

LA DOCTRINE ET LA PROPRIÉTÉ À LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME 1750-1789

PAR

Édith GÉRAUD-LLORCA

Professeur à l'Université d'Antilles-Guyane

Des diverses études sur la propriété dans les publications suscitées par la célébration du bicentenaire de la Révolution de 1789, il ressort, notamment, que le nouveau droit de propriété fut l'un des droits révolutionnaires effectivement appliqués et que sa subjectivisation dans les textes fondateurs - Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et Code civil de 1804 - reflète la conception de juristes héritiers de l'ancien droit¹.

L'allusion à une mutation radicale du droit de propriété dont la genèse serait à rechercher dans le passé monarchique évoque d'emblée le cheminement de la pensée juridique depuis le XVI^e siècle, en contradiction croissante avec le droit objectif, avec la rigidité du régime juridique des immeubles jusqu'à l'explosion révolutionnaire. La doctrine d'Ancien Régime est présentée, plus précisément, comme un agent du changement sous l'influence conjointe du droit romain et du droit naturel qui l'ont amenée à abandonner la conception de la propriété divisée et la théorie corrélatrice du double domai-

1. La propriété a surtout fait l'objet d'études ponctuelles figurant dans des ouvrages collectifs centrés sur des thèmes généraux ; quelques-unes portent sur certains de ses aspects avant la Révolution, la grande majorité s'attachant à ses aspects modernes. Toutefois deux monographies la concernant sont à signaler : *Propriété et Révolution*, textes réunis par Geneviève Koubi, Paris, C.N.R.S. ; Toulouse, Université de Toulouse I, 1990 et *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, Paris, A.D.E.F., 1991.

ne² dans la seconde moitié du XVIII^e siècle³ au nom du rationalisme juridique.

Cette analyse pertinente, faisant état de l'apparition d'une problématique de la propriété coutumière et de l'imagination créatrice de la doctrine, explicite, au demeurant, la gravité de la crise du système socio-économique, sa mise en jugement attestée par la convergence de critiques multiples aboutissant à un débat de société⁴ d'où se dégage le besoin de lois civiles en concordance avec l'évolution sociale certes, mais aussi celui de réformes dans un secteur du droit privé resté en retrait du processus d'unification des institutions privées. Ainsi, la conjoncture de la seconde moitié du XVIII^e siècle présente-t-elle certains traits spécifiques.

On n'est pas sans observer, encore en ce sens, que la doctrine constitue l'unique levier de l'évolution du droit et que son dynamisme contraste avec la passivité et le conformisme du milieu judiciaire⁵. L'isolement doctrinal, pour être un fait insigne, n'implique pas néanmoins l'existence d'une doctrine monolithique : les professeurs royaux de droit français, une composante somme toute récente de la corporation universitaire⁶ plutôt orientée vers la pédagogie, se révèlent les animateurs du mouvement qui, jusque là, procédait de la pratique juridique. C'est dire que ces "praticiens-enseignants" établis en

2. Sur ses origines voir Petot (P.), "Observations sur la théorie des tenures dans le droit français du moyen-âge", in *Recueils de la Société Jean Bodin*, III, *La tenure*, Bruxelles, Nouvelle Société d'Éditions, 1938, p. 131 et s.

3. En ce sens, entre autres : Arnaud (A.J.), *Les origines doctrinales du Code civil*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 65 et s. ; p. 179 et s. ; Zenati (Fr.), *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit objectif*, Thèse de Droit dactyl., Lyon, 1981, 2 vol., t. I, p. 287-310 ; Ourliac (P.) et Gazzaniga (J.L.), *Histoire du droit privé français de l'An Mil au Code civil*, Paris, A. Michel, 1985, p. 226 et s. ; Patault (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, p. 141 et s.

4. Faisant suite à une vaste bibliographie sur la crise agraire du XVIII^e siècle, voir les travaux de Beaur (G.), *Le marché foncier à la veille de la Révolution. Les mouvements de propriété baucerons de Maintenon et de Janville de 1761 à 1790*, Paris, Éditions des Hautes Études en Sciences Sociales, 1984, p. 11-13, 277-385, notamment à propos des données objectives et des enjeux sociaux. Dans les ouvrages autour du bicentenaire de la Révolution : Imbert (J.), "L'origine idéologique des principes de 1789", dans *Les principes de 1789*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 31 et s. sur "L'essor de la propriété". Sauvageon (J.), "Les cadres de la société rurale dans la Drôme à la fin de l'Ancien Régime : survivances communautaires, survivances féodales et régime seigneurial", dans *Aux origines provinciales de la Révolution. Bicentenaire de la Révolution française en Dauphiné*, présentation de M. Vovelle, Colloque de Vizille, 1988, P.U.F., 1990, p. 35 et s. Comby (J.), "L'impossible propriété absolue", in *Un droit inviolable et sacré. La propriété, op.cit.*, p. 15 et s. au sujet de "L'émergence du propriétaire". Beaur (G.), "L'accession à la propriété de 1789" dans *Un droit inviolable et sacré. La propriété..., op.cit.*, p. 22 et s.

5. Levy (J.P.), *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété - Les biens*, Paris, Les Cours de Droit, 1967-1968, p. 161, souligne que la doctrine ne jouit plus du soutien des tribunaux parce que les juges, seigneurs féodaux pour la plupart, bloquent l'évolution. Cette interprétation fait penser aux célèbres remontrances du Parlement de Paris des 2-4 mars 1776, plaider vigoureux en faveur du respect scrupuleux des principes sociaux traditionnels !

6. Leur institution procède de l'Édit de Saint-Germain d'avril 1679 qui prévoit en son article 14 un enseignement de droit français à côté des enseignements traditionnels de droit romain et de droit canonique (cf. *Recueil d'Isambert*, T. XIX, p. 199).

vue de promouvoir un droit national⁷ sont devenus plus théoriciens que praticiens⁸. Évolution fort compréhensible si l'on considère que leur mission consistant à donner une représentation globale, ordonnée du droit privé, ils devaient nécessairement être appelés à prendre conscience de la fragmentation géographique et sociale du droit coutumier. Aussi bien sont-ils connus essentiellement pour leur contribution à l'œuvre d'unification du système juridique⁹ déjà amorcée avant leur établissement. Unificateurs du droit, les professeurs de droit français sont par là-même des vulgarisateurs du droit¹⁰ et, en conséquence, enclins à réprouver les institutions féodales et les privilèges¹¹. On n'est donc pas étonné de les voir s'intéresser pour diverses raisons à la propriété coutumière. S'ils se trouvent impliqués dans le processus complexe de déstabilisation de l'organisation foncière historique servant d'assise matérielle à la société d'ordres, c'est dans la perspective doctrinale classique de la régulation du droit des biens qui appelle à restreindre la sphère d'application du droit féodal, à atténuer le particularisme de ses règles sous l'égide du droit romain tenu par la tradition doctrinale pour la raison écrite, la raison devant s'entendre comme la marque, de plus en plus perceptible aux abords de la Révolution, de l'attachement au droit naturel moderne¹².

Au reste, le résultat d'efforts doctrinaux pluriséculaires pour corriger le droit coutumier¹³ se traduit au siècle des Lumières par la déformation de la théorie du double domaine qui n'est plus qu'une construction déséquilibrée ; cette autre donnée objective importante, qui s'appréhende concrètement comme l'inversion des droits respectifs du seigneur et du tenancier sur la terre

7. Chene (Ch.), *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, Droz, 1982, p. 3. Portemer (J.), "La politique royale de l'enseignement du droit en France au XVIII^e siècle. Les survivances dans le régime moderne", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1988, n° 7, p. 21.

8. Chene (Ch.), *L'enseignement du droit français*, *op.cit.*, p. 7.

9. Olivier-Martin (Fr.), "Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil" in *Mélanges juridiques dédiés à M. Le Professeur Sugiyama*, Tokyo, Association japonaise des juristes de langue française, Maison franco-japonaise, 1940, p. 263-281. Également Chene (Ch.), *L'enseignement du droit français...*, *op.cit.*, p. 289 ; Portemer (J.), *La politique royale de l'enseignement du droit...*, *op.cit.*, p. 24 et s.

10. Imbert (J.), *Histoire du droit privé*, Paris, P.U.F., 1966, coll. "Que sais-je ?", n° 408, p. 71, donnant l'exemple de Pothier ; Chêne (Ch.), *L'enseignement du droit français...*, *op.cit.*, p. 5, dans un sens général.

11. *Ibid.*

12. Arnaud (A. J.), *Les origines doctrinales du Code civil...*, *op.cit.*, p. 100 ; également Beigner (B.), "Portalès et le droit naturel dans le Code civil", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, 1988, n° 6, p. 82, analysant les idées prédominantes chez les juristes de l'ancien droit. Sur leur expression révolutionnaire : Gauthier (Fl.), "L'idée générale de propriété dans la philosophie du droit naturel et la contradiction entre liberté politique et liberté économique 1789-1795", dans *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, C.N.R.S., Université d'Orléans, P.U.F., 1988, 2 vol., T. I, p. 161 s.

13. Levy (J. Ph.), *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété...*, *op.cit.*, p. 10 ;

12. Renoux-Zagamé (M. Fr.), in *Le Dictionnaire du Grand Siècle*, sous la direction de Fr. Bluche, Paris, Fayard, 1990, v° "Propriété", p. 1264, à propos de la méthodologie appliquée au XVIII^e siècle.

à l'avantage de ce dernier, introduit le dilemme de départager des droits rivaux, c'est-à-dire de prononcer sur le véritable propriétaire en fonction des catégories romaines¹⁴. L'état des choses contemporain explique donc le travail doctrinal de reconstitution du domaine indivisible dans les dernières décennies de l'Ancien régime.

