

UNIVERSITÉ PARIS-PANTHÉON-ASSAS

École doctorale d'Histoire du droit, de philosophie du droit et de sociologie du droit

LE BAIL EMPHYTÉOTIQUE

DE LA RÉDACTION DES COUTUMES À LA LOI DU 25 JUIN 1902

Thèse de Doctorat / Histoire du droit / 2023



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Thèse de doctorat en droit
Présentée et soutenue publiquement
Le 20 juin 2023
Par

EVA BECQUET

Sous la direction de
M. le Professeur LAURENT PFISTER

Membres du jury

Rapporteurs M. JEAN-LOUIS HALPÉRIN, Professeur à l'École normale supérieure
Mme MARTA PEGUERA-POCH, Professeure à l'Université de Lorraine

Examineurs M. PATRICK ARABEYRE, Professeur à l'École nationale des chartes
M. DAVID DEROUSSIN, Professeur à l'Université Lyon III-Jean Moulin
M. FRANCK ROUMY, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

LE BAIL EMPHYTÉOTIQUE
DE LA RÉDACTION DES COUTUMES À LA LOI DU 25 JUIN 1902

Sommaire

– Première Partie –

L'ENRACINEMENT DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE DANS L'ANCIEN DROIT

TITRE I LA NATURALISATION D'UN CONTRAT D'ORIGINE ROMAINE DANS L'ANCIEN DROIT

Chapitre 1 Les contours de la notion de bail emphytéotique

Chapitre 2 La fixation du régime du bail emphytéotique

TITRE II LE RAYONNEMENT DU MODÈLE EMPHYTÉOTIQUE DANS L'ANCIEN DROIT

Chapitre 1 La construction doctrinale du modèle emphytéotique

Chapitre 2 Les mises à l'épreuve du modèle emphytéotique

– Seconde Partie –

LA REFONDATION DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE À L'AUNE DU DROIT CONTEMPORAIN

TITRE I LA REMISE EN CAUSE DES FONDEMENTS SUBSTANTIELS

Chapitre 1 Le rejet catégorique de la perpétuité

Chapitre 2 La difficulté de s'affranchir du domaine divisé

TITRE II LA RECONSTRUCTION PROGRESSIVE DU RÉGIME DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE

Chapitre 1 La réception sélective des règles d'Ancien Régime

Chapitre 2 L'enrichissement du régime par l'emprunt au droit commun

Remerciements

Mes premiers mots vont au professeur Laurent Pfister qui a accepté de diriger cette thèse. Le travail présenté ici doit beaucoup à sa bienveillance, sa constante exigence et ses précieux conseils qui ont contribué à faire mûrir mon approche du sujet.

Je sais également gré aux professeurs Patrick Arabeyre, David Deroussin, Jean-Louis Halpérin, Marta Peguera-Poch et Franck Roumy de me faire l'honneur de siéger dans mon jury de doctorat afin de soumettre cette thèse à leur appréciation.

L'achèvement de cette recherche n'aurait pas été possible sans les professeurs qui ont été présents durant ces dernières années et m'ont donné l'opportunité d'enseigner sous leur supervision, en particulier Bernard d'Alteroche, Jean-Paul Andrieux, Philippe Cocâtre-Zilgien, Sophie Démare-Lafont, Anthony Mergey, Franck Roumy et François Saint-Bonnet. La perspective même de réaliser une thèse ne se serait peut-être pas présentée sans le professeur Muriel Fabre-Magnan qui m'a encouragée dans cette voie dès le début. Ce travail a aussi et surtout été mené à bien grâce à l'efficacité et la gentillesse des responsables de centres et du personnel des bibliothèques dans lesquels j'ai travaillé, en particulier à l'Institut d'Histoire du droit – Jean Gaudemet, la bibliothèque Cujas, la bibliothèque du centre Assas et la bibliothèque nationale.

Je ne saurais exprimer toute ma reconnaissance à mes relecteurs, eux qui n'ont pas ménagé leurs efforts pour rendre lisibles les pages que je leur ai présentées. Leurs commentaires, souvent sans concession mais toujours justes, m'ont été d'une aide inestimable : Cendrine pour son abnégation en ayant bien voulu relire attentivement cette thèse de la première à la dernière ligne, Louis pour avoir émaillé ses remarques percutantes de traits d'esprit en tous genres, Jules pour ses observations judicieuses et pertinentes, Romain pour ses réflexions franches et spontanées, Florian pour son regard sagace et éclairé.

Mon immense gratitude s'adresse enfin à mes amis et ma famille qui sont restés d'un soutien indéfectible dans les moments de doute et ont supporté avec indulgence chaque étape de l'élaboration de cette thèse.

Rochefort-en-Terre,
Le 1^{er} mai 2023.

Table des abréviations

□	Additio, correctio sive adaptatio manu mea
†	décédé en
A.C.	Ancienne coutume
A.P.	<i>Archives Parlementaires</i>
AHRF	<i>Annales historiques de la Révolution française</i> , Paris
art.	article
B.E.C.	<i>Bibliothèque de l'École des Chartes</i> , Paris
BR	BOURDOT DE RICHEBOURG (Charles-Antoine), <i>Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules</i>
c.	contre
C., 1, 1, 1, 1	<i>Codex Justiniani</i> , liber 1 ^{us} , titulus 1 ^{us} , capitum 1 ^{um} , § 1 ^{us}
C. civ.	Code civil
Cass. civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
ch.	chapitre
col.	colonne
D. 1825, I, p. 1	<i>Recueil Dalloz</i> , année 1825, Première partie, p. 1
D., 1, 1, 1, 1	<i>Digesta</i> , liber 1 ^{us} , titulus 1 ^{us} , capitum 1 ^{um} , § 1 ^{us}
Duvergier, 1 ^{ère} éd., t. I, p. 1	DUVERGIER (Jean-Baptiste), <i>Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil d'État, depuis 1789 par ordre chronologique</i> , 1 ^{ère} éd., t. I, p. 1
éd.	éditeur scientifique
f.	folio
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i> , Paris
<i>ibid.</i>	au même endroit
<i>infra</i>	ci-après
<i>Inst.</i> , 1, 1, 1	<i>Institutiones Justiniani</i> , liber 1 ^{us} , titulus 1 ^{us} , § 1 ^{us}
<i>IRMAe</i>	<i>Ius romanum medii aevi</i> , Milan
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique</i> , édition générale
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>locus citatum</i> , à la place citée
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i> , Paris
<i>MSHDB</i>	<i>Mémoire de la société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans</i> , Dijon
<i>MSHDE</i>	<i>Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit</i> , Montpellier
n.	numéro
N.C.	Nouvelle coutume
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> , œuvre citée

p.	page
PUF	Presses universitaires de France
r.	recto
réimpr.	réimpression
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger</i> , Paris
<i>RHFD</i>	<i>Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique</i> , Paris
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale des droits de l'Antiquité</i> , Bruxelles
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> , Paris
rub.	rubrique
s.	suivant
S., I, p. 1	<i>Recueil Sirey</i> , Première partie, p. 1
s.d.	sans date
s.l.	sans lieu
s.n.	sans éditeur
<i>sic</i>	ainsi
<i>supra</i>	ci-avant
t.	tome
th.	thèse
tit.	titre
trad.	traduction
<i>TVR</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i> , Leden
v.	verso
V°	verbo
V ^{is}	verbis
vol.	volume

INTRODUCTION

Au cours des dernières décennies, le bail emphytéotique a connu un renouvellement tant en droit privé qu'en droit public. En droit privé, son objet, traditionnellement cantonné à la mise en valeur de fonds ruraux, a été élargi. D'abord, une loi du 16 décembre 1964 a consacré une « version moderne et urbaine »¹ du bail emphytéotique, le bail à construction, par lequel un propriétaire concède un terrain à un constructeur qui s'engage à y édifier des bâtiments ou des installations². Puis, une ordonnance du 20 février 2014 a prévu un encadrement du bail réel immobilier relatif au logement (BRILO) pour la construction de logements intermédiaires³. Récemment, une ordonnance du 20 juillet 2016, a créé le bail réel solidaire qui doit permettre de favoriser l'accès à la propriété pour les personnes à faibles ressources⁴. Ces trois nouveaux contrats, dont la finalité demeure la mise en valeur de l'immeuble, se présentent comme autant de déclinaisons du bail à emphytéose. Le bail emphytéotique a également fait irruption dans le champ du droit public⁵. Ainsi, la loi du 5 janvier 1988 a ouvert la possibilité aux collectivités publiques de consentir des baux emphytéotiques sur le domaine public⁶. À cet égard, le bail emphytéotique administratif comporte des caractéristiques exorbitantes du droit commun, visant à garantir l'intérêt des personnes publiques. L'objet du contrat est ainsi restreint à « la réalisation d'une opération d'intérêt général » ou à « l'affectation à une association culturelle d'un édifice culturel

¹ P. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 2016, n. 620.

² Art. L. 251-1 à 9 du Code de la construction et de l'habitation.

³ L'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire a inséré dans le Code de la construction et de l'habitation les articles L. 254-1 à 9 et dans le Code général de la propriété des personnes publiques un article L. 2222-5-1, pour encadrer le bail réel immobilier.

⁴ L'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire a inséré les articles L. 255-1 à 19 dans le Code de la construction et de l'habitation, pour encadrer le bail réel solidaire.

⁵ Voir notamment, J.-J. BIENVENU, « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *Mélanges Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013, p. 496-498 ; G. BERKOVICZ, A. LANG, *Les baux emphytéotiques administratifs*, Paris, LexisNexis, 2011 ; S. PLUNIAN, « La réception du bail emphytéotique administratif par le droit des contrats administratifs », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, éd. G. CLAMOUR, M. UBAUD-BERGERON, Montpellier, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 719-757.

⁶ Art. L. 1311-2 à 4 du Code général des collectivités territoriales.

ouvert au public »⁷ et les litiges relatifs à ces contrats relèvent de la compétence des juridictions administratives⁸.

Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, les transformations affectant le bail emphytéotique montrent en contrepoint l'actualité de ce contrat séculaire. Conçu pour améliorer l'immeuble, il permet de préserver et d'optimiser les biens. Modernisé, il offre des pistes de réflexion face aux enjeux économiques, sociaux et environnementaux contemporains.

Face à cet engouement pour les baux de longue durée constitutifs de droit réel, certains n'ont toutefois pas manqué d'en souligner l'anachronisme au regard de la conception exclusive de la propriété, telle qu'elle est envisagée sous l'empire du Code civil, ainsi que leurs caractéristiques inadaptées aux contraintes actuelles⁹. Trop rigide, le bail emphytéotique ne serait pas en adéquation avec les besoins des parties. De plus, certaines questions techniques demeurent en suspens, comme la procédure de révision des loyers¹⁰, ce qui fragilise la sécurité juridique de l'opération contractuelle. Pour mettre fin à ces incertitudes, un projet de réforme, proposé par une commission co-présidée par les professeurs Pierre Delvolvé et Philippe Malinvaud en 2013, suggère de substituer au système actuel un unique bail réel immobilier¹¹. Au-delà de l'intérêt porté au contrat lui-même, l'étude de l'histoire du bail emphytéotique permet aussi d'éclairer la jurisprudence récente, qui renouvelle la conception de la propriété¹². Le mouvement jurisprudentiel initié par la Cour de cassation depuis 2012, qui admet la concession de droits réels perpétuels, a suscité de nombreuses réactions au sein de la doctrine et certains commentateurs y ont vu une résurgence archaïque du domaine divisé de l'ancien droit¹³.

⁷ Art. L. 1311-2, alinéa 1^{er} du Code général des collectivités territoriales.

⁸ Art. L. 1311-3, 4^o du Code général des collectivités territoriales.

⁹ Notamment, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le bail emphytéotique, un vieux contrat toujours séduisant », *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, éd. G. DECOCQ *et alii*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 325-328 ; J.-L. TIXIER, « Le bail réel immobilier », *RDI*, 2013, p. 398.

¹⁰ Sur ce point, voir C. SAINT-ALARY-HOUAIN, « Le bail emphytéotique, un vieux contrat toujours séduisant », *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, éd. DECOCQ (Georges) *et alii*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 325-327 ; T. DANTZER, « La révision du loyer du bail emphytéotique », *Droit de l'immobilier et urbanisme*, t. 9, 1^{er} octobre 2016, p. 5 ; C. SIZAIRE, « Qualification et révision de la redevance », *Construction-Urbanisme*, t. 10, octobre 2016, comm. 135 ; C. BERLAUD, « Nature du bail du Palm Beach », *Gaz. Pal.*, t. 32, 29 septembre 2016, p. 28. De plus, ce n'est que par un arrêt du 28 janvier 2021 que la Cour de cassation a jugé que l'emphytéote avait droit à une indemnisation en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (Cass., 3^e civ., 28 janvier 2021, n^o 19-21.089). Jusqu'alors, cette solution restait incertaine.

¹¹ Projet publié à la *RDI*, 2013, p. 413.

¹² En particulier, Cass., 3^e civ., 23 mai 2012, n^o 11-13.202 ; Cass., 3^e civ., 31 octobre 2012, n^o 11-16.304, *Maison de la Poésie* ; Cass., 3^e civ., 8 septembre 2016, n^o 14-26.953, *Maison de la Poésie 2* ; Cass., 3^e civ., 7 juin 2018, n^o 17-17.240, *Grand Roc*.

¹³ Parmi ces réactions doctrinales, R. LIBCHABER, « L'article 543, entre vérité et légendes », *Tribonien*, t. 5, 2020, p. 46-56 ; J.-F. BARBIERI, « Revirement : le "droit de jouissance spéciale" peut à nouveau être

Ces critiques font état d'une modification dans la conception même du droit de propriété, adossé à l'article 544 du Code civil, et conçu comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. À la suite de ces décisions, il paraît nécessaire de redéfinir l'articulation entre propriété, droit réel et perpétuité. L'analyse historique du bail emphytéotique, contrat à partir duquel a été élaborée la théorie de la division du domaine par les glossateurs, offre les outils théoriques et pratiques pour appréhender l'évolution contemporaine de l'idée de propriété.

Le bail emphytéotique serait d'origine grecque et aurait été introduit dans le droit romain à une époque tardive¹⁴. La définition négative du contrat donnée par une constitution de Zénon († 491) édictée entre 476 et 484 reste la référence jusqu'au XIX^e siècle : affirmant que le bail emphytéotique n'est ni un louage, ni une vente, ce texte qualifie le droit d'emphytéose de « *ius tertium* »¹⁵. Suivant cette définition avant tout négative, le bail à emphytéose se présente comme une troisième voie, un contrat *sui generis*, qui sans se confondre avec la vente ou le louage partage des caractères communs avec ses deux contrats voisins. Une telle ambivalence forme toute l'originalité de ce contrat, rendant toutefois la notion difficile à cerner¹⁶. D'ailleurs, même la loi du 25 juin 1902, qui consacre pourtant l'existence du bail emphytéotique et en fixe les conditions et les effets dans le droit contemporain, évite de proposer une définition. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde pour considérer qu'il s'agit d'un « bail par lequel un propriétaire

perpétuel ! », *LPA*, t. 138, 22 août 2018, p. 10-12 ; L.-A. POLETTI, « Un droit réel de jouissance spéciale grevant un lot au profit d'un autre lot est perpétuel », *Deffrénois*, t. 139, 30 août 2018, p. 32-34 ; G. GIL, « Perpétuité du droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété », *LEDIU*, t. 111, juillet 2018, p. 3 ; F. VERN, « Le droit réel de jouissance spéciale, toujours ? », *Gaz. Pal.*, t. 325, 17 juillet 2018, p. 17-19 ; G. LARDEUX, « La perpétuité des droits réels ou Boileau à la Cour de cassation : vingt fois sur le métier », *LPA*, t. 138, 26 septembre 2018, p. 3-7 ; F. DANOS, « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC*, t. 115, 2018, p. 436-440 ; N. KILGUS, « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité : une nouvelle étape ? », *D. actualité*, 19 juin 2018 ; W. DROSS, « La perpétuité des droits réels *sui generis* », *JCP G*, t. 36, 2012, p. 1557-1559 ; L. D'AVOUT, « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », *D.* 2012, p. 1934-1936 ; L. D'AVOUT, B. MALLET-BRICOUT, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53-61 ; T. REVET, « Un nouveau cas de propriété divisé », *RTD civ.*, 2012, p. 553 ; J.-L. BERGEL, « Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans », *RDI*, 2013, p. 80-82 ; R. LIBCHABER, « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC*, 2013/2, p. 584-592.

¹⁴ P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé. t. II : Les biens*, Paris, PUF, 1971 (*Thémis*), p. 86 ; W. KAMPS, « L'emphytéose en droit grec et sa réception en droit romain », *La tenure. Recueil de la société Jean Bodin, t. III*, Bruxelles, Nouvelle société d'éditions, 1938, p. 67-121 ; L. MITTEIS, *Zur geschichte der erbpacht im aterthum*, Leipzig, B.G. Teubner, 1901, p. 6-12 ; E. GARSONNET, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, L. Larose, 1879, p. 153 ; J. LEFORT, *Étude sur l'histoire de la propriété. Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée*, Paris, Ernest Thorin, 1875, p. 7-8.

¹⁵ C. 4, 66, 1 : « *Ius emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse constituimus* ».

¹⁶ Sur la difficulté de définir l'emphytéose, voir en particulier G. BÉAUR, R. CONGOST, P. F. LUNA, « Emphyteusis : A Practical Question ? », *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, éd. R. CONGOST, P. F. LUNA, Turnhout, Brepols, 2018 (*Rural History in Europe*, 15), p. 12-18.

concède un immeuble pour une durée de 18 à 99 ans, moyennant une redevance annuelle modique appelée canon emphytéotique et sous l'obligation de planter ou d'améliorer l'immeuble loué [...], à un preneur nommé emphytéote qui acquiert le droit réel d'emphytéose »¹⁷. Cette définition ne peut cependant valoir en tout temps et en tout lieu, dans la mesure où le bail emphytéotique ne peut être envisagé comme un concept anhistorique, détaché de la conception de la propriété ou du contexte politique, économique et social, dans lequel il s'inscrit. Le contrat romain se distingue ainsi du contrat médiéval, moderne ou encore contemporain. Dès lors, définir le bail emphytéotique nécessite de prendre en compte le cadre historique dans lequel il évolue, pour lever les ambiguïtés qu'il suscite et saisir juridiquement les éléments qui le caractérisent. Si l'expression reste utilisée à travers les siècles, elle ne doit pas masquer les continuités et les discontinuités dans l'évolution du contrat, lequel avec le temps est « devenu autre »¹⁸.

Les différents travaux relatifs au bail emphytéotique permettent de s'en rendre compte. Les études consacrées au bail emphytéotique romain sont nombreuses et décrivent précisément la notion de bail emphytéotique et les règles particulières qui l'encadrent au Bas-Empire¹⁹. Au Haut Moyen-Âge, des recherches ont montré que ce contrat avait surtout perduré, en Occident, pour les biens ecclésiastiques ainsi que dans quelques villes italiennes²⁰. À compter de la renaissance du droit romain²¹, d'autres historiens ont entrepris

¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016 (*Quadrige*), V^{is} Bail emphytéotique, p. 118.

¹⁸ L'expression est empruntée à Mikhail Xifaras qui explique que le rôle de l'historien, dans l'étude d'un objet juridique, est de prendre la mesure des continuités et des discontinuités, en dépit de la permanence de sa dénomination (M. XIFARAS, « Comment rendre le passé contemporain ? », *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*, éd. X. PRÉVOST, N. LAURENT-BONNE, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 32).

