall<sup>2735</sup>, Thurgovie<sup>2736</sup>, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald<sup>2737</sup>, ainsi que des deux Appenzell<sup>2738</sup> et des deux Bâle<sup>2739, 2740</sup>. Ces ordres juridiques ne connaissent ainsi pas de codification du droit des biens avant le Code civil fédéral de 1907<sup>2741</sup>. Ils en restent au droit coutumier de l'Ancien Régime. Cette absence de codification n'empêche pas ces cantons de procéder à la liquidation

---

<sup>2735</sup> Une fois les tensions religieuses internes finalement apaisées, le retard pris dans les tentatives successives de codification rend l'achèvement des travaux sans objet en raison de la codification fédérale. Voir, à ce propos, HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 200. Voir, sur les lois civiles *ad hoc* existantes, leur recueil (traduit en français): DE SAINT-JOSEPH, *Concordance IV*, p. XX. Voir aussi DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1959 s.

<sup>2736</sup> Les travaux de codifications furent entamés, mais n'aboutirent jamais véritablement, hormis pour le droit des personnes et de la famille qui consiste en une reprise du code zurichois (ce qui conduit certains auteurs à rattacher la Thurgovie au groupe pandectiste: DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1951). Ce dernier prend néanmoins assez largement valeur de droit supplétif. Quelques lois *ad hoc* portent néanmoins sur le droit des biens: l'introduction de nouvelles exigences formelles et matérielles relatives aux mutations foncières, en particulier la mise en place d'un registre foncier ayant un effet de publicité, ainsi que des réglementations concernant les gages, les règles de voisinage, les cours d'eau et le droit agricole. Voir DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1952; KUNDERT, *Thurgau*, p. 29 ss et 35 ss et 40; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 197.

<sup>2737</sup> Bien que le canton de Nidwald ait élaboré un projet de codification du droit des biens, celui-ci n'aboutit pas. Ce projet, rédigé par Karl DESCHWANDEN, a l'originalité de ne pas donner de définition générale de la propriété et de se limiter à une description du contenu des prérogatives du propriétaire foncier à la manière de BLUNTSCHLI. Pour le surplus, les notions sont résolument modernes et le projet aurait introduit à Nidwald la notion de droit subjectif de propriété exclusive, inconnue du droit cantonal; ZELGER (p. 101) cite à cet égard un arrêt cantonal du 14 janvier 1643 qui illustre les anciennes notions. Voir DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1952; ZELGER, p. 97 ss; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 197.

<sup>2738</sup> Les organes législatifs d'Appenzell Rhodes-Extérieures refusent le principe de la codification de leur droit. Voir HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 198 s. Pour le surplus, un recueil de 1844 réunit différentes lois civiles *ad hoc* de cette région, mais ne concerne pas directement notre matière et ne forme pas un code à proprement parler: *Landbuch der äussern Rhoden des Kantons Appenzell*, Trogen 1844. L'on trouvera sa version française traduite par DE SAINT-JOSEPH, *Concordance III*, p. 536 ss. Voir en outre ZUERCHER, p. 86 ss (qui explique que le *Landrecht* de 1409 est resté applicable jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle).

<sup>2739</sup> Les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne ne procèdent à la rédaction de dispositions légales isolées qu'en matière de droit matrimonial et des successions. Voir DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1959 (pour Bâle-Ville); HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 198; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance III*, p. 535; CARRARD, p. 140; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance IV*, p. 1 ss.

<sup>2740</sup> Aucun processus de codification du droit privé – même partiel ou avorté – n'a lieu dans les cantons de Uri, Schwyz, Obwald et Appenzell Rhodes-Intérieures. Voir HOLTHOEFER, p. 1859; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 198; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance III*, p. 535.

<sup>2741</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 4 s.; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 197 ss.



des institutions féodales par le moyen de lois spéciales, comme y procéda la France, nous l'avons vu. Hormis cela, ces cantons n'ont pas d'autre caractéristique commune particulière.

§ 3. Aussi, le premier véritable groupe juridique d'une certaine cohérence est le «groupe français», sous l'influence du Code Napoléon<sup>2742</sup>. Il se compose des cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, du Valais et du Tessin, ainsi que du territoire de l'ancien Évêché de Bâle couvrant la région jurassienne (formant de nos jours le canton du Jura et le Jura bernois)<sup>2743</sup>. Pour la suite de notre développement, il peut être facilement fait abstraction des cantons ayant simplement reçu directement le Code Napoléon – dans la mesure où il suffit pour ceux-là de renvoyer à ce qui a déjà été dit plus haut. Il s'agit de la République de Genève et du territoire de ce que l'on nommait alors le Jura bernois<sup>2744</sup>. Ces territoires, annexés à la France impériale, sont inclus dans le champ d'application spatial du Code Napoléon. L'Empire disparu, cette législation s'y maintient – par des voies différentes – jusqu'au Code civil fédéral<sup>2745</sup>.

Bien que le procédé soit laborieux, les cantons de Vaud et de Fribourg procèdent assez rapidement à la codification de leur droit privé en s'inspirant directement du Code Napoléon: le Code civil vaudois est promulgué le 1<sup>er</sup> juillet 1821 et les livres du Code

<sup>2742</sup> Dont il ne faut néanmoins pas surestimer l'homogénéité: POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 61.

<sup>2743</sup> WINIGER, p. 471; POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 42; HOLT-HOEFER, p. 1859; SULSER, p. 172; MARTIN, p. 875 s.; HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 5.

<sup>2744</sup> Ce territoire correspond alors à la partie de l'ancien Évêché de Bâle cédé au canton de Berne à l'issue du Congrès de Vienne en 1815. Voir DUFUR, *Droit genevois*, p. 22; MARTIN, p. 879; ROSSEL, p. X s.; FLAMMER, p. 44 ss.

<sup>2745</sup> DUFUR, *Droit genevois*, p. 20 et 25 s.; POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 42; HOLTHOEFER, p. 1859, 1862 ss et 1866 ss; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 187 s.; CARRARD, p. 141; ROSSEL, p. X s.; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance IV*, p. 30. Il ne faut à peine nuancer le propos. Pour le Jura, car l'on y applique en matière de mariage le droit codifié bernois, sans pour le surplus modifier le code. Pour le canton de Genève, car des nouvelles font évoluer le code (en particulier en matière de publicité des mutations foncières). Cela n'impacte toutefois pas directement notre matière. Voir DUFUR, *Droit genevois*, p. 26 ss et 43 (à propos du droit genevois, «[...] dans chaque cas la loi [matrimoniale] votée et promulguée par le législateur genevois vient s'insérer dans le corps des dispositions du Code Napoléon sans en abroger formellement aucune.[...] Il n'en va pas très différemment de l'ample révision du régime des droits réels qui s'opère elle aussi, nous venons de le voir, par simple adjonction ou par complément [...]»); MARTIN, p. 875 et 882 ss; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 188; FLAMMER, p. 51 ss. Une relation détaillée de l'histoire du Code Napoléon à Genève peut être trouvée dans DUFUR, *Droit genevois*, p. 26 ss et 31 ss. L'on trouve également quelques pages sur ce canton et le territoire du Jura bernois dans POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 42 ss et 45 ss. Par ailleurs, il est intéressant de noter que pour l'un et l'autre, lorsque le Code civil suisse renvoie à l'usage local (art. 5 al. 2 CC), le Code Napoléon trouve application (POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 48).

civil fribourgeois le sont entre 1834 et 1849 (le second livre sur les «Biens» entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1837)<sup>2746</sup>. Les cantons de Neuchâtel et du Valais y procèdent, après une certaine retenue, également sous l'influence du modèle français: le Code civil neuchâtelois date de 1854-1855 (orienté vers la modernité et très proche du modèle français, avec quelques modifications) et le Code civil valaisan entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1855 (qui maintient matériellement des pans importants de l'ancien droit, fort estimé, tout en adoptant la systématique du Code Napoléon)<sup>2747</sup>. Toujours sous l'égide du modèle français, parfois simplement traduit, le canton du Tessin fait paraître en 1838 son Code civil, lequel sera augmenté au fil du temps par l'ajout de certaines matières omises (par exemple, en droit des biens, des règles relatives aux hypothèques)<sup>2748</sup>. Puis, en 1882, un nouveau code tessinois est promulgué pour prendre en compte les premières lois fédérales de droit civil<sup>2749</sup>. Ajoutons, que les codes fribourgeois et valaisan paraissent certes en langues française et allemande, mais cette dernière consiste en la traduction de celle-là<sup>2750</sup>.

Notons bien enfin que, tout en suivant le modèle du Code Napoléon, les cantons de Fribourg et du Tessin, font des emprunts visibles à l'ABGB, ce qui les distingue quelque peu des autres cantons de ce groupe<sup>2751</sup>. Par ailleurs, le Tessin est surtout influencé par le droit codifié du Piémont-Sardaigne – dont les travaux législatifs sont temporellement parallèles aux siens, si bien que l'influence française qu'il est possible de discerner dans le droit tessinois est en réalité indirecte, car transmise par l'intermédiaire du droit de Piémont-Sardaigne.

§ 4. Le deuxième groupe s'inspire lui de l'ABGB. Les cantons de Berne, Soleure, Argovie et Lucerne forment ainsi le «groupe autrichien»<sup>2752</sup>. La codification bernoise de 1825 est principalement l'œuvre de Samuel Ludwig SCHNELL qui s'appuie fortement sur la codification autrichienne – laquelle influence la systématique de l'ensem-

---

<sup>2746</sup> DUFOUR, *Droit genevois*, p. 24; POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 51 et 55; HOLTHOEFER, p. 1871 ss et 1901 ss; DE WECK, p. 257 ss; MARTIN, p. 892 s.; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 188 s.; ROSSEL, p. XI et XIII; BIPPET, p. 7 ss; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance IV*, p. 37; SECRETAN CH., *Remarques*, p. XIII s. L'influence du Code Napoléon sur le code fribourgeois est partiellement acquise par l'intermédiaire du code vaudois (POURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 55).

<sup>2747</sup> DUFOUR, *Droit genevois*, p. 24 s.; POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 58 et 61; AUGSBURGER-BUCHELI, p. 45 ss et 57 ss; HOLTHOEFER, p. 1882 s. et 1889 ss; MARTIN, p. 893 s.; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 189 s.; ROSSEL, p. XI s.; CROPT, *Théorie du Code civil du Valais*, p. III ss; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance IV*, p. 321.

<sup>2748</sup> HOLTHOEFER, p. 1916 ss; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 189; ROSSEL, p. XII.

<sup>2749</sup> HOLTHOEFER, p. 1921; ROSSEL, p. XII.

<sup>2750</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 189 et 190.

<sup>2751</sup> HOLTHOEFER, p. 1860 s.; HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 7; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 189; ROSSEL, p. XI s.

<sup>2752</sup> WINIGER, p. 471; HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 5.

ble de son œuvre<sup>2753</sup>. Il reste cependant fidèle à l'ancien droit bernois en matière de droit des biens<sup>2754</sup>.

Puis, le canton de Lucerne procède à la codification de son droit entre 1831 et 1839 en reprenant pratiquement mot à mot le code bernois, sur lequel son rédacteur, Casimir PFYFFER VON ALTISHOFEN, s'appuie fortement<sup>2755</sup>. La codification du canton de Soleure est également influencée par le modèle bernois, mais son rédacteur n'hésite pas à s'en écarter là où il le juge nécessaire, notamment en s'inspirant du droit français ou en procédant de manière neuve. Le droit des biens est ainsi particulièrement original, spécialement par l'organisation de la publicité dans un «registre foncier»<sup>2756</sup>, ainsi que la prise en compte des besoins et caractéristiques du monde agricole – chers au rédacteur du premier code soleurois, Johann Baptist REINERT<sup>2757</sup>. Le premier code soleurois est adopté entre 1841 et 1847 (le droit des biens entre en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1846), puis vient une révision complète du code, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1891<sup>2758</sup>.

De son côté, le canton d'Argovie codifie son droit entre 1848 et 1856<sup>2759</sup>. La systématique de ce code est celle des pandectes, mais la formulation reste proche du code bernois<sup>2760</sup>. Il emprunte également au Code Napoléon<sup>2761</sup>.

Les rédacteurs de ce groupe ont pour point commun de vouloir atteindre à leur échelle une certaine unité de la science juridique que le canton de Berne représente notamment par la bien connue revue de la Société des juristes bernois<sup>2762</sup>.

<sup>2753</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 191. Voir DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1925 ss.

<sup>2754</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 191.

<sup>2755</sup> En sus, il s'inspire également des droits autrichien, français et, plus rarement, prussien. Trop brève, la partie consacrée aux gages fait preuve pour sa part d'une certaine indépendance. Voir DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1933 s.; SCHMID A., *Luzern*, p. 77, 79 et 81; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 191; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance IV*, p. 211.

<sup>2756</sup> WALLISER, p. 515 ss; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 191 s.

<sup>2757</sup> Ainsi, par exemple, le principe de l'accession trouve-t-il application pour ce qui se rattache à la terre et ce qui y est enterré. Dans le même esprit, les conduites d'eau et canaux font partie du fond qui en profite (§ 658 CC-SO), les fruits naturels demeurent l'accessoire du fond tant qu'ils ne sont pas séparés (§ 661 CC-SO) et la division du sol (*Bodenparzellierung*) est interdite. Voir WALLISER, p. 509. Voir aussi DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1934 s.

<sup>2758</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1935.

<sup>2759</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1935 s.; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 192; DE SAINT-JOSEPH, *Concordance III*, p. 550.

<sup>2760</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 193.

<sup>2761</sup> Notamment en matière de droits réels: DE SAINT-JOSEPH, *Concordance III*, p. 550 et 563.

<sup>2762</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 193. Revue qui se présente en 2021 encore comme le mensuel «le plus important de Suisse».

§ 5. L'influence juridique du canton de Berne ne s'étend toutefois pas aux autres cantons alémaniques<sup>2763</sup>. Les membres du troisième groupe reprennent en effet l'exemple zurichois dont le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* est le premier qui possède une certaine indépendance vis-à-vis de ses modèles, tout en se rattachant clairement à l'École des pandectes<sup>2764</sup>. Cela en fait le modèle cantonal de codification le plus moderne.

KELLER et BLUNTSCHLI (que nous avons eu l'occasion de citer lorsque nous traitons du BGB) sont les principaux porteurs de la pensée de l'École historique du droit en Suisse<sup>2765</sup>. Le premier est professeur et président du *Obergericht* zurichois, le second est un spécialiste de l'histoire juridique de son canton<sup>2766</sup>. Tous deux – et en particulier BLUNTSCHLI qui rapidement remplace KELLER en qualité de rédacteur du code zurichois – s'appuient sur la science juridique allemande<sup>2767</sup>. Le Code zurichois est achevé entre 1853 et 1856<sup>2768</sup>.

Forment ainsi le « groupe pandectiste », en sus de Zurich, les cantons de Schaffhouse, Zoug, Glaris et des Grisons<sup>2769</sup>. Le code schaffhousois (1864 et 1865) est une fidèle copie de l'exemple zurichois<sup>2770</sup>. Le rédacteur du code des Grisons (1862), Peter Conradin PLANTA, reprend l'exemple zurichois – « l'améliore » selon CARRARD<sup>2771</sup> – tout en empruntant parfois au droit français et plus rarement au droit autrichien<sup>2772</sup>. La codification de Glaris du droit des biens (1869) suit de manière abrégée le droit zurichois tout en y ajoutant un certain nombre de dispositions originales ou en s'appuyant sur le code bernois pour les règles concernant les servitudes<sup>2773</sup>.

---

<sup>2763</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 193.

<sup>2764</sup> WINIGER, p. 471; HUBER, *System IV*, p. 194.

<sup>2765</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 193 s.

<sup>2766</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 194.

<sup>2767</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 194. Notons, en passant, que le commentaire du code zurichois de BLUNTSCHLI en plusieurs volumes représente la première édition d'un tel ouvrage par la maison Schulthess qui édite de nos jours le *Zürcher Kommentar*.

<sup>2768</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1939 ss; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 194.

<sup>2769</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1951; WINIGER, p. 471; HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 5.

<sup>2770</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1951 s. (« fast wörtlich »); HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 7; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 195.

<sup>2771</sup> CARRARD, p. 136.

<sup>2772</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1954; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 195.

<sup>2773</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1953 s.; ZWEIFEL, p. 39 ss et 58; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 196; HUBER, *System und Geschichte III*, p. 338.

Si la codification du droit des personnes et de la famille (1861) du canton de Zoug est reprise du droit zurichois, le droit des biens (1874) en est indépendant et s'inspire plutôt des droits grisons et lucernois<sup>2774</sup>.

§ 6. En définitive, nous pouvons distinguer d'un point de vue temporel entre une première vague de codifications jusnaturalistes d'inspiration française et autrichienne allant de 1819 (Vaud) à 1855 (Neuchâtel), puis une seconde vague plus moderne, d'inspiration pandectiste, allant de 1854 (Zurich) à 1874 (Zoug). Ces considérations générales et systématiques nous permettent à présent d'examiner les détails de la législation.

### 3. La reprise de la notion de propriété exclusive dans les codes cantonaux

Afin de donner une vision aussi cohérente que possible de l'état du droit des biens dans les cantons suisses, nous nous proposons effectivement d'exposer les choix effectués par ces cantons, groupe par groupe et en fonction de leur degré de proximité avec le modèle auquel ils se rattachent. Comme précédemment, nous nous limitons – autant que possible – aux questions touchant à notre étude.

§ 1. *Le groupe français.* Si dans la plupart des cantons du groupe français le régime de publicité des droits réels et celui des hypothèques s'écartent du Code Napoléon en ordre dispersé<sup>2775</sup>, la définition du droit de propriété est elle particulièrement homogène. Il est ainsi possible de lire dans les codes vaudois, valaisan et neuchâtelois cette même définition: «*La propriété est 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 réglemens*<sup>2776</sup>.» Le texte de l'article 178 du Code civil tessinois de 1837 constitue la traduction de la même formule: «*Il dominio è il diritto di godere esclusivamente e disporre delle cose a piacimento, in qualunque modo dalla legge non vietato*<sup>2777</sup>.» L'article 464 du Code civil fribourgeois procède de même en inversant néanmoins deux termes, ce qui reste sans conséquence matérielle: «*La propriété est le droit de disposer et de jouir des choses de la manière la plus absolue, [...]*»

<sup>2774</sup> DOELEMAYER, *Deutschsprachige Kantone*, p. 1953; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 196.

<sup>2775</sup> Cela se remarque aisément à la lecture de POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon*, p. 41 ss. L'emphase de cet auteur à relever les différences en ces domaines est en partie due à l'importance historique de ces questions (en particulier dans le canton de Genève), mais aussi aux thèses de doctorat sur ces thématiques récemment parues lors de l'écriture de cette contribution (*Les limites de l'influence du Code Napoléon*, n° 2 s., p. 42).

<sup>2776</sup> Art. 345 CC-VD; art. 380 CC-VS; art. 392 CC-NE.

<sup>2777</sup> DE SAINT-JOSEPH (*Concordance IV*, p. 284) s'abstient d'ailleurs de reproduire cet article et indique simplement: «Comme 544, C. N.»

Cette définition correspond textuellement, nous nous le rappelons, à celle figurant à l'art. 544 du Code Napoléon<sup>2778</sup>. En outre, si l'on consulte les écrits des rédacteurs, les explications trouvées, leur rattachement au droit français et les citations du Digeste, il ne peut y avoir de doute quant à la nature subjective et exclusive du droit de propriété<sup>2779</sup>. La reprise du droit français est ainsi non seulement formelle, mais également matérielle, c'est-à-dire intégrale sur ce point<sup>2780</sup>. Nous pouvons renvoyer à ce que nous avons dit à ce propos plus haut<sup>2781</sup>.

Il nous faut néanmoins préciser qu'au fil du XIX<sup>e</sup> siècle, la dimension absolutiste du droit de propriété est tempérée par les considérations sociales. Ainsi, est-il possible de lire chez FLAMMER : « *La propriété est limitée par les nécessités mêmes du milieu où elle s'exerce. Car l'homme ne vit pas isolé, et la société dans laquelle se manifeste son activité, est un fait humain qui le domine toujours, en même temps qu'il le protège*<sup>2782</sup>. »

Rapportons encore, au rang des critiques, ce passage de SECRETAN : « *Du reste on a critiqué cette définition de la propriété parce qu'elle ne fait pas connaître ce que le propriétaire peut faire*<sup>2783</sup>. »

§ 2. *Le groupe autrichien.* L'article 377 du Code civil bernois énonce : « *Das Eigenthumsrecht besteht in der Befugniss, unter den gesetzlichen Bedingungen über die Substanz und die Nutzungen einer Sache willkürlich und ausschliessend zu verfügen.* » Très proche formellement et matériellement identique<sup>2784</sup>, le paragraphe 240 du Code civil lucernois énonce pour sa part : « *Das Eigenthumsrecht besteht in der Befugniss über die Substanz und die Nutzungen einer Sache willkürlich und ausschliessend zu schalten und zu walten, so lange man nur keine durch Gesetze untersagte Verfügung darüber trifft.* » De même, le paragraphe 452 du Code civil argovien énonce : « *Das Eigenthumsrecht ist die Befugniss, über eine Sache ausschliessend zu verfügen. Die*

---

<sup>2778</sup> Voir ainsi le tableau synoptique établi par DE SAINT-JOSEPH, *Concordance I*, p. 49, et celui de AUGSBURGER-BUCHELI, p. 87 s.

<sup>2779</sup> Voir, ainsi, JACOTTET, *Le droit civil neuchâtelois*, p. 382 ss et 387 ss; CROPT, *Théorie du Code civil du Valais*, p. 335 ss; SECRETAN CH., *Remarques*, p. 143 ad art. 345 CC-VD.

<sup>2780</sup> BIPPERT, p. 63 (« [La commission du Grand Conseil] fait remarquer à cette autorité, que le coutumier se tait sur la distinction des biens, sur les droits de propriété et d'accession, sur l'usufruit; que sur les services fonciers le coutumier ne renferme que deux lois insuffisantes; que le projet est destiné à compléter notre législation, et que, moyennant quelques modifications, le Grand Conseil pourra l'adopter. La commission constate, d'ailleurs que, à peu de chose près, le projet est tiré du Code français, et qu'elle en a admiré l'ordre, la précision et la clarté. »). Nulle part dans les débats parlementaires vaudois n'est-il possible de trouver une discussion quant à la notion de propriété.

<sup>2781</sup> Dans le même sens, ROSSEL, note n° 1, p. 131.

<sup>2782</sup> FLAMMER, p. 125 s. Propos également rapportés par WINIGER, p. 472.

<sup>2783</sup> SECRETAN CH., *Remarques*, p. 143 ad art. 345 CC-VD.

<sup>2784</sup> SCHMID A., *Luzern*, p. 78.

*Sache, als Gegenstand eines solchen Rechts betrachtet, heisst Eigenthum.*» Plus subjectif encore, l'article 681 du Code civil soleurois de 1841/47 adopte directement le point de vue du propriétaire: «*Der Eigenthümer kann, unter den gesetzlichen Beschränkungen, willkürlich und ausschliessend über seine Sache verfügen.*». Le second code soleurois, qui date de 1891, contient à son article 367 une définition identique<sup>2785</sup>.

Dans son commentaire du code argovien, HIRZEL donne une définition plus détaillée de la propriété qui souligne les aspects exclusifs (*Ausschliesslichkeit*) et absolu (*Willkür*) du droit, de même que ses limites concrètes volontaires ou légales<sup>2786</sup>. Il précise également que la propriété ne peut porter – au sens strict – que sur des choses corporelles<sup>2787</sup>. À cela, le même ajoute une liste des prérogatives du propriétaire, ce qui répond à certaines critiques de la doctrine pour les définitions d'inspiration françaises: «*1) in die Befugniss zu jeder möglichen Art der Benutzung der Sache, mit dem Rechte, dieselbe beliebig zu gebrauchen und deren Früchte sich anzueignen; 2) in das recht auf den Besitz der Sache, als auf das körperliche ungestörte Innehaben derselben, als nothwendiges physisches Mittel, um das Eigenthumsrecht daran vollständig ausüben zu können; und 3) in das freie Verfügungsrecht, d.h. die Befugniss des Eigenthümers, einerseits eine andere Person von der Benutzung und dem Besitze der Sache auszuschliessen, und anderseits nicht blos physisch nach Belieben auf die Sache einzuwirken und ihre äussere Gestalt zu verändern, sondern auch juristisch darüber zu verfügen, indem er das bisheirge Rechtsverhältniss daran ändern, namentlich sein Engenthum ganz oder zum Theil aufgeben und die Sache veräussern kann*<sup>2788</sup>. »

Toujours à propos du code argovien, il est intéressant de noter l'écart qui existe entre le projet présenté à la commission *ad hoc* en charge de la partie du code portant sur les droits réels, d'une part, et le projet présenté par cette même commission (qui correspond largement au texte définitif), d'autre part. Alors, que le premier projet – de la main de Rudolf FEER, premier rédacteur du code – se rattache étroitement au droit autrichien (notamment quant à la systématique des matières<sup>2789</sup>), le projet de la commission est bien plus moderne, en particulier dans la définition de la propriété. C'est précisément ce qu'explique GEISSMANN: «*Während der Feer-Entwurf – trotz eindeutiger Tendenz zur Abstrahierung – doch zumindest noch antönte, dass eine im Eigentum stehende Sache genutzt werden kann und also einen Gebrauchswert hat, während dieser Entwurf also die Beziehung Eigentümer-Sache immerhin noch streift und den Betrachter bei diesem statischen Zustand einen Augenblick verweilen lässt,*

<sup>2785</sup> À ceci près que les virgules ont disparues, ce qui est naturellement sans incidence matérielle.

<sup>2786</sup> HIRZEL, *Commentaire*, n° 1 s. *ad* §. 452 CC-AG, p. 31 s.

<sup>2787</sup> HIRZEL, *Commentaire*, n° 1 *ad* §. 452 CC-AG, p. 31.

<sup>2788</sup> HIRZEL, *Commentaire*, n° 3 *ad* §. 452 CC-AG, p. 32.

<sup>2789</sup> GEISSMANN, p. 327 ss.

*sieht das neue Recht das Eigentum nur noch unter dem Gesichtspunkt der <Verfügung>, welcher Begriff zwar auch die – tatsächliche – Nutzung einschliesst, aber doch massiv geprägt ist von der Vorstellung der rechtsgeschäftlichen Verfügung*<sup>2790</sup>.» Nous retrouvons ici, avec d'autres mots, la relation du passage d'un système de droit privé objectif vers un système subjectif.

§ 3. *Le groupe pandectiste*. BLUNTSCHLI mêle traditions romaines et françaises lorsqu'il définit l'*Eigentum* sur un bien foncier ainsi : «*In dem Eigentum an einer Liegenschaft liegt das Recht vollkommener und ausschliesslicher Herrschaft über dieselbe*<sup>2791</sup>.» La définition du paragraphe 493 du Code civil de Schaffhouse est identique. Bien que la définition se rattache à la propriété portant sur un immeuble (*Liegenschaft*), la notion est identique à celle portant sur un bien meuble (*bewegliche Sache*, qui ne comprend que des choses corporelles et ne doit pas être confondu avec la notion de *bewegliches Gut* qui vise aussi les droits<sup>2792</sup>). BLUNTSCHLI précise ainsi qu'il faut entendre par propriété «*der vollkommenen und ausschliesslichen Herrschaft der Person über die Sache [...]*<sup>2793</sup>.» Par ailleurs, le paragraphe 552 prévoit que «*[d]er Eigentümer ist berechtigt, die Kultur seines Bodens nach Belieben zu bestimmen und zu ändern*», ce qui rappelle le droit français. Il en va de même des constructions (§ 553). La vente est également libre (§ 554).

Le paragraphe 185 du Code civil grison énonce : «*Das Eigentum ist das Recht, über eine Sache, sowohl was ihre Wesenheit (Substanz) als ihren Nutzen betrifft, mit Vorbehalt der gesetzlichen oder vertragsmässigen Einschränkungen, willkürlich zu verfügen. Das Eigentum kann sich beziehen: a. auf unbewegliche Sachen (Liegenschaften); und b. auf bewegliche Sachen.*» Le paragraphe 6 du Code civil du canton de Glaris énonce : «*Der Eigentümer einer Liegenschaft ist berechtigt, sowohl über diese selbst, als auch über alle aus ihr herfliessenden Nutzungen nach seinem Belieben ausschliesslich zu verfügen, soweit nicht allgemeine gesetzliche Bestimmungen oder bestehende dingliche Rechte anderer Personen ihn daran hindern.*» Une telle définition est nouvelle pour le droit glaronnais qui n'avait jamais abordé la question du pouvoir de disposition sur un bien<sup>2794</sup>.

Le propriétaire dispose ainsi d'un droit de disposition complet, cependant limité par ses devoirs envers la société; le droit de propriété n'est pas absolutiste («*absolute*»)<sup>2795</sup>. Ce

---

<sup>2790</sup> GEISSMANN, p. 333.

<sup>2791</sup> § 551 CC-ZH. En ce sens, WINIGER, p. 471.

<sup>2792</sup> BLUNTSCHLI, *Commentaire*, no 1 ad § 484 CC-ZH, p. 10 ss.

<sup>2793</sup> BLUNTSCHLI, *Commentaire*, no 1 ad § 551 CC-ZH, p. 72.

<sup>2794</sup> ZWEIFEL, p. 40.

<sup>2795</sup> BLUNTSCHLI, *Commentaire*, no 1 ad § 551 CC-ZH, p. 73. Voir, dans le même sens, WINIGER, p. 471 s.



dernier point est commun au groupe français<sup>2796</sup>; ce qui reflète bien l'évolution de la pensée entre 1804 et les années 1850<sup>2797</sup>.

§ 4. Quel que soit le groupe concerné l'on remarque donc – comme nous avons pu le faire à propos des codes français, autrichien et allemand – que la conception de la propriété est fondée sur le modèle d'un droit subjectif à caractère exclusif. En cela, une classification des cantons suisses en divers groupes n'a de sens que lorsqu'il s'agit de distinguer les cantons ayant codifié leur droit de ceux qui ne l'ont pas fait. Les groupes français, autrichien et pandectiste n'aboutissent ainsi pas à des solutions différentes quant à la notion même du droit de propriété. Le modèle transcende les différences et démontre d'une certaine façon la prégnance à venir de l'outil des droits subjectifs dans son rôle structurant pour les ordres juridiques privés modernes.

Cela n'est toutefois plus exact lorsqu'il s'agit de déterminer les objets de la propriété et d'arrêter la systématique précise des droits subjectifs. Les différentes conceptions se sont heurtées, pour la première fois sans doute avec quelques enjeux concrets, dans le cadre des discussions ayant mené au Code fédéral des obligations entré en vigueur en 1882. À propos de l'emprise que doit revêtir le futur code (qui n'en est d'ailleurs pas un à notre sens), CARRARD met en effet en exergue deux opinions: celle qui consiste à s'attacher à la différence entre le *jus in re* et le *jus in personam* (c'est-à-dire entre droits subjectifs réels et relatifs) retenue par la doctrine allemande, d'une part, et celle qui consiste à distinguer entre «*les droits immobiliers et les droit mobiliers*» reprenant par là la doctrine d'Ancien Régime et celle de l'ABGB, d'autre part<sup>2798</sup>. Autrement dit, il s'agit d'opposer une approche subjective à une approche objective<sup>2799</sup>.

Si la notion de droit (subjectif) de propriété apparaît comme une évidence dans toute la Suisse avant même la codification fédérale, toutes les questions du droit des biens ne sont pas (encore) traitées d'une manière homogène<sup>2800</sup>. Ces différences sont particulièrement visibles pour ce qui concerne le sort réservé aux institutions ressortant historiquement à l'Ancien Régime.

#### 4. Le sort des institutions médiévales et communautaires

§ 1. *Les institutions rejetées.* À la fin de la République helvétique, la situation n'est pas encore clairement établie, nous l'avons vu. Aussi, JACOTTET écrit-il à juste titre

<sup>2796</sup> WINIGER, p. 472.

<sup>2797</sup> Évolution de la pensée que WINIGER (p. 468 ss) relate pour le canton de Genève.

<sup>2798</sup> CARRARD, p. 143 s.

<sup>2799</sup> ZOEPFL, p. 173.

<sup>2800</sup> CARRARD (p. 16) a ainsi ce mot à propos des différentes codifications cantonales: «*Elles en diffèrent surtout en ce que, d'après un principe propre au droit germanique qui voit plutôt l'objet de l'obligation que le lien entre le créancier et le débiteur, la chose plutôt que la personne, [...].*»

que « [n]ous devons nous arrêter un moment à ces notions [féodales], parce qu'elles ont théoriquement du moins, duré chez nous jusqu'en 1848, et qu'elles expliquent des institutions qui vivaient encore en partie au moment de la promulgation du Code, et dont quelques fragments existent encore aujourd'hui. L'histoire de notre droit, sous ce rapport, est l'histoire du droit de toute l'Europe depuis l'établissement du régime féodal<sup>2801</sup>. »

Le double domaine est très clairement rejeté des cantons du groupe français – à l'exception, au Tessin, de l'emphytéose, sur laquelle nous donnons quelques détails ci-dessous. Le Code civil fribourgeois – qui est le plus prolix des codes de ce groupe<sup>2802</sup> – précise à son article 467 que la séparation entre la jouissance de la chose, d'une part, et sa substance et le pouvoir d'en disposer, d'autre part, n'entraîne pas une division de la propriété, car « la qualité de propriétaire demeure à celui qui conserve la disposition des parties essentielles de la substance. » De même, le Code neuchâtelois précise à son article 488 que « [l]a servitude n'établit aucune prééminence d'un fonds sur l'autre<sup>2803</sup>. » L'abolition des droits féodaux – qui remonte à la nouvelle constitution cantonale de 1848 pour Neuchâtel – est ainsi rappelée<sup>2804</sup>. Elle est également rappelée à l'article 333 du code vaudois qui évoque « les lettres de rente » – appellation qui fut préférée à une première mouture qui indiquait « les rentes perpétuelles » et nécessitait une disposition supplémentaire prévoyant expressément leur rachat<sup>2805</sup>. Les lettres de rente – d'origine germanique<sup>2806</sup> – sont toujours remboursables en intégralité au plus tard après dix années<sup>2807</sup>. Ces lettres de rente « perpétuelles » (c'est-à-dire non remboursables à la demande du débiteur, sont prévues dans plusieurs cantons<sup>2808</sup>), ainsi que les rentes foncières (« Gült ») que l'on trouve en Valais et dans le Tessin, sont ainsi jugées par CARRARD compatibles avec les nouveaux paradigmes du droit des biens<sup>2809</sup>.

Le double domaine est non seulement rejeté du champ du droit privé, mais il n'est pas non plus reçu dans le droit public : l'État n'est pas titulaire d'un domaine éminent<sup>2810</sup>. Ce que prévoit expressément la constitution neuchâteloise de 1848 à son article 16 :

---

<sup>2801</sup> JACOTTET, *Le droit civil neuchâtelois*, p. 383.

<sup>2802</sup> ROSSEL, p. 121 (« Le Code fribourgeois, toujours prolix et riche en définitions qui pourraient, du reste, être meilleures. ») et 131.

<sup>2803</sup> Cette disposition est reprise de l'art. 638 du Code Napoléon : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre. »

<sup>2804</sup> Art. 9 de la constitution de 1848 : « La propriété est inviolable. » ROSSEL, p. 155 ; JACOTTET, *Le droit civil neuchâtelois*, p. 383 et 385.

<sup>2805</sup> BIPPET, p. 66 et 90 s.

<sup>2806</sup> CARRARD, p. 142.

<sup>2807</sup> Art. 1395 CC-VD.

<sup>2808</sup> GUIBAN, p. 303 ss.

<sup>2809</sup> CARRARD, p. 163.

<sup>2810</sup> JACOTTET, *Le droit civil neuchâtelois*, p. 386 s.

«L'État renonce à tout droit de réversibilité [sic] quant aux immeubles et aux capitaux qui étaient possédés à titre de fiefs dans le canton<sup>2811</sup>.»

Dans la Suisse latine, le deuil idéologique de la propriété divisée est ainsi fait: «La propriété est une des formes dans lesquelles la liberté se manifeste. Ce qui nuit plus encore à la propriété qu'un démembrement matériel, c'est un démembrement idéal<sup>2812</sup>.»

L'influence de l'ABGB se rencontre toutefois à l'article 179 du Code civil tessinois de 1837 qui a le contenu suivant: «*Il diritto limitato al godimento della cosa dicesi dominio utile, ossia usufrutto. Il diritto di disporre della sola sostanza della cosa costituisce il dominio diretto, ossia la nuda proprietà. L'unione di questi due diritti forma il pieno dominio, ossia la proprietà assoluta. Se l'uno di questi due diritti sia in tutto od in parte disgiunto dall'altro, il dominio è meno pieno.*» Il s'agit là également d'une manifestation de l'influence de la codification de Piémont-Sardaigne que nous évoquons, laquelle prévoit à son article 406 du code de 1837 l'institution de l'emphytéose.

En raison de leur rattachement aristocratique, les fidéicommiss de famille sont combattus tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. Le code lucernois interdit leur création, mais n'arrive pas, ensuite d'un débat houleux, à trancher le sort des fidéicommiss existants<sup>2813</sup>.

Au contraire, les cantons du groupe autrichien et pandectiste ne sont pas aussi hostiles au double domaine et c'est dans leur législation que l'on peut trouver l'essentiel des institutions maintenues.

§ 2. *Les institutions maintenues.* Le droit de retrait (*Zugrecht* ou plus généralement *Vorrecht*) a pu se rencontrer partout en Suisse avant les lois du 31 août 1798 et du 20 juin 1800<sup>2814</sup>.

Face à la tendance généralisée de l'abolition des institutions teintées de féodalité, la réintroduction des droits de retrait dans les législations cantonales ne fait pas l'unanimité: «*Le retrait lignager, comme toutes les restrictions au commerce des biens, n'atteignait plus son but dans une époque où la société ne vit que d'échanges, où l'on peut*

<sup>2811</sup> JACOTTET, *Le droit civil neuchâtelois*, p. 387.

<sup>2812</sup> CARRARD, p. 161.

<sup>2813</sup> § 443 CC-LU: «*Eine Fideikommissarische Nacherbeinsetzung findet nicht statt. Ueber Fortbestand oder Richtfortbestand der gegenwärtig bestehenden Fideikomnisse wird ein besonderes Gesetz verfügen.*» Initialement, PFYFFER VON ALTISHOFEN voulait dissoudre les fidéicommiss encore existants dès la deuxième génération d'ayants droit – malgré sa présidence du Grand Conseil lucernois, sa volonté ne pu être faite, mais il ne se résigna pas pour autant et renvoya à une loi spéciale la question du sort des fidéicommiss préexistants. La loi spéciale qui aurait dû être élaborée lors de la session parlementaire de l'automne qui suivait, ne fut jamais remise à l'ordre du jour. Voir SCHMID A., *Luzern*, p. 125 ss et spécialement p. 128.

<sup>2814</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 13.

*dire que la prospérité des nations est en raison de la rapidité avec laquelle les biens y passent de mains en mains. Aussi, quoique subsistant dans la loi, ne s'exerçait-il plus que dans des cas très isolés*<sup>2815</sup>. » Le retrait lignager disparaît en 1852 dans le canton de Neuchâtel<sup>2816</sup>, mais se maintient encore dans les cantons alémaniques, dans la mesure au moins où ils résultent de conventions<sup>2817</sup>. Par ailleurs, dans son commentaire, le rédacteur du code des Grisons, PLANTA, précise qu'il est possible d'attribuer par un droit de superficie la propriété d'un bâtiment ou d'un arbre à une personne qui n'est pas le propriétaire<sup>2818</sup>; en ce cas, le propriétaire du fonds bénéficie usuellement d'un droit de retrait (*Zugrecht*)<sup>2819</sup>. Il est général dans l'ancienne propriété par étages en Suisse allemande.

Or, ces droits et rentes ne correspondent pas à la notion moderne du *ius in rem*, mais à celle objective de l'Ancien Régime, il s'agit là de la même présence germanique dans le Code Napoléon<sup>2820</sup>.

Une opposition similaire se retrouve entre le *condominium plurium pro diviso* et le *condominium plurium pro indiviso*. Les codes d'inspiration française ignorent le premier concept<sup>2821</sup>, ce qui inclut le Code civil suisse<sup>2822</sup>. À titre d'exemple, CARRARD donne la définition suivante du *condominium plurium pro indiviso*: « [...], la propriété possédée d'une manière durable par une collection de personnes qui y ont un intérêt personnel<sup>2823</sup>. »

Nous l'avons évoqué, le Code civil tessinois de 1882 maintient à ses articles 824 à 829 l'emphytéose (*livello*) et ainsi une forme de double domaine<sup>2824</sup>. Il s'agit d'une exception. Dans les autres cantons, la dissociation de la propriété du sol et de ce qui s'y rattache ne s'est maintenue que pour les immeubles sous la forme du droit de superficie<sup>2825</sup>. Selon ce code en effet, le *dominio utile* se distingue du *dominio diretto*: « *Col contratto di livello il proprietario di un bene stabile ne accorda ad un terzo l'utile dominio per un determinato canone annuale in recognizione del diretto dominio*<sup>2826</sup>. » Cette division de

---

<sup>2815</sup> JACOTTET, *Des projets de Code civil*, p. 812.

<sup>2816</sup> JACOTTET, *Des projets de Code civil*, p. 811.

<sup>2817</sup> Ainsi, le canton de Zurich ne prohibe que les droits de retrait légaux (art. 554 CC-ZH), alors que le canton de Glaris ne fait pas de distinction en les prohibant quel que soit leur titre (art. 9 CC-GL). Voir ZWEIFEL, p. 41; CARRARD, p. 161.

<sup>2818</sup> PLANTA, *Commentaire*, n° 2 ad § 186, p. 127 s.

<sup>2819</sup> PLANTA, *Commentaire*, n° 2 ad § 186, p. 127 s. (qui cite comme exemple Fürstenu, ville de la région de Viamala dans les Grisons).

<sup>2820</sup> ZOEPFL, p. 174.

<sup>2821</sup> CARRARD, p. 160.

<sup>2822</sup> PIOTET, *La résistance de la propriété pro diviso*, p. 368.

<sup>2823</sup> CARRARD, p. 160.

<sup>2824</sup> ROSSEL, p. 154.

<sup>2825</sup> CARRARD, p. 161.

<sup>2826</sup> Art. 824 CC-TI (1882).

la propriété peut être perpétuelle<sup>2827</sup>. Quoique l'emphytéose tessinoise se rattache à l'Ancien Régime en raison de sa construction conceptuelle, le code déclare de manière impérative le droit de l'emphytéote rachetable, soit à hauteur de vingt-cinq années de rente, soit à un prix convenu par les parties (qui ne peut toutefois être supérieur de plus d'un tiers du montant légal)<sup>2828</sup>.

Dans le canton de Glaris, le principe de l'accession («*superficies solo cedit.*») ne trouve pas application, ce qui constitue une particularité en opposition avec les autres ordres juridiques<sup>2829</sup>.

Il existe en Suisse alémanique (à Zurich et aux Grisons au moins) différentes droitures nommées *Grundlasten*, *Reallasten*, *Gerechtigkeiten* ou encore *ehehaftes Recht* et qui correspondent à des dîmes, cens et autres charges<sup>2830</sup>. CARRARD considère ainsi que «[b]ien que rachetables, ces charges nous paraissent – peut-être est-ce seulement une apparence – contraires non seulement à l'égalité des fonds, mais aussi à celle des personnes<sup>2831</sup>.»

Les différentes formes de communaux et leur régime juridique particulier sont également maintenus par les cantons. Ainsi, CARRARD écrit-il à leur propos: «*Le propriétaire de la Gesamteigentum est la Genossenschaft. Nous sommes impuissants à traduire ce mot. Les Sociétés d'alpage qui existent en Suisse dès les temps les plus reculés en sont une des applications les plus importantes. Leurs règlements sont un mélange de législation civile, pénale et administrative, ils touchent au droit de propriété, de succession et de famille. Le droit moderne ne doit pas être pour elles un lit de Procuste, c'est à lui à élargir son cadre pour les recevoir et leur permettre de se développer. Ces associations conservent la propriété du sol à ceux qui sans cela seraient des fermiers et des valets*<sup>2832</sup>.»

Nous reviendrons abondamment sur ces diverses institutions maintenues lors de nos développements consacrés au droit transitoire du Code civil suisse. Nous verrons ainsi que ce que les cantons ont décidé de maintenir est également en principe maintenu par la législation fédérale.

<sup>2827</sup> Art. 825 CC-TI (1882): «*Il contratto di livello può essere perpetuo o a tempo.*»

<sup>2828</sup> Art. 828 CC-TI (1882): «*I livelli perpetui sono redimibili pagando al direttario venticinque volte l'annuo canone. È però permesso convenire sulla somma da pagarsi per la redenzione.*»  
Art. 829 CC-TI (1882): «*Il prezzo del riscatto non può mai essere maggiore del terzo di quello stabilito nel precedente articolo. Non è valida la rinunzia al diritto di redimere il livello.*» Voir aussi ROSSEL, p. 154.

<sup>2829</sup> ZWEIFEL, p. 41.

<sup>2830</sup> CARRARD, p. 161 s.

<sup>2831</sup> CARRARD, p. 162.

<sup>2832</sup> CARRARD, p. 160.

## 5. Synthèse

Si nous pouvons relever que les codifications cantonales alémaniques préservent mieux les institutions historiques que les cantons latins, HUBER ne restreint pas ses critiques à ces derniers: « *On introduisit dans la législation une notion de la propriété et des servitudes qui était en opposition violente avec la tradition, sans que bien souvent on s'en rendit suffisamment compte*<sup>2833</sup>. » Cette refonte des droits cantonaux se fonda en effet bien souvent sur le *ius commune* romain au mépris des institutions anciennes<sup>2834</sup>. Aux yeux de HUBER, seul le canton de Glaris a su « *concilier l'esprit des lois anciennes avec les formes modernes*<sup>2835</sup> », alors que la « *majorité des cantons ne surent qu'imiter assez médiocrement le droit commun ou d'autres modèles étrangers*<sup>2836</sup>. »

Face à ces codifications de qualités variables – et à l'instar de ce qui se produisit en France à la même époque –, la jurisprudence intervient en tempérance du passage à un système de propriété subjective exclusive trop brusque pour la pratique en se laissant « *diriger par les traditions et les besoins existants*<sup>2837</sup>. » Puis, viendront les travaux de codification du droit privé au niveau fédéral.

## B. Le Code civil suisse de 1907

### 1. Le processus de codification fédéral du droit privé

§ 1. Après la réussite d'une première législation fédérale de droit privé d'importance par l'adoption du Code fédéral des obligations de 1881, le projet d'un véritable code englobant l'ensemble du droit privé mûrit rapidement<sup>2838</sup>. À cette fin, Eugen HUBER est chargé en 1884 d'établir un panorama du droit civil des différents sur lequel il soit possible de s'appuyer pour préparer une codification fédérale – les quatre volumes de ce travail paraissent de 1886 à 1893<sup>2839</sup>. Dès 1892, HUBER reçoit du Conseiller fédéral Louis RUCHONNET le mandat d'établir un projet de code civil<sup>2840</sup>. Un premier jet établi en 1893 et après une consultation des cantons durant les deux années suivantes,

---

<sup>2833</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 4.

<sup>2834</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 4.

<sup>2835</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 4. Cela découle d'ailleurs de la volonté du législateur selon ZWEIFEL, p. 39: « *Der Landrat wollte vor allem hier das Bestehende nicht zu sehr in Frage stellen oder abändern, sondern nur das Vorhandene in deutlichere Form bringen, wenn es sich bewährt hatte, und dabei bisherige Lücken in der Gesetzgebung ausfüllen. Änderungen sollten nur dort vorgenommen werden, wo sie einem wirklichen Bedürfnis entsprachen.* »

<sup>2836</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 4.

<sup>2837</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 4.

<sup>2838</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1978.

<sup>2839</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1978.

<sup>2840</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1979.

le travail des commissions d'experts peut commencer, nourri par les nombreuses opinions des milieux intéressés<sup>2841</sup>. Ce n'est pourtant qu'une fois tous ces travaux effectués que la compétence fédérale générale et exclusive en matière de droit civil est acquise lors de la votation du 13 novembre 1898<sup>2842</sup>. Ce n'est qu'en 1899 qu'une première codification complète du droit des biens est exposée<sup>2843</sup>. L'avant-projet du Code civil est établi en 1901, puis examiné devant la Grande commission d'experts – composée de trente-et-une personnes issues de la doctrine, de la pratique, de la politique et des milieux intéressés – pendant les deux années suivantes<sup>2844</sup>. Les résultats des travaux de cette commission sont publiés en 1903. Une commission réduite se charge ensuite du Titre préliminaire et des dispositions du droit transitoire. L'ensemble forme le projet proposé par le Conseil fédéral dans son Message du 28 mai 1904<sup>2845</sup>.

Entretemps, HUBER se fait élire en 1902 au Conseil national sous l'étiquette libérale (il y restera jusqu'en 1911) dans le but de siéger dans la commission de ce conseil chargée d'examiner son projet et dont il sera l'un des rapporteurs<sup>2846</sup>. Il est également membre-rapporteur en 1907 de la commission de rédaction<sup>2847</sup>.

Le Code civil suisse est finalement adopté le 10 décembre 1907; il entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912.

§ 2. Nous ne pouvons que constater la position extraordinaire que revêt HUBER dans le processus de rédaction et d'adoption du Code civil: il l'accompagne de bout en bout, sans interruption et en changeant de rôle autant que nécessaire. Il apparaît dès lors évident que l'examen de sa pensée juridique est déterminant pour la compréhension du code.

Tout en souhaitant rationaliser et faire progresser le droit<sup>2848</sup>, HUBER prend le même soin que les rédacteurs du BGB à respecter les traditions: «*Une grande partie de notre pays va être dotée, aujourd'hui seulement d'un droit des choses complètement codifié. Dans ces contrées, comme aussi dans d'autres et même à un plus haut degré, le légis-*

<sup>2841</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1979.

<sup>2842</sup> À l'époque, cette compétence figure à l'art. 64 de la Constitution fédérale de 1874. De nos jours, elle est inscrite à l'article 122 Cst. féd. Voir CR Cst. féd.-PIOTET, n° 3 ss *ad* art. 122; DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1980.

<sup>2843</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1980.

<sup>2844</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1980 s. Laquelle fournit une liste nominative des membres.

<sup>2845</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1982.

<sup>2846</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1982.

<sup>2847</sup> DOELEMAYER, *Rechtsvereinheitlichung*, p. 1983.

<sup>2848</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 5 («*Pas plus dans le domaine du droit des choses, que dans celui du droit des obligations, l'on ne peut fermer la porte à des progrès qui ont été réalisés et qui ont fait leurs preuves ailleurs.*»).

lateur fédéral se trouve en présence de vieux usages, de coutumes locales répandues sur un territoire considérable, – et tout ce passé juridique peut prétendre à n'être pas méconnu par le futur Code civil suisse [...] N'est-il pas arrivé fréquemment que [les institutions d'autrefois] n'ont été immolées dans les législations modernes, que parce qu'elles étaient intimement liées aux formes des anciennes notions féodales, si bien qu'on a, sans nécessité, brisé en même temps le moule et la matière qui y avait été coulée<sup>2849</sup> ?» Il se rattache donc aux auteurs germanistes de l'École historique allemande<sup>2850</sup>. Il reprend également la haute technicité et précision adoptée par les juristes allemands<sup>2851</sup>. De même, empreint de la pensée du XIX<sup>e</sup> siècle, il maîtrise les tenants et aboutissants entourant le droit de propriété et les autres institutions du droit des biens<sup>2852</sup>.

L'approche adoptée par HUBER est fondamentalement subjectiviste<sup>2853</sup>. Il écrit en effet en 1911: «*On peut dire que la personnalité est à la fois le point de départ et d'aboutissement du droit. Il faut saisir la personnalité non seulement comme personne individuelle, mais aussi dans sa communauté, la personnalité comme personne plurielle, comme association. Sous cette forme la personnalité traverse tous les instituts. Elle se trouve en droit de la famille, des successions, en droits réels et dans le droit des obligations. Partout nous pouvons sentir et découvrir sa structure propre, sa signification*<sup>2854</sup>.» En cela, le Code civil suisse est bien plus moderne – et donc abouti – que le Code Napoléon ou l'ABGB qui oscillent encore entre les approches subjective et objective<sup>2855</sup>.

---

<sup>2849</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 5.

<sup>2850</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 13 s. («*Ce rapide aperçu nous montre combien le droit des choses est tout particulièrement appelé à s'adapter aux usages et aux traditions du pays. On l'a souvent nié jusqu'ici et, comme pour les obligations, il semblait naturel d'admettre une sorte de solution générale et cosmopolite. [...], mais, dans le droit des choses, la substance juridique a été de tout temps et demeurera nationale.*»).

<sup>2851</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 14 («*L'objet du droit des choses est de conférer aux droits réels ces caractères éminemment précis et parfaitement reconnaissables dont ils ont besoin pour remplir leur rôle et atteindre leur but.*»).

<sup>2852</sup> WINIGER, p. 472.

<sup>2853</sup> Dans le même sens, WINIGER, p. 472.

<sup>2854</sup> Traduction de WINIGER (p. 472) de HUBER, *Die Persönlichkeit*, p. 3 s.: «*Mann kann wohl sagen, dass die Persönlichkeit sowohl Ausgangspunkt als Endziel des Rechts ist. Nur muss man die Persönlichkeit nicht bloss auffassen als Einzelperson, sondern die Persönlichkeit auch in ihrer Gemeinschaft, die Persönlichkeit durch alle Rechtsinstitute durch. Wir finden ihre besondere Stellung im Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht. Wir können überall ihre eigentümliche Struktur, ihre leitende Bedeutung hereausspüren, herauschälen.*»

<sup>2855</sup> Apparemment dans le même sens, mais de façon extrêmement succincte, WINIGER, p. 473 s.



## 2. La consécration de la notion de droit subjectif de propriété exclusive

§ 1. Si les principes du *ius commune* définissent le système des droits réels du Code civil suisse, HUBER ne les reprend pas tels des dogmes, mais adopte au contraire une approche tempérée. Une place est laissée aux institutions non romaines, sans qu'elles ne soient dénaturées inutilement par le cadre général dans lequel elles doivent s'inscrire<sup>2856</sup>. Sont visées la propriété commune, l'empiètement, la propriété mobilière des forces naturelles, la lettre de gage, le registre foncier, etc.

HUBER définit la propriété comme la «*unbeschränkten Herrschaft über eine Sache*<sup>2857</sup>. » Sur la notion de propriété consacrée à l'article 641 CC, nous avons peu à ajouter, puisqu'elle correspond à celle des autres codes : il s'agit d'un droit subjectif individuel et exclusif<sup>2858</sup>. Du reste, nous en avons déjà décrit la place systématique dans l'ordre juridique suisse au début de cette étude<sup>2859</sup>. Il nous faut néanmoins nous arrêter à deux points importants : la classification des biens (qui permet de placer la codification suisse en rapport avec celle de ses voisins européens et en opposition au droit anglais) et les facultés offertes par le droit de propriété suisse à son titulaire (ce qui nous est utile pour le processus de qualification de droit transitoire que nous étudierons plus tard).

§ 2. *Classification des biens*. La notion de chose ne fait pas l'objet d'une partie spécifique du Code civil suisse<sup>2860</sup>. Cela découle, d'une part, de la volonté de HUBER de confier à la doctrine et aux usages le soin de définir les notions générales qui ne prêtent pas à la controverse, afin de ne pas en entraver l'évolution de concert avec la société<sup>2861</sup>. D'autre part, il souhaite maintenir un bon nombre de lois spéciales, en particulier celles relatives à la propriété intellectuelle, dont les matières sont exposées à une évolution constante<sup>2862</sup>.

La définition de la chose matérielle répond à deux critères<sup>2863</sup>. Il y a d'abord une dimension purement descriptive. La chose doit être un corps matériel qui a une certaine

<sup>2856</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 11 s. («*Plus de liberté, telle sera la caractéristique de cette méthode, et, au surplus, la législation pourra s'occuper avec plus de sollicitude désormais de tout ce qui, dans le régime foncier, n'a pas été emprunté au droit romain. C'est ainsi que, sur cette base nouvelle, les diverses matières recevront exactement la forme que réclament les besoins de notre temps.* »).

<sup>2857</sup> HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 691.

<sup>2858</sup> *Staudinger-ALTHAMMER* (n° 6 *ad Einleitung zu §§ 903 ff BGB*) se réfère directement au code suisse.

<sup>2859</sup> Cf. *supra* p. 23 ss.

<sup>2860</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 9 et 23 s.

<sup>2861</sup> HUBER, *Exposé des motifs I*, p. 20 («*En effet, quelque définition que donnât le législateur, il courrait toujours le risque de la voir supplantée au bout de peu de temps par une nouvelle définition plus correcte, ou encore d'entraver par la suite le progrès des idées.* »).

<sup>2862</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 9.

<sup>2863</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 45 : «*À l'origine, on avait rédigé un texte introductif conçu en ces termes : «Le droit de propriété s'étend aux choses corporelles et aux forces naturelles, en*

substance ou matière propre. Puis, dans une dimension déjà analytique, cette chose doit être maîtrisable – physiquement ou techniquement – par l'homme. Les deux dimensions mises ensemble, il est alors possible de décrire l'objet des droits réels comme « *une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel qui est susceptible d'une maîtrise humaine*<sup>2864</sup>. »

Négativement, il s'impose d'écarter du champ de la propriété les choses qui échappent à la maîtrise humaine de par les règles de la nature ou de par la loi. Dans la même idée, la législation distingue entre choses privées et choses publiques (auxquelles il ne faut pas incorporer le patrimoine fiscal), celles-ci étant soustraites au champ d'application des droits réels. Cela ne signifie néanmoins pas que ces choses ne puissent faire l'objet d'une appropriation, mais plutôt que le droit réel qui portera sur elles sera de nature publique. Hormis, cette caractéristique importante, il est possible que le droit subjectif en question réponde, non seulement aux critères d'un droit absolu, mais aussi à ceux d'un droit réel. C'est pourquoi il est possible de les qualifier de « droits réels publics ».