Les conditions d'élaboration du droit de propriété moderne, elles-mêmes, ne paraissent pas non plus dénuées d'originalité dans la mesure où elles révèlent un renouvellement méthodologique influencé par les idées du temps. Au rôle technique capital du droit romain, mode de raisonnement préférentiel chez les juristes savants, s'adjoint la méthode axiomatique propre à dégager des règles simples, logiques, à partir de postulats ou de notions générales qui permettent d'homogénéiser et de glisser sur les points qui séparent¹⁵. A côté de ce procédé en expansion à mesure que progresse le jusnaturalisme, le genre historique réussit à se maintenir en bonne position. Toujours très prisé, il acquiert même une qualité nouvelle : le large emploi qui en est fait par la doctrine ne tient plus tant à sa valeur justificative traditionnelle qu'à la valeur explicative inédite qui lui est attribuée. Par le biais de ces divers procédés méthodologiques, éprouvé pour l'un, modernes ou modernisés pour les autres, la doctrine répudie l'amorphisme, la complexité et l'irrationalité de la propriété coutumière ; à des types hybrides est substituée la vision d'une catégorie juridique univoque - I -. Toutes choses égales, les monopoles seigneuriaux à raison de la terre, considérés de longue date en doctrine comme les symboles de l'asservissement de la propriété, voire du tenancier, et par suite critiqués¹⁶, n'échappent pas plus au réformisme doctrinal qu'aux attaques des contemporains¹⁷ ; ils sont trop intimement liés au système des tenures, en effet, pour n'être pas des obstacles à la perfection de la propriété¹⁸ en s'opposant à son indépendance - II -.

I. - LE THEME DOCTRINAL DE L'UNITE DE LA PROPRIETE

Le dépérissement de maintes règles coutumières au long du XVIII^e siècle s'observe de toutes parts ; moins spectaculaire dans les régions méridio-

14. Piret (A.), *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1937, p. 58-61.

15. Portemer (J.), *La politique royale de l'enseignement...*, *op.cit.*, p. 26, donnant Pothier comme exemple.

16. Ourliac (P.) et Gazzaniga (J.L.), *Histoire du droit privé...*, *op.cit.*, p. 226, rapportent que Du Moulin qualifiait les droits fiscaux qu'ils comportent de "*servitudes lourdes, odieuses, pour ne pas dire sordides*".

17. On pense surtout au fameux pamphlet de François Boncerf, *Les inconveniens des droits féodaux*, Paris, chez Valade Libraire, 1776, qui a suscité la violente riposte du Parlement de Paris avec ses remontrances également célèbres des 2-4 mars 1776 précitées.

18. Levy (J.Ph.), *Histoire de la propriété*, Paris, P.U.F., 1972, coll. "Que sais-je ?", n° 36, p. 61, souligne que la propriété individualiste et la libération du sol ont dominé la question de la propriété en France à l'époque moderne.

nales où la résistance à la féodalité a toujours été plus forte qu'ailleurs¹⁹, il résulte des pratiques sociales qui ont fait tomber ainsi en désuétude des pans du droit²⁰. Pourtant, malgré l'altération de ses traits primitifs, la tenure ne souffre pas la comparaison avec la propriété allodiale dont la rareté²¹ explique qu'elle demeure synonyme de statut idéal. Le rapprochement vers cette propriété quasiment mythique ne se rencontre, à vrai dire, que dans l'abondante littérature sur la propriété immobilière, manifestant l'intérêt doctrinal pour cette question y compris l'élément traditionaliste²².

Si le discours juridique est en porte-à-faux avec le droit officiel, cela vient de ce que la doctrine établit une médiation étroite entre le tenancier et la terre, un rapport privatif entre lui et le bien, dans la mesure où ses analyses sont fondées sur les avantages réels de la propriété dont bénéficierait, en principe, le titulaire du domaine utile. Le réalisme juridique apparaît ainsi guider une réflexion orientée vers la conception de la propriété exclusive, individuelle²³. Le critère de l'utilité, considéré comme fondamental, est appliqué aux situations concrètes pour en tirer des conséquences logiques, de sorte que dans un premier temps un progrès théorique décisif est enregistré par l'idéologie unitaire (A). Son influence, sa propagation en doctrine est ensuite discernable non seulement à travers l'essor des vues abstraites et universalisantes, mais encore dans la manière de situer le droit coutumier comme en décalage, en quelque sorte, parce qu'il est affecté de traits spécifiques (B).

A) L'affirmation de l'esprit généraliste

Son émergence dans la décennie 1770 est dans le droit fil du jusnaturalisme qui postule le droit de l'individu à l'appropriation des choses. Les

19. Mélanges P. Ourliac, *Etudes d'histoire du droit médiéval*, Paris, Picard, 1979, p. 311-327.

20. L'exemple de la décadence générale du régime de l'ensaisinement paralysé ou dénaturé dans le Nord de la France et remplacé par le simple consentement dans le Midi et même dans le Centre, est étudié par Besnier (R.), "Le transfert de la propriété dans les pays de nantissement à la fin de l'Ancien Régime", in *Mélanges Raymond Monier*, Paris, Montchrestien ; Lille, Giard, 1958, p. 193-200.

21. Souligné par Arnaud (A.J.), *Les origines doctrinales du Code Civil...*, *op.cit.*, p. 173. Dans le même sens mais pour indiquer sa présence en Dauphiné, Chianea (G.), "La spécificité du droit dauphinois à la fin de l'Ancien régime, dans *Liber Amicorum. Hommage au doyen Gérard Chauvet*, Valence, Impr. Ceas et Faculté Libre de droit, 1990, p. 55 et s. Également Patault (A.M.), *Introduction historique au droit des biens...*, *op.cit.*, p. 55. Pour notre part, nous avons noté l'ambiguïté de la propriété antillaise tenue en franc-alleu d'après la législation royale mais néanmoins soumise par l'Etat au régime de la concession dans notre article "La coutume de Paris outre-mer : l'habitation antillaise", *Revue Historique de Droit Français et étranger*, 1982, vol. 60, p. 208-211.

22. Relevé par Piret (A.), *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale...*, *op.cit.*, p. 65.

23. Ourliac (P.) et Malafosse (J. de), *Histoire du droit privé. 2. Les biens*, Paris, P.U.F., 1971, p. 168. Patault (A.M.), *Introduction historique au droit des biens...*, *op.cit.*, p. 136 et s.

romanistes du passé, polarisés sur le rôle juridique de la terre, se sont efforcés de restructurer la propriété coutumière en recourant aux notions et concepts romains ; une avancée doctrinale considérable fut la “découverte” du droit réel synonyme de maîtrise foncière matérielle, unilatérale²⁴, qui a mis en évidence la complexité de la propriété historique conjuguant paradoxalement aspect réel et aspect obligatoire²⁵.

La réaction contre cet état insatisfaisant du droit se produit dans l'avancement du XVIII^e siècle. L'influence grandissante du droit naturel²⁶, qui conduit à tout concevoir en termes de prérogatives de l'individu, rend compte que la propriété comprise comme l'archétype du droit réel affleure dans le champ conceptuel. En réunissant les attributs de la propriété romaine dans le domaine utile, la doctrine jusnaturaliste en arrive à conférer un ensemble de pouvoirs juridiques au tenancier faisant que le domaine direct du seigneur devient un simple droit sur la chose d'autrui, une servitude²⁷. Pour en arriver à déclarer que la propriété authentique est le domaine utile, la doctrine a suivi une double démarche.

L'une classique, conforme à la tradition, consiste à interpréter le droit, à le définir, à essayer de l'infléchir. Dans cette perspective, il apparaît que les analyses de la propriété coutumière tendent simultanément à défendre les droits acquis du tenancier et à chercher à les accroître. Elles se ressentent souvent comme de pseudo démonstrations, la conclusion invariable étant que les droits du tenancier sur la terre sont tout puissants, opposables *erga omnes*, tandis que ceux du seigneur sont moins efficaces en ne lui conférant qu'un pouvoir limité sur le fonds. La différenciation implicite des droits réels en fonction du nombre des actes qui s'y rattachent et de leur nature variable, ceci afin de fortifier le droit du tenancier, en vue de lui assurer l'universalité des pouvoirs concevables sur l'immeuble, s'observe nettement dans le cas de la tenure de droit commun, la censive, dont le fondement est un contrat réel²⁸. Ainsi, les auteurs des pays de droit écrit se retranchent toujours derrière la romanité pour rehausser le tenure roturière, l'emphythéose²⁹. Par exemple, Boutaric, professeur de droit français à l'Université de Toulouse, s'étend avec

24. Sur ce point voir Villey (M.), “Notes sur le concept de propriété” dans *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 193 et s. Patault (A.M.), *Introduction historique au droit des biens...*, *op.cit.*, p. 148.

25. *Ibid.*, p. 134.

26. L'invocation expresse du droit naturel est notée par Hudault (J.), “Du jeu de fief à la propriété romaine : une critique précoce de la propriété féodale devant le Parlement de Paris (1751)”, extrait de la *Collection des travaux de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille*, 1977, p. 1 ; 17 et s. Cet article a trait à un procès plaidé par G.J.B. Target, le futur président de la Constituante.

27. Ourliac (P.) et Malafosse (J. de), *Histoire du droit privé. 2. Les biens...*, *op.cit.*, p. 169.

28. Esmein (A.), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1892, p. 211, a insisté sur ce point et les auteurs postérieurs font de même.

29. Sur le régime juridique de l'emphythéose et son évolution vers la propriété moderne, Aubenas (R.), *Cours d'histoire du droit privé*, T. IV, *Autour de la propriété foncière (Moyen-Age et Ancien Régime)*, Aix-en-Provence, La Pensée universitaire, s.d., p. 106 et s.

complaisance sur le contrat emphythéotique qui implique *la pleine propriété du fonds*, ce qui signifie *le posséder allodialement et indépendamment de toute seigneurie directe*³⁰. Pareillement, son homologue provençal, Julien, place le droit réel de propriété hors de toute atteinte en assurant : *C'est une règle générale que chacun a la liberté de faire dans son propre fonds ce qui lui plaît si le fonds n'est sujet à aucune servitude*³¹, étant entendu que l'emphythéose va de pair avec *un fonds roturier et allodial*³². L'apologie d'une propriété quasiment franche, d'une propriété qui serait en dehors de la féodalité, est également de mise en Dauphiné où, en vertu d'une doctrine locale ancienne professée par Denis de Salvaing, l'emphythéose romaine excluerait toute forme féodale ; en dépit de pratiques contradictoires, la doctrine dauphinoise ne cherche, elle aussi, qu'à affermir les pouvoirs du tenancier sur la tenure, en priorité le pouvoir d'utiliser seul la chose faisant l'objet de son droit puisqu'elle le constitue titulaire d'un droit de disposition total³³. L'idée des juriconsultes de droit écrit que l'appréhension corporelle est le signe de la propriété, que la propriété est un bien, un bien patrimonial, émise en milieu romanisant dénote bien la force de l'individualisme agraire dans les parties méridionales du royaume. Sa transcription dans la formule de l'emphythéose que les auteurs s'évertuent à romaniser se marque surtout dans le glissement significatif de la pensée faisant que le *jus in re* est conçu comme un droit sur la chose et non point un droit dans la chose.