¹⁹ Voir notamment A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, « Le droit des particuliers sur les domaines impériaux. Réflexions à partir du *Code Théodosien* », *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, éd. S. CROGIEZ-PÉTREQUIN, P. JAILLETTE, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2012 (*Histoire et civilisations*), p. 311-328 ; ID., *L'évolution du concept de propriété à l'époque post-classique*, th. Paris 2, 2004, p. 154-208 ; W. DANNHORN, *Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe*, Köln, Böhlau, 2003, spécialement p. 7-10 ; A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, Edizione scientifica italiana, 1994 (*ESI-uni*, 28) ; G. P. SCAFFARDI, *Studi sull'enfiteusi*, Milano, Giuffrè, 1981 (*Università di Parma, Pubblicazioni della facoltà di Giuriprudenza*, 50) ; F. BURDEAU, « L'administration des fonds patrimoniaux et emphytéotiques au Bas-Empire romain », *RIDA*, t. 20, 1973, p. 285-311 ; P. VACCARI, « Enfiteusi (storia) », *Enciclopedia del diritto*, t. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 915-920 ; M. RICCA-BARBERIS, *Enfiteusi*, Torino, Giappichelli, 1952 ; G. BAVIERA, « Il fr. 3 §4 D. XXVII, 9 e la sua interpolazione (Contributo alla storia dell'enfiteusi) », *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, Imprimerie générale du Midi, 1908, p. 375-383 ; L. MITTEIS, *Zur geschichte der erbpacht im alterthum*, op. cit., p. 33-66.

²⁰ Voir notamment S. TAROZZI, *Norme e prassi. Gestione fondiaria ecclesiastica e innovazioni giuridiche negli atti negoziali ravennati dei secoli V-VII*, Milano, Jouvence, 2017 (*Radices. Collana di studi sui diritti dell'antichità*, 2), p. 151-169 ; F. THEISEN, *Studien zur Emphyteuse in ausgewählten italienischen Regionen des 12. Jahrhunderts : Verrechtlichung des Alltags ?*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2003 (*Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, 162), p. 49-291 ; R. FEENSTRA, « L'emphytéose et le problème

de mettre en évidence l'intérêt doctrinal que portent les glossateurs et les commentateurs au bail emphytéotique²² ou encore ses avantages d'un point de vue économique²³. Des études ont également cherché à reconstituer la pénétration de ce contrat d'origine romaine dans la pratique notariale et judiciaire, dans un ressort géographique déterminé²⁴. Toutes ces analyses concluent à une altération profonde du bail emphytéotique romain, au contact des baux de longue durée d'origine coutumière ou féodale. Elles mettent aussi en évidence le développement de ce contrat en milieu urbain, notamment pour favoriser l'expansion des villes. Les mutations qui affectent le bail emphytéotique médiéval permettent, non seulement la survie de l'institution, mais aussi sa mise en conformité avec le système des propriétés simultanées²⁵.

Si les travaux existants sur le bail emphytéotiques ont permis de mieux cerner l'institution en droit romain et à l'époque médiévale, l'historiographie récente demeure

des droits réels », *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale de la societa italiana di storia del diritto*, t. III, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, p. 1303-1304 ; G. DUFOUR, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Paris, Chevalier-Marescq et C^{ie}, 1893, p. 121-122 ; H. BEAUNE, *Droit coutumier français. t. III : La condition des biens*, Lyon, Paris, Delhomme et Brigueot, 1885, p. 294 ; J. LEFORT, *Études sur l'histoire de la propriété...*, *op. cit.*, p. 155 ; É. PÉPIN-LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Paris, Joubert, 1843, p. 171.

²¹ Sur la renaissance du droit romain, la bibliographie est tellement abondante qu'on renverra simplement à E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992 ; B. PARADISI, « La renaissance du droit romain entre Italie et France », *Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque organisé par la faculté de droit et d'administration de l'université de Varsovie, en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei, le 8-10 octobre 1973*, éd. H. KUPISZEWSKI, W. WOŁODKIEWCZ, Varsovie, Université de Varsovie, Faculté de droit et d'administration, 1978, réimpr. ID., *Studi sul medioevo giuridico*, t. II, Roma Nella sede dell'Istituto, 1987 (*Studi storici*), p. 695-709.

²² En particulier, C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge. Édition critique et commentaire du Tractatus de jure emphyteotico de Pierre Hélie*, Paris, École des Chartes, 2002 (*Mémoires et documents de l'École des Chartes*, 113) ; G. ROSSI, « Le questiones de iure emphyteutico di Giasone del Maino. Il giurista di diritto comune al lavoro : noto di método », *Giasone del Maino (1439-1519), Diritto, politica, letteratura nell'esperienza di un giurista rinascimentale*, éd. E. DEZZA, S. COLLOCA, Bologne, Il Mulino, 2020, p. 15-37 ; P. TOUBERT, « Emphyteusis, Erbleihe », *Lexikon des Mittelalters*, t. III, Stuttgart, Brepols, 1977-1999, col. 1892-1895 ; G. CENCETTI, *Il contratto di enfiteusi nella dottrina del glossatori e dei commentari*, Bologna, Cuppini, 1939.

²³ Par exemple, C. MARTIN-PORTIER, « À la recherche de revenus sûrs : le cas des ventes déguisées en baux emphytéotiques au miroir de l'enquête de Charles II dans la viguerie de Tarascon en 1297-1299 », *Rives nord-méditerranéennes*, t. 28, 2007, p. 35-44 ; J.-C. HELAS, « Emphyteusis tenure: its role in the economy and in the rural society of eastern Languedoc », *Urban and Rural communities in medieval France. Provence and Languedoc, 1000-1500*, éd. K. REYERSON, J. DRENDEL, Leiden, Boston, Köln, Brill, 1998 (*The medieval Mediterranean*, 18), p. 193-208 ; C. HIGOUNET, « Essai sur les granges cisterciennes », *L'économie cistercienne. Géographie et mutations*, éd. C. HIGOUNET, Toulouse, Presses universitaires du Midi, Comité départemental du tourisme du Gers, 1983 (*Flaran*, 3), p. 157-180.

²⁴ Par exemple, J.-C. HELAS, « L'emphytéose en Cévennes et Gévaudan au XV^e siècle », *Annales du Midi*, t. 169, 1985, p. 25-38 ; J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, Marseille, Imprimerie de la société du « Petit Marseillais », 1928.

²⁵ Des études ont également été menées sur l'emphytéose médiévale en Allemagne (par exemple, K. VERHEIN, *Lehen und Feudal-Emphyteuse. Eine Untersuchung über die Abhängigkeitsformen weltlicher Staaten vom Heiligen Stuhle von der Mitte des 11. bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts*, th. droit Hambourg, 1951) et en Italie (notamment, F. THEISEN, *Studien zur Emphyteuse in ausgewählten italienischen Regionen des 12. Jahrhunderts : Verrechtlichung des Alltags ?*, *op. cit.*).

lacunaire pour les périodes moderne et contemporaine²⁶. Certes, un nombre important de thèses a été soutenu dans la deuxième moitié du XIX^e siècle et au début du siècle suivant, sous l'impulsion des débats qui entourent la réalisation d'un Code rural²⁷. Ces travaux n'ont toutefois pas été renouvelés et méritent d'être actualisés.

La présente étude ne vise donc pas tant à rechercher les origines du bail emphytéotique qu'à comprendre les raisons et les effets de son implantation dans ce que l'on peut considérer aujourd'hui comme le droit français, au regard de la conception dominante de la propriété. Lorsque dans les années 1560 l'expression de droit français apparaît²⁸, elle va de pair avec une prise de conscience par les contemporains de l'existence d'un « droit civil

²⁶ Il est possible de relever pour l'époque moderne la thèse de José Pinatel restreinte à la Provence (J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, *op. cit.*) ou encore un article d'Olivier Zeller (O. ZELLER, « Baux généraux, baux particuliers et emphytéoses. Points de droit et pratiques au XVIII^e siècle », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, éd. O. FARON, É. HUBERT, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1995 (Collection d'histoire et d'archéologie médiévales, 2), p. 85-100). Pour l'époque contemporaine, la question du bail emphytéotique a été abordée par Michel Vidal (M. VIDAL, « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *RHFD*, 2008, p. 263-273). Voir aussi A. VANCOSTENOBEL, *Les emphytéoses concédées par les hospices civils de Lille (Nord) de 1821 à 1826*, th. droit Lille, 1929.

²⁷ Voir notamment les thèses suivantes qui sont consacrées en tout ou partie à l'évolution du bail emphytéotique dans le droit français : É. PÉPIN-LEHALLEUR, *Histoire de l'emphytéose...*, *op. cit.* ; C. KERN, *De emphyteusi. Droit français. De l'emphytéose*, Strasbourg, G. Silbermann, 1855 ; L. CASSIN, *Du bail emphytéotique*, Caen, E. Poisson, 1858 ; L. BELLIER DU CHARMEIL, *Étude sur le droit emphytéotique et les albergements*, Grenoble, A. Baratier, 1864 ; H. FAUCHE, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Paris, C. de Mourgues frères, 1865 ; A. DE SARRIEU, *Du bail emphytéotique en droit romain et en droit français*, Toulouse, Bonnal et Gibrac, 1866 ; L. GEOFFRAY, *De l'emphytéose*, Paris, Lahure, 1875 ; C. GUYOT, *Des droits d'emphytéose et de superficie*, Nancy, Crépin-Leblond, 1876 ; J. HELLIOU, *Étude sur l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Bordeaux, E. Crugy, 1877 ; F. ROBIOU, *De l'emphytéose (droit romain et droit français)*, Rennes, 1877 ; P. MORISE, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Amiens, Bonvallet, 1879 ; A. ROURE, *L'emphytéose*, Lille, Danel, 1879 ; E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose*, Grenoble, Imprimerie Maisonville, 1883 ; G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose, en droit romain, en droit français et en droit roumain*, Paris, A. Derenne, 1883 ; M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain, sous l'ancien droit, et sous l'empire du code civil*, Paris, A. Rousseau, 1885 ; G. DUFOUR, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, *op. cit.* ; M. BOITET, *L'emphytéose et la loi du 25 juin 1902*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1903 ; J. DESCAT, *Essai sur le bail emphytéotique : loi du 25 juin 1902*, Toulouse, Saint-Cyprien, 1903 ; RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, Paris, L. Larose, 1903 ; J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902 relative à l'emphytéose*, Amiens, T. Jeunet, 1904 ; P. PRIMOIS, *Du bail emphytéotique : d'après la loi du 25 juin 1902 (livre I, titre V du Code rural)*, Caen, C. Valin, 1904 ; R. PUGNIÈRE, *Du bail emphytéotique*, Paris, A. Rousseau, 1904.