En étudiant la notion de chose, non pas pour elle-même, mais en tant qu'objet de droits réels, la doctrine prend parfois quelque distance avec la notion purement matérielle que nous venons de présenter<sup>2865</sup>. Cette approche – que nous qualifions d'utilitaire – tend à considérer la chose comme réceptacle de diverses utilités, lesquelles lui donnent sa valeur. La propriété portant sur toute la chose, elle incorpore logiquement toutes ses utilités. Le propriétaire est néanmoins libre d'accorder à autrui l'usage de ses prérogatives, notamment sous la forme de droits réels restreints. Ces derniers droits portent alors sur l'entier de la chose considérée, mais n'en accordent au titulaire qu'un usage restreint, que certaines utilités déterminées. Dans un cas – celui de la propriété – comme dans l'autre – celui des droits réels – l'objet de droit est bien la chose, mais c'est avant tout la répartition des diverses utilités offertes par cette chose que vise les règles du droit des biens. La chose matérielle n'est l'objet du droit qu'en tant qu'elle incarne les facultés accordées<sup>2866</sup>. Il n'en demeure pas moins que cet objet matériel existe indubitablement, comme le démontre P. PIOTET<sup>2867</sup>.

La définition de chose matérielle ne suffit pas à la précision de notre droit. L'on distingue ainsi encore entre choses mobilières et choses immobilières. Est mobilière la chose qu'il est possible de déplacer sans en perdre la substance ou la valeur. La délimitation de cette chose ressort de sa nature même; le meuble est physiquement dis-

---

*tant qu'elles peuvent être soumises à la puissance de l'homme et qu'elles sont susceptibles d'être matériellement et juridiquement définies. Mais ceci ne nous eût point dispensé de reprendre la question, [...].»*

<sup>2864</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 62.

<sup>2865</sup> Par exemple, WITZIG, *Les droits réels limités*, p. 3 s.

<sup>2866</sup> Ce qu'évoque, hélas trop brièvement, WITZIG (*Les droits réels limités*, p. 4).

<sup>2867</sup> P. PIOTET, *Nature et mutations*, p. 40 et 86.

tinct des autres choses et cette caractéristique apparaît naturellement à l'observateur. A *contrario*, est immobilière la chose qui ne peut être déplacée et dont les limites sont définies artificiellement par l'intellect. Ce n'est que par la mensuration du sol qu'un tracé entre les différents immeubles peut être dressé.

Une telle approche de la notion de biens a pour conséquence de créer certaines embûches face à des objets particuliers. Nous rencontrons à l'article 713 CC une première entorse à nos principes classiques. Les forces naturelles sont assimilées par analogie à une chose matérielle (ce qu'elles ne sont pas), alors qu'elles n'ont aucune matérialité. Il s'agit donc d'une fiction: il n'est pas question ici de droits réels, mais il est fait comme si tel était le cas<sup>2868</sup>. Cette entorse – théoriquement dérangeante – est en regard de l'absence de jurisprudence anecdotique.

Le même raisonnement par analogie s'applique aux cas – pas si rares, nous y reviendrons en droit transitoire – dans lesquels un droit réel porte sur un autre droit subjectif (art. 655 al. 2, 745 al. 1, 773 et 899 al. 1 CC)<sup>2869</sup>. Il y a ici aussi une absence de matérialité et l'on procède à nouveau par la voie de la fiction. Le champ d'application des droits réels est donc étendu à ces cas particuliers par analogie et il se pose dès lors la question de la mesure dans laquelle l'ensemble des règles applicables aux droits réels le sont également ici. La qualification de ces «droits sur d'autres droits» est toutefois controversée<sup>2870</sup>.

Le droit suisse a donc une approche matérialiste qui laisse peu de place à l'abstraction. Cette particularité – qui s'étend dans une large mesure aux autres droits continentaux (en particulier le BGB) – s'érige en obstacle à l'appréhension des institutions juridiques qui par essence exigent un haut degré d'abstraction. Tel est le cas des institutions ressortant à un ordre juridique objectif: cela concerne donc les institutions de l'Ancien Régime et celles issues du droit anglais. Nous y reviendrons.

Ajoutons encore que par rapport à son objet la propriété du Code civil revêt certaines caractéristiques importantes. Ainsi, la propriété ou tout autre droit réel doit nécessairement porter sur la chose entière, même si son exercice ou son assiette peuvent se limiter à une portion de cette dernière<sup>2871</sup>. Par ailleurs, le droit suisse connaît les principes de spécialité et d'accession. Ces caractéristiques sont parties intégrantes à la définition

<sup>2868</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 119 ss.

<sup>2869</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 122 s. Contrairement à l'opinion de cet auteur, la part de copropriété est en réalité l'expression de la chose complète, objet du droit subjectif, sans que cela ne soit toutefois opposable aux autres copropriétaires par le mécanisme de l'élasticité des droits réels.

<sup>2870</sup> STEINAUER, *Droits réels I*, n° 124. Ainsi, BOCQUET (p. 63) admet dans ce cadre l'existence de véritables droits réels qui portent bien (par «perméabilité») sur la chose matérielle objet direct du droit sous-jacent.

<sup>2871</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 27.

et la conception des droits réels du *numerus clausus*. Une contradiction avec ces derniers apparaît ainsi comme un obstacle important à l'assimilation d'une institution juridique.

§ 3. *Caractéristiques de la propriété et facultés offertes au propriétaire*. Pour HUBER, la propriété s'inscrit dans le prolongement de la personnalité juridique; elle en est l'attribut essentiel, sans lequel la personne ne peut pas se réaliser<sup>2872</sup>: «*Il est impossible de concevoir le droit sans la propriété; elle en est, en quelque sorte, la conséquence logique*<sup>2873</sup>. » L'on ne peut imaginer de conception plus subjectiviste que celle-là. La propriété est érigée en tant que premier des droits subjectifs. La notion de propriété en droit privé positif n'est ainsi pas celle du droit romain<sup>2874</sup>, dans la mesure où elle se conçoit en tant que droit subjectif.

HUBER indique que le droit de propriété comprend «*trois éléments constitutifs*»: le droit de disposition matériel, les obligations du propriétaire (ce qui est incohérent avec la définition du droit subjectif<sup>2875</sup>), ainsi que les actions en revendication et négatoire<sup>2876</sup>: «*Dire qu'on est propriétaire d'une chose, c'est déclarer qu'on peut en user absolument, pour autant que les droits d'autrui ou que l'ordre public n'en recevraient pas d'atteinte. Ces pouvoirs ne sont pas illimités, du moins en fait; ils ne les ont que théoriquement et sous réserve d'exceptions spéciales fondées sur des motifs divers*<sup>2877</sup>. » Il s'agit là de ce qui distingue la propriété des autres droits réels: la différence dans la quotité des facultés<sup>2878</sup>. HUBER explique: «*Dans le droit matériel, nous rencontrons deux ordres d'institutions: la propriété et les autres droits réels. [...] L'expression <autres droits réels> correspond à la formule allemande: beschränkte dingliche Rechte, qui est plus précise, mais dont on a cherché en vain l'équivalent exact en français. La formule usuelle <droits sur la chose d'autrui> (jura in re aliena) ne correspondrait plus aux institutions juridiques modernes où nous rencontrons l'hy-*

---

<sup>2872</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 25.

<sup>2873</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 25.

<sup>2874</sup> Bien trop cursif à cet égard: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 894.

<sup>2875</sup> Il est bien connue que HUBER se rattache concernant l'abus de droit à l'«*Innentheorie*» qui prétend expliquer les restrictions à l'exercice des droits subjectifs par des limites intrinsèques aux droits. S'il trouve du soutien parmi les auteurs pandectistes de son temps (voir ZELGER, p. 103, à propos du rédacteur du projet de code civil pour le canton de Nidwald Karl DESCHWANDEN), le droit suisse positif se rattache à la doctrine germaniste (voir déjà § 551 CC-ZH; § 493 CC-SH) et rejette néanmoins cette théorie qui ne correspond ni à la notion de droit subjectif du droit privé, ni à celle de liberté du droit constitutionnel sur laquelle repose notre système de droits subjectifs, nous l'avons vu. Voir ZELGER, p. 103 (à propos de la doctrine germaniste); LIVER, *Eigentumsbegriff*, p. 169. Cf. *supra* p. 369 (à propos de la notion de droit subjectif telle que discutée en Allemagne).

<sup>2876</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 45 s.

<sup>2877</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 30.

<sup>2878</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 31.

*pothèque du propriétaire, etc. Nous avons donc d'un côté, la propriété, somme de tous les droits réels dont un bien est susceptible, et, de l'autre, les droits réels qui peuvent restreindre ou modifier la propriété, charges foncières, servitudes, etc.*<sup>2879</sup>.»

HUBER écrit que «[les autres droits réels] *ne sont que des démembrements ou des fragments du droit de propriété, [...]*<sup>2880</sup>» Cependant, il nous faut souligner que le droit suisse se rattache à la théorie (romaine) de la charge et s'écarte, sur ce point, du droit français. Ce que HUBER veut signifier, par là c'est que le concept de «droit réel» est identique quel que soit le droit réel en cause (propriété ou autre). De même, la propriété doit être la même pour tous les objets de celle-ci<sup>2881</sup>. La distinction entre le régime du droit des biens immobiliers et mobiliers existe, mais se fonde sur une notion unique du droit de propriété<sup>2882</sup>.

En outre, le législateur s'écarte du modèle romain en ce qui concerne la «*propriété plurale*<sup>2883</sup>» puisqu'il permet, selon les situations, non seulement une copropriété, mais également une propriété en main commune d'origine germanique. À ce propos, HUBER précise ainsi que «[c]'est pour cette raison qu'on ne peut signaler la copropriété romaine comme la solution commandée par le droit des choses, tandis que l'autre forme de la propriété collective ne résiderait que dans une obligation personnelle greffée sur les éléments réels du droit<sup>2884</sup>.» Cela se peut, car il est possible de parfaitement intégrer la main commune à la systématique des droits subjectifs.

Pour le surplus, l'ordre juridique concrétise par des restrictions légales l'étendue des facultés concrètes du titulaire d'un droit réel<sup>2885</sup>.

La propriété est ainsi une institution patrimoniale du droit privé caractérisée en la forme d'un droit subjectif absolu dont l'objet est une chose matérielle et qui offre à son titulaire la maîtrise la plus complète envisageable sur cet objet. Il n'existe ainsi pas de différence de nature entre le droit de propriété et les autres droits réels restreints.

Soulignons, comme nous l'avons déjà fait au début de cette étude que le catalogue des droits réels est limité à une liste exhaustive qui forme le *numerus clausus* du droit positif fédéral. Au-delà des institutions qui entrent dans la prévision du législateur, il n'est donc pas possible d'envisager d'autres institutions à caractère réel. Ce rappel est

<sup>2879</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 22.

<sup>2880</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 26.

<sup>2881</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 26. Tel ne fut pas le cas en droit romain: SCHMIDLIN, p. 211.

<sup>2882</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 22 s. et 26.

<sup>2883</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 28 ss.

<sup>2884</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 28 ss.

<sup>2885</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 31 s.

important, car le principe du *numerus clausus* implique par effet réflexe d'écarter toutes les institutions qui ne sont pas admises par le législateur.

Il faut donc nous pencher sur le sort des institutions médiévales et communautaires.

### 3. Le sort des institutions médiévales et communautaires

Le panorama du sort fait aux institutions médiévales et communautaires lors de la promulgation du Code civil suisse ne pourra être pleinement achevé qu'une fois atteinte la conclusion à la présente troisième partie de notre étude qui comprend encore deux chapitres essentiels portant sur le droit transitoire, respectivement sur le droit international privé.

Nous pouvons néanmoins ici déjà relever les institutions maintenues dans notre droit positif et mettre en exergue les réflexions pragmatiques et tempérées de HUBER. Pour lui, « [...] la codification fédérale devait, comme nous l'avons indiqué déjà, s'ouvrir à ce qu'il y a de sain dans notre vieux droit; et ne se trouvât-elle plus en face que de débris, ces débris il fallait les recueillir, s'ils avaient quelque prix, et les restituer à notre époque. Sans doute, il ne viendrait à l'idée de personne de pousser la piété historique assez loin pour reprendre, dans le Code futur, une institution du passé, seulement parce qu'elle a existé jadis et qu'on la rencontre encore, par-ci par là, mais en train de disparaître. Le Code civil de la Suisse moderne ne peut être un «recueil d'antiquités»; il est destiné et il doit être adapté aux temps nouveaux<sup>2886</sup>. » Ainsi disparaît le droit de retrait<sup>2887</sup>, sauf, à l'inspiration des cantons de Bâle-Ville et Nidwald, entre copropriétaires, où il prend cependant la forme d'un droit de préemption (contractuel)<sup>2888</sup>.

«L'ancienne séparation du droit de propriété en deux éléments, le *dominium directum* et le *dominium utile*, a été abandonnée<sup>2889</sup>. » Aussi, certains droits de jouissance qui «n'absorb[e]nt pas toute la productivité d'un immeuble et laiss[e]nt subsister les autres attributs de la propriété<sup>2890</sup>», c'est-à-dire qui ne sont pas devenus inadmissibles, doivent être traités, dans une large mesure comme un droit de propriété<sup>2891</sup>. HUBER désigne ainsi les concessions hydrauliques et les droits de superficie immatriculés<sup>2892</sup>. De manière intéressante, ce n'est pas la titularité de ces droits subjectifs qui est assimilée à un droit de propriété, mais ces droits eux-mêmes qui sont traités

---

<sup>2886</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 12 s.

<sup>2887</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 13 et 33; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 717 s.; HUBER, *System und Geschichte III*, p. 265 ss et 269 ss.

<sup>2888</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 33.

<sup>2889</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 32.

<sup>2890</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 32.

<sup>2891</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 32.

<sup>2892</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 32; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 691 s.

comme s'il s'agissait d'immeubles<sup>2893</sup>. La solution choisie est donc identique à celle que nous avons pu dégager pour l'ancien droit.

HUBER est attentif à restaurer dans leur pleine vigueur les institutions anciennes qui gardent une importance sociale. Ainsi, il écrit: «*Mais il en va différemment pour les institutions qui sont demeurées bien vivantes jusqu'à ce jour et qui ont gardé tout leur intérêt économique. Notre devoir était de les restaurer lorsqu'elles avaient été immolées à de fausses conceptions doctrinales, ou lorsqu'elles ne s'étaient pas développées selon leur importance*<sup>2894</sup>.» Sont visées par HUBER, la charge foncière et la lettre de rente<sup>2895</sup>, ainsi qu'à l'origine les fidéicommiss de famille<sup>2896</sup>.

Nous notons que HUBER déclare, à propos des «*usages pratiqués par des collectivités groupées sur un territoire commun*<sup>2897</sup>», qu'«*[i]l sied donc que le projet adopte, dans ce domaine, une solution conforme à l'état et au développement du droit, car s'il avait la prétention d'aller au-delà, il en pourrait unifier que très insuffisamment et au moyen d'un appareil législatif disproportionné avec l'importance de la tâche*<sup>2898</sup>.» Toutefois, parmi ces hypothèses, il ne vise pas les *Allmends*, mais celles ressortant aujourd'hui encore au droit foncier cantonal<sup>2899</sup>.

En principe, avec l'introduction du Code civil, toutes les occurrences de *condominium plurium pro diviso* ont disparu, sous réserve du droit transitoire ou international privé<sup>2900</sup>. Cependant, les situations de mitoyenneté permettent aux hypothèses de «copropriété divisée» de perdurer encore dans la mesure où le droit cantonal réservé ne prévoit pas de nouvelles règles. En effet, par les articles 5, alinéa 2, 646, alinéa 1<sup>er</sup>, et 697, alinéa 2, CC, le régime juridique de la plantation mitoyenne dépend de l'usage local cantonal, respectivement du droit cantonal positif, ce qui maintient (ou autorise) les occurrences de *condominium plurium pro diviso*<sup>2901</sup> – occurrences par ailleurs nombreuses<sup>2902</sup>. Pour ce qui concerne les murs mitoyens, l'article 686, alinéa 2, CC laisse aux cantons une marge de manœuvre permettant d'autres solutions que celle usuelle du *condominium plurium pro indiviso* et autorisant ainsi l'usage exclusif du

<sup>2893</sup> Art. 655 CC. HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 32; HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 691 s.

<sup>2894</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 13.

<sup>2895</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 13.

<sup>2896</sup> Nous verrons plus loin que son projet concernant les fidéicommiss de famille est refusé par la Grande commission d'experts. Cf. *infra* p. 460 s.

<sup>2897</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 10 s.

<sup>2898</sup> HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 10 s.

<sup>2899</sup> PIOTET, *Propriété foncière*, n° 39 ss. Voir HUBER, *Exposé des motifs III*, p. 10 s.

<sup>2900</sup> PIOTET, *Résistance de la copropriété pro diviso*, p. 368.

<sup>2901</sup> PIOTET, *Résistance de la copropriété pro diviso*, p. 372 s.; PIOTET, *Propriété foncière*, n° 1064.

<sup>2902</sup> PIOTET, *Résistance de la copropriété pro diviso*, p. 373.

voisin exhausant unilatéralement sur la partie nouvellement construite d'un mur dont la base repose sur un mur mitoyen préexistant<sup>2903</sup>.

Ici, une cautèle souvent oubliée doit être mise en évidence. Le *numerus clausus* des droits réels ne vaut que dans la mesure de la compétence législative fédérale en droit privé. Ainsi, s'il existe des réserves accordées au droit privé cantonal (art. 59, al. 3, art. 949, al. 2, et surtout art. 686 CC), le *numerus clausus* ne trouve pas application et il est concevable de trouver des institutions ressortant à une approche objective<sup>2904</sup>.

## 5. Synthèse

Comme tous les cantons ayant codifié leur droit privé, le Code civil suisse consacre une approche subjective du droit et, par extension, la notion moderne de droit subjectif et exclusif de propriété. La technicité alliée au pragmatisme de Eugen HUBER a permis de donner au domaine des droits réels des principes clairs et solides.

La Codification suisse vient en quelque sorte ponctuer un siècle d'évolution législative en Europe. Au croisement des diverses influences et elle-même composée de cantons ayant optés pour les différents modèles juridiques des États européens, la Confédération a su soupeser son choix en optant pour l'approche la plus moderne et scientifique, savoir celle du BGB.

Le prix de la clarté et de l'assise scientifique du droit des biens suisse est, comme nous allons à présent le voir, une difficile coordination avec les institutions qui ressortent à des ordres juridiques – passés ou présents – qui sont conçus selon des principes antagonistes.

## XIX. L'appréhension des propriétés divisées en droit transitoire suisse

Les dispositions du droit transitoire privé suisse trouvent leur fondement dans le Titre final du Code civil suisse: «*Ces normes déterminent si l'ancien droit, abrogé, ou le nouveau droit, entré en vigueur, s'applique à un état de fait concret*<sup>2905</sup>.» L'on y trouve des principes généraux, lesquels désignent la solution applicable à défaut d'autres règles plus précises dans la partie spéciale de ce titre ou d'autres textes légaux *ad hoc*<sup>2906</sup>.

---

<sup>2903</sup> PIOTET, *Résistance de la copropriété pro diviso*, p. 378 s. et 381.

<sup>2904</sup> Tel est particulièrement le cas des *condominium pro diviso* dans la mitoyenneté. Voir PIOTET, *La résistance de la copropriété pro diviso*, p. 367 ss; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 876.

<sup>2905</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 45 *ad* art. 1-4 Tit. fin.

<sup>2906</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 6 et 46 *ad* art. 1-4 Tit. fin.



Les règles du Titre final visent – à l'origine et en particulier pour notre étude – à résoudre les conflits entre les anciens droits cantonaux et la codification fédérale du droit privé<sup>2907</sup>. Elles n'ont cependant pas vocation à régir les conflits propres au droit cantonal: l'arbitrage entre l'ancien et le nouveau droit cantonal – en particulier dans les cantons qui ont codifié leur droit privé avant la codification fédérale – ressortit exclusivement au droit cantonal<sup>2908</sup>.

Contrairement au principe du droit international privé, le renvoi est admis en droit intertemporel, si bien que si le code fédéral renvoie au droit cantonal et que le code cantonal en vigueur jusqu'en 1912 renvoie lui-même au droit coutumier, c'est bien ce dernier droit qui s'appliquera<sup>2909</sup>. Pour le surplus, nous venons d'en parcourir l'histoire. Dans cette mesure, ce que nous avons pu observer de ces droits cantonaux dans nos lignes précédentes demeure donc valable.

Réciproquement, les règles cantonales n'ont pas d'emprise sur le droit privé, exclusivement réservé à la compétence de la Confédération (art. 120 Cst. féd.), sauf en quelques matières où une réserve habilitante existe; c'est en particulier le cas en droit civil cantonal de voisinage<sup>2910</sup> ou en ce qui concerne les sociétés d'*Allmends*<sup>2911</sup>, nous y reviendrons. Il est également intéressant de noter d'emblée que les dispositions du droit transitoire concernant les droits réels sont, en raison de leur longévité, les plus importantes en pratique<sup>2912</sup>.

Soulignons que ne sont pertinentes pour la suite de notre étude que les institutions juridiques créées sous l'égide des anciens droits cantonaux avant l'entrée en vigueur de la codification fédérale et qui perdurent depuis lors. Il s'agit donc techniquement de *negotia pendencia*, c'est-à-dire de «*rappports qui ont débuté avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, qui ont généré un droit acquis sous l'empire de l'ancien droit et qui existent toujours après le changement de loi*<sup>2913</sup>», par opposition – en notre matière – aux droits réels disparus avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (*negotia praeterita*), ceux créés après l'entrée en vigueur de cette dernière, qu'ils aient été envisagés

<sup>2907</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 10 et 44 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2908</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 18 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2909</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 97 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2910</sup> Voir *Circulaire du Conseil fédéral*, FF 1908 IV 635, p. 655. CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 20 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 6 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2911</sup> Voir *Circulaire du Conseil fédéral*, FF 1908 IV 635, p. 647. Cf. *infra* p. 466 ss.

<sup>2912</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 481.

<sup>2913</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 89 *ad art.* 1-4 Tit. fin. Pour BSK ZGB II-VISCHER (n° 6 *ad art.* 1 Tit. fin.), la définition est identique: «[...] *Rechtsverhältnisse, die vor dem formellen Inkrafttreten des neuen Rechts begründet worden sind und in diesem Zeitpunkt noch bestehen und, soweit das intertemporale Recht das materielle Fortbestehen der alten Rechtsordnung vorsieht, nach jenem Zeitpunkt noch weiter existieren.*» Voir déjà VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 36. Voir aussi l'arrêt du TF, 4A\_6/2009, consid. 2.5.2.

antérieurement (*negotia « suspensia »*) ou postérieurement (*negotia futura*) au changement de loi<sup>2914</sup>.

Nous commencerons par examiner les principes généraux du droit transitoire en matière de droit des biens (A). Puis, nous examinerons le régime applicable aux institutions anciennes qui peuvent être assimilées aux modernes (B) et celui applicable à celles qui ne peuvent l'être (C). Suivra, après ces développements, une analyse du cadre juridique entourant les sociétés d'*Allmends* (D), lequel ne dépend toutefois pas du droit transitoire, nous venons de le souligner.

## A. Les principes généraux du droit transitoire en matière de droit des biens

### 1. Les fondements des articles 1<sup>er</sup> à 4 Tit. fin. CC

§ 1. En droit privé suisse, le principe général du droit transitoire est celui de la non-rétroactivité du nouveau droit (art. 1 Tit. fin. CC)<sup>2915</sup>. Des exceptions de plusieurs sortes existent cependant et permettent une rétroactivité improprement dite: l'existence de règles nouvelles établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs (art. 2 Tit. fin. CC), les situations qui ne dépendent pas de la volonté des sujets de droit (art. 3 Tit. fin. CC) ou encore l'absence de droits acquis (art. 4 Tit. fin. CC). Le principe général de la non-rétroactivité doit donc toujours être mis en relation avec ces exceptions, qui viennent en tempérer la portée<sup>2916</sup>. SAVIGNY préconisait d'ailleurs une approche inverse, privilégiant l'application immédiate de la loi nouvelle<sup>2917</sup>. Ce n'est toutefois pas l'option choisie par le législateur suisse.

Quoi qu'il en soit, et si le principe général de la non-rétroactivité peut paraître aller de soi, son application sans nuance au domaine du droit des biens – dont la longévité des institutions est particulièrement importante – aurait pour conséquence de retarder la mise en application de la nouvelle législation de manière inutile<sup>2918</sup>. Aussi, n'est-il pas envisageable, à l'instar de ce qui se fait en droit des contrats (lesquels ont un « cycle de vie » bien plus court), de maintenir sous l'ancien droit l'ensemble des situations établies sous son empire. En droit des biens l'intérêt de l'ordre public à assurer une

---

<sup>2914</sup> Voir, à propos de ces diverses catégories, BSK ZGB II-VISCHER, n° 6 *ad* art. 1 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 86 *ss ad* art. 1-4 Tit. fin.; VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 36.

<sup>2915</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 12 *ad* art. 1 Tit. fin.

<sup>2916</sup> Ce que BSK ZGB II-VISCHER (n° 14 *ad* art. 1 Tit. fin.) résume par la règle de la « non-rétroactivité au sens objectif et au sens subjectif » (« *Regel der Nichtrückwirkung in der objektiven und subjektiven Fassung* »).

<sup>2917</sup> Voir aussi BK ZGB-MUTZNER, n° 1 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2918</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad* art. 17 Tit. fin.

application aussi immédiate que possible de la nouvelle législation revêt ainsi une force particulièrement prégnante, qui le rend en principe prépondérant.

À cela s'opposent toutefois les garanties constitutionnelles d'égalité, de bonne foi et d'absence d'arbitraire, ainsi que la garantie de la propriété (art. 26 Cst. féd.) et la liberté économique (art. 27 Cst. féd.) qui permettent de protéger la libre volonté des personnes<sup>2919</sup>. Cette protection constitutionnelle des «droits acquis» a donc également dû être prise en compte par le législateur du Code civil. Il n'est dès lors pas surprenant que les dispositions générales du droit transitoire du Code civil constituent du droit public matériel et soient pratiquement de rang constitutionnel, dans la mesure où elles concrétisent les garanties sus-évoquées<sup>2920</sup>. En conséquence, et bien que la volonté de HUBER soit à la liquidation aussi rapide que possible des anciennes institutions du droit des biens<sup>2921</sup>, les «droits acquis» viennent en contrepoids assurer la préservation des positions juridiques effectivement acquises avant l'entrée en vigueur du Code civil.

Le droit transitoire du Code civil s'apparente ainsi à une synthèse entre la doctrine de SAVIGNY et la théorie des droits acquis<sup>2922</sup>. Il nous faut nous attarder quelque peu sur ces derniers.

§ 2. C'est effectivement le principe cardinal de la garantie des «droits acquis»<sup>2923</sup>, que nous avons en réalité déjà examiné en détail dans notre partie préliminaire à laquelle nous renvoyons pour le surplus<sup>2924</sup>, qui permet de maintenir les institutions du droit

<sup>2919</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 2 ad art. 1 Tit. fin.

<sup>2920</sup> ATF 144 III 285, consid. 3.3. BSK ZGB II-VISCHER, n° 2 ad art. 1 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 9 ad art. 1-4 Tit. fin.

<sup>2921</sup> HUBER, *System und Geschichte III*, p. 241 («Die Gesetze erwähnen diese Verhältnisse dabei regelmässig als eine aus früherer Zeit übernommene lästige Erbschaft, die möglichst rasch liquidiert werden sollte.»). Voir aussi BK ZGB-MUTZNER, n° 83 ad art. 17 Tit. fin. («Gewiss sind alle unter SchlT Art. 17 III fallenden Rechtsverhältnisse eine lästige Erbschaft aus früherer Zeit, deren man sich gerne so rasch als möglich entledigen möchte. Aber der schweizerische Gesetzgeber ist, wie wiederholt hervorgehoben wurde [...], eine andern Überlegung gefolgt. Er hat gefunden, dass die natürliche Entwicklung des Rechts durch die weitere Duldung dieser spärlichen Zeugen der Vergangenheit nicht ernstlich gehemmt werde [...] und dass sich deshalb deren Beseitigung von Bundes wegen nicht rechtfertige [...].»).

<sup>2922</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 80 in fine ad art. 1-4 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 437 ss.

<sup>2923</sup> «Gemäss Art. 17 Abs. 1 SchlT gelten dingliche Rechte, die unter der vor dem Inkrafttreten des ZGB geltenden Privatrechtsordnung entstanden sind, grundsätzlich als erworbene Rechte; diese Rechte werden daher – als Ausfluss der Verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie [...] – in ihrem Bestand anerkannt und bestehen somit auch nach dem Inkrafttreten des ZGB weiter.»: BSK ZGB II-ZOGG, n° 11 ad art. 17 Tit. fin. Voir aussi BSK ZGB II-SCHMID, n° 1a ad art. 44 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 481 («Gerade im Sachenrecht tritt daher das Rückwirkungsverbot im engsten Zusammenhang mit dem Schutz der erworbenen Rechte als Grundmaxime der zeitlichen Kollisionsnorm hervor.»). Arrêt du TF, 2P.256/2003., consid. 3.

<sup>2924</sup> Cf. *supra* p. 15 s.

des biens créés avant la codification fédérale au-delà de son entrée en vigueur<sup>2925</sup>. Le lien entre ces droits acquis et la liberté individuelle est ainsi très fort<sup>2926</sup>.

Quant à la dimension historique de cette notion, la doctrine allemande est celle déterminante. Le concept théorique des « droits acquis » est en effet discuté depuis la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2927</sup>. Comme nous avons pu l'observer dans notre seconde partie, le nouveau droit des biens repose sur une vision libérale de la société fondée sur des libertés fondamentales, au rang desquelles la garantie de la propriété tient une place importante. Cependant, à l'époque de la codification française, l'élan révolutionnaire fait peu de cas des « droits acquis » et de leurs titulaires. Ce n'est que progressivement (quoique déjà l'époque napoléonienne s'attache à rassurer les propriétaires de toutes sortes de la stabilité de leur position) que l'argument libéral des droits fondamentaux sert de soutien à l'aristocratie en Autriche, dans les États allemands, ainsi qu'en Suisse – nous l'avons vu dans ces différentes juridictions notamment en lien avec le sort des fidéicommiss de famille. En parallèle de la notion de droit subjectif dont la forme se précise et dont l'emprise s'étend désormais à tout le continent, les droits acquis deviennent également incontournables<sup>2928</sup>.

Pour la doctrine helvétique, comme pour la doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2929</sup>, « [I] a notion de droit acquis est ambiguë et, par conséquent, controversée<sup>2930</sup>. » Elle n'a jamais été établie de manière univoque par la jurisprudence du Tribunal fédéral ou la doctrine<sup>2931</sup>. Cependant, « [...] le souci constant de la jurisprudence est de maintenir une situation préexistant à la modification de la loi à chaque fois que le ou les titulaires d'un rapport de droit ont placé, de manière justifiée, leur confiance dans la stabilité de l'ordre juridique; cela est toujours le cas en présence d'un droit privé subjectif substantiel<sup>2932</sup>. »

Dans la catégorie des droits acquis, « [la doctrine et la jurisprudence] regroupent, d'une part, les droits dits anciens ou immémoriaux, comme des droits de propriété

---

<sup>2925</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 91 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 9 *ad art.* 17 Tit. fin. (« *Ist dies jedoch der Fall* [l'institution ancienne a été valablement créée aux conditions de l'ancien droit], *so wird es unter allen Umständen geschützt.* »).

<sup>2926</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 481.

<sup>2927</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 80 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2928</sup> Voir aussi CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 80 *ad art.* 1-4 Tit. fin. et les références; VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 53 ss (lequel passe en revue tous les auteurs pertinents). Voir, en particulier, AFFOLTER, p. 54 ss; LASSALLE, p. 53 ss et 85 ss.

<sup>2929</sup> VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 53 ss.

<sup>2930</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 906.

<sup>2931</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 140 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 906.

<sup>2932</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 140 *ad art.* 1-4 Tit. fin. Dans le même sens, BSK ZGB II-VISCHER, n° 15 s. *ad art.* 1 Tit. fin.

sur des glaciers ou sur des lacs, des droits d'usage d'eaux publiques, des droits de chasse, des droits de pêche, des droits d'encrannes, des droits de taverne, et, d'autre part, certains droits de nature contractuelle ou quasicontractuelle, comme des droits découlant de concessions ou encore certaines prétentions pécuniaires des fonctionnaires<sup>2933</sup>.» Le «cas typique de droit acquis au sens du droit transitoire» est le droit réel<sup>2934</sup>. MOOR/POLTIER parlent d'«un collectif disparate de situations qui jouissent d'une stabilité particulière<sup>2935</sup>.» VISCHER donne la définition suivante des droits acquis: «Rechtsverhältnis [...], das auf einem Rechtsgeschäft beruht, sich also als rechtsgeschäftliche Rechtsposition charakterisiert<sup>2936</sup>.» Il s'agit donc de «positions de confiance» («Vertrauenspositionen»)<sup>2937</sup>, ce qui est particulièrement vrai des *negotia pendentia*<sup>2938</sup>.

Un droit subjectif procédural n'est pas suffisant, il faut un droit subjectif substantiel<sup>2939</sup>. En effet, «[I]orsque la loi confère un droit d'action sans correspondant sur le plan du droit matériel, il ne peut y avoir droit acquis au changement de loi, le droit acquis s'identifiant au droit privé subjectif matériel<sup>2940</sup>.»

Par rapport aux ordres juridiques objectifs, qui ne connaissent pas la notion de droit subjectif, il convient de faire preuve d'une certaine souplesse pour assimiler autant que possible les institutions de l'ancien droit à des droits acquis. En effet, au-delà des différences, «[l']analogie du droit acquis avec un droit de propriété existant sous l'ancien droit [...] est particulièrement évidente<sup>2941</sup>.»

La notion de droits acquis de l'article 4 Tit. fin. CC se caractérise également par son opposition au champ d'application de l'article 3 Tit. fin. CC. La distinction entre les deux normes dépend du rôle que tient la volonté des parties dans les effets juridiques en cause: si cette volonté y prend une place, alors l'article 4 Tit. fin. CC trouve seul application (l'on parle alors de «*Handlungen*» en allemand<sup>2942</sup>)<sup>2943</sup>.

<sup>2933</sup> ATF 117 Ia 35, consid. 2. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER, n° 906.

<sup>2934</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 120 *ad* art. 1-4 Tit. fin.

<sup>2935</sup> MOOR/POLTIER, p. 19 ss.

<sup>2936</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 1 *ad* art. 3 Tit. fin.

<sup>2937</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 5 s. *ad* art. 3 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 52, 91 *ad* art. 1-4 Tit. fin.

<sup>2938</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 6 *ad* art. 2 Tit. fin.

<sup>2939</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 23 et 127 *ad* art. 1-4 Tit. fin.

<sup>2940</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 117 *ad* art. 1-4 Tit. fin.

<sup>2941</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 32 et 99 ss *ad* art. 1-4 Tit. fin. Voir aussi CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2942</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 5 *ad* art. 1 Tit. fin.

<sup>2943</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 83 et 99 s. *ad* art. 1-4 Tit. fin.

Comme le suggère l'énumération citée ci-dessus, il existe également des droits acquis de nature publique: «*Il arrive que le Tribunal fédéral recoure à des notions de droit privé ou de droit privé transitoire pour des acquis historiques publics ou encore en matière de prétenion en responsabilité de droit public matériel, comme en général face à toute créance de droit public d'ailleurs*<sup>2944</sup>.» Nous avons constaté plus haut que la séparation entre le droit privé et le droit public s'amorce très tôt et progresse de manière graduelle jusqu'à transformer la féodalité en une institution purement civile<sup>2945</sup>. Cela ne s'étend toutefois pas à toutes les institutions. Certaines prérogatives entre les mains de particuliers ressortent à d'anciennes institutions juridiques qui n'ont pas perdu leur rattachement, partiel ou complet, au droit public. Tel est par exemple le cas, de manière variable selon les régions, des différentes formes de sociétés d'*Allmends*<sup>2946</sup>.

§ 3. Même en présence d'un droit acquis, l'absence de rétroactivité improprement dite (savoir le maintien de l'application du droit ancien au-delà de l'entrée en vigueur du Code civil) reste conditionnelle au respect de l'ordre public et des mœurs, telles que ces notions sont conçues par l'article 2, alinéa 2, Tit. fin. CC<sup>2947</sup>: «*En conséquence, ne peuvent plus, dès l'entrée en vigueur du code civil, recevoir aucune application les règles de l'ancien droit qui, d'après le droit nouveau, sont contraires à l'ordre public ou aux mœurs.*» Nous avons déjà expliqué la force particulière que revêt l'intérêt public à l'application immédiate du nouveau droit. Ici, il s'agit d'une notion quelque peu différente.

L'explicitation de la notion d'ordre public en cas de conflit de lois passe par une explication transversale couvrant le droit transitoire et le droit international privé: «*La notion d'ordre public est d'abord connue en droit international privé sous deux aspects: l'ordre public négatif, notion restrictive consacrée à l'art. 17 LDIP, écartant l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit qui s'avérerait concrètement inconciliable avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse; l'ordre public positif, ou lois d'application immédiate, visant les lois territoriales impératives de l'ordre juridique susceptibles d'écartier l'application de la loi civile étrangère désignée sur un point ou un autre (LDIP 18). Le but d'intérêt public ou général de la loi impérative suffit alors à légitimer cette restriction, l'interprétation de la notion d'ordre public pouvant alors être considérée comme extensive (LDIP 18). L'art. 2 Tit. fin. CC, dont les fondements sont plus anciens et à l'origine des deux notions précitées du*

---

<sup>2944</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 32 et 99 ss *ad art.* 1-4 Tit. fin. Voir aussi CR CC II-PIOTET, n° 4 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2945</sup> Cf. *supra* p. 249 ss.

<sup>2946</sup> Cf. *infra* p. 466 ss. Voir aussi en particulier, PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 287 ss.

<sup>2947</sup> BK ZGB-VISCHER, n° 1 s. *ad art.* 2 Tit. fin.; BSK ZGB II-ZOGG, n° 12 *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 127 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

*droit interspatial et dont le fondement remonte aux <ProhibitionsGesetze>, constitue une notion générale, intermédiaire entre celle des art. 17 et 18 LDIP. La loi peut être d'intérêt public au sens de l'art. 2 Tit. fin. CC alors même qu'elle ne touche pas aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique, mais toute loi impérative dictée par un intérêt général ou public n'est pas nécessairement d'ordre public*<sup>2948</sup>.»

Cette approche mesurée du droit transitoire conduit à devoir analyser *in concreto* chaque situation pour en vérifier la compatibilité avec l'ordre public<sup>2949</sup>. Si bien qu'une contradiction de l'ancien droit avec les règles impératives du nouveau ne suffit évidemment pas à admettre une atteinte à l'ordre public<sup>2950</sup>; l'absence d'un équivalent fonctionnel à une ancienne institution dans le nouveau droit ne fait pas obstacle au maintien des droits acquis qui en découlent<sup>2951</sup>. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral remet néanmoins sérieusement en cause la garantie des droits acquis en tempérant l'opposabilité de ces droits face à la collectivité publique<sup>2952</sup>, ce qui lui vaut des critiques justifiées de la doctrine<sup>2953</sup>: «[...] la collectivité publique ne peut [...] dissocier, comme le fait le consid. 6 de l'arrêt fédéral, entre l'effet [par exemple d'une] servitude privée envers les tiers, et ses effets à l'égard de la seule collectivité publique. Il ne peut être question d'une servitude perpétuelle à l'égard des tiers et d'une concession limitée dans le temps à l'égard de la seule collectivité publique<sup>2954</sup>.»

<sup>2948</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 128 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2949</sup> «*Ein altrechtliches Institut ist nur dann ordre-public-widrig, <wenn die nach der alten Rechtsordnung eintretende rechtswirkung im konkreten Fall nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechen würde.*»: BSK ZGB II-ZOGG, n° 3 *ad art.* 17 Tit. fin. Cet auteur suit la jurisprudence: ATF 84 II 179, consid. 3c; ATF 100 II 105, consid. 2; ATF 133 III 105, consid. 2.1.4.

<sup>2950</sup> BK ZGB-VISCHER, n° 4 *ad art.* 2 Tit. fin.; BSK ZGB II-ZOGG, n° 3 *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 102 *ad art.* 1-4 Tit. fin. Voir, en ce sens, OTHENIN-GIRARD, p. 1266.

<sup>2951</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 11 *ad art.* 17 Tit. fin. BK ZGB-MUTZNER (n° 83 *ss ad art.* 17 Tit. fin.) juge ainsi erronée la décision du Tribunal fédéral qui déclare éteinte une institution contraire au droit positif en raison de simples buts de politique économique: ATF 49 II 330, consid. 3.

<sup>2952</sup> ATF 145 II 140, consid. 6.

<sup>2953</sup> Voir surtout PIOTET, *Une jurisprudence anticonstitutionnelle?*, p. 455 *ss* (spécialement p. 359 *ss*). Voir également SCHREIBER, p. 95 *ss* (qui, tout en relevant que l'avenir des droits immémoriaux à la force hydraulique est une question politique, reconnaît en p. 103 que le Tribunal fédéral va à l'encontre de la volonté du législateur). D'un avis favorable à la nouvelle jurisprudence, voir BUETLER, p. 540 *ss*. Cet auteur souhaite l'abolition des droits immémoriaux qu'il considère comme un privilège choquant («*stossende*») qui devrait être révolu. Son argumentaire politique s'appuie sur le principe de la confiance, sans même évoquer la garantie de la propriété. Il va de soi que l'analyse juridique est partant incomplète et donc erronée. Comme nous l'avons vu à d'autres époques, des arguments politiques sont érigés en justifications à une atteinte à la garantie de la propriété privée. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLUECKIGER (n° 906 et 908) reprennent, sans critique, l'arrêt en cause en précisant tout généralement: «*Le caractère nécessairement relatif de la protection constitutionnelle de la propriété a pour effet que plus rien, en cette matière, n'est vraiment acquis.*»

<sup>2954</sup> PIOTET, *Une jurisprudence anticonstitutionnelle?*, p. 459 *in fine*.

Au contraire, la condition requise est particulièrement exigeante, puisqu'une contradiction effective à l'ordre public ou aux bonnes mœurs est nécessaire<sup>2955</sup>. En outre, dans la mesure où une disposition spéciale (en notre matière, l'article 17 Tit. fin. CC, nous le verrons) désigne l'ancien droit comme étant celui applicable, « *seule une application particulièrement étroite de la notion de règle d'ordre public*<sup>2956</sup> » permet d'y déroger. Par ailleurs, l'importance pratique de la clause de l'ordre public est d'autant réduite que l'application immédiate du droit positif est l'un des principes du droit transitoire suisse<sup>2957</sup>.

Les critères permettant d'attribuer à une règle du droit positif un caractère d'ordre public sont multiples<sup>2958</sup> et se déterminent sur la base des normes impératives du nouveau droit<sup>2959</sup>.

Si la pesée des intérêts particulière à l'article 2 Tit. fin. CC penche pour « *l'intérêt public ou général à l'application de la loi nouvelle dès son entrée en vigueur* » face aux principes de la non-rétroactivité et du respect des droits acquis, cette disposition fait alors obstacle à l'application de la loi ancienne et constitue donc une restriction aux droits acquis en cause<sup>2960</sup>. Ce raisonnement de droit législatif doit, il n'est pas inutile de le rappeler<sup>2961</sup>, être conforme aux garanties constitutionnelles.

Nous étudierons plus loin le statut des fidécourmis de famille, mais nous pouvons déjà souligner que leur prohibition par le droit positif (art. 335 al. 2 CC) n'est pas d'ordre public – que l'on se place en droit transitoire ou en droit international privé – en 1912 déjà et *a fortiori* de nos jours<sup>2962</sup>.

---

<sup>2955</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 139 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 84 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2956</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 46 *in fine*, note n° 124 *ad art.* 1-4 Tit. fin. L'article 17 Tit. fin. CC est expressément donné en exemple par ces auteurs. Voir aussi CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 131 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 26 *ad art.* 2 Tit. fin.

<sup>2957</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 494 s., note n° 43.

<sup>2958</sup> BK ZGB-VISCHER, n° 3 *ad art.* 2 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 131 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2959</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 131 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>2960</sup> BK ZGB-VISCHER, n° 3 et 4a *ad art.* 2 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 129 *ad art.* 1-4 Tit. fin. et les références citées.

<sup>2961</sup> Voir PIOTET, *Une jurisprudence anticonstitutionnelle ?*, p. 455 ss (à propos de l'ATF 145 II 140).

<sup>2962</sup> Ainsi, OTHENIN-GIRARD (p. 1268) écrit en 2010: « *En droit matériel, l'article 335 CC est peut-être en sursis, les conceptions sur lesquelles cette disposition repose étant jugées dépassées par le Conseil fédéral et notre Haute Cour.* » Voyez plutôt les propos tenus par le Tribunal fédéral dans l'ATF 135 III 614, consid. 4.3.3 (bien connu des praticiens): « *L'on doit tirer de cette mise en perspective que si le législateur a autorisé la persistance des fidécourmis de famille qui existaient avant l'entrée en vigueur du Code civil, c'est bien parce qu'il estimait que cette institution ne heurtait pas de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit prévalant en Suisse. En outre, les considérations sur la base desquelles a été introduit l'art. 335 al. 2 CC, qui sont d'une part morales, voire puritaines (il s'agissait de combattre l'oisiveté)* »



Il faut toujours avoir cette limite à l'esprit lorsque l'on examine des normes de conflit de lois<sup>2963</sup>.

§ 4. Nous avons ainsi parcouru les principes généraux du droit transitoire du Code civil. Par anticipation, nous les avons présentés et articulés de manière conforme aux règles spéciales régissant la matière des droits réels. Ainsi, en principe l'application immédiate du nouveau droit s'impose, sauf en présence d'un droit acquis; auquel cas l'ancien droit peut conserver un champ d'application, pour autant que des considérations d'ordre public ne s'y opposent pas.

Voilà le schéma général applicable en matière de droits réels. Étudions à présent le détail.

## 2. Les deux étapes de la qualification de « droits réels » au sens de l'article 17 Tit. fin. CC

§ 1. Pour les matières qui se rapportent au quatrième livre du Code civil, savoir les droits réels<sup>2964</sup>, les principes du droit transitoire figurent à l'article 17 Tit. fin. CC<sup>2965</sup> et sont complétés, pour ce qui concerne la publicité des droits réels, par les articles 43 à 45 Tit. fin. CC. Ces dispositions spéciales prennent le pas sur le système général du droit transitoire exposé aux articles 1 à 4 Tit. fin. CC<sup>2966</sup>. Ces derniers ne tiennent donc qu'un rôle subsidiaire, limité aux hypothèses dans lesquelles les dispositions spéciales ne sont pas exhaustives, et font ainsi office d'aide à l'interprétation<sup>2967</sup>. À ce propos, notons que les principes matériels des droits réels (principe de publicité,

---

*et, d'autre part économiques (il s'agissait d'empêcher la prolifération de biens de mainmorte), sont aujourd'hui dépassées [...]. En effet, à l'époque actuelle, c'est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse; autrement dit, le combat contre l'oisiveté n'a plus rien à voir avec la sauvegarde d'intérêts supérieurs.»* Message CLaH85, FF 2005 561, p. 575. Dans le même sens, OTHENIN-GIRARD, p. 1266 s. CR CC I-PIOTET, n° 33 *ad art.* 335; BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 17 *ad art.* 335; Oger ZH RSJ 1986 245; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 9 *ad art.* 154; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, n° 208 s. *ad Introduction aux art.* 149a-e. *Contra* BUCHER, *Droit international privé suisse. Tome II*, n° 987.

<sup>2963</sup> ATF 131 I 321; ATF 100 II 105, ATF 49 II 330, consid. 3. BSK ZGB II-ZOGG, n° 20 *ad art.* 17 Tit. fin.; BSK ZGB II-ZOGG, n° 20 *ad art.* 17 Tit. fin. (qui tient l'art. 788 comme ressortant à l'ordre public, de la même façon que l'art. 27 CC).

<sup>2964</sup> «[...] *die Beherrschung körperlicher Sachen durch – natürliche oder juristische – Personen.*»: BSK ZGB II-ZOGG, n° 4 *ad art.* 17 Tit. fin.; REY, n° 1.

<sup>2965</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 4 *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 1 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2966</sup> Les solutions offertes par les deux corps de règles sont toutefois, en notre matière, sensiblement similaires. Voir ATF 40 II 211, consid. 2. Voir aussi BSK ZGB II-VISCHER, n° 2 *ad art.* 1 Tit. fin.; BSK ZGB II-ZOGG, n° 6 et 10 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 1 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2967</sup> Arrêt du TF, 5A\_841/2017, consid. 5.6; ATF 116 II 63. BSK ZGB II-VISCHER, n° 2 *ad art.* 1 Tit. fin.; BSK ZGB II-ZOGG, n° 1 s. *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 46 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 26 s.

principe de l'accession, etc.) ne peuvent être utilisés à des fins d'interprétation et de comblement des lacunes du droit transitoire que de manière très retenue<sup>2968</sup>.

§ 2. L'application des dispositions du Titre final consacrées aux droits réels suppose un travail préalable de qualification des institutions juridiques anciennes qui permet de les rattacher à la catégorie générique des «droits réels» au sens que donne le Code civil à cette notion. Si ce processus de qualification échoue, il faut alors se reporter à d'autres dispositions transitoires. Pour les institutions qui nous occupent, le cas peut se présenter lorsqu'il est question de communaux, pour lesquels un rattachement au droit des personnes morales peut se concevoir (art. 59 al. 3 CC)<sup>2969</sup> – nous y reviendrons<sup>2970</sup>.

Les principes guidant ce processus de qualification sont les mêmes pour l'ensemble des différentes hypothèses de l'article 17 Tit. fin. CC<sup>2971</sup>, de même que d'ailleurs pour le processus de qualification applicable en droit international privé, comme nous le verrons plus loin.

Ce travail de qualification et de rattachement d'une situation à la matière du droit des biens, c'est-à-dire des droits réels, doit se faire à partir des notions du droit positif<sup>2972</sup>. Autrement dit, le champ d'application de l'article 17 Tit. fin. CC dépend exclusivement des notions du nouveau droit fédéral<sup>2973</sup>. La notion déterminante pour les normes de conflits du titre final est donc en notre matière celle de droits (subjectifs) réels tel que l'entend le

---

<sup>2968</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 3 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2969</sup> Voir, par exemple, PIOTET, *Cabanes d'alpages*, p. 333 s.

<sup>2970</sup> Cf. *infra* p. 466 ss.

<sup>2971</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 77 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2972</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 5 *ad art.* 17 Tit. fin.; BSK ZGB II-SCHMID, n° 5 *in fine ad art.* 45 Tit. fin. («*Ob ein Rechtsverhältnis als dingliches Recht zu betrachten ist, beurteilt sich nicht aufgrund der Umschreibung, die sich aus dem alten Kant. Recht ergibt. Diese Frage ist nach den allg. Grundsätzen des neuen Rechts zu beurteilen.*»); BROGGINI, *Traité*, p. 484; BK ZGB-MUTZNER, n° 2 *ad art.* 17 Tit. fin. («*Die Frage, was unter einem dinglichen Recht zu verstehen ist und daher gemäss Schl. Art. 17 auch unter der Herrschaft des neuen Rechts anerkannt wird, ist nach den heute geltenden Grundsätzen über die Nature der dinglichen Rechte zu beurteilen.*»); BROGGINI, *Traité*, p. 484 («*Auch im Rahmen der intertemporalen Rechtslehre gilt die traditionelle Auffassung der Qualifikation nach heutigem Recht (nach der lex temporis iudicii) als herrschend.*»). *Contra* ATF 49 II 330, consid. 2.

<sup>2973</sup> «*Es ist demnach bei der Frage der Anwendbarkeit der in Schl. Art. 17 enthaltenen Rechtsregel zunächst zu prüfen, ob der unter dem frühern Recht begründeten Befugnis der Charakter eines solchen Herrschaftsrechts zukommt [...]*»: BK ZGB-MUTZNER, n° 4 *ad art.* 17 Tit. fin. «*Ob dagegen ein Rechtsverhältnis ein dingliches sei, ist nach den bereits erwähnten Qualifikationsgrundsätzen (Ausgehen vom heute geltenden Recht, aber immer im Bemühen, die funktionell entsprechenden Institute einzuziehen) zu beurteilen. Jedoch muss sich die Operation des Interpretieren bemühen, durch eine funktionelle Vergleichung von altem und neuem Recht die Institute und Begriffe des alten Rechts – in einzelnen Fällen sogar durch die Bildung von neuen, allgemeingültigeren, beide Rechte umspannenden Begriffen – in die neue Rechtsordnung sinnvoll einzubeziehen*»: BROGGINI, *Traité*, p. 484.

droit positif. À l'évidence, cette notion englobe tant la propriété que les autres droits réels restreints<sup>2974</sup>. Il s'agit donc de comparer les exigences du droit positif suisse, d'une part, et la nature juridique de l'institution historique, d'autre part<sup>2975</sup>, et d'établir si la qualification est possible. Du point de vue de l'observateur juridique suisse, l'institution de l'ancien droit prise pour elle-même doit ainsi apparaître comme étant une forme de «droit réel» au sens générique du terme, sans qu'il soit nécessaire que l'institution se rattache à un type précis de droit qui entre dans la prévision du *numerus clausus* des droits réels: elle peut parfaitement qualifier de droit réel, tout en ne se rattachant à aucune institution du droit moderne proprement dite. Nous verrons que cet éventuel rattachement à l'un des types de droit du *numerus clausus* se pose dans une seconde étape.

Ainsi, par exemple, la question de droits d'emption, préemption et réméré peut être délicate: le critère essentiel étant de savoir si un effet absolu («*absolute Wirkung*») existe<sup>2976</sup>.

Plus concrètement, cela signifie que l'article 17 Tit. fin. CC ne s'applique donc qu'aux droits de maîtrise sur des choses corporelles par des sujets de droit («*Beherrschung körperlicher Sachen durch Personen*<sup>2977</sup>»). *A contrario*, cette disposition ne s'applique donc pas lorsqu'aucune chose corporelle est en jeu. Il convient de préciser que la définition juridique de choses en tant qu'objets des droits réels, n'entre pas elle-même dans le champ d'application de l'article. 17 Tit. fin. CC, mais dépend exclusivement du droit positif<sup>2978</sup>. En conséquence, les rapports juridiques en lien avec des

<sup>2974</sup> Voir, par exemple, BROGGINI, *Traité*, p. 489 ss.

<sup>2975</sup> «*Es ist jedoch – ähnlich wie bei IPR-Fragen – die Qualifikation nicht ausschliesslich anhand heute geltender formal-begrifflicher Gesichtspunkte vorzunehmen [...], sondern ist ein in Frage stehendes altrechtliches Institut mit Bezug auf dessen wesentliche Merkmale funktionell zu qualifizieren und insofern mit Blick auf seine funktionelle Entsprechung mit neuerechtlich bekannten Kategorien zu vergleichen. Daraus ergibt sich m.E. [...], dass die Frage, ob ein bei Inkrafttreten des ZGB nach. kant. Altrecht bestehendes Recht ein <dingliches> i.S.v. Art. 17 ff. SchlT ist, danach zu beurteilen ist, ob die jeweiligen Charakteristika des in Frage stehenden Rechts, wie sie unter kant. Altrecht definiert waren, dem neuerechtlich geprägten Qualifikationsbegriff des <dinglichen Rechts> genügen.*»: BSK ZGB II-ZOGG, n° 5 ad art. 17 Tit. fin. Voir aussi ATF 49 II 330, consid. 2; ATF 50 II 338. CR CC II-PIOTET, n° 7 ad art. 17 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 482 et 484.

<sup>2976</sup> ATF 49 II 330, consid. 2 et 3 (*Zugrecht*); ATF 116 II 63; ATF 126 III 421, consid. 3c. BSK ZGB II-ZOGG, n° 6 ad art. 17 Tit. fin.; KOLLER Alfred, *Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR, altrechtliche Kaufs- und Vorkaufsrechte unter neuem Recht*, in: ZBGR 2000, p. 290.

<sup>2977</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 5 ad art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 4 ad art. 17 Tit. fin. («*Es ist demnach bei der Frage der Anwendbarkeit der in Schl Art. 17 enthaltenen Rechtsregel zunächst zu prüfen, [...] ob das beherrschte Objekt eine Sache im Rechtssinne ist.*»). ZOGG précise encore au même endroit: «*[...], d.h. wenn Erwerb, Bestand, Untergang, Inhalt oder Wirkung eines dinglichen Rechts in Frage steht.*»

<sup>2978</sup> ATF 10, p. 253, consid. 2 s. (déjà sous le régime du Code fédéral des obligations); BSK ZGB II-ZOGG, n° 15a ad art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 5 s. et 48 s. ad art. 17 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 485; BK-MEIER-HAYOZ, n° 83 s. ad art. 642 CC.

choses que le droit positif ne reconnaît plus comme des objets de droit ne peuvent plus porter sur ces dits objets, mais uniquement sur les choses reconnues par le nouveau droit<sup>2979</sup>.

Concrètement, si une chose de l'ancien droit, constitue en droit positif une partie seulement d'une chose (par exemple, par le principe de l'accession), alors l'institution – par ailleurs compatible ou non avec le *numerus clausus* – porte désormais sur l'ensemble de la chose<sup>2980</sup>. Les prérogatives concrètes du titulaire demeurent néanmoins limitées – comme avant 1912 – à la chose originelle; il n'y a ainsi pas de changement<sup>2981</sup>. Aussi, une divergence dans la notion de chose entre l'ancien et le nouveau droit ne se pose pas en obstacle au maintien de l'ancienne institution<sup>2982</sup>.

Quant au droit subjectif lui-même, la notion actuelle de droit réel est rendue de manière quasi-uniforme par la doctrine suisse: «*Danach versteht man unter einem dinglichen oder Sachenrecht ein Recht, das sich unmittelbar gegen eine Sache richtet und an dieser eine, wenn vielleicht auch sehr beschränkte unmittelbare Herrschaft gewährt*»<sup>2983</sup> écrit MUTZNER<sup>2984</sup>. Comme l'indique ce dernier et comme nous avons pu le constater déjà, ces définitions s'inscrivent dans la ligne de la doctrine pandectiste allemande<sup>2985</sup>: «*Pouvoir exercé sur un objet corporel opposable à tous, avec extensions analogiques des droits réels restreints portant sur des droits relatifs*»<sup>2986</sup> écrit PIOTET. «*Nach den heute massgebenden Grundsätzen sind dingliche Rechte subjektive Rechte, die sich a) unmittelbar gegen eine Sache richten, die b) unmittelbar an dieser Sache ein (wenn vielleicht auch sehr beschränktes) Herrschafts- oder Ausschlussrecht gewähren und die c) gegenüber jedermann absolut (erga omnes) wirken*»<sup>2987</sup> écrit ZOGG.