Une formulation plus nette de la propriété moderne, entre l'interprétation du droit et la détermination du droit, se rencontre chez des auteurs axés sur la pratique. Ainsi, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique...* qui paraît en 1769, Claude-Joseph de Ferrière, *doyen des docteurs-régens de la Faculté des droits de Paris et ancien avocat en Parlement*, pose que *domaine signifie la propriété d'un bien qui nous appartient et dont nous avons acquis le droit de propriété à juste titre et que le domaine direct est un droit de supériorité sur un fonds... que le propriétaire d'un héritage s'est réservé dans l'aliénation d'une partie de sa terre, soit à titre de fief ou d'emphythéose, ou de cens ou censives*³⁴. L'ouvrage similaire de Denisart, édité deux ans plus tard, comporte une définition synthétique de la propriété ; on y lit : *La propriété, en termes de droit, signifie le fonds, le domaine, la seigneurie de quelque chose dont on est maître absolu, qu'on peut vendre, engager, et dont on peut disposer à son gré*. Et Denisart d'ajouter aussitôt *la propriété person-*

30. Boutaric (François de), *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, Nouv. éd., corrigée et considérablement augmentée par M.... Avocat au Parlement de Toulouse, Nîmes, Grande père, fils et Compagnie Libraires, 1781, p. 429.

31. Julien (J.J.), *Elémens de jurisprudence selon les loix romaines et celles du royaume*, Aix-en-Provence, Antoine David, 1785, p. 152.

32. *Idem.*, *Nouveau commentaire des statuts de Provence*, Aix-en-Provence, chez David, 1778, 2 vol., T. I, p. 313.

33. Chianea (G.), *La condition juridique des terres en Dauphiné au XVIII^e siècle. 1700-1789*, Paris, La Haye, Mouton, 1969, p. 116 et s.

34. Ferrière (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratiques...*, nouv. éd. par M. (Boucher d'Argis), Paris, Brunet, 1769, 2 vol., T. I, p. 467.

nelle est le seul droit primitif et la seule loi primordiale dont émanent les autres loix. Voyez le traité de l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques p. 448³⁵. Jusnaturaliste avoué, Denisart explique aussi que le domaine se compose de biens propres, patrimoniaux ; tels les héritages, les rentes..., qu'il est quelquefois un droit seigneurial sans propriété ; et, sans doute pour être certain d'être bien compris, il ajoute qu'en matière de seigneurie... le domaine direct est le seul titre du domaine³⁶. La quête des éléments caractéristiques de la propriété romaine au sein du système coutumier à laquelle se livrent ces auteurs, dans le but de prouver que la propriété est indiscutablement attachée au droit réel du tenancier, ne spécifie pas tant le réformisme doctrinal que la référence à des principes. Cette attitude, typique des jusnaturalistes, rend compte de ce que, tout en ayant conscience des services que le droit romain leur rend, ils visent à convaincre en procédant par des affirmations n'admettant pas le doute.

L'adoption d'une démarche prospective permettant de repenser le droit, de le recréer, est particulièrement remarquable chez Robert-Joseph Pothier³⁷ dont l'œuvre scientifique conserve une allure plutôt classique jusqu'à son *Traité du droit de domaine de propriété* rédigé à la fin de sa vie³⁸. L'ouvrage livre une synthèse de la matière et contient une théorie générale de la propriété³⁹ que le titre laissait présager. La terminologie du professeur de droit français, loin d'être négligeable, laisse voir sa distanciation délibérée avec le droit coutumier dont le vocabulaire est souvent fluctuant, vague, pour être la projection de déterminismes sociaux⁴⁰. Aussi bien, un apport essentiel du traité consiste-t-il dans la distinction du domaine de propriété et du domaine de supériorité correspondant à un reclassement des droits des parties au contrat féodal ébauché peu auparavant par Claude-Joseph de Ferrière. Le droit de domaine de propriété conféré par Pothier au tenancier signifie la consécration de la propriété individuelle.

Elle est présentée comme la principale espèce de *jus in re*, toutes les autres espèces de droits réels n'étant au regard du juriconsulte que des éma-

35. Denisart (Jean-Baptiste), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 7^e éd., Paris, Veuve Dessaint, 1771, 4 vol., T. IV, p. 63.

36. *Ibid.*, p. 134.

37. Une notice sur Pothier se trouve en tête de l'ouvrage de Piret (A.), *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale...*, *op.cit.*, p. 3-11.

38. Tome IV des *Traité sur les différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de la jurisprudence française* ; par M. Pothier, Conseiller au Présidial d'Orléans, Professeur de droit français en L'Université de la même ville, seconde éd., Paris, Debure l'Aîné ; Orléans chez J.M. Rouzeau, 1781.

39. Relevé par Arnaud (A.J.), *Les origines doctrinales du Code civil...*, *op.cit.*, p. 186.

40. L'aspect sémantique des vocables domaine et propriété ainsi que leur évolution ont retenu l'attention de Sicard (G.), "Le droit de propriété avant l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", dans *Propriété et révolution...*, *op.cit.*, p. 18 et s.

nations ou bien *comme des démembrements*⁴¹. Parmi ceux-ci il range *les droits du domaine de supériorité*, c'est-à-dire le domaine direct, attachés à la seigneurie féodale ou censuelle. Afin d'appuyer son argumentation, Pothier recourt exceptionnellement à la méthode historique, à laquelle il prête valeur explicative, en exposant que jadis les seigneurs ont aliéné le domaine utile en sorte qu'ils n'ont plus que le droit de se faire reconnaître comme seigneurs par les propriétaires des héritages tenus d'eux ; les seigneurs, assure Pothier, sont propriétaires de leur droit de seigneurie⁴². On voit par là que son raisonnement adhère à la mentalité contemporaine qui reconnaît au concessionnaire la qualité de propriétaire. Sa position, en définitive, reflète la situation pré-révolutionnaire où se trouve la société.

Le bouleversement de la hiérarchie entre les deux domaines faisant que les contractants conservent tous deux le *dominium* mais qu'un seul a le *dominium proprietatis* grâce à une subtilité de langage, l'exclusion du domaine direct de la propriété, rendent nécessairement la théorie du double domaine obsolète, périmée. Le *Traité du droit de domaine de propriété* marque son abandon en doctrine⁴³ que corrobore l'énoncé d'une définition univoque et subjectiviste⁴⁴ de la propriété. Pothier définit le domaine de propriété, en effet, comme le *droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres. Ce droit de propriété par rapport à ses effets doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose sans donner néanmoins atteinte aux droits d'autrui ni aux lois : Jus de re libera disponendi ou jus utendi et abutendi*⁴⁵. Cette définition, véritable anticipation de l'article 544 du Code civil, qui fait de la propriété immobilière un faisceau de droits réels, qui la réifie, méconnaît l'éclatement de l'appropriation du sol propre à la féodalité. La simplification radicale du système foncier dont il est ouvertement question paraît bien devenir un sujet de réflexion dominant en doctrine à juger de la résonance et de l'amplitude qu'il acquiert.

41. *Traité du droit de domaine de propriété...*, *op.cit.*, chap. préliminaire, 2, p. 343. Le concept de démembrement a fait l'objet d'une analyse approfondie par Chenon (E.), *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1923, chap. Ier, *Droit ancien*, p. 15 et Filhol (R.), "Propriété absolue et démembrements de la propriété dans l'ancien droit", in *Etudes de droit contemporain* (Nouvelle série), Travaux et Recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, XXII, Paris, Cujas, 1963, p. 42, qualifie les démembrements de *limitations qualitatives* et relève les tendances à l'absolu, p. 44 et s.

42. *Traité du droit de domaine de propriété...*, *op.cit.*, chap. premier, p. 344.

43. Souligné par Zenati (Fr.), *Essai sur la nature juridique de la propriété...*, *op.cit.*, T. I, p. 293 et s.

44. Sur ce point voir Villey (M.), "Les origines de la notion de droit subjectif", Paris, Recueil Sirey, 1953-54, *Archives de Philosophie du Droit*, Nouvelle série, p. 163-187, analysant les diverses composantes du droit. Dans le prolongement et sur ses incidences historiques, Atias (Ch.), "La propriété foncière : une tradition libérale à inventer", in *Un droit inviolable et sacré. La propriété...*, *op.cit.*, p. 120 et s.

45. *Traité du droit de domaine de propriété...*, *op.cit.*, chap. I, 4, p. 345.

B) La diffusion de l'esprit généraliste

Elle s'apprécie aux réactions doctrinales que suscitent les diverses expressions du pluralisme juridique qui caractérise le droit immobilier ; de sorte que la logique unitaire se développe dans le sens de l'uniformité. Ainsi se comprend la conviction doctrinale d'une parenté certaine entre les différentes propriétés en vertu du principe selon lequel les utilités sont en vérité les attributs de la propriété. On peut en trouver la preuve dans la multiplication des proclamations du monopole juridique du propriétaire ainsi que dans le regain d'attention envers une catégorie de propriété, le fief, la propriété féodale par excellence⁴⁶.

Il ne semble pas excessif de voir l'expansion du réalisme juridique dans le succès que remporte en doctrine la vision de la propriété moderne donnée par Pothier ou encore Denisart. Leur définition figure dans bien des oeuvres doctrinales, et non des moindres, contribuant ainsi à répandre la conception néo-romaine, subjectiviste de l'institution. Entre autres ouvrages, elle est reproduite dans la réédition de 1780 du traité de Prévot de la Jannès, ce professeur de droit français qui a précédé Pothier à l'Université d'Orléans. L'influence patente du droit naturel qui colore l' "Avertissement" laisse place à celle, tout aussi visible, du droit romain car c'est au titre des actions réelles que, parmi les développements, se trouve insérée la définition de Pothier ; le commentaire qui l'accompagne présente la propriété comme le droit réel parfait, surpassant les autres droits réels tels l'hypothèque ou les servitudes⁴⁷. Aussi probants de la prégnance du réalisme juridique apparaissent ces monuments du droit que sont le *Répertoire* de Guyot et l'*Encyclopédie méthodique de jurisprudence*, destinés à la plus large audience, parus au long de la décennie 1780.