²⁸ Sur la construction du droit français, voir la synthèse de J.-L. THIREAU, « Droit français », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. D. ALLAND, S. RIALS, Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 484-487. Parmi l'abondante bibliographie, voir notamment ID., « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD*, t. 10-11, 1989, p. 153-191 ; V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, Giuffrè 1962 ; V. GUIZZI, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *TVR*, t. 27, 1969, p. 1-46. Toutefois, certains historiens estiment que la prise de conscience d'un droit français remonterait à l'époque médiévale (en ce sens, voir par exemple, P. OURLIAC, « 1210-1220 : la naissance du droit français », *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, t. III, Milan, Cisalpino-Goliardica, 1982, p. 489-510).

des français », pour reprendre les mots de Guy Coquille († 1603)²⁹. Dans ce contexte, il s'agit de comprendre comment est perçue et assimilée une institution, d'origine romaine, à partir du moment où sont identifiées des sources de « droit pur français »³⁰, à savoir les coutumes et la législation royale. En d'autres termes, comment au contact de ces sources et sous l'influence d'une doctrine, gagnée au nationalisme et vecteur de celui-ci, un contrat, d'origine romaine, a-t-il été adapté au point d'être absorbé dans l'ancien droit ? À partir de la période révolutionnaire, le passage du bail emphytéotique d'Ancien Régime, intégré dans un système foncier de propriétés simultanées, à un contrat compatible avec un droit de propriété individuel et exclusif soulève de nouvelles questions. Comment et pourquoi ce contrat, mis en péril tant par l'abandon de la féodalité que par le renouvellement des principes irriguant le droit civil et l'hostilité de certains acteurs du droit, survit-il à un nouveau changement d'ordre juridique et réussit-il à se fondre dans le droit contemporain ?

L'angle d'attaque du sujet impose comme *terminus a quo* la rédaction officielle des coutumes, réalisée sur ordre du pouvoir royal. À compter de ce moment et bien qu'il ait déjà pénétré la pratique des pays de coutumes comme de droit écrit, le bail à emphytéose est pleinement assimilé dans l'ancien droit, de manière volontaire et officielle, au point d'être « naturalisé »³¹. À l'autre bout du spectre temporel, l'étude ne pouvait s'achever à la Révolution, dans la mesure le bail emphytéotique survit à la prohibition des baux perpétuels ainsi qu'à la disparition des propriétés simultanées. C'est seulement avec la loi du 25 juin 1902, consacrant légalement le bail emphytéotique et son régime, que s'achève la refondation de ce contrat dans le droit contemporain. Elle constitue ainsi le *terminus ad quem* de cette recherche.

En raison de la période considérée et malgré le fait que la notion de bail emphytéotique apparaît largement répandue en Europe voire en Amérique, une étude comparée n'était pas envisageable³². Néanmoins, le regard porté à l'étranger demeure utile pour comprendre de

²⁹ G. COQUILLE, « Les coutumes du pays et comté de Nivernois : enclaves et exemptions d'iceluy, avec les annotations de M^e Guy Coquille, sieur de Romenay », *Les œuvres de Maître Guy Coquille, sieur de Romenay*, Paris, Anthoine de Cay, 1646, p. 1.

³⁰ J. BRODEAU, *Coutume de la prévosté et vicomté de Paris, commentée par feu Maître Julien Brodeau*, t. I, Paris, Jean Guignard et René Guignard, 1669, p. 3.

³¹ Le terme est emprunté à Étienne Pasquier (É. PASQUIER, *Les recherches de la France*, Paris, Laurens Sonnius, 1621, p. 879).

³² De façon générale, sur le bail emphytéotique à l'étranger, voir *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, *op. cit.* ; *Property Rights, Land Markets and Economic Growth in the European Countryside (13th-20th Centuries)*, éd. G. BÉAUR et alii, Turnhout, Brepols, 2013. Voir également anciens mais toujours utiles, E. GARSONNET, *Histoire des locations perpétuelles...*, *op. cit.*, p. 434 et s. ; J. LEFORT, *Étude sur l'histoire de la propriété...*, *op. cit.*, p. 364 et s. Des études ont également

quelles façons d'autres États ont traité ce contrat, dans des contextes distincts. En particulier, les changements de régimes politiques peuvent avoir des répercussions sur le droit des biens. Par exemple, à la suite de la Révolution française, la conception de la propriété évolue, ce qui rejaillit sur le bail à emphytéose. Au contraire, les pays européens, qui n'ont pas éprouvé un bouleversement politique semblable, ont connu une évolution différente du droit des biens, qui a pu les inciter à avoir une perception originale du contrat emphytéotique. Par conséquent, si cette investigation restreint son champ d'examen à la France, elle ne s'interdit toutefois pas des comparaisons avec le droit des pays limitrophes, lorsque cela nourrit la réflexion. L'examen de la doctrine relative au bail emphytéotique de droit français conduit également à prendre en compte l'opinion de certains auteurs étrangers, ce qui contribue à enrichir l'étude.

Le cadre d'étude choisi menait naturellement à mesurer l'enracinement du bail emphytéotique dans l'ancien droit à l'aune de ce qui est alors considéré comme l'une de ses principales sources : les coutumes, rédigées et réformées sous l'impulsion royale³³. Le dépouillement des coutumes officielles a été réalisé avant tout à l'aide du coutumier de Charles-Antoine Bourdot de Richebourg³⁴, complété éventuellement par d'autres recueils de coutumes, notamment pour les coutumes du Nord-Est et du Sud-Ouest, où les occurrences du bail emphytéotique apparaissent les plus fréquentes. Une attention particulière a été portée aux procès-verbaux établis à l'occasion de la rédaction et de la réformation des coutumes, lorsqu'ils ont été conservés, mais les recherches pour déceler des discussions relatives au contrat emphytéotique se sont généralement révélées infructueuses.

été menées sur l'emphytéose en Allemagne (par exemple, W. DANNHORN, *Römische emphyteuse und deutsche erbleihe*. *op. cit.* ; K. VERHEIN, *Lehen und Feudal-Emphyteuse...*, *op. cit.*), en Italie (notamment, F. THEISEN, *Studien zur Emphyteuse in ausgewählten italienischen Regionen des 12. Jahrhunderts : Verrechtlichung des Alltags ?*, *op. cit.* ; E. LATTES, *Studi storici sopra il contratto d'enfiteusi nelle sue relazioni col colonato ossia dell'influenza del contratto enfiteutico sopra i progressi dell'agricoltura e sopra la libertà personale degli agricoltori specialmente in Italia*, Torino, Stamperia reale, 1868) ou encore en Espagne (B. CLAVERO, « Enfiteusis, ¿Que hay en un nombre ? », *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 56, 1986, p. 467-519).

³³ Parmi l'importante bibliographie portant sur la rédaction officielle des coutumes, voir les synthèses suivantes : J.-M. CARBASSE, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droit*, t. 3, 1986, p. 34-37 ; R. FILHOL, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent. Colloque organisé les 16 et 17 mai 1960*, éd. J. GILISSEN, Bruxelles, Les Éditions de l'Institut de Sociologie, 1962 (*Études d'histoire et d'ethnologie juridiques*, 3), p. 63-85.

³⁴ C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules*, Paris, Michel Brunet, 1724.

La législation a également fait l'objet d'une étude approfondie. Au cours de l'époque moderne, il arrive, çà et là, que des ordonnances royales édictent une règle relative au bail emphytéotique. Une recherche systématique de ces sources a été effectuée du début du XVI^e siècle à la Révolution française, à partir du recueil de lois édité par François-André Isambert³⁵. À partir de 1789, la loi conquiert la place de source reine du droit privé³⁶. Le recensement des différents textes législatifs encadrant le bail emphytéotique, qui se sont succédés au cours de la période révolutionnaire, permet de saisir la position ambivalente du législateur à l'égard de ce contrat. Le Code civil, s'il ne présente en lui-même aucune disposition relative à l'objet de ces recherches, demeure une clé de lecture qui doit être prise en compte pour appréhender l'esprit des lois contemporaines. En outre, ses travaux préparatoires contiennent des allusions révélatrices et des discussions houleuses sur le bail emphytéotique, dont la teneur intéresse directement les développements de la thèse³⁷. Enfin, au XIX^e siècle, plusieurs lois autorisent la concession en emphytéose de biens du domaine de l'État. Elles ont été intégrées au corpus de sources, ainsi que la loi du 25 juin 1902, incorporée au Code rural, qui fixe le régime du bail emphytéotique. Les débats qui ponctuent l'adoption de ce dernier texte s'étendent sur plus de soixante-dix ans ; ils ont fait l'objet d'un examen approfondi, en ce qu'ils éclairent opportunément l'esprit de la loi à venir et sont des témoins précieux des soubresauts qui agitent les chambres des représentants, lors des discussions sur l'encadrement des baux de longue durée.

Pour compléter les sources légales et coutumières, les ouvrages doctrinaux ont été mobilisés. Sous l'Ancien Régime, dans un souci de clarté, il est apparu nécessaire de classer les auteurs, en fonction du courant de pensée (humaniste³⁸, coutumier³⁹, féodal⁴⁰,

³⁵ F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789 ; contenant la notice des principaux monumens des mérovingiens, des carolingiens et des capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres-patentes, réglemens, arrêts du conseil, etc., de la troisième race*, Paris, Plon, 1821-1833.

³⁶ Par exemple, J.-L. HALPÉRIN, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *AHRF*, t. 328, 2002, p. 135.