---

<sup>2979</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15a *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2980</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15a *ad* art. 17 Tit. fin.; BSK ZGB II-SCHMID, n° 19 *ad* art. 43 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 6 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2981</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15a *ad* art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 5 s. et 16 ss. Un exemple (l'autel d'une église) peut être trouvé à l'ATF 51 II 547. Voir aussi BK ZGB-MUTZNER, n° 18 *ad* art. 17 Tit. fin. (pour qui le raisonnement de l'ATF 51 II 547 est erroné dans la mesure où il n'examine expressément pas la question de la compatibilité entre l'institution de l'ancien droit et le nouveau, ni la question de la notion de chose).

<sup>2982</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 6 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2983</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 3 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2984</sup> Paul MUTZNER publie le commentaire bernois en 1926 (il n'y a pas de nouvelle édition, ce qui montre le regrettable désintérêt pour cette matière ...) sur le titre final connaît bien la pensée de HUBER puisqu'il a procédé à la seconde édition de son «*System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*».

<sup>2985</sup> GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I, 260. Voir aussi HUBER, *Sachenrecht*, p. 33 ss.

<sup>2986</sup> CR CC II-PIOTET, note n° 15 au n° 7 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2987</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 5 *ad* art. 17 Tit. fin. Voir aussi BK ZGB-MUTZNER, n° 3; REY, n° 199 ss.

De la sorte, «[t]out le mécanisme de reconnaissance du droit réel repose sur la démonstration que le droit subjectif en cause avait cette qualité sous l'empire de l'ancien droit<sup>2988</sup>.» Aussi, l'application de l'article 17 Tit. fin. CC dépend du caractère réel de la position accordée au sujet de droit. L'accent est mis, non pas sur le droit subjectif lui-même, mais sur la dimension réelle dudit droit par opposition en particulier aux droits relatifs (spécialement contractuels)<sup>2989</sup>.

Bien que soumis à un ordre juridique ancien, les institutions juridiques doivent impérativement revêtir les caractéristiques de «véritables droits réels<sup>2990</sup>». Il importe ainsi peu que, replacée dans le contexte de l'ancien droit et de ses ressorts historiques, l'institution ne puisse correspondre pleinement à un droit subjectif (réel) moderne<sup>2991</sup>. Si l'on se situe dans le cadre de l'article 17, alinéa 3, CC, il est d'ailleurs quasiment certain que l'institution du droit des biens en cause ne sera pas, au sens de l'ancien droit, un droit subjectif au sens moderne. Elle caractérisera par contre une position individuelle reconnue de nature patrimoniale emportant des prérogatives directes à son titulaire et dont ce dernier peut s'assurer l'exclusivité par opposabilité *erga omnes*<sup>2992</sup>. La dimension subjective du droit en cause correspond ainsi dans une large mesure à la notion de droit acquis que nous avons précédemment exposée et explicitée.

La terminologie de l'ancien droit n'est pas déterminante pour la qualification<sup>2993</sup>; tel est particulièrement le cas de la notion de «propriété» («*Eigentum*») dont nous connaissons à présent bien le hiatus entre l'ancien et le nouveau droit<sup>2994</sup>. Par exemple,

<sup>2988</sup> CR CC II-PIOTET, n° 7 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2989</sup> CR CC II-PIOTET, n° 7 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2990</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>2991</sup> BK ZGB-MUTZNER (n° 7 *ad art.* 17 Tit. fin.; n° 2 s. et 23 *ad art.* 3 Tit. fin.) précise assez longuement que les prérogatives pertinentes ne sont pas de celles qui découlent simplement du bénéfice d'un effet réflexe d'une restriction à la maîtrise absolue («[...] *die sich lediglich als Reflexwirkung der dem berechtigten subjekt durch das Gesetz auferlegten Beschränkungen der (präemptiv absoluten) Herrschaftsgewalt über die Sache darstellen.*») d'un autre sujet de droit. En ce sens, la position juridique doit exister pour elle-même et être à la libre disposition de son titulaire. Ainsi, conformément au principe général ancré à l'article 3 Tit. fin. CC, il ne doit pas s'agir d'une prérogative qui découle du simple effet de l'ordre juridique. Ce que BROGGINI (*Traité*, p. 486 s.) illustre bien par les notions de «*gesetzliche Eigentumsbeschränkungen*» et «*gesetzliches Vorkaufsrecht*», lesquelles dépendent du droit positif. C'est seulement lorsque la prérogative s'actualise *in concreto* avant le changement de loi qu'un droit subjectif peut naître. Voir aussi CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 52 et 91 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; BSK ZGB II-VISCHER, n° 4 *ad art.* 3 Tit. fin.; VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 68 ss.

<sup>2992</sup> «*In dieser Hinsicht sind nur diejenigen Rechte dinglich, die, weil sie jedermann entgegengehalten werden können, dem Berechtigten eine direkte, wenigstens teilweise Herrschaft über die Sache einräumen, worauf sie sich bezieht.*»: BSK ZGB II-SCHMID, n° 5 *in fine ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>2993</sup> Tel est le cas que la question porte sur le qualificatif de droit réel ou le type de droit réel en cause. Voir BK ZGB-MUTZNER, n° 4, 13 et 71 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>2994</sup> Dans le même sens, BK ZGB-MUTZNER, n° 14 *ad art.* 17 Tit. fin.

les droits de rachat (*Zugrechte*) de l'ancien droit peuvent être qualifiés de droits réels du nouveau droit fédéral en regard de leur caractéristique réelle déjà reconnue sous l'ancien droit<sup>2995</sup>. La jurisprudence l'a rappelé de nombreuses fois<sup>2996</sup>. Pourtant, l'on se souvient que ces «droits» n'en sont pas, mais ressortent en vérité conceptuellement au droit objectif féodal. La position du titulaire est toutefois assimilée à un droit subjectif. Il s'agit là d'une entorse faite à l'ancien droit: la théorie objective disparaît ici complètement par assimilation en raison de la qualification opérée selon le nouveau droit.

Si l'on peut ainsi faire preuve de souplesse quant à la nature précise de la position juridique du titulaire, deux caractéristiques apparaissent comme *conditio sine qua none* au rattachement à la catégorie des «droits réels»; il doit s'agir d'un droit acquis<sup>2997</sup> et une dimension «réelle», à l'exclusion de toute institution purement «relative» sans effets généraux opposables aux tiers (de type obligationnelle), doit exister<sup>2998</sup>.

L'existence (*Erwerb* ou *Bestand*) de l'institution ancienne et sa titularité se déterminent conformément à l'ancien droit alors applicable<sup>2999</sup>. Cela comprend donc les conditions nécessaires à la création de l'institution, ainsi que celles permettant son maintien, respectivement celles entraînant sa disparition<sup>3000</sup>.

La doctrine parle ainsi du principe de la reconnaissance (*Anerkennungsgrundsatz*<sup>3001</sup>) pour décrire le mécanisme de l'article 17 Tit. fin. CC qui postule la reconnaissance des droits acquis de nature réelle.

§ 3. À ce stade du raisonnement, si nous sommes parvenu à qualifier l'institution de l'ancien droit comme se rattachant à la catégorie «générique» des «droits réels», il nous faut poursuivre en procédant à la seconde étape de la qualification imposée par la systématique de l'article 17 Tit. fin. CC. Cette étape consiste à déterminer avec pré-

---

<sup>2995</sup> ATF 49 II 330; ATF 53 II 392. Voir CR CC II-PIOTET, n° 7 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2996</sup> CR CC II-PIOTET, n° 7 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>2997</sup> «[...] mit dinglichem Charakter gegenüber Dritten wirksame Rechte [...]»: BSK ZGB II-SCHMID, n° 2 *in fine ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>2998</sup> BSK ZGB II-SCHMID, n° 3 et 5 *ad* art. 45 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 5 *ad* art. 45 Tit. fin. ATF 85 II 609, consid. 6; BK ZGB-MUTZNER, n° 5 *ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>2999</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 483 s.; ZK LIVER, n° 150 *ad* art. 731; BK-MEIER-HAYOZ, n° 105 *ad* art. 641 CC. Ainsi, toutes les conditions de l'ancien droit doivent être remplies pour que le droit acquis puisse être reconnu (ATF 40 II 211, consid. 2), quoiqu'il faille réserver l'hypothèse de l'article 18 alinéa 1<sup>er</sup> Tit. fin. CC: «Lorsqu'une obligation tendante [sic] à la constitution d'un droit réel est née avant l'entrée en vigueur du code civil, elle est valable si elle répond aux formes de la loi ancienne ou de la loi nouvelle.» Voir BSK ZGB II-ZOGG, n° 10 et 15 *ad* art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 8 s. et 19 ss *ad* art. 17 Tit. fin. BROGGINI, *Traité*, p. 483 s. ATF 40 II 211, consid. 2.

<sup>3000</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15 *ad* art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 10 et 35 *ad* art. 17 Tit. fin.; ATF 39 II 150.

<sup>3001</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15 *ad* art. 17 Tit. fin.

cision si une assimilation à l'un des types de droits réels prévus exhaustivement par le *numerus clausus* du droit positif est possible<sup>3002</sup>. Cette qualification « spéciale » est nécessaire, car les institutions assimilables ne subissent en effet pas le même sort que celles qui n'ont qu'un rattachement générique à la catégorie des « droits réels ». Si les premières se voient appliquer le nouveau droit pour tout ce qui touche à leur étendue, pour les institutions qui ne peuvent être classifiées parmi les types du *numerus clausus*, cela est matériellement impossible et l'ancien droit demeure pleinement applicable<sup>3003</sup> – solution pragmatique qui s'impose déjà en réalité par l'absence de prévision du droit positif à l'égard de ces « droits abolis ».

L'on comprend ainsi d'autant plus encore la flexibilité dont il faut faire preuve lors de la première étape qui peut, le cas échéant, conduire à qualifier une institution de « droit réel », alors que le droit positif n'en reconnaît pas le type.

Il s'agit donc ici d'examiner s'il est possible de trouver à l'institution de l'ancien droit examinée une institution présentant une équivalence (« *Entsprechung*<sup>3004</sup> ») dans le nouveau droit<sup>3005</sup>. Cela passe par « *le moyen d'une comparaison fonctionnelle des caractéristiques essentielles des deux institutions*<sup>3006</sup>. » Ce processus doit nécessairement inclure une comparaison de la nature respective des institutions et ne peut se limiter à un simple rapprochement des buts poursuivis, au risque à défaut de confondre les propriétés divisées de l'ancien droit avec des droits réels restreints nouveaux. De même BROGGINI explique: « *Dabei sollte man sich nicht so sehr von formal-begrifflichen Gesichtspunkten leiten lassen, sondern, wie bei jedem Qualifikationsproblem, von der funktionellen Einheit, von der <Entsprechung> der altrechtlichen und neurechtlichen Einrichtungen. Wenn die so verstandenen wesentlichen Merkmale der alten Einrichtung sich mit denjenigen der neuen decken, dann darf das alte dingliche Recht in die entsprechende Kategorie des neuen dinglichen Rechts aufgenommen werden*<sup>3007</sup>. »

L'interprète doit se concentrer sur les facultés offertes concrètement au sujet de droit et établir si les traits saillants de ces facultés correspondent à une institution du nou-

<sup>3002</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 13 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3003</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 12 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3004</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 18a *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3005</sup> ATF 60 II 483, consid. 3. BSK ZGB II-ZOGG, n° 10 *ad* art. 17 Tit. fin. (« [...], *sofern das in Frage stehende altrechtliche dingliche Recht funktional in eine Kategorie neurechtlicher Institute <überführt> werden kann*) et n° 18a *ad* art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 17 *ad* art. 17 Tit. fin. (« [...] *es ist zu prüfen, worin nach dem bisherigen Recht die Befugnisse des Sondereigentümers bestanden und ob dieselben unter ein Rechtsinstitut des modernen rechts subsumiert werden können.* »).

<sup>3006</sup> Notre traduction de BSK ZGB II-ZOGG, n° 18a *ad* art. 17 Tit. fin.: « [...] *mittels eines funktionalen Vergleichs des wesentlichen Merkmale der beiden Institute.* » Dans le même sens, BROGGINI, *Traité*, p. 482 ss.

<sup>3007</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 482.

veau droit<sup>3008</sup>. Aussi, plus que la conception théorique du droit réel, c'est bien ses effets matériels et la position effective du sujet de droit qu'il convient d'examiner.

À nouveau la terminologie n'a pas d'importance : « *Die Benennung der jeweiligen Institute ist dabei irrelevant*<sup>3009</sup>. » Il est ainsi possible de se départir d'un qualificatif de « propriété » accordé par l'ancien droit pour qualifier l'institution sous une forme d'autre droit réel restreint<sup>3010</sup>.

Pour que la qualification « spéciale » échoue, il faut ainsi que l'institution juridique examinée ne puisse plus être envisageable sous le régime du nouveau droit<sup>3011</sup>. À grands traits, nous pouvons désigner les institutions échouant au test de la seconde qualification comme étant celles ressortant à deux grandes catégories. Il y a d'abord, bien sûr, les institutions conçues par des ordres juridiques objectifs, contrairement à celles conçues dans le cadre d'ordres juridiques subjectifs, telles que le sont la majorité des institutions de droit des biens que l'on peut trouver dans les codifications cantonales. Il y a ensuite les institutions de l'ancien droit qui, quoiqu'émanant également d'une approche subjective, s'écartent d'une manière telle d'une caractéristique fondamentale aux droits réels que la qualification spéciale est rendue impossible. Nous les passerons en revue plus bas.

Ajoutons finalement que dans la mesure où seule la comparaison typologique est apte à établir une contrariété au *numerus clausus* du droit privé fédéral, une contrariété au droit public n'est pas à elle seule déterminante<sup>3012</sup>.

§ 4. La distinction entre les deux étapes de la qualification est certes quelque peu intellectuelle, mais nécessaire. Un travail de qualification doit en effet permettre de distin-

---

<sup>3008</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 13 *ad art. 17 Tit. fin.* (« [...] ; *massgebend sind allein die Befugnisse, die es tatsächlich verlieh. Es ist somit auf Grund des bisherigen rechts der Inhalt dieser Befugnisse festzustellen und dann zu prüfen, ob diese Befugnisse mit den begriffsbestimmenden Merkmalen eines neurechtlichen Instituts vereinbar sind.* »); BK ZGB-MUTZNER, n° 14 *ad art. 17 Tit. fin.* (« *Massgebend sind vielmehr ausschliesslich die materiellen, unter Alt- und Neurecht jeweils tatsächlich gewährten Befugnisse des Rechtsinhabers; diese müssen nicht vollständig deckungsgleich sein, sich aber immerhin in den wesentlichen Zügen entsprechen. Ob eine solche <Überführung> eines altrechtlichen Instituts in ein neurechtliches möglich ist, muss jeweils einzeln geprüft werden; dies kann aber auch für ein bestimmtes altrechtliches Institut im Verhältnis zu einem bestimmten neurechtlichen Institut von Gesetzes wegen vorgesehen sein, nämlich gestützt auf Bundesrecht [...] oder, sofern eine bundesrechtliche Ermächtigung besteht [...], gestützt auf kant. Recht [...]* »); BROGGINI, *Traité*, p. 482.

<sup>3009</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 14 *ad art. 17 Tit. fin.*

<sup>3010</sup> « *Es ist deshalb zu prüfen, ob die nach Massgabe des frühern Rechts dem <Eigentümer> zustehenden Befugnisse unter ein anderes Rechtsinstitut des neuen rechts subsumiert werden können.* »: BK ZGB-MUTZNER, n° 14 *ad art. 17 Tit. fin.*

<sup>3011</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad art. 17 Tit. fin.*

<sup>3012</sup> Par exemple, pour un droit de source. Voir PIOTET, *Une jurisprudence anticonstitutionnelle ?*, p. 457; BROGGINI, *Traité*, p. 482.; ZK-LIVER, n° 12 s. *ad art. 731*; ATF 63 I 110, p. 111 s. (considérant unique)



guer, d'une part, les institutions juridiques qui peuvent être rattachées à l'un des droits réels du nouveau droit et, d'autre part, celles qui ne peuvent pas l'être<sup>3013</sup>. Si les institutions des deux catégories continuent effectivement à être reconnues après l'entrée en vigueur de la codification, les premières sont soumises au nouveau droit pour ce qui concerne leur étendue, alors que les secondes restent exclusivement assujetties à l'ancien droit<sup>3014</sup>.

Par rapport à la codification française ou autrichienne, nous voyons ainsi que le législateur suisse fait preuve d'une extrême souplesse puisque la situation se juge au cas par cas, sans véritable ligne directrice. Dans les faits, cette approche est largement désavantageuse au domaine éminent qui, le cas échéant, tombe définitivement dans la catégorie des autres droits réels restreints.

Nous étudions successivement le régime juridique de l'article 17, alinéa 2, CC applicable aux institutions compatibles avec le nouveau droit (B), puis le régime juridique de l'article 17, alinéa 3, CC applicable aux institutions incompatibles, savoir les «droits abolis» (C). Ce mécanisme est aussi celui du code civil allemand<sup>3015</sup>.

## B. Les institutions compatibles avec le nouveau droit

### 1. Les droits applicables en vertu de l'article 17 alinéa 2 Tit. fin. CC

L'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC s'inscrit dans la ligne de l'approche de SAVIGNY qui tend à soumettre l'étendue des droits réels créés sous l'ancien droit au nouveau droit<sup>3016</sup>. Dans la mesure où la condition pour ce faire est la possibilité d'assimiler l'ancienne institution à l'un des types de droits réels prévus par le *numerus clausus* du droit positif<sup>3017</sup> et où les droits réels sont par essence «élastiques»<sup>3018</sup>, cela ne pose pas de difficulté particulière. Cependant, il faut bien se rendre compte que fréquemment l'assimilation conduit à appliquer des mécanismes propres aux droits subjectifs réels à des institutions qui n'en sont pas forcément.

<sup>3013</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 ad art. 17 Tit. fin.

<sup>3014</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 ad art. 17 Tit. fin.

<sup>3015</sup> Voir art. 181 à 184 EGBGB. En ce sens, voir aussi BUCHKA, *Vergleichende Darstellung*, p. 177, note n° 4. Ainsi l'art. 181 EGBGB a le contenu suivant: «Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Eigentum finden von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung. Steht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Eigentum an einer Sache Mehreren nicht nach Bruchtheilen zu oder ist zu dieser Zeit ein Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks, insbesondere an Bäumen, begründet, so bleiben diese rechte bestehen.»

<sup>3016</sup> CR CC II-PIOTET, n° 24 ad art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 44 ad art. 17 Tit. fin.

<sup>3017</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 12 ad art. 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 34 ss ad art. 3 Tit. fin.

<sup>3018</sup> CR CC II-PIOTET, n° 24 ad art. 17 Tit. fin.

Ainsi, si une assimilation à l'un des droits réels prévus exhaustivement par le *numerus clausus* du droit positif est possible, contrairement au principe général qui voudrait que les droits absolus créés sous l'ancien droit lui restent assujettis<sup>3019</sup>, l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC conduit à l'application du nouveau droit. L'existence et la titularité de l'institution ancienne établies conformément au droit ancien, son étendue (*Inhalt und Umfang*) dépend alors du droit positif, dans la mesure où il est possible d'assimiler l'ancienne institution à l'une des nouvelles envisagées par le *numerus clausus* exhaustif des droits réels<sup>3020</sup>. Il s'agit d'un compromis entre la protection des droits acquis et l'intérêt de l'ordre public (à l'application immédiate du nouveau droit) qui conduit à transposer les anciennes institutions dans les catégories équivalentes du nouveau droit<sup>3021</sup>.

L'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC ressortit au principe général de l'article 3 Tit. fin. CC, mais défait, par son caractère spécial et son champ d'application plus large, cette disposition de toute portée propre<sup>3022</sup>.

La distinction entre l'existence et l'étendue n'est pas toujours chose aisée, comme l'a démontré la question du droit de préemption, prévu par le droit cantonal dans les propriétés par étages d'avant 1912, posée après la réintroduction de cette forme de propriété en 1965: le droit de préemption est-il un droit réel indépendant ou constitue-t-il une partie du droit de propriété par étages<sup>3023</sup>? Le Tribunal fédéral a tranché pour la seconde solution<sup>3024</sup>.

La nouvelle législation fédérale devient ainsi pertinente pour déterminer l'étendue de la position réelle créée sous l'ancien droit: pour ce qui concerne les effets du droit, la qualification réussie conduit ainsi à une assimilation complète (art. 17 al. 2 Tit. fin. CC)<sup>3025</sup>. L'ancien droit ne joue plus qu'un rôle restreint (mais pas inexistant) quant aux effets du droit réel depuis l'entrée en vigueur des nouvelles normes. Sont ainsi régis par le nouveau droit: les restrictions de voisinage, les droits de préemptions légaux (mais pas ceux conventionnels, par exemples les *Zugrecht* convenus<sup>3026</sup>) et le droit à

---

<sup>3019</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 103 *ad art.* 1-4 Tit. fin.

<sup>3020</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 10 *ad art.* 17 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 481 et 484.

<sup>3021</sup> BK ZGB-VISCHER, n° 6 *ad art.* 2 Tit. fin. Mécanisme qui n'est évidemment pas propre aux droits réels, comme le montrent les exemples cités par BK ZGB-VISCHER (n° 6 *ad art.* 2 Tit. fin.).

<sup>3022</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 44 *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 104 et 120 *ad art.* 1-4 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 481 et 484; BK ZGB-MUTZNER, n° 11 s., 18, 34 ss, 49, 52, 55 ss *ad art.* 3 Tit. fin.; ATF 39 II 140, consid. 2; ATF 41 II 215; ATF 52 II 349; ATF 64 II 411; ATF 76 II 26, 31; ATF 90 II 135.

<sup>3023</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 10a *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3024</sup> ATF 116 II 63, consid. 3b. Voir BSK ZGB II-ZOGG, n° 10a *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 3 *ad art.* 3 Tit. fin.

<sup>3025</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 18 *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 10 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3026</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 486 s.

une hypothèque légale<sup>3027</sup>, ainsi que l'interprétation des servitudes selon l'article 738 CC (qui consiste précisément à en délimiter l'étendue<sup>3028</sup>)<sup>3029</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral considérait dans un premier temps qu'il ne fallait tenir compte que des normes impératives du droit positif<sup>3030</sup>, mais admet de nos jours qu'il convient également d'appliquer le droit supplétif (en l'absence de convention effective, et donc expresse ou par actes concluants, conformément à l'art. 18 al. 3 Tit. fin. CC)<sup>3031</sup>. À juste titre, la doctrine considère que le droit fédéral supplétif n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence de solution donnée par l'ancien droit (de même, dans cette mesure, les stipulations des parties sont soumises aux exigences de l'ancien droit<sup>3032</sup>)<sup>3033</sup>, sans quoi la simple entrée en vigueur du nouveau droit conduit à l'apparition automatique de restrictions à la propriété et de droits de préemption dont les parties ne se sont jamais préoccupées, respectivement n'avaient pas à se préoccuper sous l'ancien droit, – conséquence qui est fortement critiquable<sup>3034</sup>.

De même, les actions judiciaires tendant à l'exercice des droits réels doivent pouvoir s'envisager (quant au principe) en vertu de l'ancien droit, mais leurs modalités matérielles sont régies par le nouveau droit<sup>3035</sup>.

<sup>3027</sup> CR CC II-PIOTET, n° 25 *ad art. 17 Tit. fin.*; BK ZGB-MUTZNER, n° 50 ss (spécialement 57 ss) *ad art. 17 Tit. fin.*; BROGGINI, *Traité*, p. 486 ss.

<sup>3028</sup> CR CC II-PIOTET, n° 26 *ad art. 17 Tit. fin.*; BROGGINI, *Traité*, p. 491 s. Ce dernier relève que la jurisprudence du Tribunal fédéral est inconstante, de même qu'erronée (ATF 79 II 401; ATF 86 II 243; ATF 88 II 252, consid. 6b). BK ZGB-MUTZNER (n° 75 s. *ad art. 17 Tit. fin.*) distingue entre l'espèce où il existe des dispositions conventionnelles – pour lesquelles l'ancien droit guide l'interprétation dans les limites des normes impératives du nouveau droit (ATF 40 II 211, consid. 3; ATF 45 II 386, consid. 1; ATF 50 II 232) – et celles où il n'en existe pas – le nouveau droit s'applique alors exclusivement.

<sup>3029</sup> CR CC II-PIOTET, n° 26 *ad art. 17 Tit. fin.*

<sup>3030</sup> ATF 45 II 386; ATF 38 II 747; Tribunal cantonal du canton de Vaud, JdT 1913 III 86, JdT 1932 III 101. Dans le sens de cette première jurisprudence, voir BK ZGB-MUTZNER, n° 73 et 75 s. *ad art. 17 Tit. fin.* Voir CR CC II-PIOTET, n° 32 *ad art. 17 Tit. fin.*

<sup>3031</sup> ATF 64 II 411; ATF 70 II 31; ATF 116 II 63, consid. 4. Mais l'ATF 85 II 177, revient à l'ancienne formulation. Voir BSK ZGB II-ZOGG, n° 18 *ad art. 17 Tit. fin.*; CR CC II-PIOTET, n° 32 *ad art. 17 Tit. fin.*

<sup>3032</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad art. 17 Tit. fin.*; BROGGINI, *Traité*, p. 485.

<sup>3033</sup> ATF 85 II 177, consid. 1; ATF 79 II 401, consid. 1; ATF 40 II 211, consid. 2. BK ZGB-MUTZNER, n° 73 *ad art. 17 Tit. fin.*; CR CC II-PIOTET, n° 32 *ad art. 17 Tit. fin.*; ESCHMANN, p. 110 s. BSK ZGB II-ZOGG (n° 18 *ad art. 17 Tit. fin.*) relate le principe, puis la nouvelle jurisprudence, sans toutefois émettre d'avis ou critique. BROGGINI, *Traité*, p. 484 s. et 491 (pour qui cela découle de l'article 3 Tit. fin. CC dont l'article 17 Tit. fin. CC n'est que l'explicitation en matière de droits réels, ce qui est confirmé par l'article 18 alinéa 3 Tit. fin. CC).

<sup>3034</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 18 *ad art. 17 Tit. fin.*; ATF 92 I 236; ATF 116 II 63, consid. 4. Cela remet en effet en cause la sécurité du droit et les « *expectatives des parties* » sont mises à mal, contrairement aux principes généraux du droit transitoire: CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 47 *ad art. 1-4 Tit. fin.*

<sup>3035</sup> Une action prescriptible sous l'ancien droit peut ainsi être imprescriptible sous le nouveau. Voir CR CC II-PIOTET, n° 31 *ad art. 17 Tit. fin.*

Cependant, c'est bien l'ancien droit qui détermine la nature des institutions de l'ancien droit des biens<sup>3036</sup>; ce qui inclut les questions de la cessibilité et de la transmissibilité<sup>3037</sup>, mais pas celles des modalités effectives du transfert<sup>3038</sup>. Les modes de disposition d'une institution juridique dépendant de sa nature, ils sont donc également régis par l'ancien droit, quoique «*les modalités de [l'acte de disposition]*» soient régies par le nouveau droit<sup>3039</sup>. Concrètement cela signifie qu'il revient à l'ancien droit de dire la cessibilité (mettons d'une servitude), mais au nouveau d'en déterminer les modalités (inscription constitutive au registre foncier fédéral)<sup>3040</sup>.

L'ancien droit détermine aussi la durée de l'institution dans le temps – que celle-ci découle du système juridique ou d'un acte juridique – puisqu'il s'agit d'une question d'existence du droit et non de son étendue<sup>3041</sup>. Le droit positif est ainsi sans influence – à la hausse ou à la baisse – sur la durée du droit, ce qui permet de maintenir le caractère perpétuel de certaines institutions, pour autant que, assimilées à des droits réels restreints, elles n'épuisent pas le contenu de la propriété grevée<sup>3042</sup>. Par ailleurs, l'ancien droit trouve encore un champ d'application pour ce qui concerne les modes d'extinction qui sont régis par les articles 1 à 3 Tit. fin. CC, ce qui implique néanmoins de prendre en compte le droit impératif (notamment la possibilité du rachat de la charge foncière selon l'art. 788, al. 2 CC ou la radiation d'une servitude qui a perdu tout ou partie de son utilité selon l'art. 736 al. 1 et 2 CC<sup>3043</sup>)<sup>3044</sup>.

Les articles 25, alinéa 2, 26, alinéa 1<sup>er</sup>, 19, alinéa 1<sup>er</sup>, et 33a, alinéa 2 (qui vise les lettres de rente du droit cantonal), Tit. fin. CC, ainsi que l'ancien article 32 Tit. fin. CC, sont d'autres exceptions permettant d'appliquer dans le cadre de l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC l'ancien droit<sup>3045</sup>.

Au-delà des effets de l'institution, l'assimilation n'est donc toutefois pas complète. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la nature même de l'institution demeure

---

<sup>3036</sup> ATF 52 II 16. CR CC II-PIOTET, n° 28 et 31 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3037</sup> CR CC II-PIOTET, n° 28 *ad art.* 17 Tit. fin. ATF 38 II 455.

<sup>3038</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 42 *ad art.* 17 Tit. fin. Voir ATF 50 II 232.

<sup>3039</sup> CR CC II-PIOTET, n° 35 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3040</sup> Seules les institutions cantonales de publicité peuvent encore appliquer la publicité de l'ancien droit. Voir CR CC II-PIOTET, n° 35 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3041</sup> Selon art. 1 al. 1 Tit. fin. CC (et pas al. 2). ATF 79 I 401. PIOTET, *Une jurisprudence anti-constitutionnelle?*, p. 460; CR CC II-PIOTET, n° 36 *ad art.* 17 Tit. fin.; PIOTET, *Traité*, n° 398 s.; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355, note n° 48.

<sup>3042</sup> CR CC II-PIOTET, n° 37 *ad art.* 17 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 486 s., note n° 21 (l'art. 779l CC n'a ainsi pas d'effet rétroactif).

<sup>3043</sup> CR CC II-PIOTET, n° 38 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3044</sup> CR CC II-PIOTET, n° 34 *ad art.* 17 Tit. fin. *Contra* BK ZGB-MUTZNER, n° 42 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3045</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad art.* 17 Tit. fin.

celle qu'elle était avant 1912. Il convient de le souligner, car cela peut entraîner des différences pratiques importantes.

## 2. La publicité des institutions visées par l'article 17 alinéa 2 Tit. fin. CC

§ 1. Conformément à l'article 43, alinéas 1<sup>er</sup> et 3, Tit. fin. CC et pour autant qu'elles soient compatibles avec le *numerus clausus* des droits réels au sens de l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC, les institutions de l'ancien droit des biens doivent être inscrites (au sens technique) au registre foncier fédéral<sup>3046</sup>. Le champ d'application de l'inscription est donc identique à celui de l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC. Négativement, cela exclut les droits abolis (art. 17 al. 3 Tit. fin. CC) et les parts sociales de sociétés d'*Allmends* (art. 59 al. 3 CC) qui ne peuvent pas être inscrits au registre foncier en vertu du droit fédéral<sup>3047</sup> – nous les examinons ci-après.

L'inscription au registre foncier au sens de ces dispositions n'est pas une condition à la validité et aux effets réels des droits en cause: cela est déjà pleinement effectif sous l'ancien droit et le nouveau ne le remet pas en cause. Il s'agit seulement d'assurer l'exhaustivité de la publicité et dans le cadre de ce but de protéger les tiers de bonne foi. L'inscription n'est donc pas constitutive, ce qui est logique dans la mesure où elle s'effectue dans le cadre d'un processus de mise en adéquation du registre foncier avec la réalité juridique.

§ 2. L'article 17, alinéa 1<sup>er</sup>, Tit. fin. CC réserve «*les règles concernant le registre foncier*», soit en particulier pour ce qui concerne l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC, l'article 44 Tit. fin. CC<sup>3048</sup>. Bien que les droits compatibles avec le nouveau droit, mais créés antérieurement à ce dernier soient maintenus, l'alinéa premier de ce dernier article a pour effet de restreindre la portée de la protection contre les tiers de bonne foi aux seuls droits dûment inscrits au registre foncier fédéral<sup>3049</sup>. Aussi, en cas d'acquisition par un tiers de bonne foi, le droit ancien non inscrit au registre foncier peut disparaître ou être postposé<sup>3050</sup>. Il s'agit donc là d'une restriction notable des effets (c'est-à-dire de l'étendue) des institutions issues de l'ancien droit<sup>3051</sup>. Mais le deuxième alinéa de l'article 44 Tit. fin. CC va encore plus loin puisqu'il permet au droit cantonal, après un délai et une sommation publique, d'abolir les droits réels de l'ancien droit qui

<sup>3046</sup> BSK ZGB II-SCHMID, n° 1 s. *ad* art. 43 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 4 et 6 *ad* art. 43 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 1 *ad* art. 43 Tit. fin.

<sup>3047</sup> BSK ZGB II-SCHMID, n° 8 *ad* art. 43 Tit. fin.

<sup>3048</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 12 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3049</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 12 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3050</sup> BSK ZGB II-SCHMID, n° 5 *ad* art. 44 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 11 et note n° 24 *ad* art. 44 Tit. fin.; ATF 83 II 122.

<sup>3051</sup> Dans le même sens, BK ZGB-MUTZNER (n° 38 *ad* art. 17 Tit. fin.) qualifie la règle comme une «*Einschränkung der in Abs. 1 enthaltenen allgemeinen Regel von der grundsätzlichen Anerkennung der beim Inkrafttreten des ZGB bereits bestehenden dinglichen Rechte.*»

ne sont pas inscrits au registre foncier<sup>3052</sup>. Contrairement à certains cantons<sup>3053</sup>, le législateur fédéral n'a toutefois pas fait usage de la possibilité que lui réserve l'article 44, alinéa 2, Tit. fin. CC d'abolir complètement les droits non inscrits au registre foncier<sup>3054</sup>.

## C. Les institutions incompatibles avec le nouveau droit

### 1. Le droit applicable en vertu de l'article 17 alinéa 3 Tit. fin. CC

§ 1. À l'inverse de ce que nous avons vu jusqu'à présent, si la qualification « spéciale » de l'institution ancienne vers un type prévu par le *numerus clausus* échoue, c'est-à-dire s'il n'est plus possible sous le nouveau droit de créer une telle institution<sup>3055</sup>, l'ancien droit seul continue de régir l'institution qui, certes relève de la notion de « droits réels », mais ne correspond à aucune catégorie de la typologie du nouveau droit privé fédéral, conformément à l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC<sup>3056</sup>.

L'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC suit le principe général de l'article 1<sup>er</sup> Tit. fin. CC : ces *negotia pendencia* continuent, après l'entrée en vigueur du nouveau, à être soumises à l'ancien droit<sup>3057</sup>. Dans les cas où une institution ne peut s'inscrire dans la typologie du *numerus clausus* des droits réels édictés par le droit positif, il s'impose alors d'appliquer le droit ancien (ne serait-ce déjà que par faute de solution proposée par le nouveau droit)<sup>3058</sup>. Aussi, l'alinéa 3 est-il plus la conséquence logique de l'application de l'alinéa 1<sup>er</sup> qu'une exception à l'alinéa 2, même s'il permet de faire barrage au droit impératif nouveau : l'interdiction de la rétroactivité (art. 1 Tit. fin. CC) l'emporte sur l'effet immédiat de la loi (art. 3 Tit. fin. CC)<sup>3059</sup>. VISCHER parle d'une « inéluctable force logique expansive » (« *unausweichlich expansive logische Kraft*<sup>3060</sup> »). Quoique formellement abrogé et exclu de l'ordre juridique positif, l'ancien droit continue donc à être pleinement valable et applicable. Il est intéressant de souligner ici que cette « exception » au droit positif découle directement de l'effet d'un autre ordre juridique (passé), sans qu'il n'y ait besoin de remettre en cause les

---

<sup>3052</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 12 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3053</sup> Zurich et Lucerne. Voir BSK ZGB II-SCHMID, n° 6 *ad* art. 44 Tit. fin.

<sup>3054</sup> BSK ZGB II-SCHMID, n° 2 *ad* art. 44 Tit. fin.

<sup>3055</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 77 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3056</sup> CR CC II-PIOTET, n° 10 et 39 *ad* art. 17 Tit. fin. ; BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad* art. 17 Tit. fin. ; BK ZGB-MUTZNER, n° 77 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3057</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 9 *ss ad* art. 1 Tit. fin. ; VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen*, p. 40 ; ATF 135 III 304, consid. 3 ; ATF 133 III 105, consid. 2.

<sup>3058</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 482 et 484.

<sup>3059</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 482.

<sup>3060</sup> BSK ZGB II-VISCHER, n° 11 *ad* art. 1 Tit. fin.

mécanismes du droit moderne. Nous verrons par la suite, qu'une approche similaire s'impose en droit international privé à l'égard des *trusts*.

Au mieux dans le cadre de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC, le droit fédéral peut être appelé à s'appliquer en tant que droit cantonal supplétif<sup>3061</sup>.

§ 2. Ici, l'ancien droit s'applique également à l'étendue de la position juridique, ainsi qu'aux modalités de l'acte de disposition<sup>3062</sup>. Lorsque l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC trouve application, l'étendue de l'ancienne institution est également régie par l'ancien droit<sup>3063</sup>. Il se peut que l'institution juridique puisse elle-même être assimilée à un immeuble juridique<sup>3064</sup>. L'ancien droit s'applique donc pleinement et sans aucune caution du droit impératif (ainsi les art. 788 et 736 al. 1 et 2 CC sont sans influence)<sup>3065</sup>. L'extinction dépend également de l'ancien droit<sup>3066</sup>. Une extinction par non-usage reste envisageable<sup>3067</sup>. Seul l'ordre public au sens étroit permet de faire obstacle à l'ancien droit<sup>3068</sup>.

Dans la mesure où l'objet de droit est identique tant pour le nouveau que l'ancien droit, le rang des droits réels est par contre pleinement soumis au nouveau droit: à défaut, il faut dissocier les choses<sup>3069</sup>.

Quant au principe, la cession et la transmission dépendent de l'ancien droit<sup>3070</sup>. De même (qui peut le plus peut le moins), la question du grèvement de la position juridique dépend de l'ancien droit, ce qui peut conduire à admettre l'adjonction d'un droit réel restreint moderne ou d'une institution découlant de l'ancien droit<sup>3071</sup>. L'adjonction se fait alors conformément à l'ancien droit, mais sa modalité dépend de la loi nouvelle (si l'institution venant grever le droit aboli y est compatible selon l'art. 17 al. 2

<sup>3061</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 82 *ad* art. 17 Tit. fin. Cet auteur critique d'ailleurs une jurisprudence fédérale contraire: ATF 49 II 330, consid. 3.

<sup>3062</sup> CR CC II-PIOTET, n° 35 et 39 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3063</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 20 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3064</sup> CR CC II-PIOTET, n° 44 *ad* art. 17 Tit. fin. (« *Il n'est pas exclu qu'il s'agisse de droits anciens assimilés à des immeubles juridiques, soit susceptibles d'être grevés ou engagés comme eux.* »).

<sup>3065</sup> ATF 60 II 399, consid. 1. CR CC II-PIOTET, n° 40 *ad* art. 17 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 482; BK ZGB-MUTZNER, n° 3 *ad* art. 56 Tit. fin.; SIGRIST, p. 76 ss; PIOTET, *Propriété foncière*, n° 508. *Contra* ATF 55 II 21.

<sup>3066</sup> CR CC II-PIOTET, n° 45 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3067</sup> CR CC II-PIOTET, n° 45 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3068</sup> CR CC II-PIOTET, n° 40 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3069</sup> CR CC II-PIOTET, n° 41 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3070</sup> Avec retenue, nous admettons que le droit fédéral peut intervenir à défaut de solution proposée par le droit cantonal: ATF 57 II 127, consid. 3. CR CC II-PIOTET, n° 42 *ad* art. 17 Tit. fin. et références citées en note n° 116.

<sup>3071</sup> CR CC II-PIOTET, n° 43 *ad* art. 17 Tit. fin. Cet auteur donne l'exemple d'un droit d'affouage grevant les superficies forestières (voir Tribunal cantonal du canton du Valais, Rapp. TC VS 1965, 194, consid. 3). Voir aussi BK ZGB-MUTZNER, n° 79 *ad* art. 17 Tit. fin.

Tit. fin. CC) ou de la loi ancienne (si elle n'y est pas compatible)<sup>3072</sup>. Il est ainsi possible d'imaginer une chose (mettons un bien-fonds) objet d'un droit aboli, lui-même objet d'un droit réel restreint conforme au *numerus clausus* moderne. Cette situation de superposition des institutions – et par extension des ordres juridiques – n'est pas sans faire écho à celle que nous étudierons plus loin à propos des *trusts*, en particulier dans l'hypothèse où un droit réel restreint soumis au droit positif (par exemple un gage) vient grever un droit aboli. Ce qu'il nous faut clairement remarquer, c'est que ce gage porte directement sur le droit aboli qui devient ainsi l'objet d'un droit. Cette mise en abyme se distingue donc de la manière usuelle de procéder en droit positif et rappelle la puissance d'abstraction des ordres juridiques de l'Ancien Régime.

Notamment pour ces importantes différences, les droits visés par l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC ne peuvent plus être créés<sup>3073</sup>, mais il est possible d'en disposer<sup>3074</sup>. L'interdiction de créer des droits abolis est naturellement également valable en relation avec l'extinction (avant ou après 1912) de droits créés avant la codification fédérale : ils ne peuvent plus être à nouveau créés (art. 45, alinéa second, Tit. fin. CC)<sup>3075</sup>.

Les droits abolis ont perdu ainsi, à l'entrée en vigueur du Code civil, leur vitalité, mais pas leur dynamisme.

## 2. Passage en revue des principaux « droits abolis »

§ 1. Procédons à un passage en revue des principales institutions susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC<sup>3076</sup>. Comme nous l'avons déjà évoqué, elles sont de plusieurs sortes et nous tâchons de distinguer entre les institutions découlant d'une approche subjective et celles découlant d'une approche objective.

§ 2. Une première pierre d'achoppement concerne la notion d'objet de droit. Dans la classification générale des droits subjectifs que connaît notre ordre juridique, l'objet des droits réels a partie prenante à la définition, nous l'avons vu. Tombe ainsi dans notre hypothèse d'abord le cas d'une institution ayant pour objet une chose qui n'est

---

<sup>3072</sup> CR CC II-PIOTET, n° 43 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3073</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 78 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3074</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 78 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3075</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 80 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3076</sup> Des listes générales peuvent être trouvées dans la doctrine. Ainsi, par exemple, BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 7 *ad* art. 20 Tit. fin. : « *Das Gesetz nennt als nach dem neuem Recht nicht mehr begründbare Rechte in beispielhafter Aufzählung das Eigentum an Bäumen auf fremdem Boden und Nutzungspfandrechte. Denkbar sind auch das Baurecht an einem Stockwerk, das überzeugende Grundpfandrecht oder der Familienfideikommiss. Bis zur Einführung des neuerlichen Stockwerkeigentums im ZGB konnte alterechiliches Stockwerkeigentum nur durch Anmerkung im Grundbuch zum Ausdruck gebracht werden.* » Voir aussi BSK ZGB II-SCHMID, n° 2 *ad* art. 45 Tit. fin. ; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355.



plus reconnue en tant que chose au sens technique par le nouvel ordre juridique<sup>3077</sup>. L'on peut citer l'exemple de l'autel d'une église<sup>3078</sup>, un gage ne grevant qu'une partie d'un immeuble<sup>3079</sup> ou le cas de la superficie des plantations<sup>3080</sup>. Une telle situation ne peut être assimilée à une catégorie du *numerus clausus*<sup>3081</sup>.

Dans la même veine, PIOTET distingue encore les propriétés dissociées<sup>3082</sup>, savoir celles qui portent sur des objets physiquement distincts. Ainsi en va-t-il de «*l'extension de la propriété foncière sur l'immeuble voisin du droit bâlois*<sup>3083</sup>», comme du «*droit du superficiaire coïncidant avec une propriété matériellement divisée*<sup>3084</sup>». Ce dernier exemple se recoupe avec les propriétés divisées, que nous examinons plus bas. Dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas possible d'assimiler ces institutions à des droits du *numerus clausus* leur objet s'y opposant<sup>3085</sup>.

§ 3. Viennent ensuite les hypothèses dans lesquelles une caractéristique de l'institution ancienne la rend incompatible avec un droit (subjectif) réel soumis aux principes du nouveau droit. Il en va ainsi d'un droit de propriété conditionnel<sup>3086</sup>, des droits de retrait contractuels (*die gewillkürten dinglichen Zugrechte*)<sup>3087</sup> ou encore de certains droits de source<sup>3088</sup>.

L'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC vise notamment les servitudes «*emportant obligation de faire à titre principal, et qui ne constituent pas pour autant des charges foncières au sens du droit positif*<sup>3089</sup>, de plantations sur le fonds d'autrui perpétuelles<sup>3090</sup>, de droits réels restreignant le droit de disposer du propriétaire grevé sans constituer pour autant un droit de garantie sur l'immeuble<sup>3091</sup>». En effet, «*[I]a servitude conforme à l'ancien droit mais qui ne répond plus à la typologie du nouveau*

<sup>3077</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15a et 19 *ad art.* 17 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 485; BK-MEIER-HAYOZ., n° 50 *ad art.* 642 CC.

<sup>3078</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 15a *ad art.* 17 Tit. fin.; ATF 51 II 547.

<sup>3079</sup> CR CC II-PIOTET, n° 22 *ad art.* 17 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 10 *ad art.* 43 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 485.

<sup>3080</sup> Voir BROGGINI, *Traité*, p. 482 s. et 485; BK ZGB-MUTZNER, n° 14 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3081</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 482 s.

<sup>3082</sup> CR CC II-PIOTET, n° 11 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3083</sup> Voir CR CC II-PIOTET, n° 11 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 14 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3084</sup> CR CC II-PIOTET, n° 11 *ad art.* 17 Tit. fin. Voir CHABOD, p. 77 ss.

<sup>3085</sup> CR CC II-PIOTET, n° 11 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3086</sup> ATF 85 II 609, consid. 5. Voir BROGGINI, *Traité*, p. 494.

<sup>3087</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 77 et 83 ss *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3088</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 15 *ad art.* 17 Tit. fin.

<sup>3089</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 45 Tit. fin. et la jurisprudence citée.

<sup>3090</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 45 Tit. fin. et la jurisprudence citée.

<sup>3091</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 45 Tit. fin.

*droit doit être considérée comme un droit aboli, et [l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC] lui est applicable*<sup>3092</sup>.»

Les charges féodales impliquant une obligation de faire ne peuvent s'assimiler à une servitude et doivent être mises en relation avec la charge foncière du droit fédéral (pour autant qu'elles ne relèvent pas du droit public)<sup>3093</sup>. Tomberont également dans le champ d'application de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC les charges foncières (*Nutzungspfandreht*) qui ne respectent pas l'article 782, alinéa 3, CC (savoir l'exigence de corrélation entre le bien-fonds et la charge), comme les fameuses *Bierservituten*<sup>3094</sup>, ou qui impliquent également une responsabilité personnelle. L'ancien droit continue donc de s'appliquer pleinement, à une cautele près<sup>3095</sup> : l'article 2 Tit. fin. CC réserve les règles impératives du droit fédéral positif et impose ici – en vertu de l'abolition de la féodalité<sup>3096</sup> – la possibilité du rachat prévu à l'article 788 alinéa 2 CC<sup>3097</sup>. Autrement dit, les charges foncières sont depuis 1912 toutes rachetables, même celles qui demeurent soumises à l'ancien droit.

Rappelons également les propriétés par étages constituée avant 1912, jusqu'à leur soumission au nouveau droit de 1965 par les articles 20<sup>bis</sup> ss Tit. fin. CC<sup>3098</sup>.

§ 4. Passons à présent aux institutions caractéristiques du double domaine, c'est-à-dire les propriétés divisées. Nous l'avons démontré avec force de détails, les institutions de l'ancien droit ne sont pas assimilables à la propriété du droit fédéral<sup>3099</sup>. Par exemple, contrairement aux droits de retrait, il n'est pas admis que l'emphytéose puisse être assimilée à un droit réel moderne<sup>3100</sup>.

Les superficies des plantations (*Pflanzensuperficies*<sup>3101</sup>) créées sous l'ancien droit (avant la codification fédérale) sont spécialement régies par l'article 20, alinéa 1<sup>er</sup>,

---

<sup>3092</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 77 *ad* art. 17 Tit. fin. ; CR CC II-PIOTET, n° 19 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3093</sup> CR CC II-PIOTET, n° 20 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3094</sup> ATF 100 II 105, ATF 93 II 71. BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad* art. 17 Tit. fin. ; BROGGINI, *Traité*, p. 483 ; BK ZGB-MUTZNER, n° 77 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3095</sup> CR CC II-PIOTET, n° 20 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3096</sup> CR CC II-PIOTET, n° 20 *ad* art. 17 Tit. fin. ; ATF 100 II 105.

<sup>3097</sup> CR CC II-PIOTET, n° 20 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3098</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad* art. 45 Tit. fin. ; CR CC II-PIOTET, n° 11 s. et 16 ss *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3099</sup> CR CC II-PIOTET, n° 12 *ad* art. 17 Tit. fin. ; PIOTET, *Résistance de la copropriété pro diviso*, p. 367.

<sup>3100</sup> CR CC II-PIOTET, n° 12 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3101</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 5a *ad* art. 678 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 7 *ad* art. 20 Tit. fin. ; ZK LIVER no 156 *ad* art. 731 ; BK-LIVER, no 27 *ad* art. 5 ; BK ZGB-MUTZNER, n° 7 *ad* art. 45 Tit. fin. Implicitement, BSK ZGB II-SCHMID, n° 2 *in fine ad* art. 45 Tit. fin. HUBER, *System und Geschichte IV*, p. 695 s.

Tit. fin. CC<sup>3102</sup>: «*Les droits de propriété existant sur des arbres plantés dans le fonds d'autrui sont maintenus dans les termes de la législation cantonale.*» Cette disposition est en substance identique à l'article 17 alinéa 3 Tit. fin. CC.

Sont visés notamment les arbres grevant des immeubles incorporés dans des parts sociales de communaux (ce que l'on retrouve au Tessin, en Valais, dans les Grisons, la Suisse centrale, Appenzell et Vaud, notamment)<sup>3103</sup>, ainsi que les divisions physiques de la propriété entre domaine éminent et domaine utile que l'on trouve essentiellement dans l'arc jurassien (soit les cantons de Vaud, Neuchâtel, Berne et du Jura)<sup>3104</sup>. Cette forme de superficie des plantations antérieure à la codification fédérale est donc encore répandue en Suisse. Géographiquement, l'on peut en trouver en particulier dans les cantons des Grisons et du Tessin<sup>3105</sup>; il s'agit essentiellement de forêts<sup>3106</sup>. Pour le premier cas, nous renvoyons à nos développements ci-dessous à propos des communaux; l'article 20 Tit. fin. CC ne trouve pas application<sup>3107</sup>.

Entre 1912 et 2004, l'article 678, alinéa 2, CC prohibe en Suisse la création de superficies des plantations: «*Il est interdit de constituer un droit de superficie sur des plantes ou des forêts*<sup>3108</sup>.» Pendant cette période, l'ancien droit s'applique donc pleinement à ces superficies en vertu de l'article 20 Tit. fin. CC, qui correspond en substance à l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC<sup>3109</sup>.

Mais depuis lors la superficie des plantations a été réintroduite en droit positif par la révision de l'alinéa 2 de l'article 678 CC, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2004<sup>3110</sup>: «*Une servitude correspondant au droit de superficie sur des plantes isolées ou des plantations peut être établie pour dix ans au moins et pour 100 ans au plus.*» Les plantations visées ne doivent pas nécessairement être de nature agricole, mais doivent

<sup>3102</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 2 *ad art.* 20 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 1 *ad art.* 20 Tit. fin. Notons bien que le droit public forestier ne peut s'opposer aux droits anciens existants: CR CC II-PIOTET, n° 4 *ad art.* 20 Tit. fin.

<sup>3103</sup> CR CC II-PIOTET, n° 1 et note n° 1 *ad art.* 20 Tit. fin.; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 354; PIOTET, *Propriété foncière*, n° 521.

<sup>3104</sup> CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 20 Tit. fin. Voir aussi JACOTTET, p. 427 s.; ROSSEL, p. 141.

<sup>3105</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 5a *ad art.* 678.

<sup>3106</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 353.

<sup>3107</sup> Cf. *infra* p. 466 ss (art. 59 al. 3 CC). Voir, sur le principe, CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 20 Tit. fin.; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 331 et 591.

<sup>3108</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 5a *ad art.* 678; BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 2 *ad art.* 20 Tit. fin.

<sup>3109</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 5a *ad art.* 678; BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 2 *ad art.* 20 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 3 *ad art.* 20 Tit. fin.; BROGGINI, *Traité*, p. 482 s.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 50 *ad art.* 642 CC; BK ZGB-MUTZNER, n° 77 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK ZGB-MUTZNER, n° 1 *ad art.* 20 Tit. fin.

<sup>3110</sup> *Message Politique agricole 2007*, FF 2002 4395. Voir BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 5 *ad art.* 678; CR CC II-MARCHAND, n° 5 *ad art.* 678; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 346.

avoir un « caractère *«pérenne»*, soit avoir une existence physique de longue durée<sup>3111</sup>», sans pour autant constituer une forêt (ou une partie de forêt)<sup>3112</sup>.

Bien que le texte légal soit quelque peu équivoque, – « *servitude correspondant au droit de superficie* » –, il convient d'admettre que la superficie sur les plantations constitue bel et bien une catégorie (inédite) de droit de superficie, soumise aux principes généraux régissant cette catégorie de droits réels relatifs (art. 779 ss CC)<sup>3113</sup>. En conséquence, le principe de l'accession ne s'applique pas et deux propriétés coexistent: le superficiaire est le propriétaire des plantes, alors que le superficiant demeure le propriétaire du bien-fonds<sup>3114</sup>. Cette propriété exclusive sur la plantation ne peut pas être à son tour divisée, le *numerus clausus* des droits réels s'y opposant; la propriété du superficiaire porte nécessairement sur la plantation qui forme ainsi un tout<sup>3115</sup>. Ce droit de superficie peut être constitué – aux conditions usuelles de l'article 655, alinéa 2, CC (art. 779 al. 3 CC) – en droit distinct et permanent et ainsi être assimilé à un immeuble<sup>3116</sup>. La superficie peut être personnelle ou prédiiale<sup>3117</sup>. Il s'agit là d'un cas d'objectivisation qui permet de préserver l'esprit du droit historique quant à son utilité et sa vocation à constituer une valeur patrimoniale pouvant circuler dans le commerce (par mise en gage aussi bien que par aliénation complète) – cependant que dogmatiquement, la nouvelle institution de 2004 s'intègre au *numerus clausus* des droits réels du droit positif suisse.

Alors qu'elles étaient purement et simplement abolies auparavant, depuis 2004 se pose la question d'une éventuelle distinction entre, d'une part, les superficies créées avant 1912 assimilables au nouveau droit de superficie consacré à l'article 678 CC et,

---

<sup>3111</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 346 s.

<sup>3112</sup> Cela découle du rapprochement entre les anciens et nouveaux textes légaux et expressément du *Message Politique agricole 2007* (FF 2002 4395, p. 4625), ainsi que de l'article 16 de la loi fédérale sur les forêts (lequel interdit les « *exploitations préjudiciables* », ce qui comprend « [...] *les conditions de propriété défavorables, telles que le droit de superficie, c'est-à-dire la séparation entre la propriété du fonds et celle des arbres* », voir *Message LFo*, FF 1988 III 157, p. 182). Cet art. 16 LFor est en réalité la source primaire de l'interdiction de la superficie sur les forêts; cela signifie que les dérogations prévues par cette loi (art. 18 al. 2 LFor) permettent, dans ce cadre strict, de créer une superficie sur les forêts fondées sur le droit positif. Voir PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 347.

<sup>3113</sup> Voir, en ce sens, BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 6 ad art. 20; CR CC II-MARCHAND, n° 6 ad art. 678; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 348 et 352 s. Ces auteurs s'appuient sur le *Message Politique agricole 2007*, FF 2002 4395. Un passage de ce dernier (p. 4625) montre bien en effet qu'il s'agit d'une nouvelle forme de droit de superficie: « *Cette lacune doit être comblée en permettant la constitution d'un droit de superficie sur des plantes isolées ou des plantations (mais non sur des forêts). C'est redonner vie à une ancienne institution qui existait dans de nombreux cantons avant l'entrée en vigueur du CC.* »

<sup>3114</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 348.

<sup>3115</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 348 s.

<sup>3116</sup> CR CC II-MARCHAND, n° 8 ad art. 678; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 350.

<sup>3117</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 350 s.

d'autre part, celles qui ne peuvent pas l'être<sup>3118</sup>. Aussi, le même processus de qualification de l'article 17 Tit. fin. CC doit-il trouver application pour déterminer le régime applicable (en particulier évidemment la qualification spéciale)<sup>3119</sup>. Tâchons de dégager les situations demeurant soumises à l'ancien droit. Comme avant 2004, il nous faut d'abord retrancher les «superficies» liées à une part de sociétariat de communaux, qui suivent un régime distinct<sup>3120</sup>.

Quant à l'objet de l'institution déjà, nous l'avons vu, la superficie du droit positif ne peut porter ni sur «*des droits de superficie portant sur des fleuries ou des droits à l'herbe*<sup>3121</sup>», ni, en principe, sur des forêts<sup>3122</sup>, pas plus que sur des portions d'une plante<sup>3123</sup>. Cette caractéristique suffit d'emblée à ce que les institutions anciennes qui se rapportent à ces objets demeurent soumises au régime de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC<sup>3124</sup>.

Mais cela va en réalité plus loin encore et découle des apports de notre étude historique. Car, s'agissant d'un bien-fonds divisé entre domaine utile et domaine éminent<sup>3125</sup>, l'assimilation par le seul jeu de la qualification à une institution moderne semble inenvisageable, comme pour toutes les autres institutions similaires. Nous avons en effet souvent répété dans cette étude que par essence, les deux domaines ne peuvent être assimilés ni individuellement à deux droits de propriété distincts, ni ensemble à un droit de propriété unique divisé en deux. Ajoutons à cela encore la perpétuité de la superficie de l'ancien droit – opposée aux limites temporelles du droit positif<sup>3126</sup> et la permanence du texte de l'article 20, alinéa 1<sup>er</sup>, Tit. fin. CC<sup>3127</sup>; il devient clair que toute assimilation au sens de l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC doit être écartée. Intrinsèquement et en l'absence de base légale l'imposant, toute «*transforma-*

<sup>3118</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n°3 *ad* art. 20 Tit. fin.; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 353 s.