Les articles "Domaine" et "Propriété" du *Répertoire* de Guyot s'alignent exactement sur les analyses de Pothier ; le premier porte que le domaine direct *ne consiste qu'en une espèce de propriété honorifique*⁴⁸ et la définition de la propriété dans le second est copiée sur le *Traité du droit de domaine de*

46. Martin (O.), *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, Leroux, 1922, 2 vol., T. I, p. 216, indique que les fiefs et les censives se sont opposés toujours plus nettement, une dignité particulière étant reconnue au fief.

47. Prévot de la Jannès, *Les principes de la jurisprudence française exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Paris, Barrois, 1780, 2 vol., T. I, p. 30 et s. On observe qu'à la même époque le domaine direct est défini comme un *droit de supériorité sur un fonds... une espèce de propriété honorifique* par Bosquet dans son *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, nouv. éd., Paris, chez les Libraires associés, 1782, 2 vol. T. I, p. 445.

48. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* ; ouvrage de plusieurs juristes mis en ordre publié par M. Guyot, écuyer, ancien magistrat, Paris, Visse, 1784-1786, 17 vol. ; T. VI, 1784, p. 59 et s. Les rédacteurs de ces articles ne sont pas nommés.

propriété⁴⁹. On retient également que le droit naturel fait l'objet d'un article⁵⁰. L'*Encyclopédie méthodique de jurisprudence* est encore plus prolixe sur le sujet de la propriété qui révèle le cheminement des idées révolutionnaires : au tome VII paru en 1787 figure d'abord une définition politique de l'institution ; c'est le droit que chacun des individus dont une société civile est composée a sur les biens qu'il a acquis légitimement, définition dont on peut déduire l'énonciation du droit à la propriété⁵¹. Dans le prolongement direct vient la définition juridique ; en vertu de ce droit, est-il déclaré, le propriétaire peut disposer comme il lui plaît de sa chose. Il peut en changer les formes, la vendre, la donner, la détruire, etc. pourvu toutefois qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui⁵² ; et il va de soi que "le domaine ou propriété" ne peut être confondu avec le domaine direct qui n'est qu'une espèce de supériorité⁵³. Le point de vue philosophique est introduit en conclusion avec la question de savoir si la propriété est de droit naturel ; la réponse affirmative à cette interrogation primordiale est appuyée par l'argument selon lequel le droit naturel est ce que la droite raison conseille d'établir pour l'avantage de la société humaine en général⁵⁴. À l'heure de la Révolution, il est aussi évident pour le professeur royal de droit français D'Olivier que dans un Etat civilisé toutes les choses peuvent être sujettes à un droit exclusif de propriété exceptées celles qui sont communes à tous les hommes comme l'eau des mers, des fleuves et rivières, les chemins et les lieux publics⁵⁵. Il ne fait pas de doute non plus en doctrine que la notion moderne de propriété s'applique le mieux à la censive.

Les derniers feudistes⁵⁶, c'est-à-dire Preudhomme, Hervé et Henrion de Pansey, tous techniciens du droit par leur profession d'avocat au Parlement, fondent l'opinion commune, en quelque sorte, en adhérant à la conception romanisante de la propriété roturière. Le premier d'entre eux, qu'on ne peut pourtant pas suspecter d'indulgence envers le censitaire, admet

49. *Ibid.*, T. XIV, 1785, p. 51 et s.

50. *Ibid.*, T. IV, 1784, p. 496-523. L'article est de Garran de Coulon, avocat au Parlement.

51. *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*. Dédiée à Monseigneur Hue de Miromesnil, garde des Sceaux de France, Paris, Panckouke ; Liège Plomteux, 1782-1791, 10 vol., T. VII, 1787, p. 46 et s. L'article n'est pas signé. On retrouve cette définition dans *L'Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des arts et métiers...* V^o Propriété (Droit naturel et politique), t. XIII, p. 491 et l'article encore n'est pas signé. La discussion sur le droit à la propriété soulevée par le discours philosophique et par la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 est reprise par Poumarède (J.), "De la difficulté de penser la propriété (1789-1793)", dans *Propriété et Révolution...*, *op.cit.*, p. 27 et s. Sur le rebondissement de la discussion voir, entre autres, Luchaire (Fr.), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 265 et s. à propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, T. III, 1783, p. 774.

54. *Ibid.*, T. VII, 1787, p. 47 et s.

55. D'Olivier (Gabriel Jean de Dieu), *De la réforme des lois civiles*, Paris, Mérigot et Nyon, 1786, 2 vol., T. I, *Du droit de propriété*, p. 280 et s.

56. Les diverses acceptions du terme au XVIII^e siècle sont précisées par Levy (J.Ph.), *Histoire de la propriété...*, *op.cit.*, p. 65 et Bastier (J.), *La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse (1780-1790)*, Paris, Bibliothèque Nationale, 1975, p. 64 et s.

que le droit de propriété réside bien dans sa personne *comme le véritable maître de l'héritage*⁵⁷. Selon Hervé, le contrat de cens transfère la pleine propriété ; il explique que cela résulte de l'existence d'un contrat réel et il prétend que son opinion est conforme à celle de Du Moulin⁵⁸. Quant à Henrion de Pansey, il écrit en 1789 dans ses *Dissertations féodales* : *En général le censitaire peut disposer à son gré du fonds censuel, il peut y bâtir, renverser les édifices qui y sont construits, en extraire les minéraux qui y sont renfermés, en faire des promenades, convertir les étangs en terres labourables et les terres labourables en étangs ; il a la propriété absolue du domaine utile et il peut en user comme il juge à propos*⁵⁹. Si la situation du censitaire et de la censive sont clarifiées, en théorie, l'assimilation du fief, en revanche, fait difficulté. Son inaptitude à se plier à un ordre cohérent, rationnel, est rendue par la gêne des auteurs face à cette propriété indéfinissable, engluée dans un droit vétuste.

L'identification du fief à un type de propriété anachronique, secondaire, se manifeste, notamment, par la mise à l'honneur à son endroit de la méthode historique explicable à divers titres. Elle sacrifie, d'une part, au goût persistant pour l'érudition⁶⁰. L'étalement qui en est fait en citant de nombreuses opinions anciennes, beaucoup d'arrêts remontant à plusieurs siècles, en faisant état d'infimes usages locaux, constitue un rituel tendant à préserver le prestige de la doctrine. D'autre part, le fief et la partie du droit féodal qu'il inclut ont une opacité qui ne semble pouvoir être dissipée qu'en ressuscitant l'environnement historique. En tant que donnée juridique et institutionnelle, la propriété seigneuriale présente donc un degré élevé d'empirisme et de complexité.

Ainsi, les auteurs retiennent l'approximation attachée au mot fief, son utilisation dans les sens les plus divers ; ils constatent qu'il peut désigner la terre inféodée mais aussi spécifier les liens du seigneur et du vassal⁶¹, être

57. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs sur les biens possédés en roture ; avec l'application des coutumes, des décisions du Conseil et des Arrêts de la Cour ; la manière d'intenter les actions qui ont rapport à cette matière et d'y défendre : le tout suivant le Droit commun et la Jurisprudence actuelle*, Paris, chez Froullé, 1781, p. 18.

58. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles où l'on développe la chaîne de ces matières dans un ordre et sous un aspect qui en facilitent l'intelligence, y répandent de nouvelles lumières et mènent à des définitions neuves des contrats de fief et de cens*, Paris, Knappen, 1785-1788, 8 vol., T. III, 1785, p. 57 et s.

59. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, Paris, Barrois, 1789, 2 vol., T. I, p. 285. La mention un peu inattendue des promenades illustrant peut-être la liberté du propriétaire peut également se rapporter aux vues physiocratiques. Elle n'est pas sans évoquer, en effet, les discussions contemporaines sur l'agriculture auxquelles se mêlent des juristes : par exemple, dans l'opuscule de Longuet, *L'impôt territorial ou la dixme royale avec tous ses avantages*, Londres, 1787, p. 95, est condamnée l'utilisation des sols, seule source de richesse, à des fins autres que la production.

60. En ce sens, Martinage-Baranger (R.), *Bourjon et le Code civil*, Paris, Klincksieck, 1971, p. 30.

61. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France*, Paris, Nicolas Leclerc, 1739, 2 vol., T. I, p. 3. Prevot de la Jannès, *Les principes de la jurisprudence française*, op. cit., T. I, p. 225.

appliqué à la concession, à la manière dont l'héritage est tenu, à l'héritage lui-même, c'est-à-dire au fief servant, ou encore au droit de seigneurie retenue qui concerne le fief dominant, ou le cas échéant au fief en l'air⁶², sans compter la distinction du fief noble et du fief roturier. De surcroît, la prodigieuse efflorescence du fief, qui frappe les auteurs, achève le brouillage de l'institution et motive l'insertion dans les ouvrages d'une nomenclature des fiefs, travail descriptif, ingrat, remplissant maintes pages. La signification floue, compréhensive du fief, contradictoire à la tendance contemporaine à la clarification, à l'ordre, inspire des remarques désabusées sur le droit des fiefs. La matière est pour le moins jugée très vaste et très difficile⁶³. La critique perce dans ces considérations : *De toutes les parties de la jurisprudence, celle-ci est la plus étendue et la plus obscure*, étant précisé que ces défauts alimentent les divergences des auteurs, des opinions, et des raisonnements qui *sont propres à décourager ceux qui veulent approfondir la législation et la jurisprudence féodale*⁶⁴. L'historicisme ambiant⁶⁵ est illustré par la relation détaillée du "système du Président Montesquieu" et de celui de l'Abbé de Mably⁶⁶, deux tentatives d'explication du phénomène féodal offertes à la curiosité du public, leur grand mérite étant surtout de montrer que de longue date *toutes les terres du royaume sont enchaînées les unes aux autres par les liens de la féodalité*⁶⁷.