³⁷ Ces travaux préparatoires ont été étudiés à partir des recueils Loqué (J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion*, Paris, Imprimerie impériale, 1805-1807) et Fenet (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836).

³⁸ Sur le mouvement humaniste, voir en particulier, X. PRÉVOST, « *Mos gallicus jura docendi*, La réforme humaniste de la formation des juristes », *RHFD*, t. 89, 2011, p. 491-513 ; J.-L. THIREAU, « Humaniste (jurisprudence) », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 795-800. Sur l'influence de l'humanisme juridique sur les derniers bartolistes en France au XVI^e siècle, voir P. ARABEYRE, « Culture juridique et littérature européennes chez les derniers bartolistes français (première moitié du XVI^e siècle) », *Clio@Themis*, t. 2, 2009 [en ligne : <http://journals.openedition.org/cliiothemis/1781>, consulté le 20 avril 2023].

³⁹ Sur la doctrine de droit coutumier, voir notamment, J.-L. THIREAU, « Droit français », *loc. cit.*, p. 484-486 ; ID., « La doctrine civiliste avant le Code civil », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 13-51.

⁴⁰ Sur les auteurs qui ont écrit sur la matière féodale à l'époque moderne, voir parmi d'autres, G. GIORDANENGO, « La littérature juridique féodale », *Le vassal, le fief et l'écrit. Pratiques d'écriture et enjeux documentaires dans le champ de la féodalité (XI^e-XV^e siècles)*, Actes de la journée d'étude organisée à

canonique⁴¹, jusnaturaliste⁴²...) dont ils sont les plus proches. Toutefois, en raison des influences plures qu'ils subissent, la classification demeure poreuse : un auteur est susceptible de se rattacher parfois à plus d'un mouvement doctrinal. Aussi imparfaite soit-elle, la taxinomie ainsi retenue présente néanmoins l'intérêt de distinguer les grandes tendances en matière doctrinale. Bien que leurs écrits ne constituent pas toujours à proprement parler des sources juridiques, les physiocrates au XVIII^e siècle méritent aussi de retenir l'attention dans la mesure où le système qu'ils promeuvent les amène à traiter du bail emphytéotique⁴³. Après la Révolution, en dépit du silence du Code civil, l'intérêt doctrinal porté au bail emphytéotique ne faiblit pas. Critiqué ou encensé, ce contrat ne laisse pas indifférents les civilistes qui restent partagés sur la manière de l'appréhender⁴⁴. En parallèle, la pensée des économistes, libéraux ou socialistes, s'agrège aux controverses juridiques⁴⁵. L'abondante collection d'œuvres doctrinales rédigées entre le XVI^e et le XIX^e siècle a nécessité de procéder à une sélection spécifique, d'autant que les développements relatifs au bail emphytéotique y semblent omniprésents⁴⁶. Il convient alors de choisir les ouvrages, de façon pertinente, selon l'intérêt et les développements qu'ils accordent au bail à emphytéose.

La présente recherche ne pouvait pas non plus omettre la jurisprudence. Eu égard aux bornes chronologiques, une étude exhaustive des décisions de justice n'était pas

Louvain-la-Neuve le 15 avril 2005, éd. J.-F. NIEUS, Louvain-la-Neuve, Publications de l'Institut d'études médiévales, 2007, p. 11-34.

⁴¹ Sur les canonistes de l'époque moderne, voir l'ouvrage de référence J. GAUDEMET, *Les sources du droit canonique (VIII^e-XX^e siècle). Repères canoniques, Sources occidentales*, Paris, Cerf, 1993 (*Droit canonique. Études*).

⁴² Sur le courant jusnaturaliste à l'époque moderne, voir notamment M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2018, p. 527-558 ; S. GOYARD-FABRE, « École du droit naturel moderne et rationalisme juridique (XVII^e-XVIII^e) », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 564-571.

⁴³ Sur les physiocrates voir notamment, A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010 (*Collection d'histoire des institutions et des idées politiques*) ; C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle : du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992 (*Léviathan*) ; G. WEULERSSE, *Les physiocrates*, Paris, G. Doin & C^{ie}, 1931 (*Encyclopédie scientifique. Bibliothèque d'économie politique*).

⁴⁴ Sur la doctrine civiliste française qui suit la promulgation du Code civil, voir notamment : J.-L. HALPÉRIN, « Exégèse (École) », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 681-685 ; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 (*Bibliothèque de droit privé*, 381) ; P. RÉMY, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, t. 1, 1985, p. 115-123 ; J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, De Boccard, 1924 (*Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions*, 19).

⁴⁵ Sur les économistes du XIX^e siècle et l'agriculture, voir notamment, L. HERMENT, « Le capitalisme agraire au XIX^e siècle : le champ des possibles », *L'Homme & la Société*, t. 193-194, 2014, p. 17-36 ; L. LE VAN-LEMESLE, « Les économistes français et l'usage des modèles étrangers », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, t. 23, 2001, p. 73-86.

⁴⁶ Sur la difficulté de déterminer ce qu'est un « grand » juriste et quels auteurs retenir en histoire du droit, voir P. ARABEYRE, « Entre *priscus docendi stylus* et *nova docendi methodus*. Visions renaissantes du panthéon des juristes français », *Historia et ius*, t. 8, 2015, paper 10, p. 1-16 [en ligne : http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/arabeyre_8.pdf, consulté le 20 avril 2023].

envisageable. Elle devait plutôt laisser la place à une étude des recueils d'arrêts, afin de mesurer la contribution des magistrats au renouvellement du bail emphytéotique. Pour l'époque moderne, les difficultés que soulève l'exploitation des ouvrages réalisés par les arrêtistes sont connues⁴⁷. En dépit de ces inconvénients, les décisions recueillies dans les recueils d'arrêts constituent un témoignage de la pratique judiciaire et de sa réception doctrinale, dont l'économie ne peut être faite. Pour l'époque contemporaine, le choix a été fait d'un dépouillement systématique des recueils *Dalloz*, *Sirey* ainsi que de la *Gazette du Palais*. Malgré la sélection effectuée en amont par les rédacteurs, les arrêts ainsi compilés présentent un aperçu des dynamiques jurisprudentielles, depuis la Révolution⁴⁸.

Quelques formulaires notariaux ont aussi été exploités afin d'illustrer, un tant soit peu, la manière dont les praticiens, à partir de l'époque moderne, se sont emparés du bail emphytéotique, en fonction des besoins économiques de leurs clients, puis, après 1804, ont contribué à la survie de ce contrat en l'absence de dispositions dans le Code civil. Sans doute eût-il été profitable d'examiner de façon approfondie des actes notariaux extraits des archives. Cependant, il a été nécessaire d'y renoncer en raison de l'ampleur de la période retenue et pour favoriser l'articulation avec les sources déjà mobilisées. Le chantier de la pratique reste par conséquent ouvert. En revanche, a été entrepris l'examen d'un échantillon de cahiers de doléances, sélectionnés en fonction des revendications exprimées à l'encontre du bail emphytéotique. Cet examen offre la possibilité d'esquisser, avec toute la prudence que requiert cette source, la manière dont les individus se représentent un tel contrat à la jonction entre l'ancien droit et le droit contemporain⁴⁹.

Parce que le bail emphytéotique fait ressortir une tension entre propriété, droit réel et perpétuité, son étude nécessite de prendre en compte la conception dominante de la propriété à un moment donné. Ce contrat est, en effet, envisagé différemment par les

⁴⁷ Voir en particulier, G. CAZALS, *L'arrestographie flamande (1668-1789). Jurisprudence et littérature juridique à la fin de l'Ancien Régime*, Genève, Droz, 2018 (*Bibliothèque des Lumières*) ; G. LEYTE, « Des arrêts aux arrêtistes. Généalogie de quelques arrêts de principe du parlement de Paris », *Histoire et Archives*, t. 12, 2002, p. 115-138 ; J. POUMARÈDE, « Les arrêtistes du Parlement de Toulouse », *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*, éd. J. POUMAREDE, J. THOMAS, Toulouse, Framespa, 1996, p. 369-391 ; C. CHENE, « L'arrestographie, science fort douteuse », *MSHDE*, t. 13, 1985, p. 179-187.

⁴⁸ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (*Critique du droit*), p. 94-106.

⁴⁹ Sur les difficultés d'utilisation des cahiers de doléances, voir la bibliographie récente : *Doléances. La plainte politique, voie de régulation des rapports gouvernés-gouvernants (XIII^e-XVIII^e siècle)*, éd. M. BUBENICEK, F. FORONDA, Paris, École nationale des chartes, 2022 (*Études et rencontres de l'École des chartes*) ; P. GRATEAU, *Les cahiers de doléances. Une relecture culturelle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2001 (*Histoire*).

sources selon qu'il s'inscrit dans la division du domaine ou dans un régime de propriété individuelle et exclusive. Il est admis qu'avant 1790, l'organisation foncière se fonde sur le système des propriétés simultanées⁵⁰. Ainsi, dans l'ancien droit, mis à part les alleux qui constituent des îlots de propriété exclusive⁵¹, les biens immeubles sont détenus par un propriétaire direct et un ou plusieurs propriétaires utiles, qui détiennent chacun une ou plusieurs utilités du fonds. Cette situation donne lieu à un enchevêtrement de droits réels, qui coexistent sur une même chose. À partir de la Révolution, une conception unitaire de la propriété aurait remplacé l'organisation foncière d'Ancien Régime. Désormais, il n'existerait qu'un unique propriétaire d'un bien foncier, qui ne peut être concurrencé par de simples possesseurs⁵². Cette vision linéaire et réductrice de l'évolution du droit de propriété doit toutefois être nuancée⁵³. Il a notamment été montré que, dès le XVI^e siècle, un renouveau dans la conception de la propriété se fait jour, amorçant une marche vers l'exclusivisme⁵⁴. Par ailleurs, en dépit de ce renversement après la Révolution, la survivance des propriétés simultanées demeure dans certains domaines⁵⁵. L'étude du bail emphytéotique de l'époque moderne à l'époque contemporaine doit tenir compte de ce changement de paradigme des propriétés simultanées vers la propriété exclusive. En outre, le droit de propriété peut être compris dans un sens objectif, c'est-à-dire comme la qualité d'une chose d'appartenir à une personne, ou comme un droit subjectif, autrement dit un pouvoir de maîtrise de la chose. Entamée de manière précoce, la subjectivisation du droit de propriété semble gagner en puissance à partir des XV^e et XVI^e siècles⁵⁶. À la fin du

⁵⁰ Voir notamment A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens* Paris, PUF, 1989 (*Droit fondamental*), p. 16.