<sup>3119</sup> Voir, pour une explication substantielle, CR CC II-PIOTET, n°4 *ad* art. 20 Tit. fin. Dans le même sens, cursivement, BSK ZGB II-REY/STREBEL, n°5 *ad* art. 678.

<sup>3120</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 354.

<sup>3121</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 347 et la référence citée. De même, cf. *supra* p. 120 (à propos de l'ancien droit français).

<sup>3122</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n°3 *ad* art. 20 Tit. fin.; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 347 et 355.

<sup>3123</sup> PIOTET (*Superficie des plantations*, p. 349, note n°21) emprunte à POQUET DE LIVONIERE l'exemple d'une superficie sur les «*repousses des arbres*».

<sup>3124</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 347 et 353.

<sup>3125</sup> Ce qui est évidemment la conception des anciennes superficies, comme nous l'avons vu. Voir aussi PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 371; AUGUSTIN, p. 32 et 38 s.; HUBER, *System und Geschichte III*, p. 241 ss.; JACOTTET., p. 426 ss; ROSSEL, p. 141; PIOTET, *Propriété foncière*, n°518 s.

<sup>3126</sup> CR CC II-PIOTET, n°4 *ad* art. 20 Tit. fin.; BSK ZGB II-REY/STREBEL, n°20 *ad* art. 20 Tit. fin.; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355.

<sup>3127</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355.

tion<sup>3128</sup>» est donc exclue. L'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC s'applique: l'ancien droit cantonal continue de régir ces superficies anciennes<sup>3129</sup>, à l'exclusion des nouveaux alinéas de l'article 678 CC<sup>3130</sup>. Il nous faut donc rejeter l'opinion contraire, parfois défendue en doctrine<sup>3131</sup>.

L'article 20, alinéa 2, Tit. fin. CC permet aux cantons de prévoir dans leur droit civil le rachat de ce droit (des dispositions en ce sens ont été adoptées par les cantons de Schwyz<sup>3132</sup>, Uri, Saint-Gall, Neuchâtel<sup>3133</sup>, Jura<sup>3134</sup> et Vaud<sup>3135</sup>), nécessairement contre une indemnité pécuniaire, faute sinon de violer la garantie fédérale de la propriété<sup>3136</sup>. À cet égard, l'abolition prévue par l'article 44, alinéa 2, Tit. fin. CC n'est pas relevante<sup>3137</sup>. Notons encore en passant qu'en pratique et dans l'esprit du législateur, la nouvelle superficie des plantations s'associe fréquemment avec un bail à

---

<sup>3128</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 354. Du reste, la procédure prévue par l'article 114 aORF (abrogée en 2012) a toujours été contraire au «système légal» et, partant, de nul effet. En cas d'inscription (nulle) au registre foncier, il convient de tenir l'inscription pour mention. À propos de l'art. 114 aORF, voir PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 356 et les références citées.

<sup>3129</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 2 s. et 6 ad art. 20 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 4 ad art. 20 Tit. fin.; PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355.

<sup>3130</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355; CHABOD, p. 111 s.

<sup>3131</sup> Ainsi, se trompent BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 6 s. ad art. 20 Tit. fin.; BSK ZGB II-SCHMID, n° 2a, 14 et 23 ad art. 43 Tit. fin.

<sup>3132</sup> *Gesetz vom 26. Februar 1958 über die Ablösung von Grunddienstbarkeiten alten Rechts* (RS-SZ 213.310).

<sup>3133</sup> Art. 70 ss (adoptés en 2010) de la loi du 22 mars 1910 concernant l'introduction du code civil suisse (LICC, 211.1).

<sup>3134</sup> Loi du 9 novembre 1978 concernant le rachat des droits de propriété et d'usufruit grevant les arbres situés sur le fonds d'un tiers (215.122.14).

<sup>3135</sup> Art. 206<sup>er</sup> (adopté en 1965, abrogé au 1<sup>er</sup> janvier 2011) de la loi du 30 novembre 1910 d'introduction dans le canton de Vaud du Code civil suisse (LVCC, abrogée entièrement en 2013): «(2) Ces droits peuvent être rachetés en tout temps par le propriétaire du sol. Le propriétaire des arbres peut de son côté exiger en tout temps le rachat du sol. (3) Le droit de rachat du propriétaire du sol a la priorité.» Le canton de Vaud a ainsi abandonné en 2011 ce droit de rachat. PIOTET (*Superficie des plantations*, p. 355) explique que «[...], si le nouveau droit fédéral autorise désormais, même de façon limitée dans le temps, un régime de superficie sur des plantations, l'intérêt du législateur cantonal à intervenir pour le rachat de tels droits ne saurait être aussi net que s'ils étaient entièrement prohibés par le droit fédéral lui-même. Le seul fait qu'ils puissent encore relever du droit cantonal [ancien] ou avoir une durée illimitée ne peut en principe justifier en soi un rachat forcé.»

<sup>3136</sup> BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 4 s. ad art. 20 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 7 ad art. 20 Tit. fin.; PIOTET, *Propriété foncière*, n° 510; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 927. *Contra* BK-LIVER, n° 29 ad art. 5 CC. D'ailleurs, même si l'on s'en tient au système de SAVIGNY (savoir l'abolition de toutes les institutions anciennes sans exception), une indemnité pécuniaire reste due. Ce qui est certainement l'un des motifs qui tint la Confédération hors de cette voie. Voir BK ZGB-MUTZNER, n° 83 ad art. 17 Tit. fin.

<sup>3137</sup> CR CC II-PIOTET, n° 4 et 12 ss ad art. 44 Tit. fin.

ferme; si bien qu'en cas de résiliation du bail, un droit de rachat de la superficie est prévu par l'article 678, alinéa 3, CC<sup>3138</sup>.

§ 5. Un autre exemple de propriété divisée, comportant également une dimension communautaire, nous est donné par le fidéicommiss de famille<sup>3139</sup>. L'article 335 alinéa second du Code civil prohibe de manière impérative la constitution de fidéicommiss de famille<sup>3140</sup>. Faute de définition légale dans le nouveau droit, la notion de fidéicommiss est reprise de l'ancien droit<sup>3141</sup>. L'interdiction découle des «*dangers pour la vie sociale et économique*<sup>3142</sup>», que les politiques de l'époque lient aux fidéicommiss de famille. Si la création de nouveaux fidéicommiss est donc interdite (sous peine de nullité absolue<sup>3143</sup>), ceux qui ont été valablement créés sur la base du droit cantonal avant 1912 peuvent perdurer pour l'avenir<sup>3144</sup>. En 1986, STEIGER les liste au nombre de trente-six pour toute la Suisse, le plus récent datant de 1888 et le plus ancien de 1586<sup>3145</sup>. L'approche choisie est toutefois lacunaire et très incomplète, ce qui conduit

<sup>3138</sup> Art. 678 al. 3 CC: «*Le propriétaire grevé peut demander le rachat de la servitude avant l'expiration de la durée convenue s'il a conclu avec l'ayant droit un contrat de bail à ferme sur l'utilisation du sol et que ce contrat est résilié. Le juge décide des conséquences pécuniaires en tenant compte de toutes les circonstances.*» Voir PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 346 et 366 ss.

<sup>3139</sup> ATF 42 III 255; TF ZBI 1978, p. 18, consid. 5. PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 483 ss.

<sup>3140</sup> Art. 355 al. 2 CC: «*La constitution de fidéicommiss de famille est prohibée.*» Par confusion entre les caractères réel et successoral de l'institution, l'interdiction découle également de l'art. 488 CC: «*(1) Le disposant a la faculté de grever l'héritier institué de l'obligation de rendre la succession à un tiers, l'appelé. (2) La même charge ne peut être imposée à l'appelé.*» Voir l'ATF 135 III 614, consid. 4.3.1. Voir aussi BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 14 *ad* art. 335; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 570 et p. 570, note n° 10; PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 479 s.; BK ZGB-RIEMER, n° 178 *ad Systematischer Teil*.

<sup>3141</sup> La définition classique peut ainsi être tirée de l'ATF 9, p. 577, n° 90, consid. 4 (reprise par l'ATF 93 II 439, consid. 4): «*Das Familienfideikommiss ist bekanntlich ein durch gültige Privatisdisposition unveräusserlich mit einer Familie verbundener, zum Genusse durch die Familienglieder nach festgesetzter Successionsordnung bestimmter Vermögenskomplex; durch dasselbe soll das Bewusstsein der Einheit der Familie in ihren sich folgenden, wechselnden Gliedern erhalten und der Glanz der Familie erhöht werden.*» Voir, en notre sens, BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 14a *ad* art. 335; PAHUD DE MORTANGES, p. 501; STEIGER, p. 27 (qui se reporte à la définition qui a selon lui les faveurs de la doctrine et qui est de la main de HOFFMANN, p. 122: «*Vermögenskomplex, der durch eine Anordnung des Stifters für dauernd oder für mehrere Generationen, den, gemäss einer von der gewöhnlichen Erbfolge abweichenden, selbständig gestalteten Sukzessionsordnung, berufenen Gliedern einer Familie als unveräusserliches und unverschuldbares Vermögen zukommt.*»); BK ZGB-RIEMER, n° 177 *ad Systematischer Teil*; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 570.

<sup>3142</sup> PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 481. BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 14 *ad* art. 335; PAHUD DE MORTANGES, p. 503 s. HOFFMANN, p. 35 ss; PAHUD DE MORTANGES, p. 504 s.

<sup>3143</sup> CR CC I-PIOTET, n° 28 *ad* art. 335; BK ZGB-RIEMER, n° 178 *ad Systematischer Teil*.

<sup>3144</sup> CR CC I-PIOTET, n° 30 *ad* art. 335.

<sup>3145</sup> Soit treize dans le canton de Lucerne, six à Bâle-Ville, quatre à Zoug, trois à Zurich, deux à Uri, deux à Soleure, un à Schwyz, un à Nidwald, un à Glaris et un à Saint-Gall. Voir STEIGER, p. 37 ss. L'auteur n'a pas connaissance d'autres fidéicommiss existant sur le territoire Suisse

à grandement sous-estimer leur nombre. Les fidéicommiss de famille peuvent en effet avoir acquis sous l'ancien droit une personnalité juridique ; tel est le cas dans les cantons du Tessin<sup>3146</sup> et des Grisons<sup>3147</sup>. De même, il faut encore ajouter les caisses de famille (*Familien-Kisten*) du droit bernois (sans personnalité morale)<sup>3148</sup> et celles perpétuelles du droit vaudois qui existent encore<sup>3149</sup>.

La doctrine les classe en deux groupes : les *Geldfideikommiss* – dont le patrimoine est constitué de liquidités – ou les *Realfideikommiss* – dont le patrimoine est immobilier, notamment sous la forme d'une résidence ancestrale (*Familiensitz*)<sup>3150</sup> ; cette classification, sans réelle portée juridique, n'est pas sans rappeler celle que l'on prête aux *trusts*<sup>3151</sup>. En tant que formes de « *propriété modifiée*<sup>3152</sup> », c'est-à-dire de maîtrises divisées en domaines éminent et utile (telles que nous avons pu les décrire plus haut), les fidéicommiss tombent sans équivoque dans le champ de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC<sup>3153</sup>. Ils sont donc exclusivement soumis à l'ancien droit que les cantons ne peuvent plus modifier (faute de réserve par le droit fédéral de leur compétence en matière civile sur ce point)<sup>3154</sup>. Souvent l'ancien droit cantonal concernant les fidéicommiss pren-

---

(p. 47), mais la difficulté de ses recherches (p. 37 s.) n'emporte pas notre conviction quant à l'exhaustivité de sa liste – il peut en exister d'autres. La doctrine plus récente se réfère néanmoins aux chiffres de STEIGER, sans actualisation : BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 15a *ad art.* 335 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 506.

<sup>3146</sup> ATF 120 Ib 474, consid. 5 (« [...], *sotto il regime del cessato diritto cantonale, aveva personalità giuridica.* »).

<sup>3147</sup> Cela ressort de l'actuel art. 149 al. 2 LICC-GR (du 12 juin 1994, 210.100) : « *Erlischt das Fideikommiss durch Aussterben des berechtigten Stammes, fällt es, abweichende Bestimmungen der Stiftungsurkunde vorbehalten, den Intestaterben des Stiffters nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge anheim.* »

<sup>3148</sup> Cela ressort de la loi du 6 mai 1837 (212.225.1 ; toujours en vigueur dans sa version originale) qui se rapporte à l'art 583 du Code civil bernois de 1827 laissant la législation relative aux caisses de famille et fondations de famille en dehors du code. L'art. 4 de la loi démontre l'absence de personnalité juridique : « *Dès la même époque, tout ayant droit au fonds d'une caisse de famille pourra sortir de l'indivision et réclamer sa part.* » Voir aussi PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 482 s.

<sup>3149</sup> Une affaire par devant la Cour de Cassation civile du canton de Vaud jugée le 8 avril 1861 (JdT 1861, p. 272) montre qu'il existe encore, après l'entrée en vigueur du Code civil cantonal des caisses de famille. Ainsi, le chapeau de l'arrêt (p. 273) explique : « [Les caisses de famille] *subsistent à l'état de sociétés tant qu'il n'y a pas liquidation.* »

<sup>3150</sup> Voir, par exemple, BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 15a *ad art.* 335.

<sup>3151</sup> Cf. *infra* note n° 3316 (à propos des catégories descriptives des *trusts*).

<sup>3152</sup> TF 2P.168/2002, 25 novembre 2002, consid. 3. CR CC I-PIOTET, n° 31 *ad art.* 335 ; PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 483 s.

<sup>3153</sup> CR CC II-PIOTET, n° 12 *ad art.* 17 Tit. fin. Dans le même sens, PAHUD DE MORTANGES, p. 509.

<sup>3154</sup> Rapport du département de justice et police du 7 février 1914 (sur consultation de HUBER), in : *Le droit fédéral*, p. 652 s., n° 1273 : « *Les cantons ne sont cependant plus compétents pour édicter des dispositions de droit civil sur les fidéicommiss de famille. Ils ne peuvent pas modifier l'ancien droit civil qui règle encore les institutions créées sous son régime.* » Voir aussi CR CC I-PIOTET, n° 30 *ad art.* 335 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 570 ; PAHUD DE



dra la forme du «*droit commun, voire coutumier, les dispositions édictées étant rares*»<sup>3155</sup> ; l'acte juridique érigeant le fidéicommiss sera souvent déterminant<sup>3156</sup>. Seul le canton des Grisons a traité de cette institution dans sa loi d'introduction du Code civil fédéral<sup>3157</sup>. Quoique différente quant à la forme, les solutions des codes autrichien et suisse sont similaires quant au fond : il existe une absence de volonté à modifier le régime juridique des fidéicommiss existant à l'entrée en vigueur du code<sup>3158</sup>. Cette proximité de solution ajoutée à un héritage juridique commun, permet au juriste actuel de s'appuyer sur la littérature autrichienne et allemande de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle afin de retrouver l'esprit du droit applicable<sup>3159</sup>.

La variété des formes de fidéicommiss de famille est innombrable. Si à l'origine, les fidéicommiss n'avaient pas de personnalité juridique, comme nous l'avons vu, l'ancien droit admet parfois une (quasi-)personnalité morale, alors titulaire de la propriété éminente (celle des générations futures)<sup>3160</sup>. Si une telle (quasi-)personnalité morale était acquise avant 1912<sup>3161</sup>, elle perdure après l'entrée en vigueur du Code civil (art. 6b Tit. fin. CC) (tel est ainsi le cas dans le canton des Grisons), même si la contra-

---

MORTANGES, p. 509; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 127; BK ZGB-RIEMER, n° 179 *ad Systematischer Teil*.

<sup>3155</sup> CR CC I-PIOTET, n° 30 *ad art.* 335. Voir aussi BSK ZGB I-GRUENINGER, n° 15 *ad art.* 335; PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 490 ss; PAHUD DE MORTANGES, p. 509; BK ZGB-RIEMER, n° 133 et 180 *ad Systematischer Teil*.

<sup>3156</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 509 («*Damit wird man auf das gewohnheitsrechtlich geltende gemeine Recht zurückverwiesen oder dann direkt auf die Stiftungsurkunden.*»); BK ZGB-RIEMER, n° 180 *ad Systematischer Teil*.

<sup>3157</sup> Cet art. 149 LICC-GR, paraît d'ailleurs contestable, même s'il codifie l'ancien droit, les cantons n'ayant plus la compétence de régler cette question. Voir aussi PAHUD DE MORTANGES, p. 509.

<sup>3158</sup> PIOTET, *Substitution fidéicommissaire*, n° 29 («*[...] le fidéicommiss, figure aujourd'hui abolie (art. 335 al. 2 CC), procédait de la très ancienne division de la propriété médiévale, le fidéicommissaire ayant un domaine utile, et la famille ('personnifiant' les futurs bénéficiaires) le domaine éminent de la propriété; cette construction est générale à la fin de l'ancien régime, [...].*»). L'ABGB reprenait déjà les solutions de l'ALR et du CMBC. Voir PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 483 ss.

<sup>3159</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 509 s.

<sup>3160</sup> ATF 9, p. 577, n° 90, consid. 4. CR CC I-PIOTET, n° 6 *ad art.* 335; PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 481 ss (qui cite plusieurs exemples); HUBER, *Exposé des motifs I*, p. 208. Le rapprochement systématique opéré dans le code par HUBER entre les fidéicommiss de famille et les fondations de famille sera critiqué en raison des différences liées à la personnalité morale de ces deux institutions: HOFFMANN, p. 29 ss. Il n'en demeure pas moins que, contrairement à l'opinion de BSK ZGB I-GRUENINGER (n° 14a *ad art.* 335) et BK ZGB-RIEMER (n° 133 *ad Systematischer Teil*); lequel ne se contente déjà pas de ce seul critère de distinction, mais en énonce d'autres de poids au moins égal, le critère de la personnalité morale ne suffit pas à écarter la qualification de fidéicommiss de famille, même s'il s'agit là d'un bon indice: PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 490.

<sup>3161</sup> L'acquisition de la personnalité après l'entrée en vigueur du Code civil, alors qu'aucune démarche en ce sens n'a été faite sous l'ancien droit, n'est pas possible: cette question dépend de l'ancien droit. Voir PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 486.

riété au nouveau droit impose l'application de l'ancien<sup>3162</sup>. En ces cas, les articles 53 et suivants CC sont applicables et régissent « *l'étendue de la personnalité* »<sup>3163</sup>.

Il est intéressant de noter que le combat mené contre les fidéicommiss ne s'étend pas à d'autres institutions procédant d'une construction juridique similaire, c'est-à-dire les autres institutions de mainmorte<sup>3164</sup>. Nous pensons d'abord aux fondations (en particulier, mais pas seulement, les fondations de famille autorisées selon l'art. 335 al. 1 CC) et aux corporations prévues par le nouveau droit, lesquelles permettent toutes deux de « sortir du marché économique » un patrimoine foncier sans limite temporelle<sup>3165</sup>. À ces institutions s'ajoutent encore – et c'est plus étonnant – les communaux de l'ancien droit<sup>3166</sup>, maintenus dans toute leur variété et leur vitalité par le droit fédéral, comme nous allons l'étudier dans un instant. BUEHLER note d'ailleurs que cette différence de traitement est à mettre sur le compte d'une opposition politique aux fidéicommiss de famille, considérés comme des « *reliques de l'aristocratie* »<sup>3167</sup>, alors que la doctrine juridique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle étaient en faveur du maintien de la possibilité de créer des fidéicommiss de famille<sup>3168</sup>. Leur interdiction

---

<sup>3162</sup> CR CC I-PIOTET, n° 6 *ad* art. 335; PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 487 et 490; BK ZGB-RIEMER, n° 530 *ad Systematischer Teil*. L'application des articles 84 ss CC (qui ont un caractère d'ordre public au sens de l'art. 2 Tit. fin. CC) peut être écartée par le fait qu'en notre hypothèse, les fidéicommiss sont de toute façon contraires au système du nouveau droit: PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 488. Par ailleurs, une compatibilité partielle avec le nouveau droit peut conduire à « *un régime matériel divisé* »: CR CC I-PIOTET, n° 6 *in fine ad* art. 335; PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 488 s.

<sup>3163</sup> PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 487 et les références citées.

<sup>3164</sup> En ce sens, BUEHLER, p. 162 s.

<sup>3165</sup> Voir BUEHLER, p. 162 s. (« *Die Konsequenz verlangte aber, dass man jede Art von toter Hand, alos auch den Grundbesitz von Stiftungen, Anstalten und Korporationen einschränke.* »).

<sup>3166</sup> BUEHLER, p. 162 s.

<sup>3167</sup> Notre traduction de BUEHLER, p. 163: « *Relikte der Aristokratie* ». Dans le canton de Lucerne, la discussion concernant la réglementation des fidéicommiss de famille est l'occasion du plus houleux débat de tous ceux concernant la codification. Voir SCHMID A., *Luzern*, p. 125 ss. Dans ce cadre cette dernière reporte le passage d'un article de presse qui explique que certains parlementaires cantonaux tiennent les fidéicommiss pour une fierté aristocratique (« *aristokratischer Stolz* »).

<sup>3168</sup> BUEHLER, p. 163 s. (« *Auffallend ist, dass ausgerechnet die drei grössten Schweizer Juristen des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts, J. C. BLUNTSCHLI, Andreas HEUSLER und Eugen HUBER, die sonst in vielem verschiedener Meinung gewesen waren, in diesem Punkte einig, das Familienfideikommiss verteidigten. Das mag darin liegen, dass alle drei als überzeugte Germanisten im Familienfideikommiss ein deutschrechtliches Institut erkannten, dessen Bewahrung sie für nötig hielten.* »). BUEHLER ne cite hélas pas les passages des écrits de ces auteurs sur lesquels il s'appuie. PFYFFER VON ALTISHOFEN était de l'avis contraire; nous pensons cependant que ses motivations étaient avant tout politiques et nous appuyons notre opinion sur les arguments apportés par les parlementaires soutenant sa mouture du projet qui tiennent les fidéicommiss de famille pour « [...] *unvereinbar mit dem gengenwärtigen politischen System* » [...]: SCHMID (*Luzern*, p. 127) qui cite un article de presse de l'époque. Voir SCHMID A., *Luzern*, p. 125 ss.

n'est d'ailleurs pas du fait de HUBER, mais celui de la Grande commission d'experts et du Parlement<sup>3169</sup>. Face à la rigidité d'un texte légal inadapté, la doctrine moderne majoritaire tend à plaider le retour des fidéicommiss de famille, en tout cas sous la forme de fondations de famille dites d'entretien<sup>3170</sup>.

§ 6. «*Un droit réel rattaché indissolublement [...] à une part de sociétariat de droit civil ou public cantonal [...] procède d'un mécanisme qui échappe au droit fédéral, et donc à l'art. 17 al. 2 Tit. fin. CC*<sup>3171</sup>.» Si une propriété divisée est associée à une communauté (relevant ou non du nouveau droit), les règles du droit des biens doivent s'effacer devant celles de ladite communauté, pour ce qui concerne l'appartenance à la communauté<sup>3172</sup>. Pour autant qu'il s'agisse bien d'un «droit réel» au sens du processus de qualification prévu à l'article 17 Tit. fin. CC, ce qui est toujours le cas dans la mesure où le troisième alinéa de cette disposition trouve application<sup>3173</sup>. Nous approfondissons ce point ci-dessous à propos des sociétés d'*Allmends*.

Les droits de superficie que l'on rencontre dans les cantons romands avant 1912 sont également des propriétés divisées qui ne correspondent à aucun type prévu par le *numerus clausus fédéral*<sup>3174</sup> – le régime de l'article 17 alinéa 3 Tit. fin. CC leur est applicable.

§ 7. Le champ d'application du droit privé s'arrête là ou commence celui du droit public. Ainsi, tant les droits acquis sur les eaux publiques que les droits de pêche historiques échappent en principe aux règles transitoires du Code civil dans la mesure où ils portent sur les régales cantonales<sup>3175</sup>. Le principe ne souffre aucune exception pour la pêche<sup>3176</sup>, mais il arrive qu'un droit acquis sur les eaux publiques grève le

<sup>3169</sup> *Message CC*, FF 1904 IV 1, p. 1 ss. HUBER, *Exposé des motifs I*, p. 233. Voir CR CC I-PIOTET, n° 5 *ad art.* 335; OTHENIN-GIRARD, p. 1266; PAHUD DE MORTANGES, p. 500 et 503 ss; BK ZGB-RIEMER, n° 137, 139 et 178 *ad Systematischer Teil*.

<sup>3170</sup> En ce sens, parmi d'autres, GUTZWILLER, *Unterhaltstiftung*, p. 1559 ss (en particulier, p. 1565); OTHENIN-GIRARD, p. 1268. Différemment, PAHUD DE MORTANGES (*Das Familienfideikommiss*, p. 510 ss) exprime le souhait d'adapter les fidéicommiss de famille persistant au nouveau droit, soit en les transformant, soit en les supprimant. À l'occasion de l'adoption de la CLaH85, le Conseil fédéral n'a pas jugé utile d'abroger l'art. 335 al. 2 CC: *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 593. Voir, de manière générale sur cette question, CR CC I-PIOTET, n° 34 *ad art.* 335.

<sup>3171</sup> PIOTET, *Superficies*, p. 77 ss; CR CC II-PIOTET, n° 16 *ad art.* 17 Tit. fin.; PIOTET, *Cabanes d'alpages*, p. 330 s.

<sup>3172</sup> CR CC II-PIOTET, n° 14 *ad art.* 17 Tit. fin.; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 656 s.

<sup>3173</sup> PIOTET, *Cabanes d'alpages*, p. 331; CHABOD, p. 84.

<sup>3174</sup> CHABOD, p. 84; PILET-GOLAZ, p. 33 s.

<sup>3175</sup> CR CC II-PIOTET, n° 17 s. *ad art.* 17 Tit. fin. Voir, pour l'éclairage détaillé d'une occurrence valdo-genevoise d'un droit de pêche dans un ruisseau (le Greny) qui traverse le domaine du château de Coppet, PIOTET, *Droit de pêche dans le Greny*, p. 379 ss.

<sup>3176</sup> Malgré une jurisprudence contraire isolée (ATF 97 II 25), la doctrine admet le rattachement au droit public: CR CC II-PIOTET, n° 18 *ad art.* 17 Tit. fin.; BK-REY, n° 228 *ad art.* 730 ss CC;

lit du cours d'eau en tant que fonds servant, ce qui permet une assimilation à des servitudes de droit fédéral<sup>3177</sup>, voire à des droits distincts et permanents<sup>3178</sup>. Il en va à peu près de même des bénéfiques ecclésiastiques qui échappent au droit transitoire du Code civil<sup>3179</sup>.

§ 8. Nous avons à présent passé en revue les différentes institutions incompatibles avec le *numerus clausus* des droits réels, sans toutefois avoir eu vocation à l'exhaustivité.

### 3. La publicité des institutions visées par l'article 17 alinéa 3 Tit. fin. CC

§ 1. Comme pour les institutions compatibles, l'article 17, alinéa 1<sup>er</sup>, Tit. fin. CC réserve les dispositions du droit positif concernant le registre foncier<sup>3180</sup>. En vertu des articles 43, alinéa 3, et 45 Tit. fin. CC, «[l]es droits, constitués avant 1912, qui sont encore inscrits dans les registres cantonaux, ou qui subsistent indépendamment d'eux, ne peuvent être <inscrits> [...] au registre foncier fédéral lorsque celui-ci est introduit et que le droit réel en cause est incompatible avec le *numerus clausus* du nouveau droit<sup>3181</sup>. » Il s'en suit que seule l'écriture d'une mention (au sens technique) au registre foncier fédéral est possible pour les immeubles touchés par des droits abolis qui tombent dans le champ d'application de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC<sup>3182</sup>. L'écriture de cette mention a lieu d'office<sup>3183</sup>.

En guise de rappel, une mention (*Anmerkung*) au registre foncier est «une écriture portée au feuillet du grand livre dont la fonction est de révéler un rapport de droit privé ou de droit public, en relation avec un immeuble, mais dont l'existence est indépendante du registre foncier<sup>3184</sup>. » En conséquence, «L'unique fonction de la mention est d'informer les personnes qui consultent le registre foncier de l'existence d'un rapport juridique en lien avec l'immeuble et de faciliter ainsi les transactions immobilières<sup>3185</sup>. »

---

BSK ZGB II-LAIM, n° 20 *ad* art. 655 CC; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 707; PIOTET, *Droit de pêche dans le Greny*, p. 391.

<sup>3177</sup> CR CC II-PIOTET, n° 17 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3178</sup> CR CC II-PIOTET, n° 17 *ad* art. 17 Tit. fin.; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 703.

<sup>3179</sup> ATF 72 I 106, consid. 3. Voir PIOTET, *Droit de pêche dans le Greny*, p. 396.

<sup>3180</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 484.

<sup>3181</sup> CR CC II-PIOTET, n° 1 *ad* art. 45 Tit. fin. Dans le même sens, BSK ZGB II-ZOGG, n° 19 *ad* art. 17 Tit. fin.; BSK ZGB II-SCHMID, n° 1 *ad* art. 45 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 6 *ad* art. 43 Tit. fin.

<sup>3182</sup> BSK ZGB II-SCHMID, n° 1 *ad* art. 45 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 8 *ad* art. 45 Tit. fin. Voir aussi PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 355.

<sup>3183</sup> JOYE-YERLY, n° 495; STEINAUER, *Droit réels I*, n° 838 s.

<sup>3184</sup> ATF 111 Ia 182. STEINAUER, *Droits réels I*, n° 918; JOYE-YERLY, n° 487; CR CC II-MOOSER, n° 1 *ad* art. 962; DESCHENAUX, p. 336.

<sup>3185</sup> JOYE-YERLY, n° 489. Voir aussi STEINAUER, *Droit réels I*, n° 819.

Il est donc essentiel de comprendre que « [les mentions] *ne renforcent pas le rapport juridique concerné en droit, mais en fait*<sup>3186</sup>. »

La jurisprudence préconise une interprétation restrictive du champ d'application de l'article 45 Tit. fin. CC en fonction de la publicité fédérale des droits réels<sup>3187</sup>. Ainsi, dans la mesure où une institution participe au *numerus clausus* des droits réels du droit privé fédéral, la mention de l'article 45 Tit. fin. CC ne peut trouver application<sup>3188</sup>. Il faut alors procéder à une inscription au registre foncier<sup>3189</sup>.

La question d'un gage ne portant que sur une portion d'un immeuble est controversée, mais doit à notre sens figurer sous la forme d'une mention au registre étant donné qu'il s'agit d'un droit aboli<sup>3190</sup>.

Dans tous les cas, ne peuvent donc faire l'objet d'une mention que des institutions qui, tout en ne pouvant être assimilées à l'une de celles formant le *numerus clausus* du droit positif, qualifient de droits réels<sup>3191</sup>. Les cantons ne peuvent déroger à ces règles dans un sens ou dans un autre<sup>3192</sup>.

Cela vise donc toutes les institutions sus-décrites au titre de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC.

Bien que l'inscription au registre foncier soit exclue pour les droits abolis, comme l'on vient de l'expliquer, la réalité du terrain conduit au constat de l'inscription au registre foncier fédéral de nombreux droits abolis en lieu et place de leur mention<sup>3193</sup>. En ce cas, le *numerus clausus* des droits réels s'oppose à la guérison de ce vice et il convient de considérer que l'inscription vaut en réalité mention<sup>3194</sup>. Aussi, n'y a-t-il pas de différence quant aux effets entre cette situation pathologique et celle ordinaire de la mention, malgré les apparences<sup>3195</sup>.

§ 2. Comme pour les droits visés par l'article 17, alinéa 2, Tit. fin. CC, *a fortiori*, l'absence d'apparition au registre foncier n'a aucune conséquence de droit matériel<sup>3196</sup>. La

<sup>3186</sup> JOYE-YERLY, n° 579.

<sup>3187</sup> CR CC II-PIOTET, n° 3 *ad art.* 45 Tit. fin. ATF 63 II 107, 110.

<sup>3188</sup> Ce qui est par exemple le cas d'une institution du droit privé fédéral aujourd'hui disparue. Voir CR CC II-PIOTET, n° 4 *ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>3189</sup> ATF 63 I 110 (à propos d'un droit d'eau). BSK ZGB II-SCHMID, n° 4 *in fine ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>3190</sup> *Pro* CR CC II-PIOTET, n° 10 *ad art.* 43 Tit. fin. *Contra* BSK ZGB II-SCHMID, n° 19 *ad art.* 43 Tit. fin.

<sup>3191</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 5 *ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>3192</sup> CR CC II-PIOTET, n° 10 *ad art.* 43 Tit. fin.; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 753 s.

<sup>3193</sup> CR CC II-PIOTET, n° 12 *ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>3194</sup> ATF 103 II 176. CR CC II-PIOTET, n° 12 *ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>3195</sup> CR CC II-PIOTET, n° 12 *ad art.* 45 Tit. fin.

<sup>3196</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 6 *ad art.* 45 Tit. fin.

mention n'a qu'une valeur déclarative, à l'exclusion de tout effet formateur<sup>3197</sup> – lequel effet est régi exclusivement par le droit ancien au moment de la création de l'institution<sup>3198</sup>.

Conformément au principe général, une mention n'a qu'une portée purement déclarative, sans que ne s'y attache aucun effet formateur. Il n'y a pas de raison de considérer la mention prévue à l'article 45 Tit. fin. CC de manière différente<sup>3199</sup>. Elle est effectivement informative : elle indique l'existence d'une institution soumise à un ordre juridique distinct du droit privé fédéral<sup>3200</sup>. En 1934 déjà, l'Office fédéral de la justice s'est exprimé en ce sens<sup>3201</sup>. L'effet purement déclaratif de la mention est en outre cohérent avec l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC qui laisse au droit ancien les questions de publicité<sup>3202</sup>. De la sorte, l'extinction du droit aboli dépend du seul droit ancien à l'exclusion du droit fédéral – et donc également de la mention elle-même<sup>3203</sup> : « *Une publicité du droit ancien soumise à la fois au droit ancien et à la foi publique des écritures du droit privé fédéral aboutit à une figure juridique impossible à construire et illogique sur le plan systématique*<sup>3204</sup>. » Notons d'ailleurs que ce principe, ainsi énoncé par PIOTET, est pleinement reconnu par la doctrine lorsque le moyen de publicité est la possession : le droit cantonal est seul applicable<sup>3205</sup>. Nous ne voyons pas pour quel motif distinguer le régime en fonction du mode de publicité désigné par le droit cantonal.

Bien que la doctrine soit partagée<sup>3206</sup>, il nous faut donc rejeter pour erronée l'opinion qui attribue à la mention de l'article 45 Tit. fin. CC les effets formateurs d'une inscription. Les auteurs qui soutiennent cette opinion<sup>3207</sup> oublient en effet que la protection

---

<sup>3197</sup> CR CC II-PIOTET, n° 39 *ad* art. 17 Tit. fin. Le défaut de mention au registre foncier reste ainsi sans effet, en particulier à l'égard d'un tiers de bonne foi : CR CC II-PIOTET, n° 45 *ad* art. 17 Tit. fin. ; CR CC II-PIOTET, n° 8 *ss ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>3198</sup> CR CC II-PIOTET, n° 44 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3199</sup> CR CC II-PIOTET, n° 8 *ad* art. 45 Tit. fin. ; DELAFONTAINE, p. 139 s. ; ROUX, p. 117 ss ; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 763 ; ZK-REICHEL, n° 1 *ad* art. 45 Tit. fin. CC. BSK ZGB II-SCHMID (n° 9 *in fine ad* art. 45 Tit. fin.) est d'avis que la mention a ici un effet propre, relève l'opposition au principe, mais n'en explique pas la raison (« *Diese Anmerkung erzeugt eine Wirkung, die den Anmerkungen sonst nicht zukommt.* »).

<sup>3200</sup> CR CC II-PIOTET, n° 9 *ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>3201</sup> Voir aussi CR CC II-PIOTET, n° 9 *ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>3202</sup> Voir CR CC II-PIOTET, n° 8 *ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>3203</sup> CR CC II-PIOTET, n° 14 *ad* art. 45 Tit. fin. ; CR CC II-PIOTET, n° 45 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3204</sup> CR CC II-PIOTET, n° 9 *ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>3205</sup> À propos de la possession des servitudes : ATF 60 II 483, consid. 3. BSK ZGB II-ZOGG, n° 17a *ad* art. 17 Tit. fin. ; BK ZGB-MUTZNER, n° 3 *ad* art. 37 Tit. fin. ; BROGGINI, *Traité*, p. 482 ; BK-MEIER-HAYOZ, n° 757 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC.

<sup>3206</sup> De la même opinion que nous : CR CC II-PIOTET, n° 8 *ad* art. 45 Tit. fin. ; DELAFONTAINE, p. 139 s. ; ROUX, p. 117 ss ; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 763 ; ZK-REICHEL, n° 5 *ad* art. 44 Tit. fin. CC ; ZK-REICHEL, n° 1 *ad* art. 45 Tit. fin. CC.

<sup>3207</sup> BSK ZGB II-SCHMID (n° 8 s. *in fine ad* art. 45 Tit. fin.) analyse assez brièvement cette question en fondant son raisonnement sur le présupposé d'une protection des tiers de bonne foi par

des tiers de bonne foi est sous-jacente au principe de publicité des droits réels, lequel dépend ici pleinement du droit cantonal<sup>3208</sup>. C'est l'article 44, alinéa 1<sup>er</sup>, Tit. fin. CC qui prévoit le mécanisme sur lequel s'appuient ces auteurs<sup>3209</sup>, mais celui-ci vise les droits réels anciens assimilables aux catégories du nouveau droit (art. 17 al. 2 Tit. fin. CC) et devant ainsi faire l'objet d'une inscription (et non pas d'une mention); il ne vise pas les institutions incompatibles avec le nouveau droit<sup>3210</sup>. Il en va de même à l'article 21, alinéa 1<sup>er</sup>, Tit. fin. CC<sup>3211</sup>, dénué de portée propre<sup>3212</sup>. Plus encore, « *la foi publique des écritures du droit privé fédéral est la seule en vue à l'art. 44 al. 1 Tit. fin. CC*<sup>3213</sup> »; or, l'on sait que les mentions sont sans effet sur la foi publique. Lier le mécanisme de l'article 44 Tit. fin. CC à la mention prévue à l'article 45 Tit. fin. CC est donc contraire à la systématique de la loi et constitue ainsi une erreur de raisonnement<sup>3214</sup>. MUTZNER, pourtant d'un avis contraire au nôtre, reconnaît lui-même que

---

le droit privé fédéral – la prémisse est donc erronée, puisque cette question dépend exclusivement du droit cantonal. BSK ZGB II-ZOGG (n° 19 *ad art.* 17 Tit. fin.) renvoie à l'opinion de SCHMID, sans précision. De même, BK ZGB-MUTZNER (n° 77 *ad art.* 17 Tit. fin.) renvoie simplement aux propos tenus sur les droits compatibles ou (n° 1 s. *ad art.* 44 Tit. fin.; n° 6 s. *ad art.* 45 Tit. fin.) traite sans distinction l'ensemble des droits non inscrits, à chaque fois sans aucune explication de fond. Voir STEINAUER, *Droit réels I*, 294 n° 839b; DESCHENAUX, p. 341.

<sup>3208</sup> BK ZGB-MUTZNER (n° 6 *ad art.* 45 Tit. fin.) se trompe donc dans son raisonnement lorsqu'il réfute les propos de REICHEL (ZK-REICHEL, n° 5 *ad art.* 44 Tit. fin. CC; ZK-REICHEL, n° 1 *ad art.* 45 Tit. fin. CC): il attribue à la mention un effet envers les tiers de bonne foi qu'elle n'a pas et étend par trop la portée du droit positif. Par ailleurs, son argument, fondé sur le fait que l'existence d'une institution de l'ancien droit est soumise à l'ancien droit « *sous réserve des règles concernant le registre foncier* » (art. 17 al. 1<sup>er</sup> Tit. fin. CC), n'est pas non plus correct: les règles spéciales distinguent précisément entre les droits abolis et les autres.

<sup>3209</sup> Notamment, ATF 82 II 103, consid. 3 à 9. Voir BSK ZGB II-SCHMID, n° 1 *in fine ad art.* 44 Tit. fin.

<sup>3210</sup> CR CC II-PIOTET, n° 1 et 3 *ad art.* 44 Tit. fin. BSK ZGB II-SCHMID (n° 3 *ad art.* 44 Tit. fin.) traite expressément de la même manière les inscriptions et le cas particulier de la mention de l'article 45 alinéa 1<sup>er</sup> Tit. fin. CC, sans expliciter un raisonnement justifiant ce rapprochement.

<sup>3211</sup> « (1) *Les servitudes foncières établies avant l'entrée en vigueur du code civil subsistent sans inscription après l'introduction du registre foncier, mais ne peuvent être opposées aux tiers de bonne foi qu'à partir du moment où elles ont été inscrites.* (2) *Les obligations liées accessoirement à des servitudes qui ont été créées avant l'entrée en vigueur de la modification du 11 décembre 2009 et qui n'apparaissent que dans les pièces justificatives au registre foncier restent opposables aux tiers de bonne foi.* »

<sup>3212</sup> ATF 82 II 103. CR CC II-PIOTET, n° 2 *ad art.* 44 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 1 ss *ad art.* 44 Tit. fin.

<sup>3213</sup> CR CC II-PIOTET, n° 4 *ad art.* 44 Tit. fin.

<sup>3214</sup> Contrairement à l'opinion de BSK ZGB II-SCHMID (n° 10 *ad art.* 43 Tit. fin.), il n'en va pas différemment à l'alinéa 2 de l'art. 44 Tit. fin. CC: les droits incompatibles ne peuvent pas être abolis sur le fondement de cette disposition. Voir CR CC II-PIOTET, n° 13 *ad art.* 44 Tit. fin.; ROUX, p. 236 ss; SIGRIST, p. 76 ss; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 763; ZK-LIVER, n° 156 *ad art.* 731 CC; BROGGINI, *Traité*, p. 496 s.; *Contra* DESCHENAUX, p. 48, no 30; BK ZGB-MUTZNER, n° 7 *ad art.* 45 Tit. fin.; BSK ZGB II-SCHMID, n° 10 *ad art.* 44 Tit. fin.

«*Es musste daher, sofern der öffentliche Glaube des Grundbuches nicht zum Teil illusorisch werden sollte, dafür gesorgt werden, dass auch diese Rechtsgebilde aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Da nun aber das eidgenössische Grundbuch seiner Bestimmung gemäss nur für die Aufnahme der nach neuem Recht anerkannten Rechte eingerichtet ist, musste für die Darstellung dieser alterrechtlichen Gebilde die Form der <Anmerkung> gewählt werden, [...]*<sup>3215</sup>.»

Une écriture au registre foncier rend certes l'institution concernée visible (*ersichtlich*), mais son opposabilité peut dépendre d'une autre règle; tel est bien le cas en présence d'une mention.

## D. Les communaux selon le régime de l'article 59 alinéa 3 du Code civil

### 1. La réserve en faveur du droit cantonal

Des dispositions tendant à régler les conflits entre les anciens droits cantonaux et le nouveau droit fédéral codifié, il faut distinguer les normes par lesquelles le législateur fédéral remet sa compétence au législateur cantonal en lui réservant certaines questions<sup>3216</sup> («*ermächtigende, übergangsrechtliche Vorbehalte zugunsten des kant. (Übergangs-privatrechts)*<sup>3217</sup>»). Bien qu'elles ne relèvent pas du droit transitoire<sup>3218</sup>, ces dispositions figurent, pour partie, au titre final du Code civil. Ainsi, la doctrine cite en notre matière les articles 20<sup>ter</sup>, 20<sup>quater</sup>, 22, alinéa 2, 24, alinéa 2, 30, alinéa 2, 33, 33a, alinéa 3, 44, alinéa 2, 46 et 48 Tit. fin. CC<sup>3219</sup>. Face à la compétence fédérale exclusive en matière de droit privé, elles doivent être interprétées restrictivement<sup>3220</sup>.

Au-delà du titre final, une telle réserve en faveur du droit cantonal existe également pour les communaux qui nous ont déjà occupé dans notre parcours historique. Ainsi, les sociétés d'*Allmends* et autres similaires échappent à la codification privée fédérale et, de la même manière, au droit fédéral transitoire<sup>3221</sup>.

Selon l'article 59, alinéa 3, du Code civil suisse, la codification fédérale du droit privé suisse ne s'étend en effet pas aux «*sociétés d'allmends et autres semblables*», lesquelles «*continuent à être régies par le droit cantonal*». Il s'agit là d'une réserve au

---

<sup>3215</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 2 *ad* art. 45 Tit. fin.

<sup>3216</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 21 *ad* art. 17 Tit. fin.; BK-MEIER-HAYOZ, n° 46 et 746 *ad* Syst. Teil, art. 641-654 CC; BROGGINI, *Traité*, p. 489.

<sup>3217</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 21 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3218</sup> BROGGINI, *Traité*, p. 489.

<sup>3219</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 21 *ad* art. 17 Tit. fin.

<sup>3220</sup> BSK ZGB II-ZOGG, n° 21 *ad* art. 17 Tit. fin.; ATF 42 II 49, consid. 2.

<sup>3221</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 286.



sens propre accordée au droit cantonal<sup>3222</sup>. Aussi, en ce qui concerne cette matière l'entrée en vigueur du Code civil est restée sans effet. Cela signifie donc que le droit cantonal en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 1912 continue à l'être après cette date. Le régime juridique des communaux demeure ainsi en principe pleinement applicable. L'importance d'une approche historique de ces institutions apparaît ainsi comme une évidence puisque le droit positif a lui-même une longue histoire, comme nous l'avons déjà constaté.

Il n'en demeure pas moins que la codification fédérale du droit privé suisse fixe nécessairement par le simple fait de son existence, et par effet réflexe, un cadre relativement précis aux communaux et qu'il convient d'en examiner la portée exacte.

## 2. Le cadre imposé par le droit fédéral

§ 1. Si la terminologie de l'article 59, alinéa 3, CC est elle-même quelque peu particulière et résulte d'un aller-retour entre les versions allemande et française du texte<sup>3223</sup>, la notion fédérale de communaux se calque sur les réalités cantonales variées – que le législateur fédéral cherche justement à préserver<sup>3224</sup>. Elle correspond donc à celle que nous avons décrite plus haut<sup>3225</sup>. Il s'agit des corporations qui «*ont pour but l'exploitation collective de biens agricoles ou forestiers*<sup>3226</sup>». Sont donc visées lesdites sociétés d'alpage, de pâturage, d'irrigation, de forêts, d'utilisation de sources ou de consortages<sup>3227</sup>.

La Circulaire du Conseil fédéral du 24 juillet 1908 à tous les gouvernements cantonaux concernant l'introduction du code civil recommande d'énumérer «*[...] les principales catégories de ces corporations existant dans le canton sous différentes dénominations (corporations, syndicats, consortages d'alpages, de bisses, de drainage, de réunions parcellaires, etc.)*<sup>3228</sup>». Plusieurs cantons l'ont fait, généralement de manière

<sup>3222</sup> CR Cst. féd.-PIOTET, n° 7 *ad* art. 122 Cst. féd.; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, n° 21 *ad* art. 59; ZGB Kommentar-SCHERRER, n° 2 *ad* art. 59; CR CC I-XOUDIS, n° 16 *ad* art. 59; ARNOLD M., p. 21 s. Cette réserve figurait déjà à l'art. 719 du Code fédéral des obligations de 1881. Voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 274.

<sup>3223</sup> La version allemande initiale énumérait ainsi «*Wald-, Weide-, Brunnen- und Alpgenossenschaften*». Voir ARNOLD M., p. 17 et 18.

<sup>3224</sup> HUBER (*System und Geschichte I*, p. 158) souligne d'ailleurs que la tradition agraire d'où sont issus les communaux en est une caractéristique essentielle. Voir ARNOLD M., p. 17 s.

<sup>3225</sup> «*Les corporations ainsi visées par la réserve du droit civil cantonal sont celles dont le but social s'inscrit historiquement dans l'une des fonctions de la communauté agraire d'origine – la société villageoise ou la «marche» (Dorf- und Markgenossenschaft)*». : PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 276. Voir aussi ARNOLD M., p. 17 s. et les nombreuses références citées. Cf. *supra* p. 233 (notre définition et analyse historique).

<sup>3226</sup> CR CC I-XOUDIS, n° 17 *ad* art. 59 CC. Voir aussi PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 274; ARNOLD M., p. 20 et 38 s.

<sup>3227</sup> CR CC I-XOUDIS, n° 17 *ad* art. 59 CC; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 274.

<sup>3228</sup> *Circulaire du Conseil fédéral*, FF 1908 IV 635, p. 647.

cursive<sup>3229</sup>, et certains tiennent un registre propre aux communaux<sup>3230</sup>. Le canton d'Argovie ne traite pas du tout des communaux dans sa législation formelle<sup>3231</sup>. Une liste exemplative des différentes formes de communaux peut être trouvée chez RIE-MER<sup>3232</sup>. Le lecteur trouvera chez PIOTET un passage en revue des droits cantonaux<sup>3233</sup>. Il en ressort que, à l'exception des cantons de Neuchâtel et de Bâle-Ville, tous connaissent encore des communaux sous la forme de corporations de droit privé correspondant à la notion de l'article 59, alinéa 3, du Code civil<sup>3234</sup>. Par ailleurs, depuis 2013, le canton de Fribourg interdit la création de nouvelles sociétés d'Allmends sous la forme de personnes morales de droit public, mais ne vise pas celles de droit privé<sup>3235</sup>.

ARNOLD résume la *ratio legis* de la manière suivante: «*Schlussfolgernd kann als Wille des historischen Gesetzgebers festhalten werden, die enger als andere privatrechtliche Rechtspersonen mit dem Gemeinwesen zusammenhängenden Genossenschaften kantonalem Recht zu überlassen, sofern sie die gemeinschaftliche Nutzung von Grund und Boden (inklusive des Wassers) bezwecken oder mit dem Besitz an Grund und Boden zusammenhängen [...]*»<sup>3236</sup>.

Au-delà de cette définition, les sociétaires doivent respecter l'une des formes d'organisation prévues par le droit fédéral<sup>3237</sup>.

§ 2. La règle de l'article 59, alinéa 3, CC préserve ainsi le droit cantonal qui demeure applicable après l'entrée en vigueur du Code civil<sup>3238</sup>, dans la mesure où il tend à régir la typologie, la constitution et l'organisation interne, ainsi que les questions ayant trait

---

<sup>3229</sup> Uri (art. 20, al. 1 LICC-UR, du 4 juin 1989, 9.2111); Nidwald (art. 19 LICC-NW, du 24 avril 1988, 211.1); Zurich (§ 49 al. 1 LICC-ZU, du 2 avril 1911, 230); Berne (art. 20 al. 1<sup>er</sup> LICC-BE, du 28 mai 1911, 211.1); Glaris (art. 34 al. 1<sup>er</sup> LICC-GL, du 7 mai 1911, III B/1/1); Zoug (§ 31 al. 3 LICC-ZG, du 17 août 1911, 211.1); Soleure (§ 41 al. 1<sup>er</sup> LICC-SO, du 4 avril 1954, 211.1); Schaffhouse (art. 33 al. 1<sup>er</sup> s. LICC-SH, du 27 juin 1911, 210.100); Appenzel Rhodes-Extérieures (art. 19 al. 1<sup>er</sup> LICC-AR, du 27 avril 1969, 211.1); Saint-Gall (art. 44 al. 1<sup>er</sup> LICC-SG, du 3 juillet 1911, 911.1); Grisons (art. 26 LICC-GR, du 12 juin 1994, 210.100); Valais (art. 126 al. 1<sup>er</sup> LICC-VS, 1998, 211.1); Jura (art. 21 LICC-JU, du 9 novembre 1978, 211.1).

<sup>3230</sup> Uri (art. 23 LICC-UR).

<sup>3231</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 303.

<sup>3232</sup> BK ZGB-RIEMER, n° 1 ss *ad* art. 59.

<sup>3233</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 287 ss et les très nombreuses références. L'auteur distingue entre les institutions de droit public et celles de droit privé.

<sup>3234</sup> Avant 1912, Bâle-Ville et Neuchâtel ne connaissaient déjà pas ces institutions; ils n'ont donc procédé à aucune abolition. Voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 310.

<sup>3235</sup> Art. 7 al. 2 LICC-FR du 10 février 2012, 210.1.

<sup>3236</sup> ARNOLD M., p. 20.

<sup>3237</sup> PIOTET (*Droit cantonal complémentaire*, n° 275) et ARNOLD M. (p. 18) indiquent qu'il en va ainsi des corporations urbaines ou de métiers (*Zünfte*). Voir aussi CR CC I-XOUDIS, n° 18 *ad* art. 59 CC.

<sup>3238</sup> Art. 59 al. 3 CC («[...] continuent à être régies par le droit cantonal.»); *Circulaire du Conseil fédéral*, FF 1908 IV 635, p. 647. Voir aussi ARNOLD M., p. 18.

à la qualité de membre<sup>3239</sup>. Ainsi, « *le principe du <numerus clausus> des personnes morales de droit privé n'est pas applicable*<sup>3240</sup> » aux sociétés d'*Allmends*.

Il doit néanmoins s'agir de corporations (et non d'établissements)<sup>3241</sup>. La compétence des cantons s'étend tant à la typologie des sociétés d'*Allmends* qu'aux relations internes de ses membres (entre eux ou avec elle). Les dispositions générales concernant les personnes morales (art. 52 ss CC) ne sont donc pas applicables<sup>3242</sup>. À la discrétion du législateur cantonal, le droit fédéral peut naturellement s'appliquer aux divers communaux à titre de droit supplétif<sup>3243</sup>.

Les relations entre la société et les tiers relèvent toutefois du droit fédéral<sup>3244</sup>. Ainsi, au-delà de ces questions, le droit fédéral est seul applicable à l'exclusion de toute règle de rang cantonal, même si spécifique aux sociétés d'*Allmends*. La Confédération retient en effet seule sa compétence pour régir les relations entre les sociétés d'*allmends* et les tiers, lesquelles suivent les règles générales du droit privé<sup>3245</sup>.

§ 3. Il faut dire en effet que le droit fédéral part de la prémisse que ces sociétés d'*Allmends* revêtent une personnalité juridique et sont, partant, des sujets de droit à part entière<sup>3246</sup>. La Circulaire du Conseil fédéral du 24 juillet 1908 à tous les gouvernements cantonaux concernant l'introduction du code civil relève même qu'« [i]l aurait utilité à ce que les lois d'introduction leur confèrent expressément la personnalité morale [...] »<sup>3247</sup>. Cette prophétie quelque peu paradoxale se révèle être auto-réalisatrice, puisque l'immense majorité des cantons accorde à tous les communaux de droit privé la personnalité juridique de manière explicite<sup>3248</sup>. Pour les communaux créés après

<sup>3239</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, n° 23 *ad* art. 59 CC; CR CC I-XOUDIS, n° 20 *ad* art. 59 CC.

<sup>3240</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 316.

<sup>3241</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 316.

<sup>3242</sup> Ce qui ressort déjà de la systématique du code. Voir ARNOLD M., p. 17.

<sup>3243</sup> Uri (art. 22 LICC-UR), Nidwald (art. 28 LICC-NW), Lucerne (§ 23 LICC-LU, du 20 novembre 2000, 200), Thurgovie (§ 41 al. 1 LICC-TG, du 3 juillet 1991, 210.1) renvoient au Code des obligations. Zurich (§ 49 al. 2 LICC-ZU) et Schaffhouse (art. 34 LICC-SH) renvoient dans une mesure limitée aux dispositions du Code civil portant sur les personnes morales. Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 24 LICC-AR) et les Grisons renvoient en première ligne au Code civil et en seconde ligne au Code des obligations. Le Valais renvoie subsidiairement aux dispositions du Code des obligations portant sur la société coopérative (art. 126 al. 2 LICC-VS). Voir aussi ZGB Kommentar-SCHERRER, n° 5 *ad* art. 59.

<sup>3244</sup> CR CC I-XOUDIS, n° 19 *ad* art. 59 CC.

<sup>3245</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, n° 23 *ad* art. 59 CC; CR CC I-XOUDIS, n° 20 *ad* art. 59 CC.

<sup>3246</sup> ARNOLD M., p. 20 et 30 s.

<sup>3247</sup> *Circulaire du Conseil fédéral*, FF 1908 IV 635, p. 647.

<sup>3248</sup> Uri (art. 20 al. 2 LICC-UR); Nidwald (art. 19 LICC-NW); Obwald (art. 25 al. 1 ch. 3 LICC-OW, du 30 avril 1911, 210.1); Lucerne (§ 23 al. 1 LICC-LU); Zurich (§ 49 LICC-ZU); Berne (art. 20 al. 1<sup>er</sup> LICC-BE); Glaris (art. 34 al. 2 LICC-GL); Zoug (§ 31 al. 3 LICC-ZG); Soleure (§ 41 al. 1<sup>er</sup> LICC-SO); Fribourg (Art. 7 LICC-FR, implicitement); Schaffhouse (art. 33 al. 2

1912, cette personnalité est en principe subordonnée à la reconnaissance de la corporation et l'approbation de ses statuts par une autorité publique, mais pour ceux préexistants, la personnalité morale est, sauf exception, acquise du seul effet des lois cantonales d'introduction du Code civil<sup>3249</sup>. Le canton de Thurgovie n'évoque que des corporations antérieures à 1912 et renvoie au Code des obligations, ce qui permet également de déduire une personnalité morale<sup>3250</sup>. Le demi-canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures distingue encore implicitement dans la nouvelle mouture de sa loi d'introduction du Code civil les corporations de droit public de celles de droit privé par l'absence d'approbation administrative de leurs statuts et, partant, de personnalité morale (cette dernière étant subordonnée à ladite approbation pour les corporations de droit public)<sup>3251</sup>. Dans le canton du Tessin par contre, les consortages d'alpages n'ont pas tous une personnalité juridique<sup>3252</sup>. Pour les cantons restants, la question de la personnalité morale reste soumise au droit cantonal plus ancien encore, souvent coutumier.