Un problème des plus ardues posé à la doctrine est celui de la définition du fief, sachant qu'elle dispose d'au moins onze définitions différentes⁶⁸ qui soulignent derechef la densité de l'institution, même si celle de Du Moulin, datant de deux cents ans, tend à les éclipser en faisant toujours figure d'actualité par la faveur dont elle jouit, ce qui témoigne de la haute considération attachée à l'oeuvre du grand jurisconsulte et légiste de la Renaissance⁶⁹. Sous

62. *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans et ressorts d'iceux...*, par M. Pothier, conseiller au Présidial d'Orléans. Nouv. éd., Paris, Debure l'aîné, Orléans chez la Veuve Rouzeau-Montant, 1780, Titre 1er, *Des Fiefs*, p. 61.

63. Ferrière (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique...*, *op.cit.*, T. I, p. 603.

64. *Répertoire de Guyot...*, *op.cit.*, v° Fief, T. VII, 1784, p. 364 (l'article est de M. l'abbé Remy, avocat au Parlement avec une addition de M. Garran de Coulon avocat au Parlement). *Encyclopédie méthodique de jurisprudence...*, *op.cit.*, v° Fief, T. IV, 1784, p. 50 (l'article est également de M. l'abbé Remy). D'Olivier, *De la réforme des loix civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 262.

65. Sur ce point voir Dhoquois (G.), *Histoire de la pensée historique*, Paris, A. Colin, 1991, chap. IX, "L'historicisme des Lumières", p. 111 et s.

66. *Répertoire de Guyot...*, *op.cit.*, T. VII, 1784, p. 367 et s. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, *op.cit.*, T. I, 1785, p. 104 et s. *Encyclopédie méthodique de jurisprudence...*, *op.cit.*, T. IV, 1784, p. 506 et s. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales...*, *op.cit.*, T. I, p. 615 et s.

67. *Encyclopédie méthodique de jurisprudence...*, *op.cit.*, T. IV, 1784, p. 513.

68. Rapporté par Piret (A.), *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale...*, *op.cit.*, p. 89 citant le *Traité des fiefs* de Pocquet de Livonnière et le *Dictionnaire* de Renaudon. Le problème de la définition du fief est traité en détail par Grandclaude, *Histoire du Droit privé*, Paris, Les Cours de Droit, 1933-1934, p. 288 et s.

69. A son sujet, voir Thireau (J.L.), *Charles Du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980.

son autorité est entretenu le débat d'idées autour de sa théorie du fief alliant une conception réaliste et une conception personnaliste du contrat de fief, encore que l'élément réel prévalait à ses yeux en considération de la patrimonialité des fiefs et de la dilution du rapport personnel⁷⁰ ; très attentif à une pratique judiciaire et à un langage favorables au vassal, Du Moulin a fait de nombreuses allusions à cet état de choses dans ses ouvrages⁷¹. L'ambiguïté de la concession de fief, aggravée par la pratique des sous-inféodations, perpétue les commentaires et les interprétations dans le cadre conceptuel tracé par Du Moulin jusqu'à la Révolution ; ainsi, le feudiste Henrion de Pansey expose une ultime fois, en 1789, que le fief est *un être mixte composé de devoirs, tels que la foi, l'obligation d'être fidèle à son seigneur... et de domaines corporels*⁷². Des auteurs enregistrent la progression des droits du vassal : leurs définitions, bien que conformistes, font état d'un immeuble, d'un héritage ou d'un droit immobilier concédé à perpétuité et assorti de charges, sous-entendant par là que le droit réel du vassal l'emporte sur la directe seigneuriale⁷³. La rupture avec le classicisme, l'adéquation avec la modernité, c'est-à-dire l'expropriation du seigneur, est signifiée dans les écrits d'Hervé, seul théoricien parmi les derniers feudistes, et dans ceux du praticien Denisart.

Après un vibrant hommage à Du Moulin, Hervé n'hésite pas à dire aussitôt que son traité est touffu, long et rebutant, en indiquant toutefois, à la décharge du prestigieux feudiste du XVI^e siècle, que, depuis lors, la situation du fief a évolué⁷⁴. Se concentrant sur les liens personnels entre le seigneur et le vassal qui comportent la reconnaissance de ce dernier, sa gratitude, Hervé en déduit que le contrat de fief doit être défini : *Une concession faite à la charge d'une reconnaissance toujours subsistante, qui doit se manifester de la manière convenue*⁷⁵. Ayant pris ensuite acte que les fiefs sont tombés dans le patrimoine des vassaux, il affirme : *Quand je puis vendre, donner, aliéner de toutes les manières, détériorer une chose, en un mot en disposer à mon gré, j'ai bien le jus utendi et abutendi dans lequel consiste la vraie propriété*⁷⁶. Et Hervé ajoute enfin que, si le vassal est lié par des dispositions limitatives de son droit, *ce n'est point parce qu'il n'est pas propriétaire absolu, c'est parce qu'il est propriétaire à une condition à laquelle il ne peut porter atteinte*⁷⁷. Le parallèle ingénieux avec la donation avec charge fait apercevoir la romanisation du fief chez Hervé. Ses analyses sur le jeu de fief et la commise corroborent l'analogie du fief et de la donation avec charge, l'argument du théoricien étant que ni l'un ni l'autre n'infirmant la "pleine propriété du vassal", car

70. Boyer (G.), "De la conception du fief chez Du Moulin et des principales conséquences qu'il en tire", in *Mélanges d'Histoire du droit occidental*, I, Paris, Sirey, 1962, p. 43.

71. *Ibid.*, p. 45.

72. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales...*, op.cit., T. II, p. 363.

73. *Oeuvres posthumes de M. Pothier. Tome Ier contenant les Traité des Fiefs, des Cens, Relevoisons et Champarts de la garde-noble et bourgeoise, du Préciput légal des Nobles de l'Hypothèque et des Substitutions*, A Paris, De Bure fils aîné, 1778, p. 2, I.

74. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, op.cit., T. I, 1785, Préf., Vij.

75. *Ibid.*, T. I, p. 372.

76. *Ibid.*, p. 376.

77. *Ibid.*, p. 377.

s'ils adviennent, c'est, dit-il, parce que la condition à laquelle le vassal était tenu n'a pas été exécutée⁷⁸. Par ailleurs, ce feudiste explique que ce qui le sépare de Du Moulin est, notamment, l'exclusion du mot fidélité de sa définition du fief ; et il s'en justifie en alléguant que son but était *d'élaguer des dispositions inutiles qui n'apportent ni simplicité ni lumières dans la matière, et de prévenir des objections auxquelles on ne peut pas trouver de réponses qui satisfassent un esprit juste*⁷⁹. Soit un aveu de jusnaturalisme ardent.

En revanche, la transformation du fief dans la dernière édition de Denisart procède de la raison et du pragmatisme ; observant la cascade des domaines sur un même fonds, l'enchevêtrement des droits, la complexité de la chaîne féodale, l'auteur déclare sans ambages : *Il ne peut pas y avoir deux propriétés dans la même chose, autrement que par indivision. La propriété est une et indivisible en elle-même. De quelque charge qu'elle puisse être grevée on ne peut pas aller jusqu'à la couper en deux. Il faut toujours qu'elle reste à quelqu'un qui soit regardé comme propriétaire. D'ailleurs comment concevoir une propriété qui sous le nom de directe se multiplierait autant de fois qu'il peut y avoir de degrés de sous-inféodation en commençant par le créateur du fief et en descendant jusqu'au dernier de ses vassaux ?*⁸⁰.

Dans cet exemple de la démultiplication du fief, voici mis en évidence un effet aberrant de la pratique féodale⁸¹. D'autres pratiques choquantes préoccupent également généralistes et feudistes ; telles le combat de fief⁸² et le jeu de fief, procédé très courant, permettant des combinaisons à but spéculatif qui sont encore la cause d'un imbroglio indémêlable des droits des seigneurs. Le jeu de fief, en bonne place dans les traités de droit féodal, traîne apparemment une fâcheuse réputation si l'on en croit Guyot ; *c'est ici, assure-t-il, l'acquer vastum, le labyrinthe inextricable. Il fait reculer tous ceux qui veulent s'y embarquer*⁸³. Henrion de Pansey lui réserve néanmoins un chapitre des *Dissertations féodales*, étant donné qu'elles ont précisément pour objet d'éclaircir les points vagues de la *jurisprudence féodale* et il reconnaît là les tares et les failles d'un droit fruste⁸⁴. Ainsi quels que soient ses modes d'expression,

78. *Ibid.*, p. 378 et s.

79. *Ibid.*, p. 382.

80. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notes relatives à la jurisprudence mises dans un nouvel ordre*, corrigée et augmentée par MM. Camus et Bayard avocats au Parlement, 8^e éd., Paris, Dessaint, 1783-1807, 13 vol., T. VIII, 1789, p. 582 et s., 1.7.

81. La question des sous-inféodations est évoquée par Chianea (G.), "Propriété féodale, propriété absolue et expropriation", in *Les Droits de l'Homme et la conquête des libertés. Des Lumières aux révolutions de 1848*, Actes du Colloque de Grenoble-Vizille, 1986, Presses Universitaires de Grenoble, 1988, p. 241.

82. Une bonne démonstration de la complication du sujet est donnée par Henrion de Pansey, *Dissertations féodales...*, *op.cit.*, T. I, p. 418 débutant un chapitre propre.

83. Guyot (G. A.), *Institutes féodales ou manuel des fiefs et censives et droits en dépendans*, Paris, Saugrain, 1753, p. 194.

84. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales...*, *op.cit.*, T. I, *Avertissement* et T. II, *Jeu de fief*, p. 359-527. Du côté des historiens du droit, des développements substantiels lui sont ménagés par Grandclaude, *Histoire du droit privé...*, *op.cit.*, p. 340 et s. Voir aussi l'exposé de Ourliac (P.) et Malafosse (J. de), *Histoire du droit privé. 2. Les biens...*, *op.cit.*, p. 161 et s.

l'opinion des feudistes et des autres juristes est critique envers le droit féodal : vieilli, fluctuant, lacunaire, contradictoire⁸⁵, il n'a pas suivi les transformations de la propriété coutumière ni celles de la société. Le verdict est probablement rendu par D'Olivier qui prononce sur un ton déclamatoire : *les lois féodales sont des droits équivoques, ou onéreux, qui gênent la société, subsistent encore comme des restes du gouvernement féodal qui ne subsiste plus ; ce sont des décombres d'un bâtiment gothique ruiné*⁸⁶ ; ce qui le légitime à proposer un plan de réforme de la *jurisprudence féodale*⁸⁷. C'est également en toute rigueur qu'est comprise la liberté du sol incompatible avec la féodalité.

II. - L'AUTONOMIE DOCTRINALE DE LA PROPRIÉTÉ

En son dernier état, jusqu'à la nuit du 4 août 1789, l'ancien droit connaît *sous le nom de propriété les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux et généralement tous droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aux terres ou aux fiefs ou appartenant aux personnes*⁸⁸.

Ces propriétés très diverses, réglées de manière variable par les coutumes⁸⁹, constituent dans le langage courant les "droits féodaux", sans distinction des droits féodaux et des droits seigneuriaux⁹⁰, de sorte que les révolutionnaires vont retenir sous l'expression de droits féodaux *tous les droits qui se trouvent le plus ordinairement entre les mains des seigneurs formant par leur ensemble ce que Du Moulin appelle le complexum féodale*⁹¹.

Pour les représentants de la doctrine qui font des tenanciers, vassal et censitaire, les propriétaires authentiques, le complexe féodal est une anomalie, de même que pour l'opinion, populaire ou éclairée. Néanmoins, le droit

85. En ce sens, Prevot de la Jannès, *Les principes de la jurisprudence française...*, *op.cit.*, *Premier Discours...*, p. Vij et s. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, *op.cit.*, T. I, *Préface*. D'Olivier, *Essai sur la conciliation des coutumes françaises*, Amsterdam et Paris chez Mérigot le jeune, Libraire, 1787, p. 112 et s.

86. *Ibid.*, p. 116.

87. *De la réforme des lois civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 262, p. 311 ; p. 314.

88. *Déclaration des intentions du roi*, article XII, à la séance tenue par Louis XVI aux Etats généraux le 23 juin 1789 rapportée par Brancourt (J. P.), "La propriété face à la Révolution", dans *Hommage à Robert Besnier*, Paris, Société d'Histoire du Droit, 1980, p. 68.

89. Leca (A.), "Essai de synthèse sur l'état du droit féodal à la veille de la Révolution", *Revue de la Recherche juridique. Droit prospectif*, 1988, I, p. 72 et s. Dutheillet-Lamonthezie (J.L.), *Recherches sur l'origine de l'article 544 du Code civil*, thèse dact., Paris, 1956, p. 28 et s. Tant de variété annonce que ces droits *ne dérivent pas de l'essence des choses* selon l'*Encyclopédie méthodique de jurisprudence...*, *op.cit.*, v° Droits seigneuriaux, T. IV, 1784, p. 130 (l'article est de M. Henrion, avocat au Parlement).

90. Bastier (J.), *La féodalité au siècle des Lumières...*, *op.cit.*, p. 25. Leca (A.), *Essai de synthèse sur l'état du droit féodal...*, *op.cit.*, p. 64.

91. Bastier (J.), *La féodalité au siècle des Lumières...*, *op.cit.*, p. 24 et s., faisant référence au rapport de Merlin de Douai au comité des droits féodaux le 4 septembre 1789. Dans le même sens, Leca (A.), *Essai de synthèse sur l'état du droit féodal...*, *op.cit.*, p. 64.

objectif les oblige à tenir compte que les tenanciers doivent des services et des prestations et qu'ils sont astreints à des règles étrangères à la propriété romaine. Devant ces singularités du régime des biens immobiliers qui dressent des obstacles à leur synthèse de la propriété, les auteurs cherchent des moyens pour les amoindrir à l'instar de la directe seigneuriale réduite à un pur droit d'honneur. Leur attitude est de ramener ces "droits féodaux" à des notions accessoires, mineures, tant dans l'ordre juridique en faisant appel à la théorie des servitudes, que du point de vue normatif en les considérant comme des dérogations. Ces diminutifs appliqués aux droits seigneuriaux et aux droits féodaux en vue de les refouler à la marge de la propriété s'inscrivent dans des thèmes récurrents ; les principaux sont celui de la hiérarchie des terres et celui d'un droit exorbitant expliquant tous deux le statisme du système foncier.

A) L'encadrement féodal

L'image de la hiérarchie féodale est évoquée dans les textes par l'emploi fréquent du terme de mouvance signifiant ce qui relève d'une terre⁹² et s'appliquant indistinctement à la seigneurie féodale et à la seigneurie censuelle⁹³ ; car, en tout état de cause, précise Preudhomme, la mouvance indique la domination qu'un seigneur a sur tous les immeubles qui se trouvent enclavés dans sa terre seigneuriale⁹⁴. D'après Hervé, elle est aussi comprise comme l'étendue où le fief dominant exerce les droits féodaux... ou la somme de ces droits tant fixes que casuels, qu'utiles et honorifiques⁹⁵.

Le caractère totalisant et patrimonial que revêt la mouvance selon les feudistes peut expliquer le soin méticuleux de certains auteurs mis à distinguer les diverses catégories de droits patrimoniaux sur la terre afin de marquer la différence entre la propriété et les droits réels. L'opposition entre elle et les obligations réelles est fortement soulignée par Claude-Joseph de Ferrière et Pothier. Le premier écrit : *Droits réels sont les droits qui sont imposés sur des héritages et leur impriment quelque qualité et condition qui leur demeure inhérente en quelques mains qu'ils puissent passer comme le cens, une rente foncière, une servitude, une hypothèque et autres droits semblables*⁹⁶, tandis que Pothier expose que la seule propriété libre, non grevée de servitudes réelles est le franc-alleu⁹⁷, qu'il existe des *droits utiles au profit des fiefs*, tel le

92. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs...*, op.cit., T. I, p. 2.

93. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs...*, op.cit., p. 12 et 17.

94. *Ibid.*, p. 12.

95. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, op.cit., T. II, 1785, *Préliminaire*, p. v. En concordance, l'analyse de Denisart, *Collection de décisions nouvelles...*, éd. Camus et Bayard, op.cit., T. VII, 1788, p. 319, I, 3.

96. Ferrière (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique...*, op.cit., T. I, p. 513.

97. *Oeuvres posthumes de M. Pothier...*, op.cit., T. I, *Traité des fiefs*, p. 1, Article préliminaire.

quint⁹⁸, et que le censitaire pour sa part est tenu à une obligation réelle : le cens *imposé sur l'héritage lors du bail à cens*⁹⁹. Et comme le cens, poursuit-il, est reconnaîtif de la position honorifique du seigneur, le censitaire en cédant sa terre ne peut retenir un droit féodal qu'il n'a pas, ce qu'exprime la règle cens sur cens ne vaut¹⁰⁰. À propos du cens, on remarque que tous les auteurs insistent sur sa nature féodale en faisant ressortir qu'il est imprescriptible¹⁰¹, perpétuel¹⁰², insusceptible de rachat¹⁰³ et que les seigneurs jouissent d'un super privilège par rapport aux autres créanciers privilégiés pour son paiement ainsi que pour les droits féodaux en général¹⁰⁴.

Ces traits distinctifs et lucratifs de la mouvance qui laissent entrevoir l'existence d'un prélèvement seigneurial¹⁰⁵, d'un impôt sur la terre¹⁰⁶ acquièrent une dimension socio-économique par la représentation concrète qui en est donnée. Ainsi, la comparaison de la mouvance féodale et de la mouvance censuelle que fait le feudiste Preudhomme le conduit à observer que la première a *quelque chose de plus honorable*¹⁰⁷, comme Pothier reconnaissant qu'elle est *plus distinguée*¹⁰⁸ ; mais c'est pour faire connaître immédiatement que les charges des terres nobles sont très lourdes pour les roturiers qui les achètent : ceux d'entre eux qui *possèdent des fiefs, assure-t-il, sont bien plus fatigués que les autres qui tiennent des terres à cens*. Son lecteur est aussi instruit que les censives ont beaucoup plus de valeur que les fiefs estimés *un tiers moins que les biens en roture*¹⁰⁹. Voilà explicités en quelques phrases les enjeux sociaux liés à la terre et un aspect des incidences économiques de la féodalité à quelques années de la révolution. La projection des différenciations sociales dans le droit est également restituée dans d'autres analyses sur les obligations

98. *Ibid.*, 134, Chap. V, Des droits utiles ou Profits des Fiefs.

99. *Ibid.*, T. I, *Traité des Cens*, p. 323.I, "De la fonalité du Cens".

100. *Ibid.*, p. 322, Chap. préliminaire.

101. *Ibid.*, p. 324. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines...*, *op.cit.*, T. I, p. 259.

102. Ferrière (C.J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique...*, *op.cit.*, T. I, p. 234. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs...*, *op.cit.*, p. 38. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, *op.cit.*, T. V, 1786, p. 74.

103. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs...*, *op.cit.*, p. 38. D'Olivier, *De la réforme des loix civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 309.

104. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines...*, *op.cit.*, T. I, p. 440. *Répertoire de Guyot...*, *op.cit.*, T. VI, 1784, p. 543.

105. À cet égard voir l'étude de Aubin (G.), "La crise du prélèvement seigneurial à la fin de l'Ancien régime", dans *Aux origines de la Révolution*. Prés. de M. Vovelle. *Bicentenaire de la Révolution française en Dauphiné*, Colloque de Vizille, 1988, Paris, P.U.F., 1990, p. 24 et s. et celle, contradictoire, de Duma (J.), "Place de l'élément féodal et seigneurial dans la fortune d'un "grand". L'exemple des Bourbon Penthièvre dans la Révolution française et le monde rural", *Actes du colloque tenu en Sorbonne les 23, 24 et 25 octobre 1987*, Paris, Editions du C.T.H.S., 1989, p. 62 notamment.