⁵¹ Sur l'alleu à l'époque moderne, voir notamment, R. BOUTRUCHE, *Une société provinciale en lutte contre le régime féodal, l'alleu en Bordelais et en Bazadais du XI^e au XVIII^e siècle*, Rodez, P. Carrère, 1947 (*Publications de la Faculté des Lettres de l'université de Strasbourg*, 100) ; É. CHÉNON, *Étude sur l'histoire des alleux en France : avec une carte des pays allodiaux*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888.

⁵² Voir notamment A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens...*, *op. cit.*, p. 16.

⁵³ A. BÜRGE, « Vom Aufstieg und Fall einer Eigentumskonzeption. Überlegungen zum Erkenntniswert einiger beliebter Denkmuster », *Ius commune*, t. 18, 1991, p. 275-285 ; A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », *L'évolution contemporaine du droit des biens. Troisièmes Journées Renée Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Paris, PUF, 1991 (*Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers*, 19), p. 3-12.

⁵⁴ Sur ce point, voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 141-158.

⁵⁵ Voir notamment C. GAU-CABÉE, *Droits d'usage et Code civil : l'invention d'un hybride juridique*, Paris, LGDJ, 2006 (*Bibliothèque de droit privé*, 450), p. 356 et p. 503 ; P. GROSSI, « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, t. 5-6, 1976-1977, p. 201-338, réimpr. ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 439 et s. ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 242-243.

⁵⁶ Sur le mouvement vers la subjectivisation du droit voir notamment, J.-L. HALPÉRIN, « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés », Conférence faite au Japon aux Universités Nanzan (Faculté de droit, Nagoya) et Keio (Faculté de droit, Tokyo), les 25 et 26 février 2010, accessible en ligne [<https://hal-ens.archives-ouvertes.fr/hal-00460386>, consulté le 5 avril 2023] ; L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété.

XVIII^e siècle, le droit de propriété est consacré comme un droit naturel, inaliénable et imprescriptible⁵⁷, par son incorporation dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁵⁸. Ces différentes facettes du droit de propriété déterminent plusieurs niveaux de lecture des rapports entre une personne et un bien. Il est indispensable de s'y référer pour comprendre pleinement la façon dont les juristes appréhendent le bail emphytéotique et ses transformations d'un ordre juridique à l'autre.

En ayant la particularité de porter sur une chose et surtout, en raison de sa durée, le bail emphytéotique affecte la propriété, si bien que son étude s'inscrit en premier lieu dans une histoire du droit des biens. Il fait écho à une question de technique juridique, qui permet d'organiser les rapports entre les personnes et les biens mais qui règle aussi les relations entre le bailleur et le preneur. À la jonction du droit des biens et des contrats, il offre une réponse aux contraintes imposées par les nécessités économiques, sociales et politiques⁵⁹. Il constitue aussi un outil juridique, apte à offrir des perspectives de réflexion plus larges, comme en témoigne la construction de la division du domaine par les glossateurs. Il suscite des interrogations en droit successoral du fait de son caractère héréditaire. Ce contrat présente également des analogies avec plusieurs concessions de droit public, contribuant à nourrir la réflexion de la doctrine administrativiste au XIX^e siècle. De surcroît, en vertu de l'étendue de son droit de jouissance, l'emphytéote est considéré comme un contribuable, ce qui soulève des questions en matière fiscale, voire en matière électorale dans les régimes censitaires.

L'histoire du bail emphytéotique participe d'une réflexion plus large sur l'acculturation d'un contrat. La longévité du bail à emphytéose doit beaucoup aux processus successifs

Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale du droit*, t. 38/2, 2008, p. 317 et s. ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », *Droits*, t. 1, 1985, p. 17-31 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 480-485.

⁵⁷ Sur la propriété comme droit de l'homme, voir notamment P. GARNSEY, *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, trad. A. HASNAOUI, *Penser la propriété. De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, Les Belles Lettres, 2013 (*Histoire*, 118), p. 237-267 ; J. MORANGE, « La Déclaration et le droit de propriété », *Droits*, t. 8, 1988, p. 101-110 ; S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 (*Pluriel*), p. 379-383.

⁵⁸ La propriété est garantie par l'article 2 (« 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 ») et l'article 17 (« La propriété 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 »). Nous soulignons.

⁵⁹ Sur la manière d'appréhender le droit des contrats en tant qu'historien du droit, voir D. DEROUSSIN, « Penser l'ancien droit des contrats », *Penser l'ancien droit privé*, *op. cit.*, p. 133-156. Sur les facteurs d'évolution du droit des obligations, voir la synthèse de J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992 (*Droit fondamental*), p. 83-101.

d'acculturation qu'il a subis du XVI^e au XIX^e siècle⁶⁰. Sous l'Ancien Régime, au contact du droit féodal et coutumier, le bail emphytéotique – hérité du droit romain – a été adapté, en partie dépouillé de sa romanité et peu à peu naturalisé. Ce phénomène d'acculturation témoigne, avant tout, des rapports réciproques entre droit romain et droit coutumier mais il entraîne également des répercussions sur la réflexion doctrinale. Mécanisme de la technique juridique bien connu, le bail emphytéotique est utilisé à titre de *ratio scripta* et offre ainsi aux auteurs modernes, sur la base des opinions de leurs prédécesseurs, une grille de lecture pour ordonner et rationaliser les concessions coutumières et féodales. L'étude des sources permet notamment de montrer que le bail emphytéotique a été tenu pour un modèle des baux de longue durée. À partir de la Révolution, le changement de la conception dominante de la propriété met en péril la survie de ce contrat et son passage de l'ancien droit au droit contemporain nécessite des aménagements conséquents tant de la notion que de son régime. Assimilé durablement dans l'ancien droit puis dans le droit contemporain, le bail à emphytéose parvient à circuler d'un ordre juridique à l'autre⁶¹. En cela, les phénomènes d'acculturation récurrents témoignent de la plasticité de ce contrat, susceptible de s'acclimater à des cadres juridiques variés.

Pour embrasser les différents aspects de la pérennité du bail emphytéotique de la rédaction des coutumes au XVI^e siècle à sa consécration légale en 1902, un traitement chronologique a été privilégié. À cet égard, la période révolutionnaire – et tout particulièrement l'année 1790 – apparaît comme un moment charnière, au cours duquel le renouvellement de l'organisation foncière et le changement de paradigme dans la conception de la propriété conduisent à diverses ruptures dans l'appréhension du contrat emphytéotique. Cette approche se double toutefois d'une organisation thématique au sein de chaque partie, complétant la démarche diachronique. Il convient d'abord d'envisager l'enracinement du bail emphytéotique dans l'ancien droit (**PARTIE I**), dans lequel,

⁶⁰ L'acculturation juridique peut être définie comme l'« ensemble des processus suivant lesquels les systèmes de normes juridiques, les comportements des acteurs et leurs représentations sont construits ou modifiés par les contacts et interpénétrations entre cultures et sociétés » (N. ROULAND, « Acculturation juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 4). Voir également, J. GAUDEMET, « Les transferts de droit », *L'année sociologique*, t. 27, 1976, p. 29-59 ; M. ALLIOT, « L'acculturation juridique », *Ethnologie générale*, éd. J. POIRIER, Paris, Gallimard, 1968, p. 1180-1246.

⁶¹ La notion d'ordre juridique est ici comprise au sens où l'a définie Charles Leben : « ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine » (C. LEBEN, « Ordre juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1113). Sur la transition d'un ordre juridique à un autre, voir entre autres C. GRZEGORCZYK, « Ordre juridique comme réalité », *Droits*, t. 35, 2002, p. 114-117 ; N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1998 (*La pensée juridique*), p. 137 ; M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 (*Les voies du droit*), p. 168-174.

simultanément, il est naturalisé en tant que contrat (**Titre 1**) et suscite une importante réflexion doctrinale en tant que modèle (**Titre 2**). Le bail emphytéotique est ensuite refondé à l'aune du droit contemporain (**PARTIE II**), puisque ses fondements substantiels sont remis en cause (**Titre 1**), entraînant une reconstruction progressive de son régime (**Titre 2**).

PARTIE I L'ENRACINEMENT DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE DANS L'ANCIEN DROIT

La redécouverte des Compilations de Justinien en Italie, à la fin du XI^e siècle, constitue le point de départ d'une renaissance du droit romain en Europe occidentale⁶². Aux XII^e et XIII^e siècles, son enseignement se diffuse dans toute l'Europe et notamment en France. L'intérêt manifesté par les glossateurs et les commentateurs pour l'étude du droit romain conduit à l'implantation d'un vocabulaire d'origine romaine dans le droit coutumier⁶³. Le bail emphytéotique est l'une des institutions qui bénéficient de cette renaissance⁶⁴. À partir de la fin du XV^e siècle et au début du siècle suivant, l'humanisme juridique renouvelle l'étude du droit romain. Au cours de cette seconde renaissance, les humanistes remettent en cause les méthodes de leurs prédécesseurs et procèdent à un réexamen des sources romaines, dans une démarche se voulant plus scientifique⁶⁵. Une fois encore, le bail à emphytéose n'échappe pas à une nouvelle relecture. Ainsi, l'enracinement du bail emphytéotique dans l'ancien droit participe d'un mouvement plus large de pénétration du droit romain dans le royaume de France⁶⁶.