Nous savons que l'approche favorisée par le législateur fédéral est particulièrement moderne. Elle n'a cependant rien d'inédit puisqu'elle fut choisie par la France et l'Allemagne. Cela revient néanmoins à redéfinir la notion même de communaux, comme nous avons déjà pu le voir. Il faut ainsi distinguer entre les relations internes et les relations externes. Les premières sont pleinement régies par le droit cantonal qui – en l'absence d'évolution juridique de niveau cantonal – correspond à l'ancien droit et ainsi à une vision objective du droit. Le principal débat existant par rapport aux droits des sociétaires est celui concernant la nature de leur prérogative, nous avons déjà abordé cette question plus haut<sup>3253</sup>. Les secondes obéissent par contre au droit privé positif (fédéral).

Il est vrai qu'aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, l'évolution du débat conduit à raisonner de plus en plus fréquemment uniquement au niveau des droits subjectifs; l'on cherche ainsi à déterminer si le sociétaire dispose d'un droit réel ou d'un droit social<sup>3254</sup>. Aussi, l'ins-

---

LICC-SH); Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 19 al. 2 LICC-AR); Saint-Gall (art. 44 al. 2 LICC-SG); Grisons (art. 26 LICC-GR); Valais (art. 127<sup>bis</sup> LICC-VS); Jura (art. 21 LICC-JU).

<sup>3249</sup> En réalité, il convient de distinguer pour chaque canton laquelle des théories de la «réalité» ou de la «fiction» est applicable. Ce qui est en général controversé, mais a des conséquences pratiques importantes. Voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 311.

<sup>3250</sup> § 41 al. 1 LICC-TG. PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 304.

<sup>3251</sup> Art. 15 LICC-AI, du 29 avril 2012, 211.000. Voir, à propos de l'ancienne loi, PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 300.

<sup>3252</sup> Art. 35 LICC-TI, du 18 avril 1911, 211.100: «*Le «bogge» per l'esercizio dell'alpeggiatura hanno la personalità giuridica in quanto i rispettivi regolamenti conferiscano loro un fine e degli organi particolari, e siano approvati dal Consiglio di Stato.*» Voir PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 305.

<sup>3253</sup> Cf. *supra* p. 241 ss.

<sup>3254</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 324 ss.

titution des communaux évolue-t-elle vers la personnalité morale complète pour bon nombre de cas de figure. Les cas concernés se sont ainsi modernisés et répondent pleinement aux schémas subjectifs que nous connaissons bien. Les ayants-droit sont des sociétaires qui tirent leurs prérogatives de leurs droits sociaux<sup>3255</sup>. Leur coordination avec le droit fédéral ne pose guère de problème, bien qu'au-delà de la conception dogmatique de la position juridique de l'ayant droit, le fonctionnement des communaux lui-même demeure identique. Cependant, tel n'est pas le cas de l'ensemble des communaux connus sur le territoire suisse. De plus, les coutumes jouent encore un rôle prépondérant dans certains cantons (Obwald, Berne, Zoug, Argovie, Vaud, Valais)<sup>3256</sup>.

*«L'idée que le bien-fonds est en propriété collective des consorts, dont la collection des <Teilrechte> constitue la (quasi-) personne morale, dominait cependant largement le siècle passé, et ne peut certainement pas être écartée aujourd'hui en droit positif dans un canton ou une région particulière<sup>3257</sup>.»* En effet, dans la mesure où le régime juridique des communaux considérés demeure régi par une coutume qui n'a pas subi l'influence subjective des codifications, la position d'ayant droit ne peut être qualifiée de droit subjectif (social ou réel). Est de notre opinion LIVER<sup>3258</sup>. Malgré une formulation prudente, PIOTET montre bien dans le passage suivant le fait, qu'on le veuille ou non, que le système de droit privé fédéral doit s'incliner devant le régime juridique cantonal régissant les sociétés d'*Allmends*: *«Malgré plusieurs opinions contraires, et s'il faut avec le Tribunal fédéral considérer qu'effectivement une propriété divisée sur le modèle médiéval n'est plus admissible aujourd'hui comme telle, il n'apparaît pas moins que le régime de droit réel de la propriété en main commune du droit fédéral s'efface devant le régime de sociétariat de chaque type de communauté de personnes, subsidiarité qui doit certainement valoir pour une communauté de droit cantonal également, en tant qu'elle peut être visée par l'art. 59 al. 3 du Code civil. L'on en veut pour preuve qu'Eugen Huber construisait en droit positif, sur la seule réserve des art. 59 al. 3, 796 al. 2 et 949 al. 2 du Code civil, un système réel de qualification des droits du consort et du consortage sur les biens sociaux qui, quelque contestable qu'il puisse paraître, démontre la soumission du régime de droit réel à la structure corporative ou quasi corporative du consortage<sup>3259</sup>.»*

<sup>3255</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 331.

<sup>3256</sup> L'art. 170 du Code de droit privé et judiciaire vaudois renvoie expressément au droit coutumier: *«Les consortages d'alpage et autres anciennes indivisions agricoles où la part de l'indivis porte jouissance du bien commun sont soumis aux règles de la copropriété immobilière en tant qu'un usage local contraire n'est pas établi.»* Il en va de même en droit valaisan (art. 126 al. 2 LICC-VS). PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 290, 293, 295, 303, 306 et 307.

<sup>3257</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 325.

<sup>3258</sup> LIVER, *Genossenschaften mit Teilrechten*, p. 295. Voir aussi PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 333.

<sup>3259</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 333.

Il en va d'ailleurs de même en droit transitoire pour les corporations qui restent soumises au droit cantonal : la forme exacte de propriété collective applicable dépend du droit cantonal<sup>3260</sup>.

§ 4. Ce constat se trouve renforcé par le fait que la position de l'ayant droit est assimilée à un immeuble par le législateur à l'article 796, alinéa 2, CC, pour autant que les cantons y procèdent eux-mêmes<sup>3261</sup>. Cette approche est bien celle historique<sup>3262</sup>. En effet, si en général cette assimilation est faite par la loi d'introduction au Code civil, elle peut naturellement découler du droit coutumier<sup>3263</sup>.

Il ne s'agit ainsi pas d'innover, mais d'assurer la continuité. Par ailleurs, l'article 949, alinéa 2, CC, réserve aux cantons le soin de légiférer en matière d'« *inscription des droits réels sur les immeubles régis par la législation cantonale*<sup>3264</sup> ». Ici encore, la position d'ayant droit est objectivée, car assimilée à un immeuble. En somme, il s'agit donc de procéder par abstraction. La position de l'ayant-droit est objectivée, immobilisée, pour pouvoir être considérée comme un bien pouvant être immatriculé au registre foncier conformément à l'article 949, alinéa 2, CC<sup>3265</sup>.

Comme nous avons pu le constater, ces questions peuvent être régies expressément par un texte cantonal ou encore relevé du droit coutumier – ce que le droit fédéral permet<sup>3266</sup>.

§ 5. Puisque nous sommes en dehors du droit transitoire et que les communaux ne sont pas des institutions abolies, le droit fédéral ne retire pas aux communaux leur vitalité : la création de nouvelles corporations demeure possible aujourd'hui encore – dans la mesure autorisée par la réserve et selon les modalités du droit cantonal<sup>3267</sup>. Cela contraste avec « *la fixité du régime juridique des droits subjectifs anciens*<sup>3268</sup> ».

Notons déjà que cette dichotomie entre la matière de la compétence des cantons et celle qui reste entre les mains de la Confédération n'est pas sans rappeler celle qui doit être faite à propos des *trusts* entre le droit y applicable et le droit suisse.

---

<sup>3260</sup> BK ZGB-MUTZNER, n° 69 *ad* art. 17 Tit. fin. Voir aussi ATF 46 II 20.

<sup>3261</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 716.

<sup>3262</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 717.

<sup>3263</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 717.

<sup>3264</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 716.

<sup>3265</sup> CR CC II-MOOSER, n° 15 *ad* art. 943; BSK ZGB II-SCHMID, n° 10 *ad* art. 943; DESCHENAUX, p. 61; ZK-HOMBERGER, n° 23 *ad* 943; ZK-LIVER, n° 122 s. *ad* Einl. zu Art. 730 ss CC; ARNOLD M., p. 72. Il en va de même des droits de superficie sur des plantes prévus par le nouveau droit à l'art. 678 al. 2 CC. Voir CR CC II-MOOSER, n° 7 *ad* art. 943.

<sup>3266</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 67 et 282.

<sup>3267</sup> CR CC I-XOUDIS, n° 18 *ad* art. 59 CC; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 280. Le même (*Droit cantonal complémentaire*, n° 281) décrit brièvement les différents choix opérés par les cantons : la plupart admettent la création de nouveaux communaux.

<sup>3268</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 96 *ad* art. 1-4 Tit. fin.

Il faut prendre garde à la coordination du régime ici étudié avec celui des dispositions transitoires du Code civil<sup>3269</sup>. Les superficies des plantations qui peuvent être considérées comme « *un droit réel rattaché à une part sociale de droit cantonal* » suivent le même régime que les autres parts sociales de communaux et non le régime de l'article 20 Tit. fin. CC<sup>3270</sup>.

§ 6. Le droit privé fédéral n'uniformise pas leur régime juridique essentiellement en raison de la proximité que ces sociétés entretiennent avec la région géographique qu'elles occupent, ainsi qu'avec le droit public cantonal<sup>3271</sup> et de l'intérêt qu'il y a à les maintenir en leur forme<sup>3272</sup>. Il s'agit en effet de sociétés de droit privé « *d'intérêt public cantonal ou communal* ». Il arrive d'ailleurs – le droit cantonal le détermine en toute indépendance du droit fédéral<sup>3273</sup> – que ces sociétés relèvent exclusivement du droit public. La limite est délicate<sup>3274</sup>. Si elles relèvent du droit public, l'article 59, alinéa 3, CC ne trouve alors pas application<sup>3275</sup>.

La diversité juridique des différentes régions a été préservée malgré la codification fédérale. La Suisse offre ainsi encore une myriade de réalités locales en matière de communaux. Il n'en demeure pas moins qu'une homogénéisation a eu lieu quant à la nature juridique des communaux, lesquels sont pour la plupart désormais des personnes morales, sans pour autant que cela soit nécessaire à leur effectivité juridique.

## E. Synthèse et tentative de systématique

Nous avons pu constater à l'étude du droit transitoire du Code civil suisse que l'approche adoptée est particulièrement respectueuse des institutions juridiques préexistantes à son entrée en vigueur en 1912. Contrairement à la codification française, le rejet des institutions anciennes (telles l'ensemble des propriétés divisées à caractère féodal ou non) ou leur intégration au sein du *numerus clausus* des droits réels au prix d'un changement de nature (tels les communaux français) n'est opéré qu'avec une grande retenue. Le postulat fondamental du droit suisse est en effet le maintien des droits existants de chacun nonobstant la codification. Il s'agit là du principe de la garantie des droits acquis.

<sup>3269</sup> ZGB Kommentar-SCHERRER, n° 5 *ad* art. 59.

<sup>3270</sup> CR CC II-PIOTET, n° 3 *ad* art. 20 Tit. fin.

<sup>3271</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 274.

<sup>3272</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, n° 21 *ad* art. 59. Du même avis, ZGB Kommentar-SCHERRER, n° 5 *ad* art. 59.

<sup>3273</sup> PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 283 ss.

<sup>3274</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, n° 24 *ad* art. 59 CC; CR CC I-XOUDIS, n° 16 et 19 *ad* art. 59 CC; PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 287 ss.

<sup>3275</sup> ATF 105 Ia 370. Voir aussi ZGB Kommentar-SCHERRER, n° 5 *ad* art. 59.

Cependant, pour des raisons légistiques, il convient de distinguer parmi les droits anciens qualifiés de droits réels au sens du nouveau droit, les droits assimilables à l'une des formes prévues par le *numerus clausus* et ceux qui ne le sont pas. Dans un cas comme dans l'autre, l'existence et la nature juridique du droit restent soumises à l'ancien droit qui, dans cette mesure, perdure.

Cet exercice de qualification permet d'assurer que les institutions anciennes qui ne peuvent être assimilées dans l'ordre juridique nouveau perdurent conformément à l'ancien ordre juridique. Elles sont maintenues en leur état, avec les règles et principes juridiques qui leur sont propres. Si l'ancien droit ressortit à une approche objective du droit, c'est ainsi par cette approche, à l'exclusion de l'approche subjective nouvelle, qu'il convient d'appréhender l'institution en cause, de la comprendre et d'appliquer les principes juridiques y relatifs.

La problématique posée par l'incompatibilité entre les approches subjective et objective, démontrée dans notre deuxième partie, se résout ainsi pour le droit transitoire par le strict respect des champs d'application respectifs des deux ordres juridiques en cause. Et cela ne pose guère d'obstacles puisque la mesure de ces champs d'application dépend du droit positif lui-même.

Historiquement, cette solution est fortement similaire à celle consacrée par le droit allemand, dogmatiquement meilleure que les solutions autrichienne et française, ainsi qu'infiniment plus respectueuse des droits fondamentaux que lors de la période révolutionnaire.

Notre propos s'attache ainsi à suivre une certaine progressivité dans la complexité des questions abordées. Les codificateurs du droit privé fédéral suisse ayant eu la main libre pour gérer les conflits de lois intertemporels, les observations et conclusions que nous avons pu relever en cette matière sont d'une grande utilité en droit international privé. Le lien entre les deux matières qui nous occupent est parfaitement rendu par ce passage, écrit en 1997 : *«Le cas jugé sollicite au demeurant la réflexion sur le système général du droit transitoire : l'ontogenèse d'une création juridique d'une longévité particulièrement étendue doit-elle suivre la phylogenèse de l'institution qui se rapporte à elle ? La réponse à cette question dépend sans doute de la capacité du droit positif à s'ouvrir à des figures juridiques qui lui sont devenues inconnues ; admettre la survivance d'un patrimoine affecté sans personnalité morale en droit transitoire peut être mis en parallèle avec l'admission d'un trust en droit international privé, national ou conventionnel. L'ouverture à des figures du droit étranger est certainement améliorée par une perception historique plus large des institutions consacrées par le droit positif<sup>3276</sup>.»*

---

<sup>3276</sup> PIOTET, *Fidéicommiss*, p. 494.



Voilà qui nous donne la transition toute choisie vers le chapitre suivant de notre étude, consacré à l'appréhension des *trusts* anglais en droit international privé suisse.

## XX. L'appréhension des *trusts* anglais en droit international privé suisse

L'articulation du droit suisse avec des institutions juridiques étrangères pose des questions complexes, qui sont – de manière générale et en notre matière en particulier – fort similaires à celles du droit transitoire. Les *trusts* anglais, que nous avons choisis comme objet d'étude caractéristique d'une institution étrangère inconnue du droit des biens suisse, renforcent encore le parallélisme qui peut exister entre leur traitement par le droit international privé et le traitement par le droit transitoire d'un droit aboli, soit, comme nous l'avons vu, d'une institution juridique issue du droit médiéval, c'est-à-dire d'un ordre juridique objectif tel que nous l'avons décrit plus haut<sup>3277</sup>. Face à ces ordres juridiques passés ou présents, la question est au fond identique: comment concilier une institution inconnue de l'ordre juridique positif, et qui ne peut pas être assimilée à celles que ce dernier conçoit, avec les principes de cet ordre, sans pour autant, soit déformer ladite institution, soit trahir l'esprit de ces principes?

Les *trusts* anglais sont, comme nous avons pu déjà le démontrer, inconnus du droit continental, comme du droit suisse<sup>3278</sup>. Si jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle la majorité des *trusts* a bien pour objet des biens-fonds localisés sur les îles britanniques, cela n'est plus vrai de nos jours. Une immense diversité existe non seulement quant aux objets mis en *trust*, mais également quant aux fins poursuivies. Ainsi, le *de cujus* qui souhaite laisser à son épouse survivante les rendements de sa fortune et, au décès de celle-là, diviser les biens entre ses enfants, n'a en droit anglais d'autre ressource que de constituer un *trust*<sup>3279</sup>. Pour le surplus, l'institution n'a pourtant que peu évolué (quant aux principes théoriques sur lesquels elle repose au moins<sup>3280</sup>) et nous pouvons renvoyer à nos considérations historiques. Il s'en suit que « *l'institution anglo-américaine du trust est unique en ceci qu'elle est inconnue dans une moitié du monde et considérée comme étant indispensable dans l'autre moitié*<sup>3281</sup>. »

<sup>3277</sup> Cf. *supra* p. 191.

<sup>3278</sup> Ce que reconnaît la jurisprudence et la doctrine suisses. ATF 96 II 79 (Harrison v. Schweiz. Kreditanstalt), consid. 7a et 8. THÉVENOZ, *Rapport*, p. 12.

<sup>3279</sup> KEETON/SHERIDAN, p. 1.

<sup>3280</sup> CASHIN RITAINE, p. 19 s.

<sup>3281</sup> Notre traduction de GAILLARD E., p. 1388: « *The Anglo-American institution of trust is unique in that it is unknown in half the world and considered to be indispensable in the other half.* »

Cependant la grande versatilité des *trusts* et l'importante capacité d'abstraction que connaît le droit anglais (et que ne connaît plus le droit des biens continental) a fait sa popularité internationale au-delà du cercle des juridictions de *common law*. Le droit international privé a ainsi rapidement dû se préoccuper de la reconnaissance des *trusts*. Cette institution pouvant se rencontrer dans tous les domaines imaginables, la globalisation des échanges et l'importance économique au plan mondial des pays du *common law* rend dorénavant fréquente sa rencontre dans un contexte international. Comme l'indiquait GUILLAUME de manière imagée en l'an 2000, il n'est donc pas rare de rencontrer des *trusts* dans la pratique suisse<sup>3282</sup>.

Quoi qu'il en soit de ce phénomène de globalisation, l'institution des *trusts* demeure un pur produit de *common law*. Il n'existe en effet pas de *trusts* dans les pays dit de *civil law*, même lorsque ces derniers ont «codifié les *trusts*» dans leur ordre juridique romano-germanique – il ne s'agit pas là de *trusts* au sens du droit anglais, mais d'institutions modifiant les mécanismes du droit subjectif continental afin d'obtenir certains des avantages des *trusts* et poursuivre certains de leurs objectifs. En raison des différences entre les ordres juridiques objectifs et subjectifs, nous savons grâce à notre étude historique qu'il n'est pas possible de recevoir directement les *trusts* – ou toute institution d'Ancien Régime – en droit continental<sup>3283</sup>. Les seules exceptions discernables sont celles qui existent dans les ordres juridiques mixtes (ayant un double héritage juridique issu à la fois du *common law* et du *civil law*), en particulier la Province canadienne du Québec que nous aurons l'occasion d'évoquer à nouveau. Cela nous permet néanmoins de relever d'emblée que la notion de *trusts* telle que nous l'entendons dans la présente étude n'est pas forcément celle visée par la doctrine continentale ou suisse, moins attachée aux principes juridiques anglais<sup>3284</sup>. En particulier, les «*Principes de Droit Européen du Trust*», élaborés par une doctrine internationale, s'écartent de manière notable de la notion anglaise<sup>3285</sup>, de même que le «*Common*

---

<sup>3282</sup> GUILLAUME, *Incompatibilité*, p. 1. Voir, de même, NATER-BASS/SEILER, p. 220; REICHEN, p. 797; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 7, 11 s. et 19.

<sup>3283</sup> Cf. *supra* p. 233 ss et 346 ss (notre partie sur les codifications, en particulier les communaux en France et la féodalité en Autriche). Voir, en outre, CINCELLI, n° 494 ss; PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 98.

<sup>3284</sup> CASHIN RITAINE, p. 17 s. L'ouvrage de CINCELLI, thèse consacrée à la question de l'introduction d'une forme de «*trust*» en droit suisse, montre bien qu'il n'est en rien en réalité question d'un véritable *trust* au sens où nous l'avons entendu dans notre étude. Voir, en particulier, CINCELLI, n° 494 ss.

<sup>3285</sup> Ces principes – qui sont une pure œuvre doctrinale publiée en 1999 et que l'on trouve en français et en anglais chez HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, p. 13 ss – ont pour fin de dresser un portrait synthétique, sorte de droit uniforme, des institutions de *common law* et de droit continental se rapprochant des buts poursuivis par les *trusts* tel que nous les entendons dans la présente étude. Aussi, cette synthèse ne fait-elle pas (du tout) apparaître l'ensemble des caractéristiques «*classiques*» des *trusts* et encore moins son héritage historique (ce que reconnaît par ailleurs THÉVENOZ, *Rapport*, p. 19). Voir, à cet égard, HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, p. 3 ss (spécialement, p. 11 s.), ainsi que le commentaire des dispositions, HAYTON/

*Core of European Private Law* » (qui procède d'une démarche similaire, certes moins connue)<sup>3286</sup> et les réflexions doctrinales plus récentes à l'égard d'une «fiducie modifiée» prônée en particulier en Suisse par THEVENOZ<sup>3287</sup>. Si les variations des *trusts* des juridictions de *common law* peuvent être infinies, il n'en reste pas moins que l'archétype demeure celui que nous avons décrit jusqu'à présent – il se justifie donc de garder ce modèle comme objet de notre étude. Pour le surplus, les variations continentales des «*trusts*» sont nécessairement moins intéressantes, puisque par essence elles s'insèrent dans l'ordre juridique qui les a conçues, soit qu'elles s'y insèrent sans difficultés particulières (elles n'ont alors plus grand lien avec la notion anglaise de *trusts*), soit qu'elles s'érigent en exceptions aux principes relatifs aux droits réels (elles s'apparentent de la sorte à un exercice dogmatiquement raté, similaire au grand écart que nous avons pu observer en droit autrichien). N'apportant rien d'inédit, ces variations ne présentent donc aucun intérêt pour les problématiques qui nous occupent dans les lignes qui suivent.

Ces considérations liminaires exposées, les solutions juridiques devraient être, *a priori*, sensiblement les mêmes qu'en droit transitoire. Cependant, telle n'est pas l'approche de la doctrine majoritaire: nous verrons que l'approche de cette doctrine prise pour elle-même ne convainc déjà pas, et que, ramenée aux principes des conflits de lois, un manque de cohérence devient patent. Or, nous avons vu que le droit constitutionnel suisse impose au législateur d'assurer un système de droit des biens d'une certaine efficience, c'est-à-dire animé d'une cohérence conceptuelle propre à assurer la sécurité juridique des valeurs patrimoniales des particuliers<sup>3288</sup>.

---

KORTMANN/VERHAGEN, p. 29 ss, dont nous ne citons ici que le passage suivant (p. 30) – suffisant à montrer la distance prise avec la notion anglaise de *trusts*: «[...], we can see that the common law trust is at one extreme end of the spectrum of the trust concept. Such concept does not require any division of legal ownership and equitable ownership but can leave the trustee as full owner, although subject to special obligations to beneficiaries in respect of particular assets that he must keep separate from his own private property, so as to be free from claims of his spouse and heirs and his private creditors. Hence, a segregated trust fund owned by trustees for the benefit of beneficiaries or the furtherance of purpose is at the core of the trust concept in these Principles.» Par ailleurs, ces principes prennent le contrepied de la définition des *trusts* telle qu'elle figure dans la Convention de La Haye: HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, p. 39 («*This unsatisfactory definition [...].*»). Une telle œuvre doctrinale, qui s'écarte de la réalité du droit en vigueur, doit donc être considérée avec prudence, tout intéressante qu'elle puisse être. Voir aussi CASHIN RITAINSE, p. 17.

<sup>3286</sup> Ces principes ont été publiés dans l'ouvrage suivant: *Commercial Trusts in European Private Law* (Michele GRAZIADEI/Ugo MATTEI/Lionel SMITH, édit.), Cambridge 2005. Voir SMITH, p. 29 ss.

<sup>3287</sup> THÉVENOZ, *Rapport*, p. 141 ss. Voir aussi GRISEL, p. 330 ss. Voir, pour une vue d'ensemble de l'évolution de la question, OVERBECK, *National Report*, p. 116 s.

<sup>3288</sup> Cf. *supra* p. 14 s. (notre paragraphe consacré aux obligations étatiques dans notre chapitre constitutionnel).

Se retrouvent donc mêlées des institutions de deux ordres juridiques distincts, dont le respect des caractéristiques propres doit être également garanti pour l'une comme pour l'autre. Un raisonnement par étapes, en isolant chaque élément, semble devoir s'imposer.

Pourtant, rares sont les auteurs qui prennent la peine d'envisager les *trusts* comme des institutions n'obéissant à aucun des principes du droit des biens suisse (ou continental) et qu'il convient de replacer dans leur contexte juridique et historique, comme nous l'avons fait plus haut. Certains – conscients de la difficulté d'appréhension de l'institution – prennent pourtant la peine de signaler qu'une mise en contexte est nécessaire<sup>3289</sup>. Mais celle-ci n'est alors effectuée que de manière superficielle et oubliée aussitôt proclamée. D'autres considèrent que le droit anglais des biens doit naturellement ressembler à celui du continent et passent à côté des problématiques<sup>3290</sup>. La doctrine continentale éprouve ainsi une immense difficulté à s'extraire de ses schémas de raisonnement fondés sur le rôle structurant des droits subjectifs. Cela conduit le juriste continental à projeter sa conception du droit des biens sur les *trusts* de droit anglais – ce qui ne peut mener qu'à une incompréhension mutuelle. Au lieu d'envisager les *trusts* pour ce qu'ils sont, la doctrine se limite largement à les dévisager cursivement.

L'appréhension juridique des *trusts* – ou de toute autre institution impliquant une propriété divisée – telle qu'elle est appliquée par la doctrine souffre ainsi d'une grande imprecision, pour ne pas dire d'un manque de rigueur. Nous commencerons par distinguer le régime juridique applicable en la matière – qui nous donne le cadre et les limites (suisses) à la reconnaissance des *trusts*, et qui s'impose ainsi à nous – des considérations doctrinales qui s'écartent de ce régime.

Il nous faut à présent examiner les normes juridiques suisses de droit international privé qui sont déterminantes pour le processus de qualification des *trusts*, en notre hypothèse soumis au droit anglais. Nous verrons d'abord les normes pour elles-mêmes, ainsi que les opinions doctrinales qui s'y rapportent (A). Puis, ayant une opinion critique des questions ainsi traitées, nous exposerons ce qui constitue selon nous l'approche à adopter (B).

---

<sup>3289</sup> CINCELLI, n° 93 ss; REICHEN, p. 798 (« Il n'est pas inintéressant d'examiner l'évolution historique du trust, [...] [sic]. »); SOLARSKY, p. 3 s.

<sup>3290</sup> Voir, de manière édifiante, ROMANN, p. 46: « Wenn man die Merkmale des angelsächsischen Trust und die Regelung des Haager Trust-Übereinkommens Revue passieren lässt, stellt man fest, dass vieles auch aus schweizerischer Sicht keine grundsätzlichen Fragen aufwirft. So stellt uns die Umsetzung der eigentumsrechtlichen Stellung des Trustee, seiner Prozessfähigkeit in Trust-Sachen, der meisten Ansprüche der Beneficiaries und die unterstützende Tätigkeit von Gerichten vor keine nennenswerten Schwierigkeiten. » Dans le même sens, ne voyant pas la difficulté, BOECKLI, p. 7 s.

En effet, s'il convient de distinguer la loi de la doctrine, c'est qu'il existe de nombreux points que le système législatif ne résout pas expressément: «*Il faut donc prendre acte de ce que la ratification de la Convention n'est qu'un premier pas sur le chemin de la reconnaissance des trusts en Suisse, la détermination exacte de leur statut et de leur relation avec les règles impératives du droit interne ne pouvant être définie que par les tribunaux*<sup>3291</sup>. »

Ainsi, en réalité, il convient de raisonner en plusieurs étapes. La première consiste à comprendre les deux ordres juridiques pour eux-mêmes, ainsi que leur histoire. Il s'agit déjà d'un exercice de droit comparé. Ce faisant, il convient de considérer les deux ordres juridiques en complète indépendance l'un de l'autre. Ce à quoi nous avons longuement procédé dans notre première partie.

La seconde consiste à qualifier les institutions externes du point de vue de l'ordre juridique positif pour déterminer la règle de conflit applicable. L'exercice est donc différent puisqu'il implique nécessairement de traduire, dans la mesure nécessaire, le droit étranger dans le langage du droit suisse. La première étape est le domaine du droit comparé, la seconde celui du droit international privé.

Ces deux étapes effectuées, il faut alors appliquer le droit désigné par la règle de conflit pertinente. À nouveau, il faut, d'une part, s'extraire du droit suisse pour se concentrer sur le droit étranger désigné et, d'autre part, assurer l'effectivité des normes suisses applicables pour le surplus.

Le droit anglais n'est pas une variation extrême du modèle du droit subjectif de propriété exclusive comme le sont à des degrés divers les droits suisse, français, allemand et autrichien. Il s'agit d'un autre modèle. Cette vérité, que nous avons démontrée, constitue le fondement de notre approche.

## **A. La législation relative aux *trusts* applicable en Suisse**

Alors que par le passé, le mécanisme du droit international privé suisse était celui de la qualification dans la catégorie la plus adéquate (ou la moins inadéquate) à permettre la reconnaissance des effets d'un *trust*<sup>3292</sup>, la législation applicable depuis 2007 écarte tout principe d'assimilation en prévoyant expressément des règles dévolues aux *trusts*. Le droit international privé suisse consacre ainsi une catégorie juridique inconnue de son ordre juridique interne, savoir les *trusts* en tant que tels. Cela repose sur un engagement international de la Suisse inscrit dans une Convention de La Haye, que nous étudions en premier (1), ainsi que sur la législation interne de mise en œuvre de cette convention (2).

---

<sup>3291</sup> BONOMI, *Synthèse*, p. 118.

<sup>3292</sup> Voir ATF 96 II 79 (Harrison v. Schweiz. Kreditanstalt), consid. 8.

## 1. La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985

§ 1. La Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance conclue à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985 (ci-après CLaH85) a été ratifiée par la Suisse et y est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007<sup>3293</sup>. Au total, cette convention est en vigueur dans treize États, dont le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie, le Luxembourg et le Liechtenstein<sup>3294</sup>. Avant qu'elle n'ait lieu, la ratification suisse était demandée par les praticiens depuis de longues années déjà<sup>3295</sup> et la Suisse, par l'intermédiaire du professeur OVERBECK, avait activement participé aux travaux ayant mené à l'établissement de cette convention<sup>3296</sup>.

Comme le droit suisse se rattache à la doctrine moniste, «[...] *une Convention internationale ratifiée par la Suisse est directement applicable dans l'ordre juridique suisse, sans qu'il soit nécessaire de transformer son contenu dans des actes législatifs nationaux*<sup>3297</sup>.» C'est ce que l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, LDIP exprime lorsqu'il réserve les traités internationaux. Ces considérations s'appliquent naturellement à la Convention de La Haye qui fait l'objet de notre étude.

Aussi, comme son intitulé l'indique cette convention est le texte légal qui «*détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance*<sup>3298</sup>.»

§ 2. Dans la mesure où elle est possible, la convention donne la définition suivante des *trusts* (définition que nous avons déjà rencontrée plus haut dans notre première partie)<sup>3299</sup>: «[...] *le terme <trust> vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés*

---

<sup>3293</sup> Approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 décembre 2006, instrument de ratification déposé par la Suisse le 26 avril 2007 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2007 (RS 0.221.371). Voir RO 2007 2855; FF 2006 561.

<sup>3294</sup> Les États-Unis et la France ont bien signé cette convention il y a plus de trente ans, mais ils ne l'ont pas ratifiée. Voir le site internet de la Conférence de la Haye (<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=59>; consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2022). En ce qui concerne le Royaume-Uni, il convient de rappeler qu'au-delà des îles britanniques, cet État s'étend notamment aux îles des Bermudes, de Guernesey et de Jersey, ainsi qu'aux territoires de Hong Kong (encore britannique lors de l'entrée en vigueur de la CLaH pour le Royaume-Uni en 1992), soit autant de lieux clefs en matière de *trusts*.

<sup>3295</sup> VOGT, *Plädoyer*, p. 130 s.; REICHEN, p. 797.

<sup>3296</sup> Le professeur Alfred VON OVERBECK fut le premier directeur de l'Institut suisse de droit comparé de 1982 à 1990 et le rédacteur des deux rapports officiels de la session de la Conférence de La Haye ayant conduit à la Convention de 1985. Voir OVERBECK, *Rapport de la Commission*, p. 172 ss; OVERBECK, *Rapport explicatif*, p. 369 ss. Voir aussi THÉVENOZ, *Rapport*, p. 7 et 15.

<sup>3297</sup> CR LDIP-BUCHER, n° 27 *ad art.* 1<sup>er</sup>.

<sup>3298</sup> Art. 1<sup>er</sup> CLaH85.

<sup>3299</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 4 *ad art.* 149c. GUTZWILLER (*Kommentar*, n° 8 ss *ad Allgemeine Einleitung*) et PIOTET (*Quelques questions sur le trust*, p. 3) rappellent les difficultés d'une telle définition en droit anglais. Cf. *supra* p. 208 s.

sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé<sup>3300</sup>.» À cette définition s'ajoutent trois caractéristiques essentielles des trusts: «[...] (a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee; (b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee; (c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi<sup>3301</sup>.» Nous l'avions vu, les valeurs patrimoniales qui, par le dessaisissement du settlor, intègrent le trust forment un ensemble propre désigné sous le terme de patrimoine du trust (*trust property*)<sup>3302</sup>. Il n'est pas inutile de rappeler que le trust n'a en aucun cas la qualité de (quasi-)personne morale, comme le reconnaît unanimement la doctrine suisse<sup>3303</sup>. La convention impose ainsi «au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une fonction publique<sup>3304</sup>.» Ce qui a comme conséquence une ségrégation totale entre le patrimoine du trust et le patrimoine propre du trustee, ainsi que le rétablissement forcé de celle-ci en cas de violation par le trustee de ses obligations<sup>3305</sup>. Nous avons vu ce mécanisme en droit anglais. L'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, lettre a, CLaH85 impose de traiter le patrimoine du trust en tant que masse distincte, indépendante de tout rattachement à un sujet de droit<sup>3306</sup>. En vertu de

<sup>3300</sup> Art. 2 § 1<sup>er</sup> CLaH85.

<sup>3301</sup> Art. 2 § 2 CLaH85. Sur cette définition voir HARRIS, p. 103 ss, LUPOI, p. 331 ss.

<sup>3302</sup> Cf. *supra* p. 142 ss (à propos de l'histoire du droit anglais).

<sup>3303</sup> FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; FOËX, *Mention*, p. 83; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 21; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 34; WOLF/JORDI, p. 39 s.; BOECKLI, p. 26 s.

<sup>3304</sup> Art. 11 § 2 CLaH85. Voir aussi Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 15 *ad* art. 149c.

<sup>3305</sup> Art. 11 § 3 CLaH85. Voir aussi Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 16 *ad* art. 149c.

<sup>3306</sup> FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; FOËX, *Mention*, p. 83 et 85; ROMANN, p. 41 et 45 (déjà à propos du droit anglais); THÉVENOZ, *Rapport*, p. 25; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 35; WOLF/JORDI, p. 39. Voir, déjà, LEPAULLE, p. 31. Cela signifie également que le patrimoine du trust n'est en aucune manière un «sous-patrimoine» ou «patrimoine spécial» d'une personne. La terminologie allemande de *Sondervermögen*, applicable aux fidéicommissés et à d'autres propriétés divisées, rend cela délicat à exprimer. Le trust est bel et bien un patrimoine, mais ce patrimoine ne se rattache à aucun sujet de droit (pas même le trustee) et les valeurs le composant ne peuvent en aucun cas être rattachées à titre individuel d'une manière ou d'une autre au patrimoine d'une personne. Cela ressort de la figure du «patrimoine d'affectation» développée en droit québécois. Voir, à cet égard, EMERICH, *Fiducie civiliste*, p. 837 ss («[...] la fiducie québécoise a reconnu l'existence d'un véritable patrimoine d'affectation autonome.»), ainsi que l'article 1261 CcQ. Voir, pour un exposé exact du droit anglais, CASHIN RITAINE, p. 26 («entité indépendante»). Les descriptions du trust par ZK IPRG II-MAYER (n° 7 *ad* Introduction aux art. 149a-149e) ou ROMANN (p. 41) sont ainsi erronées. Cf. *supra* p. 138 ss (notre chapitre consacré au droit anglais). Notons, en passant, que pour leur partie consacrée à cette description de la figure «classique» du trust, ZK IPRG II-MAYER (n° 7 ss *ad* Introduction aux art. 149a-149e) et THÉVENOZ (*Rapport*, p. 20 ss) se réfèrent prin-

l'article 11, alinéa 2 et 3, lettres a, b et c, CLaH85, le *trust* forme un patrimoine propre, séparé de celui du *trustee*<sup>3307</sup>. Cela va même plus loin, puisqu'en vertu de la convention, il s'impose de nier tout caractère potestatif à la position juridique du *trustee*: «[...] l'immeuble fait partie d'un patrimoine séparé et [...] le trustee ne peut en disposer que dans les limites du droit étranger applicable et de ce que prévoit le *trust deed*<sup>3308</sup>.»

Il en ressort une approche assez souple et même large de la notion de *trusts*. Pour des raisons politico-diplomatiques, l'objet de la convention ainsi défini permet d'englober d'autres notions que celles des *trusts* anglais et permet ainsi, en sens inverse, à certaines institutions issues du droit continental de bénéficier des mêmes avantages dans les pays de *common law* que les *trusts* anglais sur le continent<sup>3309</sup>. En ce qui concerne notre étude, seuls les *trusts* anglais tels que nous les avons étudiés jusqu'à présent nous intéressent. Il ne faut d'ailleurs pas se laisser méprendre par la définition de la convention : il revient toujours en définitive au droit applicable au *trust* qu'elle désigne de déterminer les caractéristiques exactes de l'institution en cause – la convention n'a aucune vocation à créer un droit uniforme<sup>3310</sup>. Dans la mesure où le droit applicable est, comme en notre hypothèse, le droit anglais (ou tout autre droit de *common law*), ces caractéristiques sont celles que nous avons rencontrées plus haut, savoir celles d'une institution ressortant à un ordre juridique objectif. Nous continuons donc à nous fonder sur cette notion dans les lignes qui suivent.

§ 3. En ratifiant la convention, les États parties s'engagent à reconnaître les *trusts* en tant que tels<sup>3311</sup>. Aussi, pour les juridictions qui n'en connaissent pas la forme en leur droit matériel interne, les *trusts* apparaissent nécessairement comme une institution inclassable, autrement dit *sui generis*<sup>3312</sup>. À bon escient, «*la Convention* [de La Haye]

---

ci)alement aux «*Principes de Droit Européen du Trust*», dont nous avons déjà fait la critique ci-dessus. Voir, à cet égard, HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, p. 3 ss (spécialement, p. 11 s.).

<sup>3307</sup> PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 97 s.; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 59; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 5.

<sup>3308</sup> FOËX, *Mention*, p. 85.

<sup>3309</sup> Voir, en ce sens, GRISEL, p. 100; CASHIN RITAINE, p. 18 s. («*Il faut tout de même remarquer que, de ce point de vue, ce sont les pays de droit romano-germanique qui ont dû faire des concessions en s'engageant à reconnaître une institution qui a priori leur est étrangère.*»); PIOTET, *Quelques questions sur les trusts*, p. 11 («*quoique, pour les raisons que nous connaissons, le parallèle entre la legal ownership et la propriété suisse ne se justifie pas*»).

<sup>3310</sup> GRISEL, p. 10 et 99; CASHIN RITAINE, p. 17.

<sup>3311</sup> Art. 11 § 1<sup>er</sup> CLaH85: «*Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.*»

<sup>3312</sup> GRISEL, p. 95; CINCELLI, n° 557; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; FOËX, *Mention*, p. 82; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 52; ROMANN, p. 44 (qui souligne que cela tranche avec la pratique suisse antérieure à la CLaH85); OVERBECK, *National Report*, p. 105 et 107 s.



renonce à la méthode comparatiste consistant à faire entrer le trust (par hypothèse inconnu du droit du for) dans une ou plusieurs catégories juridiques consacrées par ce dernier [...]. Au contraire, suivant la méthode internationaliste, les auteurs de la Convention ont introduit en droit international privé une nouvelle catégorie de rattachement – le trust – sans équivalent dans le droit interne des pays de droit civil<sup>3313</sup>.» De la sorte, «[c]ontrairement à ce qu'affirme la doctrine traditionnelle (Bartın), les catégories juridiques du droit international privé ne constituent donc pas toujours le reflet même déformé des catégories du droit interne. Ainsi donc la Suisse (ou tout autre pays de droit civil) peut parfaitement ratifier la Convention sans devoir introduire le trust dans son droit interne<sup>3314</sup>.»

Le droit suisse, en ratifiant la convention et en adoptant les dispositions d'application nécessaires, a donc introduit dans son droit une occurrence supplémentaire d'institutions se rattachant à une conception objective de l'ordre juridique. La conciliation entre ces institutions et les principes généraux du droit privé moderne n'est pas évidente, mais il faut s'y atteler avec pour objectif de respecter autant que possible les institutions en cause. Il s'agit là du meilleur moyen de garantir la prévisibilité du droit et de respecter pleinement les droits fondamentaux garantis, dont en particulier la garantie de la propriété.

Conscient des difficultés d'acclimatation des trusts aux principes des droits continentaux, des aménagements sont nécessaires. La convention écarte ainsi certaines formes de trusts de son champ d'application. L'article 3 CLaH85 rejette d'abord les trusts qui ne sont pas faits en la forme écrite<sup>3315</sup>. Cette même disposition précise ensuite que ne sont visés que les trusts volontaires, par opposition à ceux qui résultent directement de l'ordre juridique (*ex lege*)<sup>3316</sup>.

<sup>3313</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 2 *ad art.* 149c.

<sup>3314</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 2 *ad art.* 149c.

<sup>3315</sup> Nous verrons que le droit suisse écarte cette limite et admet les trusts faits selon une autre forme. Cf. *infra* p. 490.

<sup>3316</sup> La doctrine précise ainsi que la convention couvre les *express trusts*, *implied trusts*, *resulting trusts* (controversé: *pro* DUTOIT, *contra* GUILLAUME), trusts d'affaires et trusts créant des sûretés, mais en principe pas les *constructive trusts*. Ces différentes catégories sont naturellement connues du droit anglais, mais elles y jouent un rôle plus descriptif que structurant (voir, pour une description récente et de bonne facture par un juriste suisse de la typologie des trusts selon le droit anglais, GRISEL, p. 17 ss; pour une description de droit anglais, voir MEGARRY/WADE, n° 11-002 ss). Voir GRISEL, p. 99 ss; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad art.* 149c. Il faut toutefois préciser avec PIOTET (*Quelques questions sur le trust*, p. 3 s.) qu'au-delà de ces catégories – très académiques du point de vue du droit anglais –, le critère décisif est bien celui de la volonté, expresse ou implicite, du *settlor*. Ainsi, par exemple, si le droit anglais est applicable, «[...] un contrat entre A et B dans lequel A promet à B qu'il va accorder un avantage à C a peu de chance de pouvoir être exigé en justice sur requête de C, sauf si C peut établir que B tient l'avantage découlant de la promesse de A en trust pour C.» (notre traduction de KEETON/SHERIDAN, p. 6: «[...] a contract between A and B in which A promises B that he will confer some benefit upon C has little chance of being enforced by C

Une question plus délicate est celle du sort de la qualité de propriétaire des biens compris dans le patrimoine du *trust*. Elle doit se résoudre en plusieurs étapes. Il nous faut d'abord examiner quel est le régime qui préside à l'intégration des diverses valeurs au patrimoine du *trust*.

§ 4. La convention poursuit par la désignation de la loi d'application aux *trusts* à ses articles 6 et 7 CLaH85. Il s'agit de « *règles de rattachement à caractère substantiel* » comportant des critères alternatifs<sup>3317</sup> puisque la loi applicable résulte, soit du libre choix du *settlor*, soit, à défaut de choix, du lieu avec lequel le *trust* « *présente les liens les plus étroits.* » Dans la présente étude, nous partons toujours du principe que le droit applicable au *trust* est le droit anglais.

La loi applicable au *trust* ainsi désignée, il reste à en déterminer la portée. En effet, il est évident que l'une des questions les plus délicates en matière de reconnaissance des *trusts* pour des juridictions qui n'en connaissent pas le mécanisme est celle de la délimitation du champ d'application du droit étranger en fonction des questions qui se posent. À cet égard, l'article 8 CLaH85 indique que « [l]a loi déterminée par les art. 6 ou 7 régit la validité du *trust*, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du *trust*. Cette loi régit notamment: [...]; (b) les droits et obligations des *trustees* entre eux; [...]; (d) les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du *trust*, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux; [...]; (g) les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires; [...]; (j) l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion<sup>3318</sup>. » L'une des principales problématiques adressées par la convention est celle de la publicité des *trusts* dans les juridictions continentales<sup>3319</sup>. L'article 12 CLaH85 ajoute: « *Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.* » Les États contractants doivent ainsi « *permettre au trustee de se faire reconnaître comme tel*<sup>3320</sup> ». La loi qui détermine le pouvoir de procéder à une écriture dans un registre est celle du *trust*<sup>3321</sup>.

---

*unless C can establish that B holds the benefit of A's promise on trust for C.* »). Si tel est le cas, ce *trust*, quoique pratiquement imperceptible avant sa révélation dans le cadre d'une procédure contentieuse, entre dans le champ d'application de la convention.

<sup>3317</sup> CR LDIP-BUCHER, n° 8 ad art. 1<sup>er</sup>.

<sup>3318</sup> Voir HARRIS, p. 233 ss.

<sup>3319</sup> GAILLARD E., p. 1388 (« *When a registration of goods or title is required, which is often the case for immovables, the absence of the category of trust renders appropriate notice to third parties impossible.* »).

<sup>3320</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 17 ad art. 149d.

<sup>3321</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 17 ad art. 149d.

À ce stade, il nous faut souligner avec force que ni le texte de la convention ni les actes et documents de la session *ad hoc* de la Conférence de La Haye n'exigent que le *trustee* reçoive par le dessaisissement du *settlor* la qualité de «propriétaire des biens du *trust*». Les juridictions de *common law*, comme nous le savons, ne pourraient respecter une telle exigence. Au contraire, comme nous l'avons déjà montré la «propriété» est étrangère au système du droit anglais. La convention ayant vocation à s'appliquer dans des juridictions de *common law* comme dans celles continentales, il apparaît logique qu'elle s'extrait de la notion de «propriété». Ainsi, lit-on notamment les expressions suivantes: «Aux fins de la présente Convention, le terme <trust> vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant [...] lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. [...] le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee; [...] le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. [...] La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à [...] d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee<sup>3322</sup>.» De même dans les actes et documents, si l'on insiste sur le terme «dessaisissement» (*divestiture*), jamais n'est-il fait mention des biens formant le patrimoine du *trust* comme étant soumis au droit de propriété du *trustee*<sup>3323</sup>.

Toujours dans les actes et documents, figure le passage suivant: «Les pouvoirs des trustees devraient être largement reconnus. Il importe surtout que la capacité dont jouit le trustee selon la loi applicable du pays d'origine du trust soit reconnue dans les pays qui ne connaissent pas le trust dans leurs systèmes. Cependant, une telle reconnaissance peut donner lieu à un processus d'adaptation, au cours duquel les tribunaux et autorités dans ces pays peuvent transposer les pouvoirs et les obligations du trustee dans leurs propres institutions afin de créer des effets équivalents<sup>3324</sup>.» Il faut

<sup>3322</sup> Art. 2 et 4 CLaH85.

<sup>3323</sup> BUREAU PERMANENT, *Conclusions*, p. 137, n° 7 («[...] il y a un trust lorsqu'un propriétaire (*settlor*) se dessaisit d'une partie ou de tous ses biens et les confie à un trustee [...].»); COMMISSION SPECIALE, p. 169, art. 11 («La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee [la version anglaise est en conscience un peu différente: <that the trust property constitutes a separate trust fund>; voir OVERBECK, *Rapport de la Commission*, p. 191, n° 90] et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.») et art. 12 de l'Avant-projet («Le trustee qui désire faire inscrire un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, dans un registre tenu dans un État contractant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.»); OVERBECK, *Rapport de la Commission*, p. 191, n° 89 s. et 192 s., n° 96 ss.

<sup>3324</sup> BUREAU PERMANENT, *Conclusions*, p. 138, n° 9a. Nous pouvons poursuivre avec le n° 9b à la même page: «Les experts des pays de droit civil furent généralement prêts à donner effet aux

donc, comme d'ordinaire procéder par le moyen de la qualification. La majorité de la doctrine prend le parti de qualifier la position du *trustee* comme étant celle d'un propriétaire. Nous sommes d'avis qu'une telle qualification n'est pas fondée.

Conclusion au stade de la convention : il s'impose un dessaisissement complet du *settlor*, le transfert des biens au *trustee*, ce qu'il faut comprendre par la reconnaissance au *trustee* des pouvoirs de gestion et de disposition, et la ségrégation du patrimoine du *trust* de tout autre patrimoine.

§ 5. Selon l'article 4 CLaH85, les actes préparatoires ne sont pas compris dans le champ d'application de la convention<sup>3325</sup>. Une figure traditionnelle issue de la doctrine internationale<sup>3326</sup> – et reprise par la doctrine suisse<sup>3327</sup> et étrangère<sup>3328</sup> – est celle de « l'envol de la fusée » (*launching the rocket*) qui consiste à distinguer entre la fusée (*rocket*) et son propulseur (*rocket-launcher*): « *If one draws an analogy for the purpose of illustration between, say, rockets and rocket-launchers, and trusts and the instruments or acts creating trusts, it can be said that Article 4 restricts the Convention to the <rocket>, that is to the trust once it has been launched*<sup>3329</sup>. » Aussi, faut-il distinguer entre les actes préparatoires du *trust* et le *trust* proprement dit. Parmi ces actes préparatoires, il est possible de se demander où tracer exactement la limite (comme le fait LUPOI<sup>3330</sup>), mais en réalité il convient de considérer que tous les actes qui mènent à la constitution d'un *trust* – que ce soit la capacité de disposer du *settlor*, la rédaction de son acte constitutif (*creation*) ou le transfert *on trust* des éléments patrimoniaux (*transfer*)<sup>3331</sup> – échappent à la loi désignée par la convention<sup>3332</sup>.

Aussi, la validité du transfert des éléments patrimoniaux du *settlor* vers le *trust* est en principe à considérer sous l'angle du droit local (*lex situs*), en notre hypothèse le droit suisse<sup>3333</sup>. Nous avons vu plus haut qu'une fois créé un *trust* implique un *equitable title* aussi bien qu'un *legal title*. Nous avons également pu examiner qu'il ne s'agissait pas là de diviser le titre dont dispose le *settlor*, mais bien d'une nouvelle configu-

---

*pouvoirs des trustees relevant de la loi applicable du pays du trust portant sur la gestion et la disposition des biens du trust.* »)

<sup>3325</sup> Art. 4 CLaH85 : « *La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee.* »

<sup>3326</sup> HAYTON, *The Hague Convention*, p. 268.

<sup>3327</sup> OVERBECK, *Rapport de la Commission*, p. 178, no 30.

<sup>3328</sup> HARRIS, p. 3.

<sup>3329</sup> HAYTON, *The Hague Convention*, p. 268.

<sup>3330</sup> LUPOI, p. 346 ss.

<sup>3331</sup> HARRIS, p. 3.

<sup>3332</sup> HARRIS, p. 4 (« *In other words, until creation and transfer take place, the trust is not fully in effect and it seems to this author quite sensible and helpful to speak of this stage as <preliminary> and <rocket-launching'.* »).

<sup>3333</sup> HARRIS, p. 24.

ration (inédite). Partant, l'*equitable title* n'existe pas non plus avant la mise en *trust*, nous l'avons suffisamment établi.

Dès lors, demeure la question de la modalité de la mise en *trust* des éléments patrimoniaux, pour atteindre la constellation relevant du droit anglais ainsi décrite, mais au regard du droit suisse? La vision continentale d'un transfert de titularité implique nécessairement la présence de deux sujets de droit: un disposant et un acquéreur. Plus précisément, le droit subjectif de propriété (ou un autre droit subjectif) change de titulaire, passant du sujet actuel à un nouveau. Aussi, si l'on maintient, après l'opération de transfert, le droit subjectif tel qu'il existait avant, l'on va nécessairement se heurter à des difficultés considérables de conciliation entre le droit suisse et le droit anglais. Le droit suisse exigera un sujet acquéreur du droit subjectif, que le droit anglais ne pourra admettre ni sur la tête du *trustee*, ni sur celle du *beneficiary*.

Pourtant, pourrait-on croire, la Convention de La Haye doit être comprise comme ne demandant qu'un transfert du *settlor* au *trustee*, à l'exclusion du *beneficiary*: «*le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee [...]*»<sup>3334</sup>. Cette règle se justifie en raison du but qu'elle poursuit, savoir permettre aux actes de transfert d'éléments patrimoniaux régis par un droit qui ne connaît pas l'institution des *trusts* d'être valable. En effet, la dichotomie entre *equitable* et *legal titles* n'étant pas connue, il n'est pas possible d'exiger que le droit de situation y pourvoie. L'on en reste donc à un dessaisissement du *settlor* en faveur du *trustee* exclusivement<sup>3335</sup>. Cela correspond d'ailleurs, certes *a minima*, à ce que nous avons vu en droit anglais. Pour le surplus, le droit applicable au *trust* régit les effets du transfert, c'est-à-dire les effets liés à l'appartenance du bien au patrimoine du *trust*.

Les limites de la portée du droit étranger se déterminent par la portée respective du droit suisse. Ainsi, en présence d'une succession, la loi successorale (suisse) pose un certain nombre d'exigences (réserves, *numerus clausus* des dispositions à cause de mort, etc.) devant lesquelles le droit (anglais) du *trust* devra s'incliner<sup>3336</sup>. Dans ce cas en particulier, mais dans tous les autres également, il faut accommoder les exigences du droit suisse avec le mécanisme du *trust*.

§ 6. Hormis les actes préliminaires (qui échappent totalement à la convention), d'autres questions encore ne relèvent pas de la loi applicable au *trust*. Ainsi, l'article 11 CLaH85 énonce que «*les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.*» Cela signifie que le droit du *trust* n'est pas applicable aux contrats passés entre le *trust*

<sup>3334</sup> Art. 2 litt. c CLaH85. Voir aussi HARRIS, p. 25.

<sup>3335</sup> HARRIS, p. 24 s.

<sup>3336</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad* art. 149a.

tee et les tiers<sup>3337</sup>, pas plus qu'il ne l'est en matière de droit de voisinage d'un bien-fonds situé en Suisse. Le régime des droits subjectifs relatifs et absolus compris dans le patrimoine du *trust* reste ainsi indépendant du droit régissant le *trust* lui-même.

§ 7. Au-delà des questions de délimitation du champ d'application des différents droits, la Convention de La Haye impose aux États parties la reconnaissance des *trusts* valablement créés conformément au droit qui leur est applicable<sup>3338</sup>. Cependant, des limites à la reconnaissance sont prévues. L'article 15 CLaH85 réserve ainsi le droit impératif: «*La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes: [...]*» En matière successorale, cela vise notamment les réserves, mais également le caractère strictement personnel de la désignation des héritiers<sup>3339</sup>. Cette norme doit être interprétée de manière restrictive, quoiqu'une certaine souplesse s'impose, comme l'exprime son paragraphe second: «*Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.*»

L'article 16 CLaH85 réserve les lois d'application immédiate, savoir, en Suisse, les normes entrant dans la prévision des articles 18 et 19 LDIP<sup>3340</sup>. L'ordre public est réservé à l'article 18 CLaH85 et le droit fiscal à l'article 19 CLaH85<sup>3341</sup>.

Dans la mesure où la convention désigne comme applicable le droit du *trust*, le renvoi est exclu à l'article 17 CLaH85<sup>3342</sup>: «*Par ailleurs, la Convention porte loi uniforme; ce qui signifie qu'elle s'applique même si la loi qu'elle rend compétente n'est pas celle d'un État contractant*<sup>3343</sup>.»

La convention est applicable à tous les *trusts* qu'elle vise, nonobstant leur date de création, conformément aux dispositions de l'article 22 CLaH85.

Ces exceptions visent à garantir l'intégrité des principes juridiques applicables au droit des biens des juridictions qui ne connaissent pas l'institution des *trusts*, c'est-à-dire les juridictions de *civil law*<sup>3344</sup>.

---

<sup>3337</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 16 *ad art.* 149d.

<sup>3338</sup> Art. 11 § 1<sup>er</sup> CLaH85: «*Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.*»

<sup>3339</sup> Art. 15 § 1 lit. e CLaH85. Voir PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 6.

<sup>3340</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 20 *ad art.* 149d. Cela vise, notamment, la loi sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA) (Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 21 *ad art.* 149d).

<sup>3341</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 20 *ad art.* 149d.

<sup>3342</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 22 *ad art.* 149d.

<sup>3343</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 22 *ad art.* 149d.

<sup>3344</sup> THÉVENOZ, *Rapport*, p. 34.

§ 8. En résumé, la Convention de La Haye impose à la Suisse la catégorie des *trusts* en tant que notion juridique. L'institution juridique demeure entièrement régie par le droit national qui en permet la création, en notre hypothèse le droit anglais. Les effets juridiques du *trust* découlent donc de cette loi qui en détermine la nature et l'étendue. Concernant l'étendue, la convention aménage toutefois la possibilité aux États parties de ne pas en reconnaître la portée maximale lorsqu'elle a pour effet de heurter trop fortement les principes du droit interne.

Aussi, nous le constatons, l'examen de la Convention de La Haye ne suffit pas à lui seul à exposer le régime juridique applicable à un *trust* anglais ayant une incidence sur des questions soumises au droit suisse. Il convient donc à présent d'examiner la législation suisse applicable.

## 2. La novelle du 20 décembre 2006 introduisant un chapitre dévolu aux *trusts* dans la LDIP

§ 1. En même temps que l'adoption de la Convention de La Haye, la Suisse introduit dans sa législation plusieurs dispositions portant spécifiquement sur les *trusts* et que l'on trouve dans la LDIP, ainsi que dans la LP<sup>3345</sup>. En ce qui concerne la LDIP, un nouveau chapitre – le chapitre 9a placé entre le droit des obligations et celui des sociétés – est même créé<sup>3346</sup>. Il s'agit là naturellement de parfaire la mise en application de ladite convention. Mais, l'article 14 CLaH85 permet également aux États d'aller plus loin dans la reconnaissance des *trusts* et ainsi de reconnaître des *trusts* au-delà de la prévision de ladite convention<sup>3347</sup>. C'est ce à quoi procède le législateur suisse<sup>3348</sup>. Les règles juridiques qui en ressortent ne sont pourtant pas simples à appréhender lorsqu'il s'agit de les appliquer. Pour cette raison, FOËX les qualifie de « *biscornues*<sup>3349</sup> ».