106. En ce sens Grandclaude, *Histoire du droit privé...*, *op.cit.*, p. 360.

107. Preudhomme, *Traité des droits seigneuriaux appartenans aux seigneurs...*, *op.cit.*, p. 12.

108. *Oeuvres posthumes de M. Pothier...*, *op.cit.*, T. I, *Traité des fiefs*, p. 4.

109. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs...*, *op.cit.*, p. 12 et s. Aubin (G.), "La crise du prélèvement seigneurial...", *op.cit.*, p. 26 et s., observe la dévalorisation des directes qui résulterait surtout de la diminution du rendement des droits féodaux.

réelles. Ce sont, dit Claude Joseph de Ferrière, *des profits que le seigneur en conséquence de sa directe tire des terres qui relèvent de lui*¹¹⁰. Bosquet lui fait écho : *Droits seigneuriaux ou féodaux, écrit-il, sont les profits, tant ordinaires que casuels, des fiefs, tels que les cens et rentes seigneuriales, les droits de quint, requint, lods et ventes, treizième, reliefs et autres droits de cette nature*¹¹¹. Voulant se borner à une réflexion technique, Preudhomme admet toutefois que *les redevances ou sujétions dont des héritages sont chargés envers d'autres c'est ce que nous appelons servitudes réelles... adhérentes aux immeubles seuls assujettis au paiement des droits seigneuriaux*¹¹². L'accord des diverses composantes doctrinales sur le clivage juridique qu'emporte le système de tenures, ne masque pas des tentatives d'approfondissement de la situation du droit, dont la mouvance est le révélateur, de la part de certains auteurs.

Si Pothier s'en tient à reproduire le droit positif en disant que *les biens immeubles se divisent par rapport à la manière dont ils sont tenus en féodaux, censuels et allodiaux* et rend compte sur un ton neutre, strictement juridique, de leur classement hiérarchisé¹¹³, d'autres auteurs suggèrent que le principe de hiérarchisation appartient à l'ordre féodal. Denisart est probablement le plus net qui écrit : *Les biens se partagent relativement à la féodalité en biens nobles ou roturiers, francs ou sujets. Tous les biens qui jouissent des prérogatives des fiefs sont nobles*¹¹⁴. L'opposition tranchée des biens nobles et des biens roturiers, par définition sans "prérogatives", sollicite l'introduction du social dans la réflexion ; d'aucuns font allusion au débat sur la place de la noblesse dans la société, ouvert depuis le règne de Louis XIV, insinuant l'illlogisme et l'arbitraire du dualisme de la propriété privée. L'argument avancé est que *l'on a toujours considéré les fiefs comme le moyen de soutenir l'éclat et le nom des familles*¹¹⁵, que seuls les nobles sont en principe capables de posséder des fiefs¹¹⁶, alors que ceux-ci sont tombés dans le commerce depuis longtemps¹¹⁷. La survivance de l'organisation particulariste du fief ressentie comme le vestige d'un état social historique, révolu, suscite l'interrogation de quelques auteurs sur le bien fondé de son maintien. Fief, mouvance, enchaînement féodal étant synonymes d'entraves à la liberté de la propriété, les critiques doctrinales sont donc en prise avec le contexte social et intellectuel de la fin de l'Ancien régime.

Le feudiste Hervé ne craint pas de déclarer en authentique jusnaturaliste que la féodalité, les prérogatives et les attributs qui lui sont unis, sont des données circonstanciées ; *la nature n'a point fait de terres nobles*, dit-il.

110. Ferrière (Cl. - J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique...*, op.cit., T. I, p. 513.

111. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines...*, op.cit., T. I, p. 574.

112. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs...*, op.cit., p. 296.

113. *Oeuvres posthumes de M. Pothier...*, op.cit., T. I, *Traité des fiefs*, p. 2 et 4.

114. Denisart, *Collection de décisions nouvelles...*, éd. Camus et Bayard, op.cit., T. VIII, 1789, p. 586, III, 2.

115. Ferrière (Cl. - J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique...*, op.cit., T. I, p. 603.

116. Boutaric (François de), *Traité des droits seigneuriaux...*, op.cit., p. 433.

117. Ferrière (Cl. - J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique...*, op.cit., T. I, p. 602.

La noblesse ou la nobilité des possessions est une qualité accidentelle et de pure convention qui n'est point de son ouvrage, poursuit-il, et les terres acquièrent des qualités accidentelles qu'elles n'avaient pas. On ne s'est jamais avisé de dire, termine-t-il, que les terres et les maisons soient nobles dans les pays où le régime féodal n'a pas pénétré¹¹⁸. Au même moment l'*Encyclopédie méthodique de jurisprudence* élève également la discussion au plan philosophique ; sous le patronage de Locke elle fait l'éloge de la propriété - travail qu'elle considère comme un facteur de progrès pour la société civile et l'agriculture, montrant par là sa sensibilité au courant physiocratique¹¹⁹.

D'autres attaques directes, incisives contre la propriété seigneuriale mettent en avant le point de vue politique et le point de vue social. Par exemple, dans le *Dictionnaire* de Denisart on lit que le fief met en conflit l'intérêt public et l'intérêt privé en subordonnant le premier au second, qu'il n'est pas de privilège à charge de la collectivité, que l'objet des privilèges doit toujours être de récompenser le mérite ou les services rendus à l'État, tandis qu'au plan social les privilèges injustifiés des terres seigneuriales génèrent des luttes inexpiables ; la conclusion de ces raisonnements est que, dans l'intérêt de l'État, il n'est pas souhaitable de voir *le nombre des terres féodales s'augmenter* et que la liberté du sol ne comporterait pas ces conséquences désastreuses¹²⁰. Cette manière de voir issue de la pratique se retrouve du côté des professeurs de droit français avec D'Olivier aux yeux de qui le droit des fiefs est déjà condamnable en portant à son comble l'archaïsme et le désordre au sein du droit coutumier. Ses idées sur le fief achèvent de subvertir l'ordre ancestral ; ayant posé en règle que *les biens féodaux sont réduits... en tout à l'instar des autres biens*¹²¹, il croit *convenable en l'état présent des choses de prohiber qu'on baille désormais à fief ou arrière-fief* au motif que les fiefs ne font que flatter la vanité des riches et qu'ils gênent *la liberté des échanges*¹²². Ainsi, le point de vue juridique, social et économique l'amènent à proposer l'extinction de *jure* de la féodalité, sa disparition graduelle. D'Olivier prône donc un bouleversement social pacifique, à long terme, qu'il estime compatible avec le régime monarchique. Se faisant le porte-parole des *philosophes-juristes*¹²³, il accuse plus énergiquement que les autres réformateurs le rapport féodal d'être responsable de la paralysie du système foncier aux effets si pernicieux. Dans l'esprit de ce jurisconsulte gagné, assurément, aux thèses physiocratiques, la liberté de la propriété correspond au système *le plus utile*¹²⁴. Un

118. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, op.cit., T. VI, 1787, p. 142.

119. *Encyclopédie méthodique de jurisprudence...*, op.cit., T. VII, 1787, p. 48 et s.

120. Denisart, *Collection de décisions nouvelles...*, éd. Camus et Bayard, op.cit., T. VIII, 1789, p. 593, VI, 1.

121. D'Olivier, *De la réforme aux lois civiles...*, op.cit., T. II, p. 273 et 316.

122. *Ibid.*, p. 309.

123. *Ibid.*, p. 203.

124. *Ibid.*, p. 281. L'utilité pour l'État de la classe des cultivateurs est une idée typiquement physiocratique. On la trouve exprimée, notamment, à "Privilege" dans l'*Encyclopédie méthodique de jurisprudence...*, op.cit., T. VI, 1786, p. 810. Voir aussi le dernier ouvrage de Weurlesse (G.), *La physiocratie à l'aube de la Révolution 1781-1792*, Paris, Editions de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 1985, p. 41 et s.

autre aspect de la contrainte sociale reprochée à la féodalité est de faire prévaloir un régime d'exception.

B) *Un droit d'exception*

Le règne d'un droit exorbitant du droit commun imputable à la féodalité est évoqué par la sévère censure doctrinale du complexe féodal, censure assortie de propositions visant à le démanteler. Les attaques dont il est la cible, fréquemment menées sous le haut patronage de Du Moulin, prennent tournure de réquisitoire par leur envergure et par leur cohérence.

D'un traité à l'autre, les auteurs stigmatisent le despotisme de la féodalité en répétant qu'il s'agit de droits arbitraires, discrétionnaires, usurpés pour certains et pour la plupart illégitimes, dont le fondement perdu dans la nuit des temps pour la grande majorité d'entre eux est pratiquement impossible à prouver ; l'ensemble de ces caractères en fait des droits "odieux". Ce qualificatif courant, employé par Du Moulin, recouvre l'ensemble des droits des seigneurs, droits honorifiques, comme celui de porter les armes, et droits pécuniaires et à valeur économique comme le quint, les lods et ventes, en passant par le droit de chasse et le droit de colombier à pied de nature ambiguë tous deux pour participer des uns et des autres. Pour la doctrine jusnaturaliste qui a partie liée pour ainsi dire avec l'idéologie des Lumières, les droits des seigneurs contreviennent à la raison, à la logique et à l'équité¹²⁵. Cette opinion est parfaitement restituée par D'Olivier qui les condamne au nom de *cette liberté naturelle que les lois romaines ont toujours respectée et que les législateurs de la féodalité ont foulée aux pieds*¹²⁶. Identifiés à l'unanimité comme des prééminences ou des prérogatives des seigneurs, ces droits paraissent indéfendables en ce qu'ils nuisent à la paix sociale et desservent le bien public.

Le grand grief à leur encontre, en effet, est d'être avant tout des droits éminemment litigieux. Cette critique supplémentaire adressée au droit féodal¹²⁷ montre un des aspects majeurs de la situation de crise aigüe où se trouvent la société et la propriété traditionnelle dans l'avancement du siècle. L'association spontanée du privilège et du conflit, le décri du complexe féodal, lieu d'élection d'affrontements sociaux qui ne serviraient qu'à nourrir l'activi-

125. Ces notions sont approfondies par Hervada (J.), *Introduction critique au droit naturel*, trad. H. Delvolvé, Présentation J. M. Trigeaud, Paris, Bière, 1991, p. 23 et s.

126. *Ibid.*, p. 309.