⁶² Sur la renaissance du droit romain, voir, parmi l'abondante bibliographie, E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, *op. cit.*

⁶³ Parmi beaucoup d'autres, voir notamment, A. RIGAUDIÈRE, « La pénétration du vocabulaire édictal romain dans les coutumiers français des XIII^e et XIV^e siècles », *El dret comú y Catalunya. Actes du colloque tenu à Barcelone, les 30 mai-1^{er} juin 1996*, éd. A. IGLESIA-FERREIROS, Barcelone, Fundacio Noguera, 1997, p. 161-197 ; réimpr. ID., *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (XIII^e-XV^e siècle)*, Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2003 (*Histoire économique et financière – Moyen Âge*), p. 67-92 ; J.-P. LÉVY, « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen Âge », *TVR*, t. 25, 1957, p. 1-53.

⁶⁴ C. TISSERANT, *Fief et emphytéose...*, *op. cit.*, p. 265.

⁶⁵ X. PREVOST, « *Mos gallicus jura docendi*. La réforme humaniste de la formation des juristes », *loc. cit.*, p. 492-494.

⁶⁶ Parmi l'importante bibliographie sur cette question, voir notamment, J. KRYNEN, « La réception du droit romain en France. Encore la bulle *super speculam* », *RHFD*, 2008, p. 227-262 ; J. GAUDEMET, « Les persistance du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », « *Excerptiones iuris* » : *Studies in honor of André Gouron*, éd. B. DURAND, L. MAYALI, Berkeley, The Robbins Collection, 2000 (*Studies in comparative legal history*), p. 227-260 ; J. BREJON DE LAVERGNÉE, « La pénétration du droit romain dans les pays de l'Ouest de la France », *MSHDE*, t. 6, 1967, p. 55-61 ; R. AUBENAS, « Quelques réflexions sur les

À partir de la fin du Moyen Âge puis surtout à l'époque moderne, tout en se renforçant progressivement, le pouvoir royal s'efforce de juguler la réception du droit romain⁶⁷. Le souverain tente ainsi d'asseoir son emprise sur les sources du droit n'émanant pas de lui⁶⁸. La rédaction officielle des coutumes, décidée par l'ordonnance de Montils-lès-Tours (1454)⁶⁹, puis leur réformation s'inscrivent, en partie, dans ce dessein⁷⁰. Au cours de ce processus, certaines institutions d'origine romaine ont pu être intégrées dans les coutumes, à l'instar du bail emphytéotique⁷¹. La rédaction et la réformation des coutumes ont donc conduit, en un sens, à la romanisation de certains aspects de droit coutumier mais également, à rebours, à la nationalisation de notions issues du droit romain. À l'occasion de son insertion dans les coutumes officielles, le bail emphytéotique subit des altérations qui permettent de le mettre en conformité avec l'organisation foncière d'Ancien Régime. Déjà, Étienne Pasquier († 1615) utilise le terme de « naturalisation » pour traduire l'assimilation des règles de droit romain par le droit français⁷². En ce sens, le bail emphytéotique, d'origine romaine, est ainsi naturalisé (**Titre 1**).

La doctrine moderne s'empare également du bail emphytéotique. L'intérêt des auteurs pour ce contrat n'est pas nouveau, puisque les glossateurs puis les commentateurs l'ont déjà utilisé pour développer la théorie de la division du domaine⁷³. Toutefois, à la

problèmes de la pénétration du droit romain dans le Midi de la France », *Annales du Midi*, t. 76, 1964, p. 371-377.

⁶⁷ Voir le point de vue nuancé de A. CASTALDO, « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. À propos de vues nouvelles I », *Droits*, t. 46, 2007, p. 117-158. Voir aussi J. KRYNEN, « Droit romain et État monarchique. À propos du cas français », *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge. Actes du colloque organisé par l'université du Maine les 25 et 26 mars 1994*, éd. J. BLANCHARD, Paris, Picard, 1995, p. 13-23.

⁶⁸ Sur ce point, voir notamment J. KRYNEN, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, t. 7, 2000, p. 171-187.

⁶⁹ La rédaction des coutumes est ordonnée par Charles VII, par l'article 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours, promulguée en avril 1453 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. IX, p. 252-253).

⁷⁰ Parmi beaucoup d'autres, voir J.-L. GAZZANIGA, « Rédaction des coutumes et codification », *Droits*, t. 26, 1997, p. 71-80 ; R. FILHOL, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », *loc. cit.*, p. 63-85.

⁷¹ Par exemple, la légitime, institution d'origine romaine, a été transplantée dans les pays de coutumes à l'occasion de leur rédaction officielle (M. PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009 (*Histoire du droit*), p. 15-20).

⁷² É. PASQUIER, *Les recherches de la France*, *op. cit.*, p. 879 : « Puisque nous avons naturalisé en nostre France le Droict Civil des Romains, qui du commencement nous estoit Aubain, & basti sur ses ruines plusieurs polices non cogneuës, ny sous la première famille de. Nos Roys, ny sous la seconde, ny bien avant sous la troisieme, ie ne pense faire œuvre esloignée de mon projet, si ie discours de quelle façon, ayant esté perdu, il fut retrouvé, & comme depuis par succession de temps il se vint loger en ce Royaume, dont nos Universitez de Loix printrent leur origine ».

⁷³ Parmi l'abondante bibliographie, voir notamment P. GROSSI, « La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico », *Quaderni fiorentini*, t. 17, 1988, p. 386-405 ; R. FEENSTRA, « Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des *Ultramontani*) », *Flores legum H. J. Scheltema*, Antecessori Groningano, oblato, éd. R. FEENSTRA, J. H. A. LOKIN, N. VAN DER WAL,

différence de leurs prédécesseurs, certains auteurs d'Ancien Régime étudient ce contrat car ils y voient aussi un référent à partir duquel comparer et analyser la multitude de baux de longue durée, d'origine coutumière ou féodale, qui se déploient dans le royaume de France. Ils identifient et réinterprètent le bail à emphytéose qu'ils utilisent comme une grille de lecture à l'aune de laquelle ils classent et examinent les baux de longue durée. Pour reprendre la formule de Jean-Jacques Bienvenu, le bail emphytéotique constitue un « invariant » du raisonnement juridique⁷⁴. Dans cette perspective, il apparaît également comme une construction intellectuelle, un outil conceptuel et plus seulement comme un contrat. Ainsi, le bail emphytéotique s'enracine également dans l'ancien droit en étant utilisé à titre de modèle par une partie de la doctrine d'Ancien Régime (**Titre 2**).

Gröningen, Wolters-Noordhoff, 1971, p. 49-93; réimpr. ID., *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde, Presses universitaires de Leyde, 1974, p. 215-259 ; É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique », *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, Imprimerie générale du Midi, 1908, p. 409-461.

⁷⁴ J.-J. BIENVENU, « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *loc. cit.*, p. 498.

Titre I La naturalisation d'un contrat d'origine romaine dans l'ancien droit

Dès la renaissance du droit romain, le bail emphytéotique a pénétré la pratique contractuelle, notamment dans le Midi⁷⁵. Cependant, à l'occasion de la rédaction et de la réformation des coutumes, ordonnée par le pouvoir royal, le bail emphytéotique est officiellement reçu dans l'ancien droit⁷⁶. Ce contrat n'a pas été transposé tel quel dans les sources coutumières ; ses conditions et ses effets ont été adaptés et ce, pour deux raisons principales.

En premier lieu, à l'époque moderne, l'ordre juridique apparaît comme l'héritier de deux traditions : d'abord, celle du droit coutumier, ensuite, celle du droit romain réinterprété⁷⁷. D'un côté, le droit écrit tel qu'il est connu sous l'Ancien Régime – par le biais des Compilations de Justinien redécouvertes et comprises par les gloses et commentaires des auteurs – diffère nettement du droit appliqué dans l'Empire romain. De l'autre côté, la tradition coutumière s'appuie sur des fondements et des principes juridiques inconnus du droit romain. L'ordre juridique qui en résulte apparaît composite et hétérogène. Dans le contexte de l'émergence de l'État, le pouvoir souverain tente alors d'imposer sa mainmise sur le droit et ainsi de mettre en place « un ordre juridique [...] tendant vers l'unité et, surtout, émanant exclusivement de lui »⁷⁸. À partir du XV^e et surtout du XVI^e siècle, la rédaction officielle des coutumes et l'affermissement du pouvoir normatif du roi témoignent de cette volonté de s'emparer des sources du droit. Dès lors, insérer le bail emphytéotique dans l'ordre juridique moderne se traduit, non par une réplique du contrat de droit romain, mais par une véritable appropriation.

En second lieu, l'organisation foncière d'Ancien Régime présente des caractéristiques particulières. En effet, à partir de l'époque féodale, la sujétion des personnes conduit à la

⁷⁵ Voir en particulier, C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.* p. 265-268 ; C. MARTIN-PORTIER, « À la recherche de revenus sûrs : le cas des ventes déguisées en baux emphytéotiques... », *loc. cit.*, p. 35-44 ; J.-C. HELAS, « L'emphytéose en Cévennes et Gévaudan au XV^e siècle », *loc. cit.*, p. 25-38 ; J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁶ Ici, la réception est entendue comme l'importation volontaire et officielle, c'est-à-dire autorisée par une autorité publique, d'une institution étrangère. Sur la réception du droit romain en France et les difficultés terminologiques, voir notamment parmi l'abondante bibliographie J. KRYNEN, « La réception du droit romain en France. Encore la bulle *super speculam* », *loc. cit.*, p. 227-262 ; J. GAUDEMET, « Les persistance du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », *loc. cit.*, p. 227-260.

⁷⁷ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004 (*Champs histoire*), p. 21.