La création d'un chapitre dévolu aux *trusts* dans la LDIP a le grand avantage de simplifier le processus de qualification de cette institution étrangère au droit suisse. En effet, comme en droit transitoire, la qualification doit se faire à partir de la loi du for, c'est-à-dire en notre hypothèse toujours le droit suisse<sup>3350</sup>. Des règles spécialement consacrées aux *trusts* permettent d'éviter nombre des difficultés rencontrées par le

<sup>3345</sup> ZK IPRG II-MAYER, no 2 *ad* Introduction aux art. 149a-149e; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 *ad* art. 149a; PANNATIER KESSLER, p. 121 s.

<sup>3346</sup> Ce chapitre spécial s'inspire ainsi aussi bien des deux qui l'entourent. Voir MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 1 s. L'auteur, Thomas MAYER, est membre de l'Office fédéral de la justice et était en charge du projet des nouvelles dispositions.

<sup>3347</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 19 *ad* art. 149d.

<sup>3348</sup> MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 1.

<sup>3349</sup> FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 259 (« [Les règles de droit suisse qui régissent les trusts] sont presque aussi biscornues que ce corps étranger que représente le trust dans notre ordre juridique. »).

<sup>3350</sup> CR LDIP-BUCHER, n° 6 *in fine ad* Introduction aux art. 2-12; ATF 119 II 69, consid. 2 ss.

passé. Puisque la LDIP renvoie à la CLaH85 et que le droit suisse applique la doctrine moniste, la notion de *trust* est la même dans les deux textes (abstraction faite des différences de champ d'application), de même que la portée de la loi applicable au *trust*.

Néanmoins, lorsque l'on se trouve en dehors du champ d'application la loi applicable au *trust* et des dispositions spéciales de la LDIP, et que l'on est tout de même confronté aux effets d'un *trust*, les enjeux liés à la qualification demeurent largement les mêmes qu'avant la ratification<sup>3351</sup>.

§ 2. *L'article 149a LDIP*. La définition de *trusts* telle qu'elle figure dans la convention est en effet élargie afin d'admettre les *trusts* établis sous une forme autre que celle écrite<sup>3352</sup>. L'article 149a LDIP expose en effet qu'il faut entendre par *trusts* ceux «[...] constitués par acte juridique au sens de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de la dite convention.»

Cela n'inclut toutefois pas les *constructive trusts*<sup>3353</sup>. Ces autres *trusts* ne sont ainsi pas régis par le chapitre 9a de la LDIP, mais doivent être rattachés à un autre chapitre de cette loi<sup>3354</sup>. Ici l'on retombe dans le principe de l'assimilation.

Cela n'inclut pas non plus les tentatives de certains ordres juridiques de créer une forme acclimatée à leur droit de *trust*, qui cependant manquent leur cible en ne remplissant pas les critères fondamentaux de cette institution<sup>3355</sup>. Tel est le cas, selon DUTOIT, et à raison, des *Treuhandunternehmen* du Liechtenstein ou – plus étonnement en regard des éléments que nous connaissons – du *wahf* musulman<sup>3356</sup>. Au contraire, il faut compter parmi les acclimations réussies la «fiducie/*trust*» québécoise qui consiste en un «*patrimoine d'affectation sans propriétaire*» (art. 1260 ss CcQ)<sup>3357</sup>.

La nouvelle continue par le traitement des questions de droit applicable (art. 149c) et de publicité dans les registres (art. 149d), ainsi que la compétence des tribunaux suisses (art. 149b) et la reconnaissance des décisions étrangères (art. 149e). Seules les deux

---

<sup>3351</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 5.

<sup>3352</sup> GRISSEL, p. 101; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 2 s. *ad* art. 149a; CR LDIP-GUILLAUME, no 1 *ad* art. 149c; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 54.

<sup>3353</sup> GRISSEL, p. 101; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad* art. 149a; CR LDIP-GUILLAUME, no 2 *ad* art. 149c. Cependant, cf. *supra* note n° 3316 (à propos de la remarque de PIOTET).

<sup>3354</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad* art. 149a; CR LDIP-GUILLAUME, no 2 *ad* art. 149c.

<sup>3355</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad* art. 149a.

<sup>3356</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad* art. 149a et n° 3 *ad* art. 149c.

<sup>3357</sup> GRISSEL, p. 100; EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 244 ss; EMERICH, *Fiducie civile*, p. 837 ss et 840 («*En droit québécois contemporain, il est majoritairement admis que la fiducie a coupé tous les liens avec la propriété.*»); Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 3 *ad* art. 149c.



premières sont directement pertinentes pour notre étude et nous nous permettons de laisser les deux dernières de côté. À leur égard, il suffit en effet de préciser que la compétence vise tant la juridiction gracieuse que contentieuse et englobe toute action concernant le fonctionnement du *trust* proprement dit, que l'élection de for est largement permise (et qu'à défaut nombreux sont les critères de rattachement suffisant par eux-mêmes à obtenir la compétence suisse) et finalement que la reconnaissance obéit à des règles en cascade et est, de ce fait, assez largement acquise<sup>3358</sup>.

§ 3. *L'article 149c LDIP*. Le droit applicable au *trust* est désigné par la Convention de La Haye – l'article 149c LDIP opérant un renvoi à cette dernière<sup>3359</sup>. Dans la mesure où cette disposition prévoit que « [l]e droit désigné par ladite convention est également déterminant dans les cas où, conformément à son art. 5, elle n'est pas applicable, et où conformément à son art. 13, l'État n'est pas tenu de reconnaître un *trust* », ce renvoi a une portée constitutive qui étend le champ d'application de la convention<sup>3360</sup> et lui donne une portée au-delà de son champ d'application initial<sup>3361</sup>. Ainsi, si le droit désigné par la convention ne connaît pas l'institution des *trusts*, cette désignation reste valable (contrairement à l'art. 5 CLaH85)<sup>3362</sup>, mais entraîne la nullité du *trust* en cause ou, au mieux (si l'on est partisan du *favor trusti* comme DUTOIT), son assimilation à une catégorie connue du droit suisse<sup>3363</sup>. De même, si seul le droit applicable au *trust*, le lieu d'administration ou la résidence habituelle du *trustee* crée un élément d'extranéité vers un ordre juridique consacrant la notion de *trust*, cela ne s'oppose pas à l'application de la convention (contrairement à l'art. 13 CLaH85); sont ainsi envisageables des *trusts* dits « purement internes »<sup>3364</sup>. À cet égard, il est important de noter que l'interdiction des fidéicommiss de famille (art. 335 al. 2 CC) et les limites de la substitution fidéicommissaire (art. 488 al. 2 CC), comme les réserves suc-

<sup>3358</sup> À l'égard de ces questions, notons que la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL; RS 0.275.12) peut être appelée à jouer un rôle. Voir, sur le tout, ZK IPRG II-MAYER, no 1 ss *ad art.* 149e; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 ss *ad art.* 149b; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 ss *ad art.* 149e; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 56.

<sup>3359</sup> Ce renvoi est purement déclaratif. Voir Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 *ad art.* 149c; CR LDIP-GUILLAUME, no 1 *ad art.* 149c; CR LDIP-BUCHER, n° 34 *in fine ad art.* 1<sup>er</sup>.

<sup>3360</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 *ad art.* 149c; CR LDIP-GUILLAUME, no 1 *ad art.* 149c; CR LDIP-BUCHER, n° 36 *ad art.* 1<sup>er</sup>; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 54; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 5.

<sup>3361</sup> Voir, sur cette notion, CR LDIP-BUCHER, n° 36 *ad art.* 1<sup>er</sup>.

<sup>3362</sup> CR LDIP-GUILLAUME, no 1 *ad art.* 149c.

<sup>3363</sup> Comme cela fut le cas dans l'ATF 96 II 79 (Harrison v. Schweiz. Kreditanstalt), consid. 8 s. Voir Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 8 *ad art.* 149c.

<sup>3364</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 3 et 13 *ad art.* 149c. Le même au même endroit: « Ainsi un ressortissant britannique domicilié en Suisse pourra constituer un *trust* en Suisse selon le droit anglais. Il en va de même d'un Suisse domicilié en Suisse. » Voir aussi THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 67.

cessorales, ne ressortent pas à l'ordre public international<sup>3365</sup>. La situation est donc en corrélation avec celle qui découle, en droit transitoire, de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC, puisque l'ordre public de l'article 2 Tit. fin. CC admet le maintien d'un régime de fidéicomis de famille<sup>3366</sup>.

Si nous comparons avec le droit transitoire, le mécanisme applicable ici est donc similaire à celui qui ressort de l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC (par opposition à l'alinéa 2 de cette même disposition), respectivement si l'article 17 Tit. fin. CC devait également guider le droit applicable en cas de conflit de lois interspatial, le droit désigné serait également le droit anglais.

L'instrument juridique utilisé pour soumettre aux pouvoirs du *trustee* les biens formant le patrimoine dont il a la charge, ainsi que la validité de ce dernier, n'est pas régi par la convention (art. 4 CLaH85)<sup>3367</sup>. Il s'agit là de la distinction faite entre la « fusée » et le « lanceur ». Aussi, pour ce faire, les conditions du droit suisse (par hypothèse) doivent être respectées. Un exemple classique est celui du *numerus clausus* des dispositions à cause de mort. Un autre exemple est celui de l'aliénation d'un immeuble sis en Suisse, laquelle est soumise au droit suisse en vertu de l'article 99, alinéa 1<sup>er</sup>, LDIP et donc à la forme authentique, ainsi qu'à l'inscription au registre foncier du *trustee*<sup>3368</sup>. Cela signifie que l'intégration au sein du patrimoine du *trust* des différentes valeurs dépend d'un autre titre que celui créant le *trust* proprement dit<sup>3369</sup>. Il peut s'agir, selon la situation et conformément au droit suisse, d'un transfert à titre particulier ou universel.

§ 4. *La prémisses de l'article 149d LDIP*. Dans la mesure où une écriture dans un registre public est nécessaire pour des valeurs – droits subjectifs ou objets de droit – comprises dans le patrimoine du *trust*, la publicité du *trust* est régie par l'article 149d LDIP<sup>3370</sup>. Mais pour le surplus la publicité n'est pas régie par cette disposition<sup>3371</sup>.

---

<sup>3365</sup> Surtout ATF 135 III 614, consid. 4 (spécialement le consid. 4.3.3 précité); ATF 102 II 136, consid. 4. THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 67 ss; OTHENIN-GIRARD, p. 1266: «[...] les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse ne sauraient être heurtées par la reconnaissance d'entités, constituées à l'étranger, alors que de telles entités, créées en Suisse avant l'entrée en vigueur du code civil suisse, sont maintenues sous l'empire du nouveau droit.»; PAHUD DE MORTANGES, p. 500, 503 ss.

<sup>3366</sup> ATF 42 III 255, consid. 2; arrêt du TF, ZBl 1978, p. 18, consid. 5. CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, n° 139 ad 1-4 Tit. fin.; CR CC II-PIOTET, n° 12 ad 17 Tit. fin.; PIOTET, *Fidéicomis*, p. 483 ss.

<sup>3367</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 6 ad art. 149c; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 61.

<sup>3368</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 14 ad art. 149c.

<sup>3369</sup> En ce sens, voir, à propos de l'effet constitutif de l'inscription du *trustee* sur le feuillet, FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260.

<sup>3370</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 ad art. 149d; CR LDIP-GUILLAUME, no 1 ad art. 149d.

<sup>3371</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 1 ad art. 149d.

L'article 149d, alinéa 1<sup>er</sup>, LDIP énonce que « lorsque les biens d'un trust sont inscrits au nom d'un trustee dans le registre foncier, le registre des bateaux ou le registre des aéronefs, le lien avec un trust peut faire l'objet d'une mention<sup>3372</sup>. » Concentrons-nous d'abord sur la première partie de cette phrase qui concerne l'inscription « au nom d'un trustee ». Cela nous amène au Message du Conseil fédéral. À l'évidence, il ressort de ce dernier que ses rédacteurs n'avaient qu'une compréhension limitée et largement erronée du droit anglais (ou de tout autre droit de la tradition du *common law* d'ailleurs) et de l'institution des trusts elle-même; aussi les notions de *split ownership*, ainsi que celles de *legal title* et de *equitable title*, apparaissent déformées, de même que de nombreuses autres<sup>3373</sup>. Hormis les indications en note, un passage du Rapport explicatif, mis en relation avec notre chapitre sur le droit anglais, suffit à démontrer une évidente et complète méconnaissance du droit anglais: « Aussi, selon notre terminologie, le *legal title du trustee doit être qualifié de pleine propriété*, [...]»<sup>3374</sup>. Le Message tient le trustee pour propriétaire des valeurs du trust sur la base d'une compréhension erronée du droit applicable au trust, mais cela ne ressort pas des normes de droit suisse spécia-

<sup>3372</sup> Le registre du commerce n'est logiquement pas mentionné, puisque ce dernier ne s'occupe pas de droits réels. Il s'agit d'un silence qualifié: ZK IPRG II-MAYER, n° 14 *ad art.* 149d. Pour le surplus, nous nous concentrerons sur les questions liées au registre foncier, notre propos pouvant aisément s'appliquer *mutatis mutandis* aux autres registres publics (dans le même sens, PANNATIER KESSLER, p. 122 s.).

<sup>3373</sup> *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 571 s.: « Il ressort également de la conception de *common law*, que c'est le trustee et lui seul qui est le propriétaire formel du patrimoine du trust. Un droit de propriété formellement divisé est aussi étranger aux régimes juridiques qui connaissent le trust qu'à notre propre législation. Aussi, selon notre terminologie, le *legal title du trustee doit-il être qualifié de pleine propriété, le bénéficiaire se voyant accorder tout au plus un droit réel limité sur le patrimoine du trust. En réalité il ne s'agit même pas d'un droit réel limité. Le bénéficiaire n'a droit qu'aux prestations que lui accordent les dispositions qui régissent le trust. Ce droit, dont la nature est purement personnelle, n'existe qu'à l'égard du trust (représenté par le trustee qui exerce le droit de propriété sur le patrimoine du trust et agit au nom de celui-ci.* » Ce passage est largement repris du Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice du 16 septembre 2004 destiné à la consultation, p. 10 s. Seule l'absence de droits subjectifs (qui apparaît en filigrane) en faveur du *beneficiary* est correcte, encore qu'une telle absence est aussi valable pour le trustee. Par ailleurs, nous remarquons avec un certain effarement que tout en niant (avec raison) la qualité de personne morale au trust, le *Message CLaH85*, FF 2005 561 (p. 570, 572 et 608 ss), qualifie le trustee de « représentant » du trust et le fait agir « au nom de celui-ci », ce que le texte de l'article 284a LP reprend textuellement (l'erreur s'était déjà glissée dans le Rapport explicatif, par exemple à la p. 9) – preuve définitive s'il en est de la méconnaissance de l'institution, comme de la technique du droit anglais (l'art. 21 al. 3 et 4 LDIP traite pour sa part du « siège du trust », ce qui n'est pas plus heureux au plan terminologique et s'écarte du droit anglais: voir, MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 7; Résultats de la procédure de consultation, p. 9, soit les opinions de GUTZWILLER et OVERBECK). La critique pourrait être continuée, mais cela n'est point utile au vu de notre analyse historique.

<sup>3374</sup> Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice du 16 septembre 2004 destiné à la consultation, p. 11. Une même erreur se retrouve (hélas) aussi en doctrine, ainsi PANNATIER KESSLER, p. 145 (« [Selon le système même du trust anglais,] [l]e trustee est le propriétaire légal et a dès lors le plein pouvoir de disposition selon la [sic] *common law*; [...] »).

lement édictées en 2006<sup>3375</sup>. Les résultats de la procédure de consultation ne révèlent pas de remise en cause de ce point<sup>3376</sup>. Par ailleurs, dans les (très succincts) débats aux Chambres, il est possible de lire que « *Das Eigentum der Trustees ist rein treuhänderischer Natur*<sup>3377</sup>. » ; « *Il convient préliminairement de définir brièvement la notion de <trust>. On entend par ce terme une relation juridique dans laquelle certaines valeurs patrimoniales sont confiées à titre fiduciaire à une ou plusieurs personnes qu'on appelle des <trustees>, qui doivent les administrer et les utiliser dans un but prescrit par le fiduciaire*<sup>3378</sup>. » ; « *Man kann eine Stiftung einklagen, weil sie eine Rechtspersönlichkeit ist, aber keinen Trust, sondern nur die Trustees, weil sie die Eigentümer sind. Das Eigentum der Trustees ist aber treuhänderischer Natur, weil sie nicht frei darüber verfügen können. Sie dürfen das Vermögen nur im Rahmen des Zwecks ausgeben*<sup>3379</sup>. » La doctrine pour sa part s'appuie (hélas) fréquemment sur le Message pour justifier la pleine propriété du *trustee*<sup>3380</sup>. Il ne faut donc pas trop s'attacher aux explications du Message, dans la mesure où elles concernent les *trusts* directement et le droit qui leur est applicable, ainsi que la CLaH85. Si l'on retranche donc les propos tenus à l'égard de ces matières, nous pouvons retenir la chose suivante, pertinente pour l'interprète des dispositions de droit interne : le Message déduit que le *trustee* est celui « *qui exerce le droit de propriété*<sup>3381</sup> », à l'exclusion du *beneficiary* et dans la mesure où le droit de propriété a été intégré au patrimoine du *trust*<sup>3382</sup>. Cette déduction pratique s'avère être correcte : le *trustee* est celui qui a le pouvoir de gestion et de disposition sur les valeurs formant le patrimoine du *trust* (par exemple, un droit subjectif de propriété régi par le droit suisse). Pour le surplus, les normes adoptées n'entendent pas régler la nature de la position juridique du *trustee* ou du *beneficiary* lesquelles dépendent du droit applicable au *trust*.

Nous venons de le voir, que l'article 149d LDIP part du principe que les « *biens* » apparaissant au registre foncier sont « *inscrits au nom d'un trustee* »<sup>3383</sup>. Il s'agit d'un préambule à l'objet de cette disposition qui entend en réalité régir la question de la mention du *trust* au registre<sup>3384</sup>. Le Message n'évoque d'ailleurs nulle part la formula-

---

<sup>3375</sup> Message CLaH85, FF 2005 561, p. 571 s.

<sup>3376</sup> Département fédéral de justice et police, *Résultats de la procédure de consultation*, avril 2005, p. 13 ss.

<sup>3377</sup> Conseillère nationale Gabi HUBER, premier rapporteur de la Commission, BO 2006 N 2001.

<sup>3378</sup> Conseiller national Maurice CHEVRIER, second rapporteur de la Commission, BO 2006 N 2002.

<sup>3379</sup> Conseiller fédéral Christoph BLOCHER, BO 2006 N 2002.

<sup>3380</sup> Voir PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 11 ; WOLF/JORDI, p. 72.

<sup>3381</sup> Message CLaH85, FF 2005 561, p. 572.

<sup>3382</sup> Message CLaH85, FF 2005 561, p. 587.

<sup>3383</sup> PANNATIER KESSLER, p. 137.

<sup>3384</sup> Il en va de même en langue allemande. De même, ZK IPRG II-MAYER, n° 1 *ad* art. 149d (« *Art. 149d Abs. 1 geht davon aus, [...]»* )

tion de la première partie de cette phrase<sup>3385</sup>. Le mot « biens » (« assets ») est lui-même sujet à interprétation et la doctrine admet qu'il peut s'agir d'un immeuble immatriculé, d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel restreint<sup>3386</sup>. Il faut en réalité s'attacher à la définition du droit anglais<sup>3387</sup>. Par ailleurs, cette disposition vise à concrétiser la convention qui précise à son article 2 paragraphe 2 CLaH85 que « (b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee. » Il en découle que le trustee figure formellement au registre comme titulaire du « bien » en question. S'il s'agit d'un droit de propriété, le trustee apparaît certes comme étant le propriétaire, toute chose étant égale par ailleurs. Mais, il ne s'agit là que d'une simple apparence, car il ne ressort pas de l'interprétation de la norme une nécessité de droit matériel à attribuer au trustee la qualité de propriétaire<sup>3388</sup>; au contraire, les notions utilisées restent vagues<sup>3389</sup>. Selon la conception même du Message, la qualité du trustee dépend du droit applicable au trust, soit le droit anglais en notre hypothèse.

Il n'empêche, en conséquence à la fois de l'application du droit suisse au transfert en trust, de l'absence de personnalité morale du trust et de la lettre de l'article 149d LDIP, la doctrine suisse majoritaire conclut à l'attribution au trustee d'une pleine et exclusive qualité de titulaire des droits compris dans le patrimoine du trust, c'est-à-dire en présence d'un immeuble sis en Suisse à la qualité de propriétaire dudit immeuble<sup>3390</sup>. Dans l'essentiel des écrits, ce point n'est guère discuté et est largement considéré comme un fait indiscutable. Selon la conception défendue par GUILLAUME, « [i]l ressort de l'art. 149d al. 1 que le trustee doit être indiqué comme le propriétaire des biens ou des droits inscrits dans les registres publics suisses. Le trustee doit en effet être considéré comme le propriétaire des biens en trust dès leur transfert dans le patrimoine du trust [...]. Cette règle est la conséquence du fait que le trust n'a pas de personnalité juridique. Le transfert de la propriété du constituant au trustee est

<sup>3385</sup> Voir, en particulier, le commentaire fait à propos de l'article 149d LDIP: *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 605 ss.

<sup>3386</sup> ZK IPRG II-MAYER, n° 16 ad art. 149d; FOËX, *Mention*, p. 88; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, n° 10 ss ad art. 149d; GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 14 ad 149d LDIP.

<sup>3387</sup> Ce qui ressort en creux du commentaire de HARRIS, p. 103 ss, spécialement p. 115.

<sup>3388</sup> *Contra*, dans la mesure en tout cas où ils concluent à une véritable qualité de propriétaire pour le trustee, FOËX, *Mention*, p. 83.

<sup>3389</sup> L'imprécision de la terminologie de la première partie de cette phrase est d'ailleurs soulignée par FOËX (*Mention*, p. 90) qui qualifie le champ d'application de la mention de « *umbraculiforme ou protéiforme* » (l'utilisation d'un qualificatif issu de la botanique étant due à la présence d'un anagramme rendant hommage au professeur STEINAUER).

<sup>3390</sup> MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 82; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260 (« *Le trust n'est donc pas propriétaire des biens qui lui sont soumis: ils appartiennent au trustee.* »); FOËX, *Mention*, p. 83 (« [...], mais ce n'est pas une personne morale. C'est donc le trustee, et non le trust, qui est le propriétaire des biens en trust. » et p. 84); THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 64; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 35; WOLF/JORDI, p. 39.

*un des trois éléments essentiels pour qu'on puisse admettre l'existence d'un trust (art. 2 al. 2 lit. b CLaH-Trust; [...])*<sup>3391</sup>. » Cette conception est cependant par trop hâtive et erronée<sup>3392</sup>. Elle découle de l'absence de personnalité du *trust* lui-même et de la nécessité du rattachement des droits subjectifs à un sujet de droit. À défaut d'une meilleure solution, la doctrine se rattache au *trustee*. Pourtant, ni la convention, ni le législateur suisse n'imposent cela. Au contraire, GUILLAUME tire la bonne conclusion lorsqu'elle explique qu'« [à] défaut de mention, le *trustee* apparaît simplement comme étant le propriétaire du bien ou du droit, sans qu'il soit indiqué qu'il agit en qualité de *trustee* »<sup>3393</sup>. Le mot clef est évidemment celui d'apparence : certes le *trustee* apparaît (formellement) au registre comme s'il était propriétaire, mais il ne l'est pourtant pas en droit matériel.

Dans la mesure où le droit suisse est applicable (art. 119 et 99 LDIP pour les immeubles<sup>3394</sup>), il est par contre exact de soumettre les modalités du transfert d'un droit de propriété du *settlor* dans le patrimoine d'un *trust* aux exigences du droit suisse. Cela sera le cas en présence d'un transfert soumis à une publicité qui prend la forme d'une inscription dans un registre public, car dans ce cas le processus de qualification désigne le chapitre 7 de la LDIP consacré aux droits réels (et non les *trusts*)<sup>3395</sup>. Dans ce cadre, en matière immobilière, ni la forme du titre juridique ni l'acte de transfert ne peuvent faire l'objet d'une élection de droit, contrairement au contenu du titre juridique – ce qui impose l'application du droit suisse<sup>3396</sup>. Aussi, ne contestons-nous pas l'inscription formelle du *trustee* au feuillet : il s'agit d'une exigence du droit suisse dont nous ne pouvons nous extraire, ce qui ne serait d'ailleurs pas souhaitable. En permettant l'inscription du *trustee* au registre, le droit suisse lui permet de se légitimer et ainsi d'exercer ses fonctions. Pour cette raison, il se justifie également en pratique d'inscrire l'ensemble des *trustees* que le *trust deed* autorise à gérer l'immeuble en cause<sup>3397</sup>. Soulignons d'ailleurs qu'en ce cas, l'inscription elle-même doit indiquer

---

<sup>3391</sup> CR LDIP-GUILLAUME, no 2 *ad* art. 149d; CR LDIP-GUILLAUME, n° 27 *ad* Intro. aux art. 149a-149d.

<sup>3392</sup> D'emblée, il convient déjà de distinguer la propriété de choses corporelles et la titularité de droits subjectifs.

<sup>3393</sup> CR LDIP-GUILLAUME, no 4 *in fine ad* art. 149d.

<sup>3394</sup> *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 587. GRISEL, p. 161 s.; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; WOLF/JORDI, p. 69; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 40.

<sup>3395</sup> CR LDIP-GAILLARD, n° 10 *ad* Introduction aux art. 97-108.

<sup>3396</sup> Art. 99 al. 1 et 119 al. 3 LDIP. Voir FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 6.

<sup>3397</sup> Il existe une controverse quant au caractère obligatoire de l'inscription de tous les *trustees* (FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260 s.; FOËX, *Mention*, p. 284). S'expriment ainsi pour la possibilité de n'inscrire qu'un seul *trustee* sur la base du singulier utilisé dans le texte de la loi : GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 10 *ad* art. 149d LDIP; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, n° 9 *ad* art. 149d. *Contra* GRISEL, p. 172; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 41. À notre sens et pour les raisons que nous expliquerons plus bas, il faut reconnaître une telle obligation, dans la mesure où le droit applicable au *trust* ne s'y oppose pas (en

que le titre des personnes inscrites repose sur un *trust* (art. 96 al. 3 ORF, repris de l'art. 33 al. 3 aORF<sup>3398</sup>)<sup>3399</sup>.

§ 5. *La mention de l'article 149d LDIP.* Passons à présent à l'objet proprement dit de l'article 149d LDIP, c'est-à-dire l'indication de l'existence d'un *trust* liée à une écriture dans un registre public. À cet égard, cette disposition concrétise donc l'article 12 CLaH85<sup>3400</sup>. Dans la mesure où «[...] s'agissant d'un *trust*, il s'agit de rendre public des effets déjà existants<sup>3401</sup>», l'écriture prévue par le législateur est techniquement une mention. Cette mention «ne fait qu'informer sur l'existence du rapport juridique concerné [...] par opposition à l'annotation», qui déploie un effet constitutif<sup>3402</sup>.»

La mention prévue par la LDIP est potestative, mais non obligatoire<sup>3403</sup> – manifestation de son caractère déclaratif s'il en est. Concrètement elle est libellée par le texte

---

particulier si seuls certains *trustees* sont légitimés à avoir un pouvoir de disposition sur l'immeuble) (dans un sens similaire, quoique fondé sur l'hypothèse du *trustee* propriétaire, FOËX, *Mention*, p. 84, et, également apparemment, BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, n°9 *ad art. 149d*). De même, l'inscription en mains communes (privilégiée par la doctrine: FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 21; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 41; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 129; WOLF/JORDI, p. 72.) ne préjuge à notre avis pas de la réalité juridique des pouvoirs de chacun des *trustees*.

<sup>3398</sup> Ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier (aORF), abrogée par l'entrée en vigueur de la nouvelle ordonnance (art. 161 ORF).

<sup>3399</sup> ZK IPRG II-MAYER, n°21 *ad art. 149d*; FOËX, *Mention*, p. 84; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 129; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 41.

<sup>3400</sup> PANNATIER KESSLER, p. 122; MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 86.

<sup>3401</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n°2 *in fine ad art. 149d*. Dans le même sens, ZK IPRG II-MAYER, n°41 *ad art. 149d*; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 122 et 127.

<sup>3402</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n°2 *ad art. 149d*. Dans le même sens, *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606 («La mention a plutôt un effet déclaratoire et rend public des effets réels qui existent déjà. Selon la conception défendue ici, une inscription [sic, comprenez «écriture»] au registre foncier qui signale des relations déjà existantes [...], devrait prendre la forme d'une mention.»); NATER-BASS/SEILER, p. 223; MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 86 s.; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 125 ss. Voir aussi ATF 124 III 211, consid. 1a.

<sup>3403</sup> Un caractère obligatoire peut néanmoins découler de la loi applicable au *trust* ou directement de l'acte constitutif du *trust*. De même, alors que le droit suisse n'admettra qu'en faveur du *settlor* et du *trustee* une légitimation à requérir la mention (à l'exclusion du *beneficiary*), une action judiciaire du *beneficiary* tendant à l'obtention de cette écriture obligatoire au sens de la loi applicable au *trust* dépend, quant à son fondement, de ce dernier droit. Aussi, le droit suisse ne fait-il ici aucunement obstacle aux effets du droit anglais et la compétence dépend alors de l'art. 149b LDIP. Voir, sur le tout, *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606; GRISEL, p. 164; ZK IPRG II-MAYER, n° 18 et 20 *ad art. 149d*; Commentaire LDIP-DUTOIT, n°2 *ad art. 149d*; CR LDIP-GUILLAUME, no 4 s. *ad art. 149d*; PANNATIER KESSLER, p. 137 et 138; MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 82; FOËX, *Mention*, p. 84 s.; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 64 s.; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 43; GUILLAUME, *Fragen*, p. 9; WOLF/JORDI, p. 73. PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 20. Parallèlement, la radiation de la mention doit également pouvoir être obtenue par la voie d'une action judiciaire, afin de garantir l'effectivité des règles du droit applicable au *trust* – déterminant quant au fond – et d'éviter de se heurter au défaut du concours de l'ensemble des *beneficiaries*.

«fait partie du patrimoine d'un trust<sup>3404</sup>»<sup>3405</sup>. Comme le souligne à juste titre FOËX, «[i]l ne s'agit donc pas de mentionner que le propriétaire agit en tant que trustee mais bien que l'immeuble est soumis à un trust<sup>3406</sup>.» Le choix du législateur d'une mention est correct, car l'effet constitutif d'une annotation supposerait l'existence préalable d'une obligation tendant à l'écriture, laquelle n'existe pas en présence d'un *trust* et dont nous imaginons difficilement les parties.

Étant d'une même nature juridique, il n'y a pas de raison qu'il en aille autrement en présence d'un autre droit réel restreint: la mention concernant ce «*bien*» indique également qu'il est soumis à un *trust*<sup>3407</sup>. Dans ce cas, la mention prend place au sein de l'inscription de ce droit<sup>3408</sup>.

L'article 149d LDIP est une règle de droit matériel (et non pas de droit international privé<sup>3409</sup>) qui consiste en une loi d'application immédiate (art. 16 CLaH85), ainsi indépendante du droit applicable au *trust*<sup>3410</sup>. Le droit suisse doit cependant être applicable à l'opération juridique en cause<sup>3411</sup>.

L'Ordonnance sur le registre foncier<sup>3412</sup> complète depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 la loi par ses articles 58 – «*La mention d'un lien avec un trust a lieu: (a) sur réquisition du constituant inscrit au registre foncier dans le cadre de l'apport de l'immeuble dans le trust; (b) sur réquisition du trustee inscrit au registre foncier; (c) sur la base d'une*

---

Voir FOËX, *Mention*, p. 89; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 21; WOLF/JORDI, p. 74.

<sup>3404</sup> Art. 128 ORF. Voir déjà les Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust du 28 juin 2007 (antérieures à la nouvelle ORF), p. 4. Le lecteur trouvera un «petit commentaire» de ces lignes chez PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 19 ss.

<sup>3405</sup> Voir, à propos de la procédure concrète menant à l'écriture de la mention, NATER-BASS/SEILER, p. 221 ss.

<sup>3406</sup> FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 264. Voir, dans le même sens, PANNATIER KESSLER, p. 137 («[...] la mention rend public le fait qu'un bien immobilier appartient au patrimoine d'un trust et donc qu'un trust existe en relation avec ledit bien-fonds.»); FOËX, *Mention*, p. 85. En sens contraire, THÉVENOZ, *Rapport*, p. 118.

<sup>3407</sup> En ce sens, ZK IPRG II-MAYER, n° 15 ad art. 149d («*Der Eintrag wird mit einem Vermerk versehen, wonach das betreffende Recht Teil eines Trustvermögens ist.*»). Le passage de FOËX (*Mention*, p. 88) sur cette question est donc contraire à ses propos précédents: la mention n'est pas «une précision relative à [la] titularité» du droit réel restreint.

<sup>3408</sup> Art. 125 al. 2 ORF. Voir JOYE-YERLY, n° 505.

<sup>3409</sup> Voir, sur cette distinction, CR LDIP-UCHER, n° 7 et 11 ad art. 1<sup>er</sup>.

<sup>3410</sup> *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 607; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 3 ad art. 149d; NATER-BASS/SEILER, p. 225; CR LDIP-GUILLAUME, no 1 ad art. 149d; PANNATIER KESSLER, p. 122; MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 1 et 84 s.; EICHNER, p. 200.

<sup>3411</sup> Voir, de manière générale à propos de ce type de normes, CR LDIP-UCHER, n° 12 ad art. 1<sup>er</sup> («[...] la détermination de ce champ [d'application] est subordonnée à une règle générale de conflit, ces règles n'étant pas destinées à s'appliquer isolément des autres règles de droit interne, désignées par la même catégorie de rattachement.»).

<sup>3412</sup> Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF; RS 211.432.1).



décision judiciaire d'un tribunal suisse» – et 128 – «La mention d'un lien avec un *trust* contient l'indication que l'immeuble fait partie d'un *trust* et le nom abrégé du *trust*» –, lesquels ont une portée uniquement procédurale<sup>3413</sup>.

La mention d'un *trust* telle que prévue par la LDIP poursuit fondamentalement le même but que la mention prévue en droit transitoire à l'article 45 Tit. fin. CC, savoir «[d']informer les tiers de la présence de droits [abolis au sens de l'article 17 alinéa Tit. fin. CC] soumis à un autre ordre juridique<sup>3414</sup>»<sup>3415</sup>. Pour ces mêmes raisons, la mention ne peut avoir aucun effet sur les pouvoirs du *trustee* dans la mesure où ils dépendent de la loi applicable au *trust*<sup>3416</sup>. Ce que nous avons dit pour le droit transitoire s'applique donc ici également *mutatis mutandis*<sup>3417</sup>.

Nous retrouvons donc la question de l'opposabilité du *trust* au tiers de bonne foi. L'article 149d, alinéa 3, LDIP contient la règle suivante: «Le lien avec un *trust* qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrit n'est pas opposable aux tiers de bonne foi<sup>3418</sup>.» Cette règle écarte par là les controverses doctrinales quant aux effets des mentions en optant pour la théorie dite de «l'effet déclaratif des mentions»<sup>3419</sup>. Ainsi, lorsqu'elle figure au registre, la mention est réputée connue (art. 970 al. 4 CC) et permet de rendre opposable aux tiers – créanciers ou acquéreurs – l'appartenance de l'immeuble en cause au patrimoine d'un *trust*, ainsi que les effets réels qui en découlent conformément au droit applicable

<sup>3413</sup> Les articles 67 et 137 ORF précisent pour leur part les modalités concrètes relatives aux mutations et à la radiation de la mention de *trust*. Voir NATER-BASS/SEILER, p. 226.

<sup>3414</sup> CR CC II-PIOTET, n° 1 *in fine* ad art. 45 Tit. fin.

<sup>3415</sup> FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 264; FOËX, *Mention*, p. 85; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 43; GUILLAUME, *Fragen*, p. 9.

<sup>3416</sup> PANNATIER KESSLER (p. 142 ss) étudie une question importante qui est celle de la responsabilité du conservateur du registre foncier et du notaire dans la vérification du pouvoir de disposition du *trustee* et en tire une conclusion pratique fondée (p. 146 s.). La question est néanmoins, à notre sens, mal formulée: ce n'est pas «l'effet de la mention du lien de *trust* sur le pouvoir de disposition du *trustee*» qui est pertinent (il n'y en a aucun), mais bien la mesure de l'étendue des devoirs de vérification du conservateur et du notaire lorsqu'ils ont connaissance de l'existence du *trust*, notamment en raison d'une mention au registre foncier. Cette question est également traitée par NATER-BASS/SEILER, p. 224.

<sup>3417</sup> Cf. *supra* p. 462 ss.

<sup>3418</sup> Ce que le Message CLaH85, FF 2005 561 (p. 606), précise d'ailleurs dans le même passage précité: «Selon la conception défendue ici, une inscription [sic, comprenez «écriture»] au registre foncier qui signale des relations déjà existantes et dont le seul effet juridique est d'exclure la bonne foi d'un tiers qui bénéficierait autrement d'une protection à ce titre, devrait prendre la forme d'une mention.»

<sup>3419</sup> NATER-BASS/SEILER, p. 224; PANNATIER KESSLER, p. 139; GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 11 ad art. 149d LDIP. Cette théorie s'oppose à celle dite «de l'effet informatif des mentions» qui admet une opposabilité aux tiers de bonne foi du rapport juridique objet qui peut faire l'objet d'une mention au registre indépendamment du fait que celle-ci ait été faite ou non. Voir, sur ces théories, PANNATIER KESSLER, p. 129 ss.

au *trust*<sup>3420</sup>. Au contraire, en l'absence de mention, le tiers de bonne foi est largement protégé, au détriment des principes applicables aux *trusts*<sup>3421</sup>. DUTOIT relève la parenté entre cette règle et celle de l'article 973 CC<sup>3422</sup>, tout en soulignant que la règle de la LDIP vise tous les éléments du patrimoine du *trusts*, qu'il s'agisse de droits absolus ou relatif: les tiers protégés peuvent ainsi être des acquéreurs ou des créanciers<sup>3423</sup>. De la sorte, si le principe de l'indépendance du patrimoine du *trust* est certes concrétisé à l'article 284b LP par un droit de distraction en faveur du *beneficiary*, ce droit n'est opposable au tiers de bonne foi qu'en cas de mention<sup>3424</sup>. Par ailleurs, la norme de la LDIP se distingue encore de celle du Code civil, car à notre sens, elle n'indique pas la présence d'autres droits réels (ou de toute autre charge) prévus par le droit positif et ayant pour effet de restreindre les pouvoirs du propriétaire<sup>3425</sup>, mais bien – comme en droit transitoire – l'application d'un autre ordre juridique.

Aussi, cette règle a-t-elle pour effet, en cas d'application du droit suisse à l'opération juridique de transfert<sup>3426</sup>, de restreindre « *le statut du trust dans ses effets à l'égard des tiers de bonne foi*<sup>3427</sup>. » L'existence et les effets d'un *trust* dépendent donc, pour les

<sup>3420</sup> NATER-BASS/SEILER, p. 225; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 264 s.; FOËX, *Mention*, p. 85; GUILLAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 43; GUILLAUME, *Fragen*, p. 9; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 65; STEINAUER, *Droits réels I*, n° 590b et 839; BSK ZGB II-SCHMID, n° 32a *ad art.* 970 CC; DESCHENAUX, p. 149.

<sup>3421</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 4 *ad art.* 149d; PANNATIER KESSLER, p. 139.

<sup>3422</sup> Ce que fait également le *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606.

<sup>3423</sup> Tant les créanciers que les acquéreurs de bonne foi sont donc protégés. Voir *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606 s.; ZK IPRG II-MAYER, n° 23 *ad art.* 149d; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 4 *ad art.* 149d; MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 82; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 264; FOËX, *Mention*, p. 86 s.; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, n° 16 *ad art.* 149d; GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 18 s. et 20 *ad art.* 149d LDIP. Cependant, *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 611, est quelque peu plus nuancé.

<sup>3424</sup> MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 82; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 264 s.; FOËX, *Mention*, p. 87; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, n° 16 *ad art.* 149d; *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606. Par ailleurs, l'interprétation de l'article 284b LP pose la délicate question des procédures collectives mêlant plusieurs créanciers, tous n'étant pas de bonne foi. Voir, sur ce point, les différentes options de FOËX, *Mention*, p. 87 (seuls les créanciers de bonne foi peuvent se prévaloir de la disposition); Handkommentar-GASSMANN, n° 9 *ad art.* 149d LDIP (un seul créancier de bonne foi suffit, au bénéfice de tous).

<sup>3425</sup> ZK IPRG II-MAYER, n° 22 *ad art.* 149d.

<sup>3426</sup> Ce qui sera le cas pour le transfert de biens-fonds sis en Suisse, de droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse, ainsi que de bateaux ou aéronefs enregistrés en Suisse (art. 99 al. 1, 110 al. 1 LDIP). Voir *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606; Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad art.* 149d; CR LDIP-GUILLAUME, no 1 et 3 *ad art.* 149d; MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 82.

<sup>3427</sup> Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 5 *ad art.* 149d. Voir aussi *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 607. Le rapprochement que fait FOËX entre l'article 284b LP et l'opposabilité aux tiers des droits de distraction du fiduciaire des articles 401 CO et 37d LB est donc quelque peu trompeur: en notre matière, il s'agit de tempérer les effets juridiques inhérents à l'institution des

tiers de bonne foi, de la mention au registre<sup>3428</sup>: «[Leur] *bonne foi fait échec à l'action en restitution envers l'acquéreur*<sup>3429</sup>.» Cela sans égard aux règles particulières du droit anglais relatives à la protection des tiers, que nous avons vues et qui prévoient un régime nettement distinct<sup>3430</sup>.

Un bon exemple à cet égard est celui désigné, en particulier par la doctrine suisse, sous le terme générique de *tracing*, terme qu'elle associe à celui de droit de suite. Tout en n'étant évidemment pas complètement erronée, cette approche conduit à une mauvaise conception des mécanismes des trusts. D'abord, le *tracing* n'est pas une action judiciaire, mais le moyen permettant d'identifier des éléments patrimoniaux distraits de la masse à laquelle ils appartiennent et mélangés à ceux d'un autre patrimoine<sup>3431</sup>. Aussi, rapprocher le *tracing* d'un droit de suite est faux. Cela l'est, en outre, d'autant plus encore, car le droit de suite caractérise une dimension d'un droit subjectif réel. Or, nous le savons désormais, le droit anglais est étanche aux raisonnements fondés sur les droits subjectifs. Enfin, le *tracing* n'est pas non plus dépendant de la distinction entre *common law* et *equity*<sup>3432</sup>. Les mécanismes du droit anglais fondés sur le *tracing* dépendent exclusivement de ce droit (celui applicable au *trust*); quant à leur existence, la mention au registre est sans pertinence<sup>3433</sup>. Le *tracing* ne peut évidemment pas découler directement du droit suisse – cela serait contraire au *numerus clausus* des droits réels<sup>3434</sup>, mais ses effets doivent être qualifiés comme ressortant à la catégorie des droits réels telle que prévue par la LDIP. Dans la mesure où le *trust* est mentionné au registre foncier, ces mécanismes qui permettent au *beneficiary* d'agir en justice ne seront pas limités par le droit suisse – l'article 11, alinéa 3, lettre d, CLaH85 renvoyant à cet égard au droit anglais<sup>3435</sup>: «[...] *le droit réel* [selon la

---

*trusts*, alors qu'au contraire, s'agissant de la fiducie du droit suisse, il est question de définir la portée du privilège exceptionnellement accordé.

<sup>3428</sup> FOËX, *Mention*, p. 86 s.; WOLF/JORDI, p. 73; BSK ZGB II-SCHMID, n° 47a *ad* art. 946 CC.

<sup>3429</sup> FOËX, *Mention*, p. 86.

<sup>3430</sup> Le tiers acquéreur ne doit pas ainsi, en droit suisse, avoir versé une *consideration*. Cf. *supra* p. 218.

<sup>3431</sup> HUDSON, *Equity and Trusts*, p. 807.

<sup>3432</sup> En ce sens, la remarque suivante de DUTOIT (Commentaire LDIP-DUTOIT, n° 16 *ad* art. 149c) emprunte beaucoup trop à la vision continentale et est malheureusement erronée: «[...] *le problème concernant le droit de suite (tracing) accordé au bénéficiaire en cas de mauvaise foi du trustee pourrait soulever quelques difficultés procédurales dans les pays de droit civil ne connaissant pas de «Court of Equity» appelée à corriger les conséquences de la «Common Law», qui considère le trustee comme un propriétaire.*»

<sup>3433</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 9 et 18. Voir aussi *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 606.

<sup>3434</sup> En ce sens est exact le propos de MAYER (*Neue Bestimmungen*, p. 83) «[...] *kann doch das ominöse dingliche Recht [die Rückerstattungsanspruch] aufgrund des in unserem Sachenrecht herrschenden numerus clausus gar nicht anerkannt werden*», pourtant erroné pour le surplus.

<sup>3435</sup> FOËX, *Mention*, p. 86; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 65; *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 571.

qualification suisse] dont découle le tracing appartient à un autre ordre juridique, au même titre que la propriété divisée de l'ancien droit civil cantonal doit être aujourd'hui mentionnée au registre foncier<sup>3436</sup>.» L'«efficacité<sup>3437</sup>» du tracing, c'est-à-dire sa portée concrète, dépend pourtant à la fois du droit anglais qui en décrit la portée maximale et du droit impératif suisse (applicable par exemple à la procédure de faillite) qui vient, potentiellement, en limiter les effets<sup>3438</sup>.

En d'autres termes la publicité des droits compris dans le champ d'application reste soumise au droit suisse, à l'exclusion de tout autre droit. Si le droit suisse n'est pas applicable à l'opération de transfert, alors la règle de l'alinéa 3 ne trouve pas non plus application<sup>3439</sup>.

En outre, le Message indique que cette disposition «ne vise pas tant à établir qu'une acquisition a été faite de bonne foi mais à offrir une protection contre une action exercée pour cause d'enrichissement illégitime [sic]<sup>3440</sup>», ce qui revient en définitive à la conception majoritaire de l'article 973 CC<sup>3441</sup>.

Après l'avoir examinée au chapitre précédent, il est naturel d'opérer un rapprochement entre la mention prévue en droit intertemporel et celle du droit interspatial. Toutes les deux ont pour objet d'attirer l'attention sur l'existence d'une institution juridique relevant d'un ordre juridique différent<sup>3442</sup>. L'on pourrait cependant penser être ici en présence d'une règle contradictoire par rapport à celle que nous avons rencontrée en droit transitoire suisse à l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC (et la position que nous avons adoptée face à la controverse concernant la publicité de ces droits). Cependant, en présence d'un *trust* il ne s'agit pas seulement de se préoccuper de la publicité liée au *trust*, mais également de manière concomitante de celle concernant des institutions juridiques du droit positif suisse qui participent au *numerus clausus* des droits réels et dont la publicité est assurée par une écriture dans un registre. C'est donc plus délicat. La publicité du *trust* est entièrement laissée au droit applicable au *trust*, ce qui ressort notamment du caractère potestatif de la mention. Par contre, la publicité liée aux droits inscrits dans un registre public suisse dépend exclusivement du droit suisse.

---

<sup>3436</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 18.

<sup>3437</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 9.

<sup>3438</sup> Voir, dans le même sens, PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 9 («Le tracing n'en est pas moins sur le principe une question dépendant de la loi du trust, même si son efficacité à l'égard des tiers dépend de la loi impérative désignée au for.»).

<sup>3439</sup> Message CLaH85, FF 2005 561, p. 606.

<sup>3440</sup> Message CLaH85, FF 2005 561, p. 607.

<sup>3441</sup> Message CLaH85, FF 2005 561, p. 607 («Aucun droit réel ne peut être revendiqué, ni aucune action pour enrichissement illégitime ne peut être exercée contre un tiers qui acquiert un bien non grevé selon cette disposition [l'art. 973 CC].»).

<sup>3442</sup> En ce sens, il nous faut tempérer le caractère inédit («historique») qu'attribue FOËX (*Mention*, p. 90) à la mention prévue par l'article 149d LDIP.

En l'absence de mention, la restriction au droit subjectif que consiste le *trust* (l'ordre juridique suisse ne peut concevoir autrement le *trust* que comme une restriction) n'apparaît pas au registre. Dans la constellation particulière d'un droit subjectif comptant parmi les valeurs patrimoniales d'un *trust*, il apparaît que l'absence de mention est trompeuse. C'est un droit subjectif que l'on soumet au régime juridique du *trust*. Si l'on veut, il s'agit d'ajouter une complication, ce qui correspond d'ailleurs à l'esprit du droit anglais. Au contraire, en droit transitoire, l'on ne fait que préserver une institution ancienne que le nouveau droit n'a pas vocation à limiter dans ses effets. En droit international privé, il est possible, plus librement, de limiter la reconnaissance d'une institution juridique étrangère ou de ses effets. C'est ce que fait le législateur à l'article 149d LDIP en refusant certains des effets du droit du *trust* à l'égard des tiers (en particulier des tiers de bonne foi) lorsque l'existence de ce dernier ne figure pas au registre. Il s'agit là d'un point de compression du droit suisse sur le droit anglais, lequel déploie pleinement ses effets pour le surplus.

Cela ressort clairement de la CLaH85 à son article 11 qui comprend notamment les formules suivantes: « *Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust*<sup>3443</sup>. »; « *Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique [...]*<sup>3444</sup>. » L'objet de la convention est bien de préserver (dans certaines limites) les effets des *trusts* et non pas à l'inverse de modifier les règles applicables en droit interne. Aussi, les effets réels des *trusts* – considérés comme des exceptions par la doctrine majoritaire – découlent-ils directement du droit anglais, le droit suisse ne fait lui qu'en limiter la reconnaissance en certaines situations. C'est d'ailleurs le propos des règles matérielles de droit international privé que nous avons déjà étudiées (LDIP et LP): « *Elles énoncent directement une solution applicable au fond, indépendante des lois internes et destinées uniquement à des situations internationales. [...] [E]lles tranchent, à leur façon, un conflit de lois, [...]*<sup>3445</sup>. » Ainsi, par exemple, le droit de distraction dans la faillite du *trustee* ressort au droit anglais, mais, dans l'hypothèse où le droit applicable à la faillite est le droit suisse, les articles 284a et 284b LP en déterminent le ressort précis, tel que reconnu dans ses effets pas l'ordre juridique suisse et avec les limites qu'il impose; en ce sens, il s'agit d'une « *mise en œuvre*<sup>3446</sup> » du droit anglais. Il n'en va pas différemment lorsqu'une succession est soumise au droit suisse: les règles impératives (notamment celles liées aux réserves) viennent limiter la reconnaissance des effets du *trust*<sup>3447</sup>. Le même méca-

<sup>3443</sup> Art. 11 § 1 CLaH85.

<sup>3444</sup> Art. 11 § 3 CLaH85.

<sup>3445</sup> CR LDIP-BUCHER, n° 20 *in fine ad* Introduction aux art. 13-19. Dans cette mesure, ces normes matérielles trouvent une place dans la LDIP, bien que l'on puisse envisager de les placer directement dans les lois *ad hoc* (ainsi les art. 284a s. LP).

<sup>3446</sup> THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 59.

<sup>3447</sup> THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 59 s.

nisme existe en présence d'un immeuble situé en Suisse pour lequel s'applique la LFAIE<sup>3448</sup> ou la LDFR<sup>3449</sup>. Dans un cas, comme dans l'autre, il s'agit donc de compresser quelque peu les effets du droit anglais, sans pour autant déformer ni les principes de cet ordre, ni ceux du droit suisse.

C'est également selon cette approche qu'il faut comprendre la mention prévue par l'article 149d LDIP: elle a pour objet de limiter, dans une certaine mesure, les effets réels d'un *trust*. PANNATIER KESSLER se méprend donc lorsqu'elle affirme que le législateur voulait «*rendre opposable aux tiers de bonne foi un rapport sous-jacent qui ne serait pas opposable sans [l'écriture]*»<sup>3450</sup>. Au contraire, cette disposition de la LDIP a pour objet de limiter les effets réels du *trust*, lesquels émanent directement du droit anglais, en empêchant, en l'absence de mention que ces effets ne soient opposables à des tiers de bonne foi.

Ainsi, alors que l'article 12 CLaH85 ne vise qu'à prévoir la possibilité de faire apparaître l'existence d'un *trust*, la norme suisse refuse de reconnaître certains effets du *trust* en l'absence de mention<sup>3451</sup>. De la sorte, la mention n'a bien aucun impact sur les effets du *trust*, mais permet d'en «compresser» la portée. Nous pouvons donc admettre que le choix de la technique de la mention par le législateur est parfaitement fondé, quoiqu'une règle exceptionnelle (celle de l'article 149d alinéa 3 LDIP) vienne y adjoindre un effet anormal<sup>3452</sup>.

Cet effet repose en réalité sur l'article 15 CLaH85, ainsi que les articles 99 et 100 LDIP. Il convient en effet de souligner que les droits subjectifs de nature réelle portant sur des meubles ou des immeubles demeurent pleinement soumis au droit de leur lieu de situation qui peut être le droit du *trust* (le droit anglais), le droit suisse ou encore un autre droit.

---

<sup>3448</sup> Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE; RS 212.412.41). Voir GRISEL, p. 176 ss; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 63; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 12.

<sup>3449</sup> Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR; RS 211.412.11). Voir PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 12.

<sup>3450</sup> PANNATIER KESSLER, p. 141. Cette méprise se trouve également dans les Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un *trust* du 28 juin 2007, p. 3. Pour rappel, un tel document administratif ne lie (sauf exception) pas le juge, mais fait simplement état de l'interprétation de la loi telle qu'elle est faite par l'administration – l'on peut donc facilement s'en extraire. Voir, nos propos à l'égard du droit fiscal suisse applicables *mutatis mutandis* aux ordonnances administratives en général, BARBEY, p. 30 ss et les références citées.

<sup>3451</sup> Selon notre approche, la législation suisse va donc à cet égard moins loin que la convention. Voir, *a contrario*, PANNATIER KESSLER, p. 122 (cependant, à la page suivante: «*L'article 149d al. 3 LDIP contient une règle matérielle sur la non-opposabilité aux tiers de bonne foi d'une relation de trust [...].*»); GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 1 ad art. 149d LDIP.

<sup>3452</sup> *Contra* PANNATIER KESSLER, p. 140 s., qui juge qu'une annotation déclarative aurait été plus à propos. En raison des mécanismes du droit anglais déjà, nous savons que la mention doit s'imposer.

Si le *trustee* est le propriétaire des biens en *trust*, alors toute l'explication par après est bancale. Seule une soumission complète au droit du *trust* (le droit anglais) des valeurs comprises dans le *trust* permet d'en expliquer l'entier des effets. Ces valeurs ce ne sont pas les objets de droit sous-jacents, mais bien les droits subjectifs eux-mêmes, conformément à la vision objectiviste du patrimoine. Cette explication faite, reste à savoir dans quelle mesure le droit suisse admet les effets auxquels conduisent les dispositions de la CLaH85.

Il n'en demeure pas moins que l'effet accordé par le législateur à la mention ne correspond pas au système du droit suisse et doit ainsi être qualifiée de *sui generis*. Ce qui conduit à la fois à une forte insécurité juridique et une marge d'interprétation importante laissée à la jurisprudence<sup>3453</sup>.

Une question délicate émerge en présence d'une pluralité de *trustees*. Nous avons en effet pu constater que selon la doctrine majoritaire, et à notre sens, une inscription de plusieurs *trustees* doit se faire sous la forme d'une propriété en main commune, ce qui impose d'indiquer le *trust* en tant que titre à la communauté en cause. Qu'advient-il donc en présence d'une telle indication, mais en l'absence de la mention du *trust*? Cette question n'est, au mieux de notre connaissance, pas même évoquée en doctrine.

Quant à la portée concrète de ces problématiques, il semble que l'on connaisse en pratique depuis de nombreuses années déjà un certain nombre d'immeubles compris dans le patrimoine d'un *trust*<sup>3454</sup>.

Sur ces bases et après maints éclaircissements, nous constatons qu'il existe un espace à combler par une explication juridique de la situation qui puisse être exprimée en termes précis et sûrs.

<sup>3453</sup> Qu'il s'agisse de questions propres au droit purement interne (par exemple, les questions touchant à la bonne foi de l'article 284b LP), au droit international privé (par exemple, la délimitation exacte des champs d'application des droits en cause) ou encore, ce qui nous intéresse le plus, aux effets du droit applicable au *trust* sur des droits subjectifs inscrits dans un registre public suisse. Voir FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 265; FOËX, *Mention*, p. 87; PIOTET, *Quelques questions*, p. 5 ss.

<sup>3454</sup> Voir THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 65, lequel renvoie à une publication de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (OFRF) dans la RNRF 1999, p. 396-408, p. 407. Contrairement ce qu'affirme PANNATIER KESSLER (p. 121) la ratification de la CLaH85 n'était pas un prérequis à cet égard. Voir en outre ATF 96 II 79 (Harrison v. Schweiz. Kreditanstalt), consid. 8 s.; ROMANN, p. 40; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 129.

## **B. Notre approche: les vertus d'une approche historique et raisonnée des trusts**

### **1. Le problème fondamental: une incompréhension mutuelle**

Nous l'avons constaté dans les pages précédentes, il paraît extrêmement difficile à la doctrine suisse d'appréhender les principes des *trusts* et les mécanismes des droits de *common law* sans les déformer à outrance. Il s'agit cependant d'un grief que nous pourrions émettre également à l'égard de nombreux doctes du continent européen et que nous avons d'ores et déjà adressé aux législateurs des codifications françaises et autrichiennes qui ne parvinrent pas à concilier les institutions anciennes avec l'ordre juridique subjectif moderne. Les réflexes et principes du droit de l'observateur (suisse ou continental) sont effectivement projetés sur le système objectif sur lequel se porte leur attention (le droit anglais pour ce qui concerne les *trusts*), ce qui ne peut conduire au mieux qu'à une compréhension approximative, et au pire à une erreur complète, ce qui est en réalité fréquent, nous l'avons vu. Il en va de même en définitive du droit suisse dont les principes applicables aux droits réels doivent, selon la doctrine majoritaire, souffrir de maintes exceptions et entorses qui n'émanent pas expressément de normes formelles à but dérogoatoire.