127. Le caractère contentieux du droit féodal au XVIII^e siècle est démontré par Bastier (J.), *La féodalité au siècle des Lumières...*, *op.cit.*, p. 229 et s. débutant une partie intitulée "la féodalité en procès". Également Castan (N.), "Le contentieux privé à la fin du XVIII^e siècle et son mode de règlement" in *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Paris, C.N.R.S., Université d'Orléans, P.U.F., 1988, 2 vol., T. II, p. 411 et s.

té des avocats¹²⁸ et des professionnels du droit féodal¹²⁹, interviennent comme des raisons postulant la régulation d'urgence du système privilégial. Afin de juguler le foisonnement des droits des seigneurs et de couper court à leurs prétentions résultant des carences du droit qu'ils s'efforcent d'exploiter¹³⁰, la doctrine à la recherche de solutions affirme qu'il y a lieu de distinguer entre les droits du complexe féodal. Très respectueuse de la propriété, elle n'envisage pas la spoliation des vrais propriétaires. Ainsi, un réformiste résolu comme D'Olivier opine qu'*il ne faut perdre de vue que la plupart des droits de propriété des seigneurs sont aussi respectables que peut l'être la liberté des habitants des fiefs*¹³¹. Il convient de disjoindre le cas des droits exorbitants, extraordinaires, accidentels tenus pour inacceptables, de celui des droits ordinaires, utiles, devenus légitimes lorsqu'ils ont été approuvés expressément par les coutumes où lorsqu'ils ont été inscrits dans les titres primitifs de concession ; ces conditions répondent, en effet, à la maxime : pas de servitude sans titre¹³². Continuant à frayer la voie aux révolutionnaires, la doctrine est parvenue à esquisser leur distinction entre la féodalité dominante et la féodalité contractante.

La volonté déclarée de restreindre à une juste mesure les droits des seigneurs, d'enserrer le complexe féodal dans la stricte légalité qui peut seule assurer le reflux du droit d'exception, bien que satisfaisante, n'apparaît toutefois qu'un pis aller ; car, en tout état de cause, l'allègement des charges et des contraintes pesant sur les terres, grâce à l'avènement du légalisme, n'emporte pas pour autant leur libération. La doctrine s'avise, effectivement, que l'abolition des droits extraordinaires, pour accroître le champ du droit commun, n'a aucune incidence sur les servitudes d'origine civile, celles relevant du droit coutumier ou du droit conventionnel, au sujet desquelles on ne peut pas imaginer de moyen de les faire disparaître, sinon en permettant de les racheter.

Le principe du rachat des servitudes foncières, des droits réels reliés aux rapports féodaux, qui parachève l'avancée théorique vers l'appropriation exclusive, connaît des répercussions dont témoigne l'opposition du feudiste

128. D'Olivier, *De la réforme des loix civiles...*, *op.cit.*, p. 289, citant à l'appui le jurisconsulte Jason pour prouver l'ancienneté du phénomène conflictuel.

129. Bastier (J.), *La féodalité au siècle des Lumières...*, *op.cit.*, p. 65 et s. à propos des feudistes et commissaires à terriers des seigneurs.

130. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales...*, *op.cit.*, p. 548-553.

131. D'Olivier, *De la réforme des loix civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 263.

132. La difficulté pour faire le tri réside essentiellement dans les divergences des coutumes selon qu'elles ignorent ou admettent tel droit. En ce sens, le *Répertoire de Guyot...*, *op.cit.*, T. VI, 1784, v° Droits seigneuriaux p. 536 ; p. 545. L'article est en partie de M.H. avocat au Parlement et de M. Merlin, avocat. Denisart, *Collection de décisions nouvelles...*, éd. Camus et Bayard, T. VII, 1788, p. 320 et s. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales...*, T. I, p. 621 et s.

Preudhomme dans son traité de 1781¹³³. Le rachat des servitudes foncières vu comme un facteur d'égalité, de paix civile et de progrès économique par François Boncerf qui souhaite en la matière une *loi juste*, restituant la *simplicité et la perfection des propriétés chez les Romains* retracée dans les ouvrages¹³⁴, coïncide avec des développements doctrinaux conformes aux thèses de l'École physiocratique¹³⁵. Hervé insiste sur le déséquilibre économique à propos de la *masse des charges censuelles* qui englobe le profit des lods et ventes, le droit de retenue, le droit de chasse, de garenne, de colombier, de banalités, de corvées et tous les autres droits et profits stipulés par les concédants¹³⁶. A la suite de Boncerf, Prost de Royer revendique l'*affranchissement des choses* qui n'est pas sans exemple ; on a imaginé d'assujettir les possessions naturellement libres, écrit-il, à *ces droits inconnus de l'Antiquité et que nous appelons seigneuriaux*. Jugeant que *les charges réelles sont défavorables quand elles n'ont pour principe que la féodalité*, il affirme que la liberté des choses dérive de règles générales, communes à toutes les nations, dont l'application est impérieuse si l'on veut remédier au *désordre social et à la multitude interminable des affaires* causés par la *quantité prodigieuse d'exceptions à la liberté naturelle des choses*¹³⁷. La hantise du déséquilibre social habite aussi Denisart ; catégoriquement opposé à des charges foncières imposées à perpétuité, il objecte qu'elles ne peuvent être qu'*une source de procès en faisant naître des contestations renouvelées sur le temps, le lieu, la manière de s'en acquitter ainsi que sur le fond du droit*¹³⁸. Pour D'Olivier qui professe la réforme du *code féodal*¹³⁹, et dont l'objectif est d'assimiler *les biens seigneuriaux aux autres biens*¹⁴⁰, l'anéantissement de la servitude foncière répond aux impératifs sociaux mais encore aux nécessités de l'utilité publique et aux exigences du commerce et de l'agriculture¹⁴¹. La libre circulation des

133. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs...*, *op.cit.*, p. 137, allègue que les lods et ventes ne doivent pas être considérés comme une servitude mais comme une marque d'honneur envers les seigneurs et qui leur serait due en reconnaissance de leurs bienfaits et en compensation de la médiocrité du cens.

134. Boncerf (Fr.), *Des inconvéniens des droits féodaux...*, *op.cit.*, p. 13.

135. Weurlesse (G.), *La physiocratie à l'aube de la Révolution...*, p. 98 et s. note que l'École s'est de plus en plus vivement intéressée aux revendications en faveur de la plénitude et de l'indépendance de la propriété individuelle.

136. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles...*, *op.cit.*, T. V, 1786, p. 118, soulignant que ces charges compensent largement la modicité apparente du cens.

137. Prost de Royer, *Dictionnaire de Jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle Edition du Dictionnaire de Brillouin...*, Lyon, Imprimerie d'Aimé de la Roche, 1781-1789, 7 vol., v^o Affranchissement, T. III, 1783, p. 427 et s. L'auteur, ancien Lieutenant Général de Police de Lyon, semble inspiré par la mise en oeuvre du rachat en Savoie à la suite d'édits de 1762 et 1771. A ce sujet des précisions sont fournies par Imbert (J.), *Histoire du droit privé...*, *op.cit.*, p. 73.

138. Denisart, *Collection de décisions nouvelles...*, éd. Camus et Bayard, *op.cit.*, T. VII, 1788, p. 593, VI, 1 qui plaide aussi pour l'admission de la prescription en vue de faciliter l'élimination des charges foncières.

139. D'Olivier, *De la réforme des loix civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 262.

140. *Ibid.*, p. 273.

141. *Ibid.*, p. 306. L'étude de Sauvair-Jourdan (F.), *Isaac de Bacalan et les idées libéralistes en France vers le milieu du XVIII^e siècle*, Paris, Larose, 1903, fait état de l'influence physiocratique sur Isaac de Bacalan, professeur de droit français à l'Université de Bordeaux.

biens et l'accroissement de la production chers aux Physiocrates, sont à ses yeux des arguments puissants en faveur de la rupture des liens de dépendance de la propriété. En conséquence, il prévoit que le rachat des servitudes foncières conciliant l'équité et la liberté sera non seulement autorisé mais facilité¹⁴². Elargissant le concept de servitude, toujours en contemplation de la liberté, D'Olivier consacre définitivement la propriété individuelle en abolissant le retrait lignager ; très hostile à cette institution coutumière¹⁴³, inconnue du droit romain, contraire à l'utilité publique, regardée comme odieuse et comme une source de chicanes, il déclare qu'elle sera purement et simplement abrogée¹⁴⁴. Avec ce professeur royal de droit français, dont la production doctrinale réfracte le climat révolutionnaire, se termine le parcours doctrinal.

Un parcours qui paraît déconcertant, paradoxal, dans la mesure où la fécondité de la doctrine au plan conceptuel et idéologique, notamment dans la phase de maturation du XVIII^e siècle, contraste avec sa stérilité au regard des résultats concrets, pratiques. Si l'on est frappé par les résistances que rencontre la doctrine, c'est, assurément, parce que le modèle de propriété qu'elle propose ne peut pas s'accommoder avec l'ordre institué. Le sentiment d'une sphère close, cantonnée à la spéculation est fortifié par le bouleversement révolutionnaire qui ouvre l'ère de la réalisation du projet doctrinal. En effet, de 1789 au Code civil de 1804, on voit reprises point par point toutes les solutions doctrinales de la seconde moitié du XVIII^e siècle : la consécration juridique du domaine utile, le principe de l'égalité des terres, la distinction opérée entre la féodalité dominante et la féodalité contractante et la disparition du retrait féodal. Ces apports doctrinaux composant les fondements socio-juridiques de la propriété exclusive du Code Napoléon, il s'avère bien que l'article 544 est la reproduction du modèle élaboré par la dernière génération des juristes de l'ancien droit.

142. D'Olivier, *De la réforme des lois civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 309, qui n'envisage pas les modalités du rachat.

143. Voir notamment Petot (P.), *Cours d'Histoire du Droit privé. DES Droit romain et Histoire du Droit*, Paris, Les Cours de Droit, 1954-1955, p. 146 et s.

144. D'Olivier, *De la réforme des lois civiles...*, *op.cit.*, T. II, p. 306.1. Thireau (J.L.), "La doctrine civiliste avant le Code civil", cf. *supra* dans le même volume.