Cette situation regrettable est principalement due à une méconnaissance de la technique du droit anglais et de son histoire, ainsi que par extension des mécanismes propres aux *trusts*. La nécessaire dimension historique et particulière du droit anglais est pourtant connue sur le principe<sup>3455</sup>. Rares (pour ne pas dire plus) sont toutefois les auteurs qui se donnent véritablement la peine de creuser plus avant cette question. Nous espérons par notre étude avoir déjà révélé à satisfaction dans les chapitres précédents les différences qu'il est possible de dresser entre les divers systèmes de droit des biens occidentaux.

Par la mise en évidence de cette méconnaissance, il nous a été permis de dresser le constat que la législation *ad hoc* concernant les *trusts* applicable en Suisse n'est pas la source de ces déformations. Un tel reproche ne peut certainement pas être fait à la Convention de La Haye qui vise, comme nous l'avons vu, à préserver au mieux les effets des *trusts* dans les juridictions qui ne les connaissent pas. Les normes suisses n'ont pas non plus ce vice, puisqu'elles s'inscrivent dans les mécanismes de droit international privé permettant de limiter ponctuellement les effets de la reconnaissance d'une institution étrangère.

---

<sup>3455</sup> Ainsi, superficiellement, ZK IPRG II-MAYER, no 3 *ad* Introduction aux art. 149a-149e. À cet égard, la brève mise en contexte de SOLARSKY (p. 3 s.) est l'une des meilleures que nous avons pu trouver chez un auteur suisse, car elle met correctement en avant le lien entre le droit féodal anglais et celui des *trusts*.



La solution retenue par la majorité doctrinale est en conséquence fondamentalement erronée et n'est partant pas satisfaisante. En bref, elle ne convainc guère, dans la mesure où elle nie la réalité juridique du droit anglais et déforme le droit suisse. En particulier, la prévisibilité et la sécurité du droit ne sont que mal assurées par le flou qui découle de l'admission de ces exceptions et entorses au droit suisse<sup>3456</sup>. Pire, en prétendant que le *trustee* est un véritable propriétaire au sens du droit suisse, l'approche majoritaire donne un faux semblant de sécurité; sans que la doctrine en donne le nom, cette attribution est en réalité selon cette approche déjà une fiction (savoir, l'admission d'une situation que l'on sait ne pas être réalisée), puisque les effets de la propriété du *trustee* sont constamment niés. Comme le résume FOËX, la solution proposée revient à considérer que «[I]a propriété du trustee est donc en quelque sorte liée, déterminée par la finalité du trust; elle est notamment <grevée> par les droits des bénéficiaires du trust<sup>3457</sup>.» À l'évidence, quoiqu'en disent les auteurs et si nous reconnaissons au droit suisse une certaine souplesse<sup>3458</sup>, l'on dépasse en réalité les limites de ce que permet le *numerus clausus* des droits réels de notre droit: comment grever un droit de propriété d'un droit inconnu de notre ordre juridique, mais cependant opposable *erga omnes*? S'il est possible d'imaginer qu'un juge suisse reconnaisse des droits subjectifs de nature réelle supplémentaires à ceux que prévoit le *numerus clausus*, il faut cependant, soit qu'ils s'insèrent dans la typologie des droits réels (et en particulier dans la dualité propriété-droits réels restreints) et reposent sur une nouvelle base légale, soit qu'ils soient soumis à un ordre juridique différent – que cet ordre juridique soit étranger ou ancien.

En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut, l'exemple du droit transitoire est très clair à cet égard. Le système de l'article 17 Tit. fin. CC, tout en étant pragmatique et relativement souple, montre bien que le *numerus clausus* des droits réels ne peut souffrir de déformations. Si une institution ne peut être assimilable à l'une des formes prévues par le catalogue des droits réels, mais est néanmoins admise quant à son exis-

<sup>3456</sup> «[...] la complexité s'est additionnée à l'incertitude, et [...] il n'est pas certain que le justiciable y voie sa situation juridique améliorée.»: PIOTET, *Quelques questions*, p. 23. Propos que FOËX (*Trust et registre foncier*, p. 265) adopte également en les citant expressément. Voir, dans le même sens, THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 55.

<sup>3457</sup> FOËX, *Mention*, p. 83. Dans le même sens, MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 82 («Als Eigentümer bzw. Rechtsinhaber wird der Trustee eingetragen, die Eintragung jedoch mit einer Anmerkung versehen, wonach das betreffende Recht mit einem Trust belastet ist.»); THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 61 («[...] les biens ne sont grevés du trust, [...], qu'une fois valablement transférés au trustee.»).

<sup>3458</sup> «L'opposabilité aux tiers, comme caractéristique du droit réel, n'a pas une valeur absolue et qu'elle est tenue en échec par plusieurs principes, parmi lesquels [BOCQUET] relève le principe paulien et les principes des règles de preuves. [II] n'en conclut pourtant pas que l'opposabilité aux tiers n'est pas une caractéristique du droit réel; il relativise simplement la portée de cette caractéristique en lui donnant une fonction subsidiaire:[...]»: STEINAUER, *La propriété*, p. 213.

tence, son étendue doit être régie par le droit qui lui était applicable jusqu'à la survenance du conflit de lois. Il n'en va pas différemment dans le cadre de la législation suisse applicable aux *trusts*; elle impose la reconnaissance de l'existence des *trusts* valablement créés selon le droit anglais et désigne ce droit seul applicable quant à la nature et l'étendue des droits que la création d'un *trust* place entre les mains du *trustee* et du *beneficiary*.

Il convient donc de tenter de dégager une solution plus homogène qui permette, conformément aux objectifs du droit interspatial et dans un souci de cohérence théorique, d'asseoir une théorie respectueuse des deux ordres juridiques en présence, savoir le droit suisse et le droit applicable au *trust*, en notre hypothèse toujours le droit anglais. Cela aux fins pratiques d'augmenter la prévisibilité et la sécurité du droit, ce que la doctrine appelle en réalité de ses vœux, conformément aux buts du droit international privé<sup>3459</sup>.

Le lecteur aura bien compris que la difficulté principale tient à la qualification par le juge suisse des positions juridiques du *trustee* et du *beneficiary* pour les questions qui, au-delà du champ d'application du droit anglais, demeurent soumises au droit suisse<sup>3460</sup>. Comme en droit transitoire, cette qualification doit toujours se faire du point de vue du droit positif suisse<sup>3461</sup>. À notre sens, il convient d'abord de clairement expliciter la situation telle qu'elle est envisagée par le droit anglais des *trusts*, c'est-à-dire les questions liées au régime juridique applicable au patrimoine du *trust* dans son ensemble (2), avant de la concilier avec les exigences du droit suisse, c'est-à-dire les questions liées aux droits subjectifs soumis à ce droit (3) et d'en vérifier la validité par rapport au principe du *numerus clausus* (4).

## 2. Première étape : une remise en ordre conforme au droit anglais

§ 1. Aussi, nous proposons-nous de prendre le contrepied de l'approche privilégiée jusqu'à présent par la doctrine. Cursivement, nous pouvons expliquer en préambule que notre raisonnement consiste, au lieu de considérer les normes de l'ordre juridique suisse portant spécifiquement sur les *trusts* comme génératrices d'exceptions aux prin-

---

<sup>3459</sup> Voir, par exemple, CR LDIP-BUCHER, n° 3 *in fine ad* Introduction aux art. 13-19 («[L'un des buts que doit poursuivre le législateur est d']*assurer*[r], au niveau des droits subjectifs, l'harmonie des solutions applicables au cas particulier dans les États concernés, [...]»); FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 265; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 71 («[...] la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions à long terme sont des enjeux essentiels.»); THÉVENOZ, *The Hague Convention*, p. 7 s. («[...] and the need to enhance legal certainty and predictability as to the recognition of the effects of trusts.»); THÉVENOZ, *Rapport*, p. 14. Le législateur fédéral poursuit le même but: voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 5 décembre 2005, intitulé «*D'avantage de sécurité juridique pour les affaires liées aux trusts*».

<sup>3460</sup> Voir, sur les enjeux de cette qualification, PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 9.

<sup>3461</sup> Voir THÉVENOZ, *Rapport*, p. 35, et, déjà, VISCHER F., *Traité*, p. 526.

cipes juridiques du Code civil suisse régissant les droits réels<sup>3462</sup>, à considérer ces mêmes normes comme des contraintes (mais pas une remise en cause) opposables au droit applicable au *trust* dont les effets sont « comprimés » par le droit suisse applicable pour le surplus. Notre approche permet ainsi d'éviter toute distorsion du droit suisse, comme du droit applicable au *trust*, en ne procédant ainsi que par la technique de limites à la reconnaissance de certains effets du *trust*, c'est-à-dire de l'étendue des droits du *trustee* et du *beneficiary*, sans directement impacter (et distordre) le droit matériel des deux ordres juridiques, l'existence et la nature des droits (subjectifs) n'étant jamais remises en cause<sup>3463</sup>, puisqu'ils dépendent des articles 99 et 100 LDIP.

§ 2. Il nous faut commencer par résoudre la question de la nature juridique exacte de la position du *trustee*. Nécessairement, la réponse à cette question est également déterminante pour qualifier la position du *beneficiary*.

L'immense majorité de la doctrine part de la prémisse erronée que le *settlor* doit, en vertu du mécanisme même des trusts, transmettre au *trustee* la qualité de propriétaire des biens composant le patrimoine du *trust*<sup>3464</sup>. Cette affirmation est souvent mise en relation avec le constat (par ailleurs exact) de l'absence de personnalité morale en présence d'un *trust*<sup>3465</sup>. Notons d'ailleurs que ce point est exagérément mis en avant par la doctrine continentale, car l'absence de personnalité morale du *trust* est en réalité

<sup>3462</sup> Que FOËX (*Mention*, p.90) qualifie conformément à l'approche majoritaire de « *trust-friendly* ».

<sup>3463</sup> D'ailleurs, de manière générale, CR LDIP-UCHER (n° 3 *in fine ad* Introduction aux art. 13-19) explicite le fait que le législateur doit avoir « [...] le souci d'assurer une certaine coordination des systèmes, complément indispensable à la finalité des règles de conflit ayant leur source dans un ordre national de droit international privé. »

<sup>3464</sup> Ainsi, GRISEL, p. 3 (« *Le trust peut se définir comme un acte unilatéral d'une personne (le settlor), qui transfère la propriété d'actifs (le trust fund) à une personne (le trustee), ces actifs constituant toutefois un patrimoine distinct du patrimoine personnel du trustee.* »); ZK IPRG II-MAYER, n° 30 *ad* Introduction aux art. 149a-149e; ZK IPRG II-MAYER, n° 1 *ad* art. 149d (« *Art. 149d Abs. 1 geht davon aus, dass als Eigentümer eines zu einem Trust gehörenden Grundstücks der Trustee einzutragen ist.* »); CR LDIP-GUILLAUME, n° 1 *ad* Intro. aux art. 149a-149e (« *Le mécanisme de base du trust consiste en ce qu'une personne (le constituant; settlor) extrait des biens de son patrimoine personnel et en transfère la propriété à une autre personne (le trustee), laquelle doit les administrer dans l'intérêt d'une troisième personne (le bénéficiaire; beneficiary)* »); MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 83 (« [...] weil der Trustee nach schweizerischem Recht als treuhänderischer Eigentümer zu betrachten ist und ihm somit als Vollberechtigten die volle Verfügungsmacht über das betroffene Trustgut zusteht. »); THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 64 (« *Il appartient au trustee, nouveau propriétaire au registre foncier, de requérir [...]* »). Voir aussi l'arrêt du TF, 2C\_409/2009, consid. 3.2.

<sup>3465</sup> Ainsi, FOËX (*Mention*, p. 83) expose: « *Au chapitre des rappels, on peut également mentionner que le trust n'a pas la personnalité juridique: c'est un patrimoine soumis à un régime juridique particulier, mais ce n'est pas une personne morale. C'est donc le trustee, et non le trust, qui est propriétaire des biens en trust.* » Voir aussi le Conseiller fédéral Christoph BLOCHER, BO 2006 N 2002.

une évidence, une fois l'institution comprise<sup>3466</sup>. Elle repose aussi fréquemment sur une incompréhension de la distinction propre au droit anglais entre le *legal title* et l'*equitable title*<sup>3467</sup>. Ainsi, avons-nous pu lire qu'il existe « un *«dédoublement» du droit de propriété*<sup>3468</sup>. » Pourtant, nous le savons à présent, rien n'est moins vrai que de considérer le *trustee* comme le propriétaire du patrimoine du *trust*. À cet égard, la définition du Conseil fédéral – proche de celle de la convention – est meilleure: « *Le terme «trust» désigne les relations juridiques en vertu desquelles des biens déterminés ont été confiés à titre fiduciaire à une ou plusieurs personnes (trustee) chargées de les administrer et d'en disposer dans un but préalablement déterminé par le constituant (settlor). Ce but peut être de portée générale ou peut consister à favoriser des personnes déterminées (beneficiaries)*<sup>3469</sup>. » Certes, le *settlor* se défait complètement de la position juridique qui était la sienne avant la création du *trust*, mais il ne la transfère pas simplement au *trustee*. Notre analyse historique de droit anglais le révèle très clairement. Le *trust* conduit à une *split ownership*. L'admission de ce résultat suffit à refuser un simple transfert de propriété au *trustee*. Le droit anglais s'oppose à une telle conclusion. Certes, la valeur économique que représente la propriété en tant qu'élément patrimonial objectif, est remise au *trustee*, mais les prérogatives de ce dernier sur cette valeur (c'est-à-dire, directement, le droit subjectif, et, indirectement, l'objet de ce droit) sont déterminées par les clauses du *trust* et le droit applicable au *trust*. Si bien que la position juridique du *trustee* ne peut simplement être décrite par celle d'un propriétaire.

Si dans les écrits récents, l'attribution au *trustee* de la qualité de propriétaire apparaît comme étant une évidence, cela n'a pas toujours été le cas. Ainsi, en 1999 l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (OFRF) indique que la situation n'est pas claire<sup>3470</sup>. Plus récemment, CASHIN RITAINE (alors directrice de l'ISDC) explique que « [s]elon les Principes de droit européen, le trustee devient pro-

---

<sup>3466</sup> Comme nous l'avons vu dans notre historique du droit anglais: cf. *supra* p. 138 ss. En regard des caractéristiques de l'institution, il est tout aussi absurde d'assimiler le *trust* à une personne morale que d'y procéder en droit suisse, par exemple, pour un contrat de mandat ou un droit de superficie.

<sup>3467</sup> ROMANN, p. 41 («Zivilrechtlicher Eigentümer des Trustvermögens ist der Trustee.») et 45.

<sup>3468</sup> GUILLAUME, *Incompatibilité*, p. 4.

<sup>3469</sup> *Message CLaH85*, FF 2005 561, p. 568 (reprise, en allemand, par ZK IPRG II-MAYER, no 4 *ad* Introduction aux art. 149a-149e). Cette définition est également bonne dans la mesure où une partie de la terminologie anglaise est reprise: cf. *supra* p. 191 ss (notre historique de la notion de *trusts*). Elle est moins bonne par contre en ce qu'elle néglige la dimension réelle de la position juridique du *trustee* et du *beneficiary*.

<sup>3470</sup> RNRF 1999, p. 396-408, p. 407: «Allerdings ergeben sich gewisse Anpassungsprobleme. Insbesondere ist zu entscheiden, wer als (Voll-)Eigentümer einzutragen ist, da das schweizerische Sachenrecht die dem Trust eigentümliche Spaltung des Eigentums zwischen Trustee und Beneficiary nicht kennt. In diesen Fällen [...] sind deshalb für die grundbuchliche Behandlung regelmässig genauere Abklärungen zu treffen.»

priétaire des droits et biens du *trust*, alors que dans la Convention il peut n'avoir qu'un simple contrôle sur ces droit et biens<sup>3471</sup>.» En 2009, PIOTET relève que l'hypothèse d'une loi applicable au *trust* ne reconnaissant pas au *trustee* la propriété des biens du *trust* «rend très problématique l'inscription du *trustee* comme propriétaire ou plein titulaire dans les registres publics suisses,[...]»<sup>3472</sup>.», puis en 2017 que l'«[o] n a sans doute trop rapidement toujours déduit des principes généraux de l'assimilation du *trust* que le *trustee* devait nécessairement être considéré comme <propriétaire> au sens du droit suisse, pour toutes les valeurs de ce patrimoine spécial. Il n'en est rien, dans la mesure où l'art. 2 al. 2 lit. b de la Convention de La Haye de 1985, qui lie la Suisse, et contrairement aux Principes de droit européen du *trust* (art. 1<sup>er</sup>), n'exige en rien un titre de propriété sur la tête du *trustee*, mais un titre de maîtrise effective des biens qui peut ne pas dépendre d'un droit de propriété»<sup>3473</sup>.» Plus récemment encore, GRISEL adresse la question et conclut à une véritable propriété du *trustee*. Il échoue cependant à présenter un raisonnement satisfaisant, car il oublie de distinguer les deux niveaux du raisonnement, savoir celui applicable aux prérogatives du *trustee* et du *beneficiary*, d'une part, et celui applicable aux droits subjectifs intégrés au patrimoine du *trust*, d'autre part<sup>3474</sup>.

D'ailleurs, les auteurs, qui postulent le *trustee* comme étant le propriétaire des biens du *trust*, doivent s'empresse de préciser le caractère exceptionnel et inédit de la position du *trustee*. Autrement dit, après l'avoir formellement proclamé propriétaire, ils doivent très largement lui nier – et non pas seulement limiter – cette qualité sur le plan matériel. La position juridique du *trustee* ne peut pas être décrite avec un meilleur résultat en indiquant que cette propriété est grevée d'un *trust*, car cela viole le *numerus clausus* des droits réels et ne respecte pas la systématique du droit anglais qui ne connaît pas l'opposition entre la propriété et les autres droits réels.

Le caractère problématique engendré par l'attribution de la qualité de propriétaire au *trustee* est parfaitement illustré par la situation suivante. Si le *settlor* se nomme lui-même comme unique *trustee* (ainsi que peut le permettre le droit anglais par la figure du *self-declared trust*), l'approche de la doctrine majoritaire suisse conduit au *statu quo* pour ce qui concerne un droit de propriété inclus dans le patrimoine du *trust*. Il

<sup>3471</sup> CASHIN RITAINE, p. 21.

<sup>3472</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 11.

<sup>3473</sup> PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 97. Plus loin, à la même page, «Comme le souligne toute la doctrine, la Convention de La Haye n'exige en revanche rien quant à la nature du titre juridique du *trustee* sur le patrimoine séparé qu'est le *trust*.»

<sup>3474</sup> GRISEL, p. 159 s. Cet auteur mélange ainsi les deux niveaux et méconnaît les caractéristiques fondamentales de l'opposition entre le *common law* et l'*equity*, qui ensemble caractérisent le droit anglais. Il n'est ainsi pas possible de suivre cet auteur lorsqu'il décortique à outrance ces deux pans (en réalité indissociables) du droit anglais. Rappelons encore que l'*equity* n'est pas *per se* une caractéristique incontournable du droit des *trusts*. Sur l'ensemble, nous renvoyons à nos propos précédents: cf. *supra* p. 157 ss.

n'y a en effet aucune opération de transfert<sup>3475</sup>. Or, nous l'avons expliqué, puis rappelé à plusieurs reprises, conformément au droit anglais, le *settlor* doit se défaire complètement de sa position juridique pour la placer dans le patrimoine du *trust*, patrimoine sur lequel le *trustee* dispose de certaines prérogatives, de même que le *beneficiary*. Si l'on suit la doctrine majoritaire, cette caractéristique essentielle des *trusts* n'est pas respectée, faute d'acte juridique ayant une portée réelle. De même, comment admettre que les biens du *trust* forment une masse distincte des biens propres du *trustee-settlor*, opposable aux tiers par simple mention, sans qu'en réalité aucune opération à incidence réelle (c'est-à-dire un acte de disposition) n'ait eu lieu ? À cet égard, il convient de rappeler que le patrimoine du *trust* forme, conformément au droit anglais, un patrimoine séparé de celui du *trust* et non une forme de patrimoine spécial (sous-catégorie de son patrimoine général). Or, l'existence d'un patrimoine autonome est une caractéristique clef des *trusts*<sup>3476</sup>. En conséquence, une partie importante de la doctrine – en particulier OVERBECK – admet qu'un transfert de nature réelle a effectivement lieu, même en cas d'identité de personne entre le *settlor* et le *trustee*; ce transfert dépend alors, le cas échéant, du droit suisse conformément à l'article 4 CLaH85 en tant qu'opération préliminaire au *trust*<sup>3477</sup>.

Au-delà de ces aspects, que d'aucuns pourraient considérer comme techniques, il convient de prendre en compte la portée et les buts de la Convention de La Haye. En effet, celle-ci vise à rendre effectifs les effets des *trusts* tels qu'ils sont conçus par le droit applicable (le droit anglais) dans des juridictions qui ne connaissent pas cette institution, telle que la Suisse. Le texte de la convention poursuit, en premier lieu, l'objectif de préserver les mécanismes du droit applicable au *trust*, mais ce faisant, en second lieu, il prend garde, à plusieurs égards, de ne pas heurter et déformer les principes et institutions des ordres juridiques qui ne connaissent pas les *trusts*. Il s'en suit que la conjonction de ces deux considérations conduit, quant aux effets des *trusts*, au mieux à une situation juridique identique à celle qui existe en droit anglais (ou autre) dans une situation de pur droit interne. En d'autres termes, la mesure des effets d'un *trust* est toujours dictée par le droit y applicable – l'on ne peut passer outre, comme le reconnaît d'ailleurs la jurisprudence et la doctrine suisses<sup>3478</sup>. Ces effets établis, ce n'est que dans une seconde phase que le droit suisse (ou autre) pose certaines limites générales aux effets des *trusts*, en refusant dans certaines situations de reconnaître leur portée. Aussi, si l'existence des effets d'un *trust* est exclusivement régie par le droit appli-

---

<sup>3475</sup> MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 57; THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts*, p. 61.

<sup>3476</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 5.

<sup>3477</sup> OVERBECK, *Rapport explicatif*, n° 57; HAYTON, *The Hague Convention*, p. 268. *Contra* MAYER, *Neue Bestimmungen*, p. 57; GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 9 ad art. 4 CLaH85. Pour le surplus, cf. *supra* p. 486 (à propos de l'art. 4 CLaH85).

<sup>3478</sup> THÉVENOZ, *The Hague Convention*, p. 16 («[...] : *recognition of trusts in other jurisdictions should not go beyond the actual effects of the trust under its proper law.*»).

cable au *trust*, l'étendue de ces effets peut être limitée par le droit par ailleurs applicable à d'autres questions connexes.

En outre, les effets réels émanant des *trusts* sont, en principe, à résoudre par le moyen des règles de conflit du chapitre 9a de la LDIP et non pas du chapitre 7 consacré aux droits réels: «*La question du statut réel peut en effet être englobée en partie sinon en totalité par une question plus vaste qui tient par exemple au droit matrimonial ou successoral, contractuel ou au droit des sociétés*<sup>3479</sup>.» Ainsi, «*le statut patrimonial prime le statut réel*<sup>3480</sup>», dans la mesure où la question posée porte sur les effets des *trusts* et se trouve ainsi en adéquation avec un rattachement avec cette catégorie du droit international privé suisse. Les règles de conflit propres aux droits réels trouvent toutefois un champ d'application important pour tout ce qui concerne «*les modalités du transfert qui impliquent une certaine publicité, telle l'inscription au registre foncier, [...]*<sup>3481</sup>.» La ligne de partage entre les deux corps de règles dépend donc de savoir si la question posée se rattache aux effets réels du *trust* – auquel cas, le chapitre 9a s'applique – ou aux effets réels de droits subjectifs constituant des valeurs intégrées au patrimoine du *trust* – auquel cas, le chapitre 7 s'applique.

Nous nous rappelons que la Convention de La Haye (art. 2 al. 1 lit. a CLaH85) impose de traiter le patrimoine du *trust* en tant que masse distincte, indépendante de tout rattachement<sup>3482</sup>. Les auteurs suisses, qui admettent que le *trustee* soit le plein propriétaire des valeurs formant le patrimoine du *trust*, doivent, immédiatement après avoir dressé ce postulat, admettre une dérogation aux principes fondamentaux de notre droit, savoir l'unicité du patrimoine d'un sujet de droit, en admettant que les biens du *trust* doivent être séparés du reste de son patrimoine. Si l'on admet que le *trustee* est propriétaire, il n'y a en effet pas d'autre solution que d'admettre une forte relativisation des principes subjectifs du droit suisse. Cette entorse tient aux principes, mais se décline en de nombreux domaines, faisant obstacle aux mécanismes du droit des successions et du droit des faillites<sup>3483</sup>, afin de respecter en outre l'article 11, paragraphe 3,

<sup>3479</sup> CR LDIP-GAILLARD, n° 7 *ad* Introduction aux art. 97-108. Le même au même endroit ajoute ensuite à cette liste la «*cession d'un patrimoine*». Ce qui a pour effet, de manière générale, de limiter l'application du chapitre 9a de la LDIP: CR LDIP-GAILLARD, n° 8 *ad* Introduction aux art. 97-108.

<sup>3480</sup> CR LDIP-GAILLARD, n° 7 *ad* Introduction aux art. 97-108; *Message LDIP*, FF 1983 I 255, p. 384.

<sup>3481</sup> CR LDIP-GAILLARD, n° 10 *ad* Introduction aux art. 97-108.

<sup>3482</sup> Cela signifie également que le patrimoine du *trust* n'est en aucune manière un «sous-patrimoine» ou un «patrimoine spécial (*Sondervermögen*)» du *trustee*. Les descriptions du *trust* par ZK IPRG II-MAYER (n° 7 *ad* Introduction aux art. 149a-149e) ou ROMANN (p. 41) sont ainsi erronées. Notons, en passant, que pour leur partie consacrée à cette description de la figure «classique» du *trust*, ZK IPRG II-MAYER (n° 7 *ss ad* Introduction aux art. 149a-149e) et THÉVENOZ (*Rapport*, p. 20 *ss*) se réfèrent principalement aux «Principes de Droit Européen du Trust» – ce qui est naturellement regrettable. Cf. *supra* p. 476.

CLaH85. Il s'agit là d'un moyen bien laborieux et inélégant de distinguer les biens du *trust* du patrimoine propre du *trustee*. Le meilleur moyen d'obtenir une séparation de principe entre les biens du *trust* et le patrimoine du *trustee* est pourtant de s'assurer que les premiers n'intègrent jamais le second – à défaut, il devient ensuite difficile d'être en mesure de faire obstacle aux principes du droit des biens continental<sup>3484</sup>. Faute de base légale expresse à l'image du droit québécois ou du droit écossais<sup>3485</sup>, ou d'autres situations particulières visées par le droit suisse<sup>3486</sup>, c'est l'absence de titulaire matériel du droit subjectif qui seule permet d'éviter l'intégration au sein d'un patrimoine personnel du droit subjectif en cause, par le seul effet du droit du *trust*.

Toutes ces considérations plaident ainsi contre une approche subjective (de type continental). Or, dans la mesure où le droit applicable au *trust* est seul à régir les prérogatives du *trustee* sur les valeurs du patrimoine du *trust*, il est possible *de lege lata* de s'extraire de cette approche pour opter pour celle du seul droit applicable à cette question, savoir le droit anglais. Ce droit étant, comme nous l'avons vu, de nature objective, il s'impose de s'extraire de toute considération liée aux notions de droit subjectif et de droit de propriété telles que développées par les droits continentaux. Il faut au contraire adopter une conception objectiviste du patrimoine<sup>3487</sup>, dont les éléments qui le composent constituent un fait objectif opposable *erga omnes*<sup>3488</sup>. Quel que soit

---

<sup>3483</sup> PEYROT, p. 49 ss et 66; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260; FOËX, *Mention*, p. 83; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 25; WOLF/JORDI, p. 44 s.

<sup>3484</sup> CASHIN RITAINE, p. 25 (« *Selon la théorie classique développée par les juristes français Aubry et Rau, chaque individu a un seul patrimoine indivisible, gage général de ses créanciers. Il ne lui est pas permis de soustraire une partie de ses biens à ce gage général des créanciers.* »).

<sup>3485</sup> CINCELLI, n° 528 ss; CASHIN RITAINE, p. 25.

<sup>3486</sup> Tel est le cas en présence d'une hoirie ou d'une substitution fidéicommissaire (en particulier face à la règle de la confusion des créances qui ne trouve pas pleinement application). Une séparation de patrimoine opposable à des tiers en vertu expressément de la loi est aussi possible dans le cadre de l'art. 89b CC (défaut d'administration de fonds recueillis). Il n'y a toutefois pas, en droit suisse, de possibilités de séparer en plusieurs masses son patrimoine de manière volontaire.

<sup>3487</sup> EMERICH, *Fiducie civiliste*, p. 838. Dans une autre contribution, EMERICH (*Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ?*, p. 918 ss) propose une critique intéressante de la doctrine trop dogmatique en se fondant sur les exceptions juridiques de plus en plus nombreuses en pratique. Ainsi, se fonde-t-elle sur une approche objectiviste des droits relatifs (EMERICH, *Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ?*, p. 915), allant jusqu'à admettre une propriété des créances (ce que la lettre des codes français et québécois permet peut-être, mais pas celle des codes allemand et suisse). Dans le nouveau Code civil belge, nous l'avons déjà évoqué, les choses incorporelles sont désormais comprises dans le champ d'application des droits réels (art. 3.41). En Suisse, également la question a été posée en doctrine (sans véritable avancée): WITZIG (*Le droit de propriété*, p. 59 ss et 79 ss).

<sup>3488</sup> Une telle vision objectiviste du patrimoine se rencontre dans la doctrine continentale la plus classique. Tel est le cas chez THIBAUT (*System des Pandekten-Rechts II*, p. 223 et 341 s.) à propos de la masse successorale du *de cuius* et la masse du patrimoine fidéicommissaire; lesquelles masses composées de choses corporelles et de droits subjectifs sont subordonnées à des règles de maîtrise supérieures: « *Die dinglichen Rechte, [...], sind wieder zweifach. Einige der-*



l'élément considéré au sein du patrimoine – propriété, droit réel restreint, droit de propriété intellectuelle, créance, etc. – la situation juridique est identique : les prérogatives à leur égard dépendent du droit anglais. Ces éléments sont l'objet du droit applicable au *trust*<sup>3489</sup>. Le substrat n'a ainsi aucune sorte d'importance. La position juridique du *trustee* vis-à-vis de celui-ci dépend du droit anglais qui vient s'interposer entre le « bien » et le *trustee*.

Du point de vue de l'ordre juridique suisse, la position du *trustee* qualifie effectivement de « droit réel » au sens générique du terme, mais il n'existe aucune correspondance avec la typologie prévue par le *numerus clausus* des droits réels, ne serait-ce déjà que parce que l'objet du « droit » du *trustee* est lui-même un droit subjectif<sup>3490</sup>. La situation est donc la même que celle prévue à l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC.

*« En définitive, le trustee n'est pas propriétaire au sens civiliste du terme, puisque son droit de propriété n'a rien d'absolu, en raison du droit réel reconnu au bénéficiaire du trust. La propriété des biens du trust ne lui est transférée que pour lui permettre d'assurer la mission de gestion qui lui a été confiée par le constituant. Le trustee a la legal property et le bénéficiaire l'équitable property »*<sup>3491</sup>.

§ 3. En corrélation avec la qualification du *trustee* en tant que propriétaire des biens du *trust*, les prétentions du *beneficiary* sur les divers éléments du patrimoine du *trust* (liés aux devoirs et obligations du *trustee*) sont réglés par la doctrine suisse majoritaire par le moyen d'exceptions aux principes applicables au droit de propriété, lesquelles sont imposées par la convention<sup>3492</sup>. Il ne peut s'agir de droits réels restreints conformes au *numerus clausus* des droits réels, puisque le caractère *sui generis* de l'institution, ainsi que de ses effets, s'y opposent. Pas plus qu'il ne peut s'agir d'un droit réel restreint suisse inédit (supplémentaire au *numerus clausus* que nous connaissons) puisque le droit suisse ne le prévoit pas<sup>3493</sup> et que cela reviendrait donc à piétiner la règle du *nu-*

---

*selben haben ihrer Natur nach eine sogenannte universitas iuris zum Gegenstande; andere hingegen nicht. Zu den ersten gehört das Erbrecht. [...] Wenn das, auf einen Andern übertragbare active und passive Vermögen von der einen Person auf eine andre übergeht, so heißt dieß acquisitio per universitatem. »*

<sup>3489</sup> EMERICH, *Les biens et l'immatérialité*, p. 403 (« Tout élément patrimonial ayant une valeur marchande ou une utilité est objet de propriété en droit anglais. »).

<sup>3490</sup> Voir, en droit québécois, EMERICH, *La fiducie civiliste*, p. 842 (« On peut alors se demander si la fiducie [québécoise] crée une sorte d'intermède à la propriété, autrement dit, une parenthèse au cours de laquelle on ne raisonne plus en termes de propriété et de droit réel, mais qui pourtant prend en compte la réalité propriétaire, puisque la propriété des biens mis en fiducie sera transférée à l'extinction de la fiducie au bénéfice d'un nouveau propriétaire. »).

<sup>3491</sup> CASHIN RITAINE, p. 20.

<sup>3492</sup> PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 98; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260.

<sup>3493</sup> Cela aurait pu être le cas si, en lieu d'une mention, le législateur avait prévu au registre foncier une annotation. Heureusement, tel n'est pas le cas, car cela aurait été à l'encontre des mécanismes du droit anglais. Voir PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 18; GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 11 ad art. 149d LDIP; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 127 s.

*merus clausus*<sup>3494</sup>. Selon cette vision, les principes applicables au domaine des droits réels doivent ainsi se plier devant des règles exceptionnelles, dont l'absence de qualification précise au regard du droit suisse n'est pas faite pour offrir un fort sentiment de garantie de la sécurité du droit. Il s'agit là d'un argument supplémentaire au refus fait au *trustee* de lui accorder la qualité de propriétaire des biens du *trust*.

En réalité, il s'impose donc de raisonner de la même manière que pour le *trustee* : le droit anglais est seul déterminant et aucune des catégories prévues par le *numerus clausus* des droits réels ne permet de décrire parfaitement la position juridique du *beneficiary*. La qualification de « droit réel » dans un sens générique (comparable à celui qui ressort de l'art. 17 al. 1<sup>er</sup> Tit. fin. CC) est la seule envisageable. À cet égard, la grande variété des intérêts dont peut bénéficier un *beneficiary* importe peu dans la mesure où le droit anglais les rend très largement circulables, c'est-à-dire cessibles, voire transmissibles, même lorsqu'il s'agit de simples expectatives, ce qui permet aisément de les qualifier de patrimoniaux, nous l'avions vu<sup>3495</sup>. La démonstration de la nature réelle de l'intérêt du bénéficiaire – par opposition à une qualification relative soutenue par une minorité de la doctrine – découle très largement de notre chapitre consacré au droit anglais, coordonnée avec les engagements pris par la Suisse dans le cadre de la Convention de La Haye<sup>3496</sup>. L'article 15, paragraphe second, CLaH85 influe sur le processus de qualification, car il impose de privilégier l'effectivité des positions juridiques découlant du droit applicable au *trust* – ce qui plaide en faveur d'une qualification de droit réel<sup>3497</sup>. Plaide également en ce sens le souci que doit avoir le juge à éviter tout conflit de qualification entre le droit du for et le droit étranger<sup>3498</sup>. Par ailleurs, la doctrine majoritaire suisse (notamment PIOTET) confirme nos conclusions en reconnaissant à la position du *beneficiary* une nature patrimoniale et réelle, dont le principe ressort directement au droit applicable au *trust*<sup>3499</sup>.

---

<sup>3494</sup> Dans le même sens, mais selon un raisonnement différent, ZK IPRG II-MAYER, n° 141 *ad* art. 149c.

<sup>3495</sup> Cf. *supra* p. 214 ss. Voir PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 12 ss.

<sup>3496</sup> Ce que PIOTET (*Quelques questions sur le trust*, p. 14 ss) démontre de manière convaincante. Encore une fois, les auteurs (par exemple, EICHNER, n° 173 ss et 417 ss) qui soutiennent une qualification relative de la position du *beneficiary* n'ont guère compris le droit anglais et, sur ce point, son vocabulaire difficile, constitué de « faux amis », tels *personal property* et *real property*, dont il faut avoir la capacité de s'extraire. Cf. *supra* p. 167 ss. Voir aussi PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 98.

<sup>3497</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 10.

<sup>3498</sup> VISCHER F., *Traité*, p. 527.

<sup>3499</sup> NATER-BASS/SEILER, p. 224 s.; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 12 ss, spécialement p. 16 (« Seul un droit absolu, restreignant ce droit de disposition inhérent à la propriété [du trustee], explique une limitation du pouvoir de disposition du propriétaire. Cet argument de qualification du droit suisse, pourtant, essentiel, n'est pourtant pas abordé par la doctrine. »); CASHIN RITAINE, p. 20. Quoique par un raisonnement différent, GRISEL (p. 160 s.) semble se prononcer en faveur d'une qualification réelle.

§ 4. FOËX, tout en se rattachant à la doctrine majoritaire qui reconnaît au *trustee* la qualité de propriétaire, ne manque pas avec raison de préciser en note que le Code civil du Québec refuse au *trustee* la qualité de propriétaire du patrimoine du *trust*<sup>3500</sup>. Cette province de tradition juridique mixte (à dominance civiliste) codifie en effet une véritable forme de *trust*. Ce dernier est nommé «fiducie» dans la version française du texte, mais il s'agit bien d'un *trust* au sens du droit anglais. Pour expliciter sans équivoque la position juridique accordée au *trustee*, respectivement au *beneficiary*, l'article 1261 CcQ établit ainsi que «[l]e patrimoine fiduciaire [entendez du *trust*], formé des biens transférés en fiducie [en *trust*], constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire [*trustee*] ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.» Il s'agit là, en une phrase, d'une excellente synthèse du droit anglais des *trusts*.

Certes, nous n'avons pas en droit positif suisse le même texte. Néanmoins, par le truchement de la Convention de La Haye et les normes d'application (en particulier l'art. 149c LDIP), le droit anglais est directement appelé à régir la situation du *trustee* et du *beneficiary*, vis-à-vis des valeurs formant le patrimoine du *trust*; ces valeurs étant elles-mêmes, le cas échéant, soumises à un autre droit (art. 99 et 100 LDIP). Ce dernier droit donne la mesure maximale des pouvoirs exerçables sur les objets de droit sous-jacents en déterminant la nature des valeurs (droits subjectifs relatifs ou absolus), alors que le droit du *trust* régît avec précision les prérogatives du *trustee* et du *beneficiary*, de même que les mécanismes juridiques y applicables. Aussi, en substance, la règle québécoise nous est également connue.

§ 5. De la sorte, ni le *trustee* ni le *beneficiary* ne sont propriétaires des biens du *trust*. Ils n'ont d'ailleurs aucun véritable droit réel au sens strict. Nous l'avons par ailleurs précédemment démontré dans notre étude historique du droit anglais<sup>3501</sup>. La titlature des éléments patrimoniaux que sont notamment les droits de propriété ne revient pas au *trustee*, mais est dissociée (*splitted*) entre ce dernier et le *beneficiary*. Les prérogatives de chacune de ces deux personnes sont ainsi déterminées et délimitées par le droit anglais, comme nous l'avons vu précédemment et comme le reconnaît la doctrine.

Un travail de qualification doit toujours être fait pour toutes les questions «*sortant du champ d'application de la loi applicable aux trusts*»<sup>3502</sup>. Il faut alors procéder d'une manière analogue à celle que nous avons rencontré en droit transitoire. Seul ce processus de qualification du droit international privé suisse conduit à reconnaître au *trustee* et au *beneficiary* des droits de nature réelle du point de vue de l'ordre juridique suisse.

<sup>3500</sup> FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260, note n° 16; FOËX, *Mention*, p. 83, note n° 11.

<sup>3501</sup> Cf. *supra* p. 138 ss (notre chapitre sur le droit anglais).

<sup>3502</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 5.

Les conséquences directes du droit anglais des *trusts* dans le cadre du droit international privé suisse ainsi correctement explicitées, il convient de tourner notre regard vers le sort fait aux droits subjectifs suisses faisant partie du patrimoine d'un *trust*.

### 3. Seconde étape : la nécessité d'une fiction conforme aux exigences du droit suisse

§ 1. D'un autre côté, évidemment, l'analyse fondée sur le mécanisme des droits subjectifs tend à imposer le transfert du droit de propriété du *settlor* à un autre sujet de droit. « *Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst*<sup>3503</sup> », écrit GIERKE. Aussi, l'analyse continentale refuse *a priori* la conclusion du droit anglais que nous venons de dresser. Il faut cependant d'emblée relativiser cette position doctrinale qui ne reflète pas la variété des opinions et lui privilégier celle d'une doctrine continentale plus pragmatique et moins dogmatique<sup>3504</sup>, notamment en s'inspirant du droit romain<sup>3505</sup>.

Il ne faut cependant pas s'arrêter à cette apparente contradiction. Notre étude historique nous donne les outils nécessaires à sa résolution. La situation n'est ainsi pas insoluble, mais peut au contraire être résolue dans le respect des principes des deux ordres juridiques.

La situation n'est certes pas simple. Elle implique plusieurs couches successives. Il existe d'abord une chose au sens du droit suisse, mettons un bien-fonds situé en Suisse. Ce bien-fonds est l'objet d'un droit de propriété créé après 1912 selon la forme prévue par le Code civil suisse. Le titulaire de ce droit de propriété décide ensuite d'inclure cette valeur dans un *trust*. Nous avons donc une institution du droit positif suisse qui se trouve être soumise aux règles du droit anglais, elle en devient en quelque sorte l'objet des prérogatives du *trustee* et du *beneficiary*.

---

<sup>3503</sup> GIERKE, *Allgemeiner Teil*, p. 257.

<sup>3504</sup> La question est en réalité très controversée aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles et de nos jours encore. Ainsi, NEUMAYER (p. 355), qui fait le tour de la question, écrit en 1960 en guise de conclusion à une contribution consacrée aux « *droits sans sujet* » : « *Ces considérations n'avaient pas pour but de présenter de nouvelles thèses. Plus simplement mon désir était de confirmer des découvertes faites depuis longtemps et de les rendre plus compréhensibles. Je voulais montrer que, dans notre ordre juridique, nous rencontrons ça et là des droits qui n'ont pas de titulaire actuel, mais qui sont ordonnés à des sujets déterminés de notre société humaine aux fins de satisfaire leurs intérêts et qui ne sont donc pas sans maître. L'affirmation selon laquelle des droits subjectifs sans titulaire possédant la capacité juridique sont impensables témoigne du danger que présentent les déductions purement conceptuelles. Cette affirmation est le pâle résultat d'un formalisme improductif.* » De nos jours, voir EMERICH, *Ficudie civiliste*, p. 839.

<sup>3505</sup> Nous avons en effet vu le régime particulier de l'*hereditas* et des autres patrimoines d'affectation du droit romain. Quoiqu'il soit plus facile pour le droit romain (objectif) d'admettre ces constructions particulières, il s'agit là aussi d'un signal fort en faveur d'un certain pragmatisme. Cf. *supra* p. 59.

Par rapport au droit transitoire, cette situation est comparable à celle qui existe lorsqu'un droit aboli devient lui-même l'objet, par exemple, d'un droit de gage moderne. Le droit aboli est en ce sens objectivisé – parfois au sens propre en recevant le qualificatif d'immeuble immatriculé au registre foncier – afin de pouvoir être l'objet d'un droit subjectif moderne. L'on se retrouve ainsi en présence d'une chose, objet d'un droit aboli, lui-même objet d'un droit subjectif moderne.

Cette configuration ne se distingue que par la place occupée par l'institution inconnue dans cette « chaîne » de droits séparant l'objet physique du sujet de droit. En droit transitoire, le droit aboli est celui qui porte immédiatement sur la chose, alors qu'en droit des *trusts*, les prérogatives du *trustee* et du *beneficiary* ne portent que médiatement sur la chose, le droit subjectif suisse s'intercalant entre les deux.

En ce qui concerne le cas des *trusts*, l'on en revient, à peu de chose près, au « domaine de propriété » de POTHIER, c'est-à-dire au dernier état de la doctrine de l'Ancien Régime avant la Révolution.

Dans un cas comme dans l'autre, il nous faut assurer dans le même temps l'intégrité du droit de propriété prévu par le droit suisse et le mécanisme du *trust* prévu par le droit anglais. Nous venons de rappeler ce que prévoit le droit anglais, il reste à comprendre les exigences du droit suisse.

§ 2. La création d'un *trust* n'a pas pour vocation d'impacter les éléments patrimoniaux qui constituent son patrimoine. Ces éléments ont leur propre sort. Nous venons de le montrer, les droits subjectifs qui intègrent le patrimoine du *trust* doivent être perçus comme des éléments objectifs du patrimoine du *trust*. Il s'agit d'un « bien », d'une valeur patrimoniale.

En aucune manière le droit subjectif transféré ne peut être tenu pour disparu. Cela n'est ni souhaitable, ni opportun, car d'autres problématiques surgiraient. Cela est consistant avec ce que nous avons pu croiser à diverses époques. Nous retrouvons la discussion liée au maintien du droit subjectif lors d'une mutation ou à la création d'un nouveau droit identique, ainsi que, plus largement, celle de l'existence d'un droit subjectif sans sujet<sup>3506</sup>. Nous avons vu que l'approche subjective pure penche pour la disparition du droit à chaque mutation. L'approche objective plaide par contre pour la permanence du droit subjectif. En réalité, le droit suisse actuel se situe à mi-chemin entre les deux approches. Des éléments d'objectivité survivent: il peut exister sur une chose « sans maître » des droits réels restreints, de même qu'il peut se maintenir des droits de même espèce sur une chose qui a fait l'objet d'une dérélliction. Aussi, le droit suisse est-il pragmatique et fait-il preuve de la flexibilité nécessaire lorsque les cir-

---

<sup>3506</sup> NEUMAYER, p. 342 ss.

constances l'imposent. Nous le voyons, il n'est pas possible de remettre en cause l'existence, la nature ou l'étendue du droit transféré.

Autrement dit, il est parfaitement juste d'affirmer que le droit de propriété qui intègre le patrimoine d'un *trust* demeure aussi libre et non grevé qu'avant<sup>3507</sup>. Les droits subjectifs que leur titulaire met en *trust* sont maintenus tels quels et ne disparaissent pas. Nous proposons de parler ici de principe de permanence du droit subjectif.

Ils intègrent le patrimoine du *trust* et continuent d'exister en tant qu'éléments patrimoniaux objectifs soumis en tant qu'objet au régime du droit des biens anglais – lequel, comme nous le savons, n'a aucune difficulté face à l'abstraction. Cette superposition de droits (ou allongement de la « chaîne » entre la chose physique et le sujet de droit) correspond à ce que nous avons pu observer de la technique du droit anglais. Ce droit est donc parfaitement respecté.

§ 3. Si nous descendons à présent dans la « chaîne » et que l'on considère les droits subjectifs (absolus ou relatifs) faisant partie du patrimoine du *trust*, mais néanmoins soumis au droit suisse pour eux-mêmes, il est évident que leur existence, nature et étendue, ainsi que leur exercice, dépendent de l'ordre juridique suisse. Les principes de cet ordre s'imposent donc. Or, un droit subjectif (de propriété) doit avoir un titulaire au moins formel.

Cela tient d'abord à l'approche subjective du droit qui préside à la systématique d'un ordre juridique privé structuré autour des droits subjectifs. Le sujet de droit, l'individu, se trouve au centre de ce système et s'érige comme acteur indispensable au fonctionnement du droit. Nous l'avons examiné précédemment de manière générale et constaté lors du processus de codification suisse.

Cela tient ensuite au fait que le transfert des biens du patrimoine du *settlor* au patrimoine du *trust* est régi, le cas échéant, par le droit suisse (art. 4 CLaH85). Il s'agit donc de s'assurer de l'effectivité de l'acte de disposition (unilatéral) du *settlor* de sa titulature sur les éléments patrimoniaux destinée au *trust* en faveur du *trustee* aux yeux du droit suisse. L'abandon du droit subjectif doit être complet. Il s'apparente à une déréliction, mais le système des droits subjectifs nous impose de maintenir un sujet de droit titulaire, si l'on ne veut pas les voir disparaître.

Enfin, mais ce point est lié aux précédents, cela tient au mécanisme de légitimation permettant l'exercice des droits subjectifs et la capacité d'user des actions réelles qui en découlent. PIOTET explique bien que si « *un patrimoine sans maître assujetti à des prérogatives de différents particuliers* » ne serait pas inédit en droit suisse (il cite

---

<sup>3507</sup> En ce sens strict, l'affirmation suivante de ZK IPRG II-MAYER (n° 29 *in fine ad* Introduction aux art. 149a-149e) est correcte – cet auteur ne l'entend néanmoins pas de la même façon que nous : « *Das formelle Eigentum liegt, [...], uneingeschränkt und unbelastet beim Trustee.* »

l'exemple de la masse successorale répudiée par tous les héritiers et liquidée selon l'art. 573 CC), une action réelle ne peut reposer que sur un droit réel<sup>3508</sup>.

D'où la conclusion de la doctrine qui tend à qualifier le *trustee* de propriétaire. Il nous faut donc bien trouver un titulaire au moins formel des droits subjectifs soumis au droit suisse faisant partie du patrimoine d'un *trust*. Le droit québécois pour sa part peut s'extraire de cette exigence, car le Code civil du Québec prévoit expressément la légitimité du «fiduciaire» tout au long de son texte là où elle se justifie en l'absence de propriétaire<sup>3509</sup>.

Juridiquement, les éléments du patrimoine du *trust* ne sont certes pas sans maître. Le droit anglais partage la maîtrise des biens entre le *trustee* et le *beneficiary*. Les prérogatives du *trustee* et du *beneficiary* vis-à-vis du patrimoine sont, nous le répétons, régies par le droit applicable au *trust*. C'est donc le droit anglais qui est déterminant pour désigner le sujet de droit légitimé à la maîtrise effective et au pouvoir de disposition sur chacun des droits subjectifs en question. Or, dans la mesure où ces attributs se trouvent entre les mains du *trustee* et que le *beneficiary* n'a que la jouissance médiate dudit patrimoine, l'instinct qui incite effectivement à rattacher le bien à la titularité du *trustee* apparaît comme fondé. Si tel est le cas, c'est cependant exclusivement en vertu du droit anglais et non pas du droit suisse.

Le *trustee* n'est ainsi en aucune manière le propriétaire au sens du droit suisse, il ne peut être regardé que comme le «titulaire de l'exercice du droit de propriété». L'élément patrimonial qui intègre le patrimoine d'un *trust* n'a, au sens du droit matériel, plus de propriétaire absolu pouvant exercer de manière potestative le droit de propriété – ce personnage a disparu à l'instant où le bien a intégré le *trust*. Si le *settlor* transfère donc bien «la propriété» en *trust* (et non pas au *trustee*), ce n'est qu'en tant qu'élément patrimonial, c'est-à-dire dans un sens objectif et non pas au sens subjectif que nous entendons en droit suisse. Le *trustee* n'est donc que le «titulaire formel ou fictif» des droits subjectifs compris dans le patrimoine du *trust*. Aucun sujet de droit ne peut prétendre être le propriétaire d'un bien placé dans le patrimoine d'un *trust*<sup>3510</sup>.

<sup>3508</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 11.

<sup>3509</sup> L'absence de tout titulaire des biens concerné est néanmoins l'un des points faibles de la fiducie québécoise: EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 249 s.; EMERICH, *La fiducie civiliste*, p. 843 ss.

<sup>3510</sup> C'est la solution également consacrée en droit québécois: EMERICH, *Conceptualising Property Law*, p. 250 («*This interpretation, which is the one adopted by most commentators, is no doubt the most credible with regard to the intent of the legislature. There is general acceptance in Québec civil law that it is no longer appropriate to reason in terms of subjective rights or ownership when it comes to trusts. Rather, it is necessary to analyse trusts in terms of powers and administration of another's property.*»). Voir également LEPAILLE, p. 50.

Au regard du droit positif suisse, le processus de qualification conduit certes à désigner le *trustee* comme titulaire du droit subjectif. Mais cela ne préjuge pas en réalité de la position juridique matérielle qui est véritablement sienne. Au sens du droit suisse, l'on satisfait par là à l'exigence d'une titularité (même de façade) et, au sens du droit anglais, l'on satisfait au mécanisme matériel du *trust*. En d'autres termes, la qualité de propriétaire du *trustee* ne peut être que fictive, à des fins de simplification de la compréhension juridique. C'est ce que la mention au registre permet de mettre en évidence : elle attire l'attention sur l'existence du *trust* et les règles particulières, de nature réelle, ainsi applicables à la maîtrise d'un bien inclus dans le patrimoine d'un *trust*. Notre approche rejoint ici les propos d'une partie de la doctrine suisse, notamment GUTZWILLER qui écrit : «*Registriert wird das <Trustverhältnis>, d.h. die Tatsache, dass der betreffende Vermögenswert seinem im Register eingetragenen Eigentümer nicht ad personam, zu vollem Recht im Sinne der schweizerischen Rechtsordnung zusteht sondern in seiner Eigenschaft als (fremdrechtlicher) Trustee zu Gunsten des bezeichneten Trusts*<sup>3511</sup>. »

Comme l'inscription au registre foncier du *trustee* n'emporte, selon nous, que la fiction juridique de la qualité de propriétaire, il ne doit pas en aller différemment lorsqu'il existe plusieurs *trustees*. Le régime juridique applicable dépend du droit anglais et le droit subjectif en cause ne voit pas sa nature se modifier par son entrée dans le patrimoine du *trust*. Tous les *trustees* qui, conformément au droit anglais, doivent avoir un pouvoir de disposition sur l'immeuble doivent être inscrits comme titulaires de l'exercice du droit de propriété. Dans cette mesure, l'inscription est à notre sens obligatoire. Ces pouvoirs dépendent ainsi du droit anglais, ce qui permet de relativiser l'importance de la forme que doit prendre la maîtrise collective. En théorie, c'est-à-dire en vertu du principe de permanence du droit subjectif mis en *trust* qui impose que le droit subjectif intégrant le patrimoine d'un *trust* ne doit pas en souffrir ni à la hausse ni à la baisse, il conviendrait de pouvoir opter pour le *statu quo* et maintenir un unique droit de propriété. Cela n'est évidemment pas envisageable face à une pluralité de titulaires, même si leur titularité est purement formelle. Devant cette nécessaire pluralité de droits, la propriété en main commune doit être préférée à la copropriété<sup>3512</sup> – qui a en particulier le défaut d'accorder à chacun des copropriétaires un plein pouvoir de disposition sur sa part (art. 646 al. 3 CC). La main commune n'évite

---

<sup>3511</sup> GUTZWILLER, *Kommentar*, n° 9 ad art. 149d LDIP. Voir, de même, NATER-BASS/SEILER, p. 223 («*Die Eintragung der Anmerkung [...] ist denn auch für die Frage der Zugehörigkeit des Grundstücks zum Trustvermögen ohne Belang.*»); PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 16 («*On ajoutera ici encore un argument systématique tiré du texte de l'article 149d LDIP, que dicte clairement le choix par le législateur d'une simple mention informative plutôt que de l'annotation au registre foncier, choix qui ne peut que confirmer la nature réelle de la prétention.*»).

<sup>3512</sup> Dans le même sens, ZK IPRG II-MAYER, n° 142 ad art. 149c; FOËX, *Trust et registre foncier*, p. 260s.; FOËX, *Mention*, p. 84; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 21; GUIL-



certes pas l'effet indésirable qui conduit à multiplier les droits, mais écarte une éventuelle dislocation de la propriété entre les mains de tiers sans l'accord de tous les communistes. Sur ce plan, il s'agit donc d'un choix qui s'impose plus par pragmatisme que pour des raisons dogmatiques. Cependant, il convient d'y ajouter la règle du droit suisse qui subordonne la main commune aux règles qui sont propre à la communauté en cause. Pour cette raison, le registre foncier doit indiquer quel est le titre sur lequel repose la propriété en main commune (art. 96 al. 3 ORF). En notre hypothèse, cela a donc l'avantage de faire apparaître immédiatement le *trust* au registre foncier. Comme pour les autres cas de main commune, cela permet de signifier que le régime juridique applicable dépend bien du droit applicable au *trust*. En effet, cette indication du titre sur lequel repose la communauté permet tout généralement d'indiquer les règles spéciales qui la régissent et auxquelles sont subordonnées les règles générales de la main commune<sup>3513</sup>. Nous le voyons la fiction que nous proposons pour le *trust* n'est pas si inédite que cela, puisque l'on peut dresser un parallèle avec les sociétés d'*Allmends* précédemment étudiées<sup>3514</sup> ou les *Flurwege* zurichoises<sup>3515</sup>.

Aussi, en résumé, lorsqu'un *settlor* transfère des éléments patrimoniaux en *trust*, qui peuvent notamment comprendre des droits (relatifs ou absolus), le *trustee* en obtient la maîtrise effective conformément au droit applicable au *trust* et, concomitamment, conformément au droit applicable à chaque élément, la titularité. Il n'est pas possible pour le *settlor* au moment de disposer de son patrimoine de faire plus que de transférer la titularité de la position juridique qui était la sienne avant l'acte de disposition (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, ULPPIEN, D. 50, 17, 54), respectivement l'acte de disposition étant soumis au droit suisse, il ne lui est pas possible de mettre en *trust* autre chose que l'un des droits réels prévus par le *numerus clausus* du droit suisse. Aussi, la mise en *trust* conduit à dissocier le droit subjectif de son titulaire. Savoir quelles sont les prérogatives concrètes découlant du droit de propriété sur un bien-fonds dépend pleinement du droit suisse. Savoir qui les exerce et selon quelles modalités dépend du droit anglais, la règle générale étant que le *trustee* est la personne titulaire de l'exercice du droit en cause.

---

LAUME, *Trust, réserves et immeubles*, p. 41; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 129; WOLF/JORDI, p. 72.

<sup>3513</sup> Cf. *supra* p. 466 ss (à propos des communaux et de l'art. 59 al. 3 CC).

<sup>3514</sup> Ce à quoi procède également PIOTET (*Quelques questions sur le trust*, p. 21): «*Il peut paraître certes surprenant de faire dépendre un droit réel immobilier du droit suisse d'une relation juridique soumise au droit étranger. Cette situation n'est cependant pas nouvelle: dans le régime par exemple des chemins vicinaux (Flurwege) zurichoises, de longue date, la part de propriété commune immobilière, de droit fédéral de chaque propriétaire riverain sur le chemin dépend de son appartenance (hors registre foncier) à une communauté de droit cantonal.*» Voir, aussi, PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 656 ss.

<sup>3515</sup> Il s'agit de mains communes subordonnées aux règles d'un ordre juridique différent (voir § 137, al. 1<sup>er</sup> de la *Gesetz vom 24. September 1911 betreffend die Förderung der Landwirtschaft* du canton de Zurich. PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, n° 656 ss.

Il ne s'agit là d'une règle générale seulement, car il est tout à fait possible que les prérogatives de chacun des *trustees* (lorsqu'il y en a plusieurs) ne soient pas les mêmes pour l'ensemble des biens. Il est ainsi possible qu'un *trustee* soit spécialement désigné pour la gestion des biens sis en Suisse, mais que les autres n'aient pas ce pouvoir. L'inscription au registre foncier doit prendre en compte cette réalité en ne désignant que ceux qui ont effectivement la qualité de titulaire. La qualification de la situation telle qu'elle découle du droit anglais doit donc toujours se faire *in concreto* et jamais de manière abstraite. De même, il faut garder à l'esprit que la seule difficulté touche ici à la titularité (régie par le droit anglais) d'un droit subjectif soumis entièrement au droit suisse pour le surplus.

Cette fiction est nécessaire dans la mesure où le droit positif suisse ne nous autorise pas à nous extraire des mécanismes propres aux droits subjectifs, tout en nous imposant la reconnaissance des caractéristiques des *trusts* par la Convention de La Haye. Seule notre approche permet en effet, de manière simple et respectueuse des institutions du droit suisse, d'assurer que « *les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine personnel du trustee*<sup>3516</sup> » et que « *le trustee doit pouvoir agir comme demandeur ou défendeur, ou comparâtre en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique*<sup>3517</sup>. » Dans cette mesure, notre approche est imposée par le droit positif lui-même : elle résulte de son interprétation correcte. Elle permet par ailleurs au juge, tout en donnant au *trustee* la légitimation nécessaire à son office, de prendre en compte la réalité juridique sans s'arrêter à une simple apparence. Par ailleurs, cette fiction correspond à la manière de procéder en droit transitoire.

§ 4. À ce qui précède s'ajoute encore la question de l'exercice (forcément exceptionnel, mais par hypothèse prévu par le droit applicable au *trust*) du droit subjectif par le *beneficiary* en raison d'une défaillance du *trustee*. Dans la mesure où le *beneficiary* n'est pas même propriétaire formel, ces actions (suisses) semblent ne pas lui être accessibles. Le même obstacle – lié à la technique des droits subjectifs – que pour le *trustee* se dresse donc. Cependant, l'article 15, paragraphe 2, CLaH85 impose au juge suisse de chercher une solution conciliante. Cette dernière est celle – exposée par PIOTET – de la « *Prozessstanschaft* » du *beneficiary* qui agit en lieu et place du *trustee* qui est la personne normalement légitimée à exercer le droit subjectif<sup>3518</sup>.

§ 5. Notre approche a l'avantage de ne pas remettre en cause le fonctionnement des droits subjectifs de l'ordre juridique suisse. Ce qui ne peut en aucun cas être fait, faute

---

<sup>3516</sup> Art. 2 § 2 lit. a CLaH85. Voir aussi GRISEL, p. 111.

<sup>3517</sup> Art. 11 § 2 CLaH85. Voir aussi GRISEL, p. 111.

<sup>3518</sup> PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 16 s. Comme le souligne cet auteur, il s'agit là d'un mécanisme relativement fréquent en droit interne, notamment en matière successorale en présence d'un exécuteur testamentaire. Voir aussi PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 99.

de base légale pour ce faire, et ce qui constitue le principal défaut de la doctrine suisse majoritaire. En tant qu'éléments patrimoniaux appréhendés par un *trust*, il s'agit de faire un pas en arrière dans leur appréhension. D'ailleurs, le droit anglais des *trusts* a tendance à considérer le patrimoine, c'est-à-dire la masse des biens du *trust*, comme un ensemble sur lequel s'exercent les prérogatives du *trustee* et du *beneficiary*; une telle vision globale est largement inconnue du droit suisse qui privilégie le principe de la spécialité des droits réels. Alors que cette étape est d'ordinaire inutile et superflue, elle devient une nécessité imposée par le mécanisme régissant les *trusts*.

#### 4. Que devient l'obstacle du *numerus clausus* des droits réels du droit positif suisse?

§ 1. Un obstacle sérieux, souvent exhibé à juste titre en matière de *trusts* est celui du *numerus clausus* des droits réels imposé par l'ordre juridique suisse<sup>3519</sup>. Il doit cependant être ramené à sa juste mesure. Pour ce qui concerne le droit anglais, par le *trust* aucun droit subjectif au strict sens du droit interne suisse n'est créé. Il n'en demeure pas moins que les prérogatives du *trustee* et du *beneficiary* sont opposables *erga omnes* et revêtent ainsi une dimension réelle. Comme nous l'avons vu, l'analyse du droit anglais ne conduit pas à l'identification d'un droit subjectif de nature absolue, mais simplement celle d'un effet d'opposabilité *erga omnes* qui s'actualise en procédure judiciaire.

Or, si l'on se place du point de vue du droit suisse, il est certain que ces prérogatives doivent être qualifiées de «droits réels» au sens générique, de la même façon que cela est fait à l'article 17, alinéa 1<sup>er</sup>, Tit. fin. CC, comme nous venons de le rappeler. Mais, et cela est lié, si l'on sait que toute réalité juridique opposable *erga omnes* doit trouver son fondement sur une base légale formelle et connaître une publicité suffisante, ces exigences ne valent qu'à l'égard des institutions de l'ordre juridique suisse, respectivement de celles dont les effets (en particulier l'étendue) dépendent du droit suisse.

La position juridique du *trustee* et du *beneficiary* ne dépendant pas de l'ordre juridique suisse, mais de l'ordre juridique anglais qui en détermine les effets et l'étendue, il n'y a donc pas de contradiction avec les *numerus clausus* des droits réels<sup>3520</sup>. Comme en droit transitoire en présence d'un droit aboli, le *numerus clausus* des droits

<sup>3519</sup> À juste titre, deux rapports à la Société suisse des Juristes conclurent en 1954 (RDS 1954, p. 119a ss et p. 504 s ss) à l'impossibilité d'introduire un véritable *trust* au sens du droit anglais en droit suisse, en raison d'oppositions dogmatiques tenant, notamment, au principe du *numerus clausus* des droits réels. Voir OVERBECK, *National Report*, p. 115 s.

<sup>3520</sup> Voir, pour un raisonnement analogue au nôtre, PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 16 («[...] le principe du tracing ressort de la loi étrangère applicable aux trusts [...]: mais sa mise en œuvre dépend de la loi désignée au for, hors des mécanismes d'application de la [CLaH85], [...] Le droit «réel» étranger, qualifié comme tel depuis la Suisse, ne déploie pas ses effets en vertu de la [CLaH85] en Suisse, sauf sur le principe du «tracing»: il s'agit en définitive d'un

réels du droit positif n'est pas atteint ou remis en cause par les effets absolus des *trusts*.

La reconnaissance des effets réels liés directement à l'existence d'un *trust* sont donc reconnus en Suisse sur la base de la ratification de la Convention de La Haye et les institutions du droit suisse ne sont, selon notre approche, aucunement remodelées ou contredites<sup>3521</sup>.

§ 2. Par le texte même de cette convention, des limites sont néanmoins possibles. Ces limites visent, comme nous l'avons déjà mentionné, à «compresser» les effets absolus du *trust* en certaines situations que le législateur suisse a jugé nécessaires. Les normes adoptées ont donc pour objet les prérogatives issues du droit anglais. Elles n'ont pas pour vocation de modifier des droits subjectifs créés par l'ordre juridique suisse, dans la mesure où, nous l'avons vu, ces droits restent entièrement soumis au droit suisse. Les limites touchent donc bien à la reconnaissance des effets du droit anglais.

Certes, ces restrictions aux effets des *trusts* tels que régis par le droit anglais relèvent de la loi matérielle et non de dispositions propres au droit international privé. Nous l'avons déjà dit, ce sont pourtant bien toujours des situations présentant un lien d'extranéité qui sont visées. Tel est le cas de l'article 149d LDIP qui est une loi d'application immédiate. En raison de l'impact produit par la mise en *trust* de biens, il convient en effet de s'assurer que le registre foncier et les autres registres publics ne donnent pas d'indications erronées quant à la réalité juridique. Alors que le droit subjectif lui-même existe bel et bien, une information supplémentaire est néanmoins nécessaire quant à sa titularité, puisque le régime particulier de cette dernière a des effets *erga omnes* en vertu du droit anglais et impacte en définitive l'exercice du droit subjectif lui-même (alors que le droit proprement dit suit le régime juridique du droit désigné par les art. 99 et 100 LDIP). C'est le propos de la mention, nous l'avons vu. Pour le surplus, dans la mesure où la convention le permet, le droit suisse est libre de restreindre les effets d'opposabilité aux tiers issus du droit anglais. Ce qui se justifie puisque lui-même produit des effets de publicité donnant une image différente de la situation juridique. Cette solution diffère de celle du droit transitoire, car en cette matière la garantie des droits acquis permet une protection bien plus large des droits abolis.

De leur côté, les articles 284a et 284b LP concrétisent et rappellent les effets du droit anglais qui s'imposent déjà en vertu de la Convention de La Haye et n'ont ainsi de portée propre par rapport au droit anglais que dans la mesure où elles conduisent à en limiter les effets.

---

*problème de qualification plus de l'action que d'admettre une dérogation au numerus clausus au sein des droits réels reconnus par l'ordre juridique interne.»).*

<sup>3521</sup> Dans le même sens à propos de la *Prozessstandschaft* en faveur du *beneficiary*, voir PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 99.

§ 3. L'on parvient ainsi à un équilibre général satisfaisant permettant de ménager non seulement les droits matériels respectifs (ce qui découle déjà de nos considérations précédentes), mais également les effets de publicité qui sont liés aux différentes institutions superposées. En somme, par la mention au registre du *trust*, renvoi est fait au droit anglais qui dicte le régime particulier applicable à la titularité du droit inscrit.

### C. Synthèse

Ayant dans un premier temps dégagé les principes et l'histoire du droit anglais et du droit suisse, indépendamment l'un de l'autre, nous avons pu mettre en exergue les caractéristiques essentielles de ces deux ordres juridiques. Le premier repose sur une approche objective essentiellement fondée sur les moyens d'action en justice et un fort pragmatisme. Le second suit une approche subjective, commune aux ordres juridiques continentaux codifiés, qui place les droits subjectifs comme préliminaires nécessaires à la systématisation de l'ordre juridique de droit privé, tout en laissant une certaine place au pragmatisme.

Par son droit international privé, la Suisse admet que les *trusts* constituent des institutions juridiques inconnues de son ordre juridique, mais les reconnaît pour eux-mêmes en tant que domaine spécial du droit des conflits sur la base de la CLaH85, élargie dans son champ d'application par la législation interne (chapitre 9a de la LDIP). Aussi, l'ordre juridique suisse admet-il les effets juridiques prévus par la loi applicable au *trust*, en notre hypothèse le droit anglais.

Une fois les champs d'application respectifs du droit suisse et du droit anglais délimités (ce qui est un sujet en soi), il reste à déterminer et expliquer les effets juridiques qui en découlent.

Le droit anglais a pour effet en présence d'un *trust* d'objectiviser les valeurs qui en forment le patrimoine. Chacun des éléments patrimoniaux, choses corporelles ou incorporelles, sont indifféremment soumis aux prérogatives respectives du *trustee* et du *beneficiary*, selon les modalités du droit anglais, en tant que «biens». Nous savons ainsi que ni l'un ni l'autre ne peuvent prétendre à la propriété des éléments de ce patrimoine au sens continental du terme. Comme nous venons de le rappeler, le droit suisse admet que l'assise théorique et systématique de ces prérogatives lui sont inconnues et dépendent du droit applicable au *trust*. Cela ressort notamment du choix de l'outil de la mention à l'article 149d LDIP.

Ainsi, s'il est possible d'affirmer que le *trustee*, comme le *beneficiary*, sont titulaires de prérogatives de nature réelle (ou absolue), il n'est pas possible d'assimiler leur position juridique à l'un des droits réels reconnus par le *numerus clausus* des droits réels. Si l'on assimile le *trustee* à un propriétaire, le *beneficiary* se retrouverait réduit

à la qualité de titulaire d'un droit réel restreint, ce que personne n'admet et que tout le monde reconnaît comme erroné, car contraire au *numerus clausus* des droits réels<sup>3522</sup>. Nous sommes ici dans la même situation que celle prévue par l'article 17, alinéa 3, Tit. fin. CC en droit transitoire. Les difficultés de qualification sont les mêmes. Cette réalité juridique s'impose donc à nous, mais nous ne pouvons pas en rester là.

Cela établi, les difficultés à concilier les deux ordres juridiques sont exacerbées par la présence, dans le patrimoine du *trust*, de droits subjectifs ou d'autres valeurs (immeuble, bateau ou aéronef) inscrits dans un registre public suisse. Le droit applicable au *trust* n'est pas directement applicable à ces valeurs ; en particulier, les droits subjectifs conservent leur nature et ne sont pas modifiés par le simple fait d'intégrer le patrimoine d'un *trust*. Or, qu'il soit question d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, le droit suisse n'admet que fort difficilement l'absence de rattachement de ces droits à un sujet reconnu par l'ordre juridique. En particulier, la légitimité requise pour l'exercice d'un droit subjectif ne peut être reconnue qu'au titulaire de ce droit et non à des tiers. Il en va ainsi notamment du pouvoir de disposition. L'absence de sujet conduit ainsi, au mieux, à une situation de blocage et, au pire, à la disparition du droit subjectif en cause. Un « rattachement » du droit à un sujet s'impose. Pour cette raison et en corrélation avec la technique du droit anglais, il convient à notre sens d'admettre que le *trustee* est le titulaire de l'exercice des droits subjectifs suisses inclus dans le patrimoine du *trust*, tout en lui refusant sa qualité de propriétaire, d'usufruitier, etc. La doctrine suisse majoritaire va trop loin en admettant cette qualité – contraire au droit applicable au *trust* (le *trustee* ne peut pas être à la fois titulaire de certaines prérogatives sur le droit de propriété déterminées par le droit anglais et propriétaire, c'est-à-dire titulaire exclusif de l'ensemble des prérogatives offertes par le droit subjectif, selon le droit suisse : cela est incohérent et contradictoire) et non imposée par la CLaH85 ou le législateur suisse –, car elle dresse des obstacles défiant toute logique lorsqu'il s'agit par après d'expliquer (et ne serait-ce déjà que d'exprimer) les prérogatives de nature réelles du *beneficiary*, la ségrégation du patrimoine du *trust* de celui du *trustee*, etc. Il est bien plus cohérent – par rapport aux droits anglais et suisse –, ainsi que pragmatique, d'admettre que le *trustee* n'est pas matériellement titulaire de ces droits subjectifs, c'est-à-dire ne l'est que formellement (par inscription au registre) à titre de fiction à des fins de légitimation quant aux pouvoirs d'usage, jouissance et disposition des droits subjectifs en question. Cette fiction est nécessaire pour répondre aux exigences du mécanisme des droits subjectifs, ainsi que pour respecter le droit applicable au *trust* – pratiquement anéanti dans l'hypothèse contraire. La fiction apparaît ainsi comme une représentation simplifiée et partielle de la réalité juridique répondant à un besoin de pragmatisme : le *trustee* qui est titulaire de certaines prérogatives (de

---

<sup>3522</sup> Voir EICHNER, p. 39 ss ; PIOTET, *Quelques questions sur le trust*, p. 11 ss ; THÉVENOZ, *Rapport*, p. 21 ss ; PERRIN, p. 19 s.

gestion) sur le patrimoine du *trust*, dont l'un des éléments est un droit subjectif suisse, dispose d'un pouvoir sur l'objet du droit subjectif – ce qui peut être synthétisé en signifiant cursivement que le *trustee* est le titulaire de l'exercice du droit en question. Dans cette mesure, il faut distinguer les prérogatives accordées au *trustee* et au *beneficiary* en vertu des mécanismes du *trust*, d'une part, et celles qui sont inhérentes aux valeurs mêmes du patrimoine du *trust*, d'autre part. Font partie de cette seconde catégorie, comme nous l'avons expliqué, les divers droits subjectifs envisageables. Ainsi, à notre avis, il ne s'impose pas en cas de *fixed interest trust* de créer, en sus du droit de propriété, un usufruit en faveur du *beneficiary* (inscrit comme tel au registre foncier) pour refléter l'ampleur particulière de ses prérogatives juridiques. Le principe de la permanence du droit subjectif lors de l'intégration du patrimoine du *trust* suffit à expliquer cela. À l'inverse cependant, il n'est pas interdit de prévoir de manière discrétionnaire un tel usufruit. Il existe alors deux valeurs distinctes – le droit de propriété et l'usufruit – et cela n'a d'intérêt que dans la mesure où l'usufruit n'intègre pas le patrimoine du *trust*, mais se trouve entre les mains du *beneficiary*, à défaut de quoi les prérogatives de ce dernier envers l'usufruit ne sont pas différentes de celles dont il dispose à l'égard du droit de propriété. Cela correspond à l'esprit du droit anglais lorsqu'il est par exemple question d'un bien-fonds (le terme *owner* ne fait alors que résumer une situation juridique complexe). Dans la mesure où les prérogatives de gestion du patrimoine du *trust* appartiennent au *trustee* à l'exclusion du *beneficiary*, il n'est ni nécessaire (nous avons le titulaire du droit subjectif exigé par l'ordre juridique suisse) ni utile (les prérogatives du *beneficiary* sur l'ensemble des éléments du patrimoine dépendent du droit anglais) d'admettre une telle fiction en faveur de ce dernier: refuser au *trustee* la qualité de propriétaire suffit à supprimer l'obstacle théorique aux effets du droit anglais.

Ainsi, les effets prévus par le droit (anglais) applicable au *trust* peuvent se manifester pleinement et sans que la sécurité du droit ne soit compromise. À ce stade du raisonnement, apparaît cependant l'obstacle du *numerus clausus* des droits réels. En effet, nier la qualité de propriétaire au *trustee* et admettre les prérogatives de nature réelle prévues par le droit anglais pour ce dernier, ainsi que le *beneficiary*, peut laisser penser que les exigences du *numerus clausus* ne sont pas respectées<sup>3523</sup>. Cependant, nous avons vu dans notre partie historique que les prérogatives accordées par le droit anglais ne sont pas des droits subjectifs. Aussi, la problématique se réduit-elle à l'effet réel (ou absolu) créé par l'établissement d'un *trust*. À cet égard, il convient de relever

<sup>3523</sup> Si nous poussions la réflexion jusqu'à son terme, il faudrait ainsi admettre une extension du *numerus clausus*. C'est ce que proposait en 2003 ROMANN (p. 49). Cette proposition est évidemment impropre à introduire dans l'ordre juridique suisse un véritable *trust* fondé sur le modèle anglais, car notre ordre juridique repose sur la fonction structurante des droits subjectifs et la dualité entre la propriété et les droits réels restreints. L'exemple de la codification autrichienne suffit à le démontrer.

que le droit suisse reconnaît cet effet (par la ratification de la CLaH85 et par les dispositions d'application, en particulier l'outil de la mention), que cet effet dépend du droit anglais et non pas du droit suisse (c'est-à-dire d'un autre ordre juridique), lequel ordre juridique est également compétent pour régir les questions de publicité et d'opposabilité *erga omnes*. Il nous paraît ainsi possible d'extraire la question des prérogatives réelles du *trustee* et du *beneficiary* des problématiques liées au *numerus clausus*. En fait, la situation n'est pas différente de celle que nous avons rencontrée en droit transitoire à propos des institutions juridiques abolies (art. 17 al. 3 Tit. fin. CC). La proximité théorique (ou technique) de ces dernières institutions avec les *trusts* justifie par ailleurs un traitement analogue.

Analogue seulement et pas identique, car les circonstances (au-delà de la nature des institutions elles-mêmes) ne sont pas comparables. En droit transitoire, l'interdiction de la rétroactivité et la garantie des droits acquis impose la reprise intégrale des effets des institutions anciennes (sous réserve de l'ordre public). En droit international privé, le législateur suisse, même lorsqu'il reconnaît les effets d'un droit étranger, est bien plus libre d'imposer des règles d'application immédiate et ainsi de restreindre les effets d'un droit étranger sur son propre ordre juridique. Aussi, l'ordre juridique suisse impose-t-il au droit applicable au *trust* des limites. Il en va en particulier ainsi de l'opposabilité des effets du *trust* aux tiers de bonne foi, en lien avec des droits ou des choses corporelles inscrites dans un registre public suisse (art. 149d LDIP) et de certaines règles de la faillite.

De manière superflète, il convient enfin de souligner que notre approche est celle choisie par le droit québécois qui a codifié dans son ordre juridique continental une véritable forme de *trust* conforme aux mécanismes de *common law*. En effet, le législateur québécois a créé un patrimoine d'affectation dont le *trustee* n'est pas le titulaire. Dans la mesure où le droit international privé doit avoir pour objet la prévisibilité et la sécurité du droit, une approche juridique qui le permet doit, toute chose étant égale par ailleurs, être préférée à une autre.

Nous avons ainsi dégagé une théorie juridique qui, à notre avis, se concilie avec l'ensemble des paramètres qui s'impose à notre question et en particulier l'esprit des droits anglais et suisse, nécessairement entremêlés en présence d'un *trust* de droit anglais dont le patrimoine comprend des valeurs soumises au droit suisse. Comme nous l'avons vu en particulier avec la codification autrichienne, une synthèse entre un ordre juridique objectif et un ordre juridique subjectif n'est guère aisée et peut apparaître comme impossible à réaliser. Toute la difficulté repose déjà dans le schéma de *GAIUS* et la détermination des objets de la propriété. Dans la mesure où une institution qui ressort à un ordre juridique objectif existe, il s'impose une abstraction que ne connaît pas un ordre juridique subjectif. Dans la mesure où cette abstraction découle de l'ordre juridique objectif, elle demeure possible et ne se heurte pas aux principes de



l'ordre juridique subjectif. L'ABGB avait nié l'approche objective, mais prétendait en maintenir les institutions. Cela ne pouvait donc que se solder par un manque de rigueur théorique. En présence d'un *trust* ou d'une institution de l'ancien droit aujourd'hui abolie, la solution correcte, qui s'applique en droit suisse positif, consiste à admettre l'effectivité de l'ordre juridique qui crée l'institution en cause et les effets juridiques naturels qui en découlent. Aussi, par l'isolement de chacun des effets juridiques examinés, de chacune des questions juridiques, il est possible par la désignation de l'ordre juridique applicable d'exprimer une solution juridique conforme aux principes de cet ordre.

## **XXI. Synthèse générale de notre troisième partie**

En explicitant le mouvement des codifications tel qu'il s'est manifesté dans le droit suisse et en démontrant quelle doit être selon nous l'approche juridique à adopter et, par extension, quelles sont les solutions à retenir en présence d'une propriété divisée dans le droit transitoire du Code civil suisse ou de *trusts* dans le droit international privé suisse, nous avons épuisé le sujet que nous avons donné à notre étude.

Nous avons vu que le droit suisse fait lui aussi le choix d'une approche subjective et consacre le droit subjectif de propriété exclusive en tant que clef de voûte du système du droit des biens. Malgré les hésitations des législateurs cantonaux entre les différents modèles proposés par les autres États européens, s'est en effet finalement le modèle des codifications pandectistes qui s'impose.

De là découle, d'une part, une cohérence d'ensemble des institutions et principes, que ne connaît pas la codification autrichienne, ainsi qu'une attitude tempérée et respectueuse de la garantie de la propriété qui se manifeste dans les règles du droit transitoire – au contraire du modèle français. Le droit suisse correspond ainsi très largement au modèle allemand, quoique HUBER ait fait preuve d'un plus grand pragmatisme et d'un dogmatisme moindre.

Pour ce qui concerne le droit transitoire du Code civil suisse, nous avons pu constater le caractère quasi-constitutionnel de ses règles qui, en notre matière, donne une force particulière au principe des droits acquis. Tout en favorisant l'assimilation aux institutions du droit positif telles que décrites dans le *numerus clausus*, le droit transitoire s'attache également à respecter les institutions qu'il ne consacre pas en préservant leur nature et étendue, ainsi que leurs effets propres, dans la mesure où une assimilation à l'un des types prévus par le *numerus clausus* n'est pas possible.

Aussi, pour les droits dits abolis, l'ordre juridique ancien continue, après la codification, à les régir en tout point. Tel est en particulier le cas concernant les questions rela-

tives au principe de la publicité des droits réels et à la protection des tiers de bonne foi, contrairement à une opinion parfois défendue en doctrine.

Les propriétés divisées sont ainsi encore nombreuses à se maintenir en droit transitoire et sont de formes variées.

Les sociétés d'*Allmends* demeurent régies par le droit cantonal, la codification fédérale ne s'en préoccupant pas. Ainsi, les cantons restent très largement libres face à la nature et à l'organisation de ces communaux. Nous avons vu que sur ces points, la diversité et la tradition ont bien souvent été respectées.

En matière de *trusts*, nous avons pu constater que malheureusement la doctrine suisse approche cette institution sans véritable effort comparatif ou historique de mise en abyme des principes et notions préalables qui est à notre avis – et nous espérons l'avoir démontré – un prérequis absolument essentiel à toute considération relative à une institution du droit anglais.

Nous avons commencé par rappeler que par le droit conventionnel la Suisse s'est obligée à reconnaître les *trusts* de droit étranger, ainsi que la nature de leurs effets et, en principe, leur étendue. Puis, nous avons montré que la législation suisse *ad hoc* se fonde sur des considérations de droit anglais (quoiqu'elles soient mal fondées pour l'essentiel) et tend à concrétiser les dispositions de la CLaH85. Aussi, les *trusts* et l'approche objective du droit anglais qui en régit la nature et les effets s'imposent-ils en vertu du droit international privé suisse. Il y a cependant, conformément à la CLaH85, des cautèles et exceptions possibles à la reconnaissance des effets des *trusts*. Il s'agit là de «compresser» quelque peu ces effets en limitant leur portée en certaines circonstances.

De son côté, le droit suisse demeure applicable aux institutions qui sont les siennes et aux questions que lui réserve le droit international privé (art. 99 et 100 LDIP). Cela signifie en particulier qu'un droit subjectif qui intègre le patrimoine du *trust* ne change nullement de nature et n'est point modifié par cette seule mutation. Les règles et principes applicables ne sont pas modifiés. Il s'agit de ce que nous nommons le principe de la permanence des droits subjectifs. En tant que valeurs contenues dans le patrimoine d'un *trust*, elles ont une existence objective.

Cette approche, qui est la nôtre, conduit ainsi à préserver non seulement la cohérence du droit suisse, mais également celle du droit anglais. Elle contribue de la sorte à la sécurité du droit, la prévisibilité et respecte les principes de chacun des ordres juridiques touchés.

§ 4. Que soit considéré le droit transitoire du Code civil suisse ou le droit international privé suisse, les propriétés divisées consacrées par un autre ordre juridique – passé ou étranger – sont pleinement reconnues et préservées, ainsi que l'ordre juridique qui les

suppose. Il s'impose donc, pour les appréhender correctement, de les approcher selon une méthode historique qui permette à l'interprète de maîtriser les principes applicables en la matière. Cette opinion est partagée, notamment par PIOTET: «[...], *il devient avec le temps de plus en plus difficile de mettre en œuvre les institutions du vieux droit cantonal dans un système général ancien avec lequel seul elles restent harmonisées: les réflexes du juriste contemporain, même attaché aux institutions cantonales, restent imprégnés par les règles du droit privé fédéral auxquelles le recours intellectuel s'impose presque naturellement en cas de difficulté d'application rencontrée par l'institution cantonale. Il faut cependant se contraindre à une certaine ouverture d'esprit, en tous points semblables à celle des comparatistes, pour reconstituer le régime d'origine de l'institution et lui restituer la place qu'elle peut encore occuper aujourd'hui*<sup>3524</sup>.»

---

<sup>3524</sup> PIOTET, *Cabanes d'alpages*, p. 328.



# Conclusion générale

*« Ein Philosoph, der den wirklichen Zustand eines Staats außer Augen setzt, und sich von der Begierde, durch den Reitz der Neuheit zu gefallen, beherrschen läßt, kann eine glänzende, allenfalls auch auf den, durch seine Einbildungskraft geschaffenen Staat anwendbare, Theorie entwerfen, aber sie würde in einem wirklich gegebenen Staate, wo sich das Vergangene an das Gegenwärtige, und das Gegenwärtige so enge an die Zukunft verkettet, nie in Ausübung zu bringen. »*

ZEILLER, *Notwendigkeit eines bürgerlichen, einheimischen Privatrechts*, p. 59.

## XXII. Conclusion générale

Notre étude des *trusts* et des autres propriétés divisées, maintenant achevée, le choix que nous avons fait de l'inscrire dans un cadre historique apparaît comme une évidence. Car il n'est pas envisageable de pleinement comprendre les propriétés divisées, sans prendre en compte leur histoire, cela d'autant plus face à des institutions qui sont présentes dans la société européenne depuis de nombreux siècles.

Nous nous devons ainsi de retracer les origines des propriétés divisées. D'abord, il nous a fallu vérifier leur absence en droit romain ; nous avons vu qu'une certaine relativité s'impose dans cette affirmation, mais que malgré la présence de multiples notions de propriétés, certes parfois concomitantes à un même objet, il n'y a pas lieu en réalité de qualifier ces institutions de propriétés divisées.

Puis, nous avons montré l'environnement favorable à leur prééminence créé par la période carlovingienne. Appuyé sur les fondements socio-juridiques de la fin du premier millénaire de notre ère, nous avons pu mettre en exergue les caractéristiques pragma-

tiques du droit médiéval et des institutions féodales. L'explication de ce système par les glossateurs et postglossateurs fixait les ressorts des anciens droits continentaux jusqu'à la chute de l'Ancien Régime. Fort de la compréhension de ces droits, nous avons pu nous livrer à une étude approfondie du droit des biens anglais et en particulier de ses institutions les plus complexes, c'est-à-dire celles qui nécessitent avant de pouvoir les aborder une maîtrise des principes et institutions du droit des biens anglais – les *trusts*.

De ce parcours, nous retirons de nombreux acquis. D'abord, la preuve d'une approche du droit différente de celle du droit moderne, c'est-à-dire une approche objective qui s'attache à décrire l'environnement juridique du point de vue d'un observateur externe, sans emphase particulière sur le sujet de droit. Ensuite, il ressort de ces anciens ordres juridiques un pragmatisme, une flexibilité, ainsi qu'une capacité d'abstraction bien plus importante que celle que nous connaissons actuellement sur le continent. Enfin, plus spécifiquement, l'emphase mise par les propriétés divisées sur les utilités des choses plutôt que sur le substrat matériel conduit à l'inévitable inexistance de la propriété exclusive en tant que concept juridique dans le droit appliqué jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

Ce passage en revue des différents ordres juridiques historiques achevait notre parcours des systèmes de droit des biens pour eux-mêmes. En effet, la période des codifications qui occupe la deuxième partie de notre étude conduit par définition au mélange de ces ordres juridiques ou, du moins, à la maîtrise de leur champ d'application respectifs – ne serait-ce déjà que pour réduire à néant l'un pour favoriser l'autre. Nous avons ainsi pu constater que les solutions française, autrichienne et allemande se distinguent assez nettement l'une de l'autre, bien qu'un même processus humaniste et légistique les anime toutes les trois. Le Code Napoléon se revendique novateur et tente de s'extraire de manière franche de l'ancien droit, mais reste en réalité empêtré dans les acquis de ce dernier, sans véritablement adresser la problématique de la coordination des systèmes. Face aux difficultés à construire un droit nouveau, l'ABGB s'érige en œuvre de synthèse entre l'ancien et le nouveau droit, intégrant à l'approche subjective des éléments de droit objectif – ce de manière regrettable, le mélange ne pouvant se tenir, comme nous l'avons montré, car le langage des deux approches est antagoniste. Puis, appuyé sur une doctrine rassérénée, le BGB opte pour une approche subjectiviste hégémonique et emprunte d'un dogmatisme pragmatique, ne maintenant la vision objective qu'à titre (apparemment) transitoire.

Le droit privé suisse lui-même s'inscrit dans la démarche pandectiste de la codification du droit privé allemand. Le droit des biens (les droits réels) est proprement subjectiviste et seul le droit transitoire permet encore aux institutions objectives de se maintenir. Cela établi, il est facile d'exposer les solutions qui s'imposent pour les propriétés divisées et surtout de délimiter le champ des principes juridiques applica-

bles. Par le principe constitutionnel des droits acquis pour le droit transitoire des propriétés divisées et en vertu de l'engagement conventionnel pour le droit international privé des *trusts*, les institutions de chacun des ordres juridiques respectifs sont et doivent être pleinement respectées. L'exigence de cohérence de l'ordre juridique et la sécurité du droit imposent en outre les solutions proposées.

§ 1. *Synthèse des divers apports de notre étude.* Nous le voyons, afin d'opérer l'examen rigoureux d'une problématique relativement précise, il nous a fallu éprouver nombre de questions juridiques préalables qui sont autant d'apports généraux pour la compréhension du droit en général. Nous avons déjà synthétisé nos conclusions et notre opinion dans les synthèses propres à chacune des parties de notre étude et venons d'en rappeler la chronologie générale. Nous souhaitons ici encore tenir quelques propos génériques sur les divers apports de notre étude.

Au plan méthodologique, le lecteur aura trouvé dans nos lignes un vif plaidoyer en faveur d'une étude historique du droit privé actuel. Non pas dans le sens nationaliste que prenait un tel plaidoyer sous la plume de SAVIGNY, mais au contraire aux fins d'éviter de projeter sur les ordres juridiques passés ou étrangers les notions et principes du droit suisse – et *vice versa*. Cela se double donc d'un fort argument pour la compréhension systémique des institutions juridiques, plutôt que de manière isolée. Concrètement, nous pensons avoir démontré que même à l'occasion de l'analyse d'une institution spécifique dans différents ordres juridiques, il n'est pas possible de la saisir à satisfaction sans prendre en compte le contexte juridique et historique l'entourant. Nous avons montré que trois définitions de la propriété d'apparence similaire, écrites de la main d'auteurs anglais, français ou romains, désignent autant d'institutions en réalité opposées, dont la rationalité de l'une demeure inconnue aux autres. Une meilleure compréhension des institutions et principes juridiques découle naturellement d'un tel travail de fond, ce qui est non seulement bénéfique pour la compréhension d'autres ordres juridiques, mais également de l'ordre juridique de l'observateur. Ces deux préoccupations furent d'ailleurs, en son temps, celles de SAVIGNY<sup>3525</sup>.

La difficulté principale du juriste s'avancant en droit comparé ou en histoire du droit est le risque de projeter sur l'ordre juridique observé ses propres réflexes et principes juridiques. Nous espérons avoir non seulement attiré l'attention sur ce vice, mais également avoir nous-même évité, autant que possible, d'en être coupable.

<sup>3525</sup> SAVIGNY (*Zweck dieser Zeitschrift*, p. 6) décrit en effet l'École « ahistorique » à laquelle il s'oppose de la manière suivante: « *Die ungeschichtliche Schule dagegen nimmt an, das Recht werde in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit, und nur nach bester Ueberzeugung, wie sie der gegenwärtige Augenblick gerade mit sich bringe.* »

Toujours au plan méthodologique, nous pensons faire l'apport d'un appareil bibliographique rassemblant d'une manière rare les sources primaires et secondaires touchant aux matières du droit des biens en Suisse, en Allemagne, en Autriche, en France et – ce qui est d'autant plus introuvable en langue française – en Angleterre.

Conceptuellement, nous proposons une clef de lecture fondée sur la structure schématique des ordres juridiques – subjectifs ou objectifs – permettant d'asseoir une approche des institutions juridiques qui soit en phase avec les principes y applicables. Distinguer clairement le concept de «droit subjectif» et son rôle structurant pour les ordres juridiques continentaux modernes permet ainsi de placer les problématiques qui nous ont occupé – de même que de nombreuses autres, étrangères à notre étude – au rang qui leur convient. Aussi, face à des *trusts* ou d'autres propriétés divisées, est-il tout à fait inutile de chercher pour ces institutions à expliquer la situation juridique des personnes en cause par l'outil descriptif des droits subjectifs. Au contraire, c'est la vision objective qu'il faut adopter. Ainsi, l'on s'en tient aux principes de l'ordre juridique dans lequel s'inscrivent ces institutions. Cela évite de les dénaturer et, malgré l'effort initial à fournir, en rend l'étude d'autant plus aisée que leur environnement juridique est connu.

Quant à l'histoire du droit des biens, nous mettons en évidence les repères temporels et les grandes évolutions qu'il convient de retenir. Ainsi, les propriétés divisées ne sont-elles pas réservées à l'époque médiévale, mais existaient sous d'autres formes (préfiguratives) en droit romain et se perpétuent en droit anglais actuel. Nous tentons aussi d'écarter les préjugés quant à l'évolution de la science juridique: la conception même de l'ordre juridique et *a fortiori* la nature du droit de propriété n'a rien de commun après la Révolution française avec ce qui existait dans la Rome antique. De même, les codifications ne constituent-elles pas, en doctrine, un saut important vers la modernité, puisqu'il est possible de trouver une définition moderne de la propriété chez BARTOLE déjà et de rattacher le mouvement de subjectivisation du droit aux humanistes et nominalistes de la fin du Moyen Âge.

Plus qu'un enjeu temporel, sociétal ou encore politique, l'admission dans un ordre juridique donné d'occurrences de propriétés divisées dépend fondamentalement de l'approche du droit qui y a cours. Si l'approche est subjective, il devient impossible d'admettre des propriétés divisées sans admettre dans le même temps une approche objective: soit – et c'est ce que nous avons vu dans notre étude – que le droit positif aménage un champ d'application à d'autres ordres juridiques objectifs, soit que l'on admette que le droit subjectif lui-même a une existence qui lui est propre, c'est-à-dire indépendante d'un rattachement immédiat à un sujet de droit.

En droit suisse, l'existence objective d'un droit subjectif semble devoir s'imposer par la législation, nous l'avons vu. Elle semble également le devoir pour des raisons de lo-



gique et de bon sens inhérent à l'ordre juridique. Par exemple, n'est-il pas plus en corrélation avec la conception de la relation existante entre le droit de propriété et les autres droits réels – ou droits relatifs avec rattachement *propter rem* – sur un même objet de considérer que lors de son décès le propriétaire transfère à son héritier son droit de propriété qui continue à perdurer plutôt que de considérer qu'un nouveau droit identique est créé de toutes pièces? L'objectivisation du droit privé suisse est d'ailleurs probablement une tendance actuelle; non pas qu'elle soit récente, mais elle est sans doute plus prégnante face aux difficultés d'appréhension de l'immatériel qu'elle implique nécessairement l'approche subjective, comme nous l'avons plusieurs fois démontré<sup>3526</sup>.

L'hypothèse des propriétés divisées en général et des *trusts* en particulier constitue donc une manifestation de l'ambivalence permanente des ordres juridiques continentaux entre objectivisme et subjectivisme.

Il n'en demeure pas moins que visions subjective et objective, si elles peuvent dans une certaine mesure se combiner, ne peuvent pas l'être sans garder à l'esprit une réflexion systémique, permettant de conserver à l'ordre juridique une cohérence générale. Ainsi au plan philosophique, faudrait-il choisir entre l'objectivisme et le réalisme: le sujet de droit est-il le point de départ des institutions juridiques ou bien, au contraire, est-il possible d'en faire totalement abstraction? Autrement dit, les droits subjectifs sont-ils les seuls à cartographier l'ordre juridique ou ne constituent-ils qu'un objet du droit parmi d'autres, l'ensemble incarnant l'ordre juridique en refusant toute présence ou prépondérance au sujet de droit? Sans doute l'avenir nous dira si une grande évolution en ce sens aura lieu sur le continent et, le cas échéant, selon quelles modalités.

§ 2. *La question des «trusts» de droit suisse.* En guise d'ultimes remarques conclusives à visées futures et concrètes, nous pouvons évoquer les velléités politiques et économiques tendant à l'introduction en droit privé suisse d'une propre forme de «trusts»; velléités qui se sont traduites dans le texte d'un avant-projet le 12 janvier 2022<sup>3527</sup>. Ainsi, «[l]a question du retour de la propriété divisée, en droit suisse comme

<sup>3526</sup> En 2004, PIOTET posait la question du «retour de la propriété divisée» en se fondant sur la résurgence du «souci de tirer toutes les formes utiles des profits de l'immeuble» et la «forte influence des conceptions de l'estate anglo saxonne, elle même issue des mêmes conceptions médiévales.» (PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 384 s.). Il ajoutait: «Une nouvelle évaluation nous semble devoir être faite dans quelques années pour apprécier si les révisions à venir du code civil auront consacré, en tout ou partie, et plus matériellement que formellement, de nouvelles formes de propriétés divisées.» (PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 385). Nous pouvons répondre que la reconnaissance des trusts procède de cette dynamique.

<sup>3527</sup> Au moment où nous avons formellement déposé notre étude le 6 janvier 2022 en vue de la soutenance, l'avant-projet prévoyant l'introduction du «trust» en droit suisse, fondé sur la motion 18.3383 (adoptée le 19 mars 2019), ainsi que le postulat 15.3098 (adopté le 27 février 2017), n'avait donc toujours pas été publié. Cela ne fut le cas que le 12 janvier 2022: voir FF 2022 132 («Introduction du trust: modification du code des obligations»).

*dans les droits voisins, est une question infiniment plus actuelle que l'institution à laquelle elle se réfère, et qu'il était probablement inorthodoxe de poser il n'y a qu'une quarantaine d'années de cela*<sup>3528</sup>.»

Notre étude démontre de manière claire qu'il n'est pas possible de mélanger les principes juridiques d'un ordre juridique objectif avec ceux d'un ordre subjectif. Aussi, n'est-il pas possible de créer un véritable droit suisse des *trusts*<sup>3529</sup>. Au plan fonctionnel, il est par contre envisageable d'imaginer une institution qui puisse revêtir certaines des utilités que l'on connaît aux *trusts* dans le monde du *common law*, savoir celles qui correspondent à un acte juridique volontaire – ce qui n'est que peu représentatif de leur réelle importance en droit anglais. La portée d'une telle institution serait donc d'emblée très différente de son modèle anglais et il en irait de même de sa nature juridique<sup>3530</sup>. Création jurisprudentielle en *common law*, institution législative en droit continental, il apparaît clair que la souplesse sera moindre dans le second modèle. Par ailleurs, maintenir une certaine cohérence législative, tout en élaborant une institution dont nombre de principes doivent être conçus comme des exceptions à ceux usuellement applicables, serait certainement délicat. Le seul exemple réussi – c'est-à-dire qui parvient à la fois à offrir l'essentiel des avantages des *trusts* tout en maintenant une certaine cohérence systémique d'un droit des biens qui relève d'une approche subjective – est celui du droit québécois qui a créé la figure du patrimoine d'affectation sans titulaire, nous l'avons évoqué. Cependant, le Québec étant une juridiction de tradition mixte et la Suisse n'en étant pas une, il apparaît bien difficile de créer par extrapolation une telle institution en droit suisse. Et même dans cette hypothèse, il ne s'agira jamais d'une réplique parfaite des *trusts*, mais simplement d'une institution similaire quant aux buts poursuivis et ne résistant pas à la comparaison technique<sup>3531</sup>.

Quoi qu'il en soit, les enjeux de droit privé liés à l'introduction en droit suisse d'une forme d'institutions similaires aux *trusts* sont subordonnés à la résolution des nombreuses difficultés fiscales soulevées par cette figure – difficultés qui ne sont pas sans rappeler celles que nous avons rencontrées face au rôle prévalent du sujet de droit dans

---

<sup>3528</sup> PIOTET, *Superficie des plantations*, p. 384.

<sup>3529</sup> Voir CINCELLI, spécialement no 494 ss et 817.

<sup>3530</sup> Voir GRISEL, p. 330 («*Mais comme le relève avec justesse Thévenoz, c'est en réalité surtout aux résidents de Suisse qu'un droit suisse des trusts serait utile. [...] On peut penser que seul un droit suisse du trust, enseigné dans les facultés de droit suisses, bien connu et maîtrisé par les praticiens suisses du droit, permettrait à notre pays de pleinement profiter des possibilités offertes par cet outil. [...] Quant à la terminologie – trust ou fiducie? – elle est indifférente: [...]. La fiducie suisse améliorée devrait être juste assez proche du trust pour tomber dans le champ d'application de la [CLaH85].*»). Voir également, tout récemment, les réflexions de HRUBESCH-MILLAUER, p. 453 ss, spécialement p. 471 ss.

<sup>3531</sup> Voir VALSAN, p. 511 (qui explique qu'en raison de la dichotomie entre les droits absolus et relatifs qui s'impose en droit continental, il n'est pas possible d'y répliquer tous les effets des *trusts*).

l'ordonnance du droit des biens et auxquelles s'ajoutent celles liées à la fiscalité des fondations, *holdings* et des grandes fortunes en général.

À cela s'ajoute finalement le risque de manquer le but visé en ne renforçant en rien la sécurité du droit international privé, le risque étant de créer un régime juridique inédit menant à des résultats surprenants et contraires aux principes applicables aux *trusts*<sup>3532</sup>.

L'effort imposé par la création de toutes pièces d'une nouvelle institution relevant de principes étrangers au droit positif suisse apparaît ainsi disproportionné face aux avantages intrinsèques d'une législation nationale *ad hoc*<sup>3533</sup>.

§ 3. Au-delà de l'étude juridique approfondie que nous avons menée au fil des chapitres, nous espérons également avoir offert au lecteur un récit historique dynamique, ponctué par de nombreux noms célèbres et de points de détails captivants, souvent plus révélateurs que de longues tirades. Le tout a passionné l'auteur des présentes lignes; et si le lecteur a pu, ci et là au moins, y trouver un intérêt semblable, nous estimerons avoir fait justice aux nombreux doctes que nous avons convoqués à notre appui.

Ce récit, ce fut celui d'une épopée dont l'héroïne n'est autre que la propriété privée, tantôt divisée, tantôt indivisible.

---

<sup>3532</sup> Voir, dans le même sens en 2013, WIBIER, p. 68 et 87 s. (qui, tout en admettant que leur pleine appréhension dans l'ordre juridique est nécessaire, s'oppose à l'introduction des *trusts* en droit néerlandais).

<sup>3533</sup> Ces quelques lignes n'ont pas été modifiées depuis le dépôt formel de notre étude. Notre lecture de l'avant-projet et de son rapport explicatif n'a offert aucune (bonne) surprise de fond. Au contraire, notre propos n'en a été que renforcé; il se voit offert une actualité renouvelée.



# Index

## A

**Absolutisme juridique** p. 281

### Alleu

- droit carlovingien p. 88
- droit médiéval p. 115

**Allodifikation** p. 384

**Approche historique du droit** p. 37

## B

**Beaumanoir** p. 124

**Beneficiary (d'un trust)** p. 203

**Beneficium** p. 91

**Bracton** p. 150

**Brauneder** p. 347

**Buckland** p. 159

**Bundle of rights** p. 168, 275

## C

**Censive** p. 107

**César** p. 43

**Cestui que uses** p. 195

### Choses (Sachen)

- droit allemand p. 362
- droit autrichien p. 342

**Choses in action** p. 172

### Code

- civil allemand p. 357
- civil autrichien p. 331

- civil suisse p. 416

- Napoléon p. 307

### Codification

- des cantons suisses p. 396
- neuständische Kodifikation p. 347
- notion générale p. 279

**Colonat** p. 79

### Common law

- histoire p. 142
- notion p. 138

### Communaux

- à la Révolution française p. 296
- droit autrichien p. 355
- droit suisse p. 424, 466
- droits des cantons suisses p. 412
- notions p. 234
- origines p. 236
- sous l'Ancien Régime p. 142

**Copyhold** p. 177

## D

**Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen** p. 293

**Déguerpissement** p. 107

**Dioclétien** p. 75

### Dominium

- Dominus p. 51
- notion p. 62

**Double domaine** p. 132

**Droit anglais, cf. common law**

**Droit objectif** p. 258

**Droit transitoire**

- principes généraux p. 428
- principes propres aux droits réels p. 435

**Droits abolis** p. 450

**Droits acquis** p. 15, 429

**Droits subjectifs**

- notion p. 25
- réels p. 28
- relatifs p. 27

**Dumoulin** p. 136

**Duns Scot** p. 264

## E

**Ecole**

- des glossateurs p. 120
- des postglossateurs p. 120
- historique du droit p. 357

**Emphytéose**

- droit français p. 320
- droit positif suisse p. 412
- droit romain p. 78

**Equity** p. 157

**Estates** p. 182

## F

**Fee**

- en général p. 178
- fee simple p. 178

**Féodalité** p. 93

**Feoffee to uses** p. 194

**Feoffor** p. 194

**Fidécimmis de famille**

- droit allemand p. 386
- droit autrichien p. 353
- droit suisse p. 457

**Fiducie**

- au Québec p. 490 et 517
- en général p. 477

**Fief** p. 105

**Franciscains (ordre religieux)**

- en Angleterre p. 193
- en Philosophie p. 264

**Freehold** p. 177

**Fustel de Coulanges** p. 43

## G

**Gaius** p. 54

**Garantie de la propriété**

- notion p. 12
- portée p. 16

**Grossi** p. 281

## H

**Huber** p. 396

**Humanisme** p. 258, 283

## I

**Immeubles**

- droit français p. 325
- droit médiéval p. 124

## J

**Johnston** p. 211

**Justinien** p. 50

## L

**Leasehold** p. 171

## M

**Maitland** p. 141

**Meubles**

- droit français p. 327
- droit médiéval p. 124

**N****Nominalisme** p. 258**O****Occam** p. 264**Oesterreich** p. 356**Overbeck** p. 480**Ownership** p. 167**P****Padovani** p. 268**Papinien** p. 142**Pomponius** p. 59**Powers** p. 188**Precaria** p. 92**Property**

- notion générale p. 167
- personal property p. 170
- real property p. 171

**Propriété**

- bonitaire/prétorienne p. 71
- droit allemand p. 361
- droit autrichien p. 338
- droit français p. 312
- droits des cantons suisses p. 407
- germanique p. 85
- pérégrine p. 70

**Propriétés simultanées** p. 118, 134**R****Res**

- corporalis p. 53
- in patrimonio/extra  
patrimonium p. 53
- incorporalis p. 54

**Retraits**

- féodaux p. 109
- lignagers p. 119

**S****Saisine**

- droit coutumier p. 99
- saisine-possession p. 129
- saisine-propriété p. 131

**Salman** p. 213**Seisin**

- notion p. 173

**Socage (free and common)** p. 180**Sociétés d'Allmends** p. 234**Sociétés pastorales** p. 43**Subjectivisation** p. 258**Superficies**

- droit romain p. 76
- droit suisse p. 452

**T****Tacite** p. 47**Tenures**

- droit anglais p. 177
- droit féodal p. 104

**Tierney** p. 261**Trustee** p. 203**Trusts**

- Convention de La Haye p. 480
- définitions p. 204
- droit international privé suisse  
p. 489
- histoire p. 192, 201

**U****Ulpian** p. 42, 50**Uses**

- histoire p. 192
- notion p. 194

**V**

**Vacarius** p. 150

**Vaine pâture**

- distinguée des communaux p. 235
- droit français p. 322
- droit médiéval p. 120
- droits primitifs p. 43

**Vernunftrecht** p. 284, 331

**Villey** p. 260

**W**

**Wakf** p. 214

**Wendell Holmes Jr.** p. 213

**Z**

**Zeiller** p. 331



## Lexique

*Ce bref lexique a pour seul but de faciliter la lecture de notre étude, sans toutefois avoir vocation à donner des définitions définitives quant aux notions juridiques énoncées ci-dessous. Au contraire, les définitions proposées sont subjectives (inspirées de passages de notre texte) et leur nombre a été limité volontairement à celles qui peuvent être utiles de manière transversale.*

**Alleux:** Terres qui ne sont pas entrées dans le système féodal ou qui en sont sorties.

**Approche objective du droit:** Conception d'un ordre juridique propre aux droits romain, anglais et à l'ancien droit continental qui consiste à appréhender le droit à partir de choses et de leurs utilités, autrement dit à partir d'un point d'observation neutre, externe à l'action.

**Approche subjective du droit:** Conception d'un ordre juridique propre aux droits continentaux codifiés, à laquelle le droit positif suisse se rattache, qui consiste à appréhender le droit à partir du sujet de droit et ses prérogatives en usant de la figure des droits subjectifs pour ordonnancer les normes.

**Censive:** Terres concédées à perpétuité à un concessionnaire, le censitaire, à charge pour lui de services non-nobles et de redevances en argent ou en nature en faveur du concessionnaire, le seigneur censier.

**Classification des biens:** Catégorisation par dialectique des différentes espèces d'objets appréhendés par un ordre juridique.

**Codification:** Processus législatif consistant à créer un nouveau corps de règles cohérent et ayant vocation à régir entièrement un domaine du droit à l'exclusion des anciennes sources du droit.

**Communaux:** Terme générique désignant une maîtrise foncière collective exercée par un groupe de personnes déterminées, lesquelles bénéficient des utilités qui en découlent.

**Droit des biens:** Domaine du droit ayant trait au régime juridique des choses, par opposition aux personnes.

**Droit objectif**: Ensemble des normes, règles de droit, qui considérées dans leur globalité forment un ordre juridique et rendent le droit en vigueur.

**Droit subjectif**: Faculté ou prérogative accordée à un sujet de droit par l'ordre juridique et qui permet à celui-ci d'imposer un certain comportement (passif ou actif) à un ou plusieurs sujets de droit.

**Droits absolus**: Droits subjectifs qui sont opposables à tout un chacun en vertu d'un lien particulier entre le titulaire et l'objet de son droit.

**Droits acquis**: Émanation de la garantie de la propriété qui tend à maintenir une situation préexistant à la modification de la loi à chaque fois que le titulaire du rapport de droit a placé, de manière justifiée, sa confiance dans la stabilité de l'ordre juridique.

**Droits réels restreints**: Droits subjectifs de même nature que le droit de propriété, mais qui n'offrent qu'une maîtrise partielle de la chose d'autrui.

**Droits relatifs**: Droits subjectifs qui s'inscrivent dans une relation particulière entre deux ou plusieurs sujets de droit et qui ne sont opposables qu'à des personnes déterminées ou du moins déterminables.

**Estates**: Fractionnement de l'usage d'une chose en fonction de l'étendue temporelle accordée.

**Fee simple**: Ensemble d'intérêts (*interests*) fragmentables constituant l'agrégation des intérêts économiques d'une chose à leur pleine valeur, soustrait, le cas échéant, d'autres *estates*.

**Fief**: Concession par un concédant, le seigneur féodal, d'une terre en faveur d'un concessionnaire, le vassal, à charge pour ce dernier de prêter foi et hommage au concédant, ainsi que d'effectuer des services nobles en faveur de celui-ci.

**Numerus clausus des droits réels**: Principe juridique reçu dans les ordres juridiques connaissant les droits subjectifs qui impose d'arrêter de manière exhaustive une typologie des droits réels dans la loi.

**Propriété (en droit positif suisse)**: Institution patrimoniale du droit privé caractérisée en la forme d'un droit subjectif de jouissance absolu dont l'objet est une chose corporelle qui se distingue de la personne du titulaire.

**Propriétés divisées**: Situations dans lesquelles il n'est pas possible de distinguer pour une chose un droit de propriété, respectivement des droits réels restreints, car l'institution observée ressortit à une approche objective du droit ne s'attachant qu'à distribuer les utilités de ladite chose.

**Propriétés simultanées**: Situations dans lesquelles deux (pleines) propriétés ont pour objet une même chose, telle que la propriété bonitaire.

**Retraits**: Forme de prérogative permettant de s'attribuer la maîtrise d'une chose de manière unilatérale et par préférence sur autrui.

**Saisine (en droit coutumier)**: Jouissance effective et légitime des facultés d'un bien considéré comme immeuble qui relève du fait et du droit.

**Tenures:** Maîtrise d'une chose accordée par un seigneur selon la division féodale du domaine.

**Trusts:** Institutions juridiques du droit anglais, dérivées des *uses*, qui permettent au titulaire du *legal title* (*settlor*) de se défaire de sa position et d'attribuer un bien, ou un patrimoine, à une deuxième (*trustee*) à charge pour lui de l'obligation fiduciaire opposable *erga omnes* d'interagir avec ce bien pour le bénéfice de la première ou d'une troisième personne (*beneficiary*).

**Uses:** Institutions juridiques du droit anglais qui permettent à une personne (*feoffor*) de transférer une tenure à une deuxième (*feoffee to uses*) au bénéfice de la première ou d'une troisième (*cestui que use*).

Cet ouvrage constitue une étude de droit privé des propriétés divisées, spécialement des *trusts*. L'approche uchronique choisie mêle l'histoire du droit et le droit comparé, ainsi que les mécanismes du droit international privé et du droit transitoire. Il en ressort une analyse raisonnée nouvelle des propriétés divisées existantes, fondée sur une perspective historique. L'étude met également en exergue l'opposition conceptuelle et philosophique qui existe entre les ordres juridiques codifiés romano-germaniques, d'une part, et le droit romain, le *common law* et l'ancien droit continental, d'autre part. Cela est nécessaire à la compréhension correcte des *trusts* et de leur nature, comme de toute autre forme de propriétés divisées.

L'ouvrage est divisé en trois parties. La première est consacrée aux grands systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne. La deuxième s'intéresse à la période des codifications. La troisième constitue la synthèse opérée par le droit suisse, savoir la rencontre entre les institutions objectives de l'ancien droit et du *common law* avec les institutions subjectives du Code civil suisse.

*William Barbey, Dr en droit, LL.M.*

ISBN 978-3-7190-4443-5