⁷⁸ A. RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, Economica, 2010 (*Histoire du droit*), p. 427.

mise en place d'une hiérarchie foncière : la relation de subordination du vassal envers son seigneur se traduit, en droit des biens, par une relation de dépendance du propriétaire utile à l'égard du propriétaire direct⁷⁹. Dans cette conception, être détenteur d'un droit sur une chose constitue la norme tandis qu'en être plein propriétaire se présente comme l'exception. Le plus souvent, pour chaque immeuble, il existe un propriétaire direct, qui perçoit des redevances en reconnaissance de son domaine direct, et un ou plusieurs propriétaires utiles qui disposent des utilités de la chose. Ainsi, sur un même bien immobilier, se fait jour un enchevêtrement de droits concédés par le propriétaire direct. Toutefois, par exception, certaines terres – les alleux – échappent à la division du domaine et sont détenues en pleine propriété. À l'époque moderne, les propriétés simultanées se maintiennent, même si un renouveau des conditions économiques donne à voir les premiers balbutiements d'un droit de propriété individuel et exclusif⁸⁰. Bien que déjà réinterprété par les glossateurs et les commentateurs pour se conformer au système des propriétés simultanées, à compter de la rédaction officielle des coutumes, le bail emphytéotique fait l'objet d'adaptations substantielles qui tendent à franciser ce contrat.

Ainsi, la naturalisation de ce contrat d'origine romaine dans l'ancien droit conduit à conférer de nouveaux contours à la notion de bail emphytéotique (**Chapitre 1**) mais également à fixer son régime (**Chapitre 2**), en accord avec l'organisation foncière prédominante.

⁷⁹ Notamment, D. VEILLON, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI^e au XVIII^e siècle », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, t. 3, 2011, p. 149-150 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008 (*Histoire du droit*), p. 72-74 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 133-136.

⁸⁰ Sur ce basculement, voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 136-137.

Chapitre 1 Les contours de la notion de bail emphytéotique

Au cours des siècles qui suivent la chute de l'Empire romain d'Occident, la notion de bail emphytéotique ne semble subsister qu'avec difficulté, et ce, essentiellement pour les biens d'Église, le droit canonique ayant conservé en partie les règles romaines relatives à ce contrat⁸¹. Dans le même temps, l'essor de la féodalité contribue au développement d'une multitude de baux de longue durée en accord avec les liens d'homme à homme qui la caractérisent⁸². Ainsi, jusqu'au XII^e siècle, le bail emphytéotique trouve difficilement sa place au sein de l'organisation foncière féodale. Puis, du fait de la renaissance juridique, ce contrat s'impose progressivement dans l'ancien droit⁸³. À partir de la deuxième moitié du XV^e siècle et plus encore au siècle suivant, certaines coutumes rédigées s'emparent du bail emphytéotique tandis que la doctrine civiliste, mais aussi coutumière, entreprend d'en dégager les traits caractéristiques. Pour autant, les influences réciproques du droit romain redécouvert comme du droit coutumier – imprégné de culture féodale – viennent dégrader la conception médiévale de l'emphytéose et conférer des contours particuliers à sa notion⁸⁴. Dès lors, le bail emphytéotique a été transplanté, selon l'expression d'Étienne Pasquier, dans l'ancien droit⁸⁵ (**Section 1**). Le droit coutumier s'approprie ce contrat, conservant les caractères en accord avec son esprit et modifiant les autres. En conséquence, cette transplantation contribue à renouveler la notion de bail emphytéotique (**Section 2**).

⁸¹ Sur le bail emphytéotique ecclésiastique romain et son évolution à l'époque médiévale, voir C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, op. cit., p. 265 ; S. TAROZZI, *Norme e prassi...*, op. cit. ; F. THEISEN, « Überlegungen zum Beitrag der Kanonistik zur Entwicklung der Emphyteuse im 13. Jahrhundert », *Proceedings of the Eleventh International Congress of Medieval Canon Law (Catania, 30 July-6 August 2000)*, Vatican, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2006, p. 649-660.

⁸² M. BLOCH, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1968, p. 209-249.

⁸³ Sur la diffusion précoce du droit romain en France, voir notamment F. ROUMY, « *Excerpta Rotomagensia*, un des plus anciens témoignages de la diffusion du droit de Justinien en France au XII^e siècle », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, éd. B. D'ALTEROCHE, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 917-947.

⁸⁴ É. PÉPIN-LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 221.

⁸⁵ É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian avec la conférence de chaque paragraphe aux ordonnances royales, arrestz de parlement et coutumes générales de la France*, Paris, Videcoq aîné, A. Durand, 1847, p. 30 : « maintenant, il nous fault recognoistre en quoy gist et consiste le droict dont nous usons en la France. Et pouvons dire qu'il gist en quatre parties : la première, és ordonnances royaulx ; la seconde despend des Coustumes des diverses provinces ; la troisieme des maximes générales que nous avons transplantées en France, non de tout le droict des Romains, mais d'une partie d'iceluy ; la quatrieme des arrestz de chasque parlement ». Nous soulignons. L'idée de transplantation du droit romain est également sous-jacente chez P. DE L'HOMMEAU, *Les maximes generales du droict françois : divisée en trois livres*, Rouen, C. le Villain, 1612, p. 63 : « Toutesfois les Rois de France ont permis la profession & leçons du droit Romain (...) pour apprendre les raisons & décisions des iurisconsultes Romains, afin de s'en servir, comme de raison » ; L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes ou Digestes du droit françois*, Lyon, Jean Veyrat, 1597, p. 389 : « le peuple des loix auroit commencé à se faire des coutumes & formes de vivre, prenant & des loix Romaines & des mœurs Françaises, ce qu'il en estimoit estre utile & suffisant pour se maintenir & conserver ».

Section 1 La transplantation du bail emphytéotique dans l'ancien droit

Dès la période médiévale, l'organisation foncière s'établit autour de propriétés simultanées, qui conduisent à un enchevêtrement de droits réels sur un même bien. Dans ce contexte, les baux de longue durée d'origine locale se sont largement développés⁸⁶. À l'instar du bail emphytéotique, ils permettent au preneur de jouir du domaine utile tandis que le bailleur conserve un domaine direct. À l'époque moderne, certains d'entre eux font l'objet d'un encadrement par les coutumes officielles. Il en est de même pour le bail à emphytéose : déjà pratiqué dans le royaume de France, il est intégré dans quelques coutumes, à l'occasion de leur rédaction ou de leur réformation.

Aucune coutume ne propose de définition du bail emphytéotique. Néanmoins, leur étude est essentielle à plusieurs titres ; elle permet de préciser les contours de la notion et d'identifier les marqueurs de l'assimilation du bail emphytéotique dans l'ancien droit. Si ce contrat n'est pas défini par elles, il n'est pas pour autant absent des coutumes, mais y est diversement appréhendé selon les traditions régionales. Il est d'usage de distinguer entre pays de coutumes et pays de droit écrit, respectivement au Nord et au Sud selon une limite dont le tracé a été proposé par Henri Klimrath († 1837) autour de 1830⁸⁷. Toutefois, l'insertion du bail emphytéotique dans les coutumes rédigées ne suit pas proprement cette division du territoire. S'il est nécessaire de conserver cette ligne directrice comme guide, l'étude à partir des groupes de coutumes identifiés par Jean Yver s'avère beaucoup plus significative⁸⁸. Recherchant « l'esprit » des coutumes, cette démarche repose sur la mise en

⁸⁶ Sur cette question, voir P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus : locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014 (*Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, 63).

⁸⁷ H. KLIMRATH, « Étude sur les coutumes », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 6, 1837, p. 1-157. Une mise à jour de ce tracé a été réalisée par Jean Hilaire (J. HILAIRE, « Coutume et droit écrit : recherche d'une limite », *MSHDB*, 1984, p. 153-175).

⁸⁸ J. YVER, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966. L'ensemble de l'ouvrage est construit autour des six groupes de coutumes qu'il met en évidence : groupe de l'Ouest, groupe orléano-parisien, groupe du Nord, groupe champenois, groupe du Centre et groupe de l'Est. Voir également ID., « Sur deux jugements du Maître-échevin de Metz (1361 et 1376), concernant le partage successoral entre enfants de plusieurs lits. Étude de géographie coutumière », *Mélanges Louis Falletti* [Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Lyon], t. II, 1971, p. 591-600 ; ID., « Les deux groupes de coutumes du Nord », *Revue du Nord*, t. 140, 1953, p. 197-220 et t. 141, 1954, p. 5-36 ; ID., « Les caractères originaux de la coutume de Normandie », *Mémoire de l'Académie des Sciences, Arts et Belles-Lettres de Caen*, t. 12, 1952, p. 307-356 ; ID., « Les caractères originaux du groupe des coutumes de l'Ouest de la France », *RHD*, t. 1, 1952, p. 18-79. À la suite de Jean Yver, de nombreux travaux sont venus préciser et compléter cette analyse. Entre autres, M. PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XV^e-XVIII^e siècles)*, op. cit. ; P. OURLIAC, « Les coutumes du Sud-Ouest de la France », *Études d'histoire du droit médiéval*, t. I, Paris, Picard, 1979, p. 3-15 ; ID., « L'esprit du droit méridional », *ibid.* p. 311-327 ; J. POUMARÈDE, *Géographie coutumière et mutations sociales. Les successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1972.

évidence de ressemblances et de dissemblances pour former des groupes homogènes. L'introduction de la notion de bail emphytéotique dans les coutumes se prête à un tel examen. En effet, ce processus s'est échelonné dans le temps et s'organise autour de deux principaux centres d'influence : le groupe des coutumes de l'Est de la France et le Midi⁸⁹. En revanche, le bail emphytéotique est demeuré étranger aux coutumes de l'Ouest. Une étude de géographie coutumière montre ainsi que la transposition du bail emphytéotique demeure lacunaire dans le groupe des coutumes du Nord-Est (§1), alors qu'il apparaît davantage assimilé dans les pays de droit écrit (§2).

§. 1 Une transposition imparfaite du bail emphytéotique romain dans le groupe des coutumes du Nord-Est

Nulle part ailleurs que dans les coutumes rédigées du Nord-Est les occurrences du « bail emphytéotique » sont plus fréquentes. De fait, une pénétration précoce du droit romain a été constatée dans ces régions, qui concorde avec une connaissance, même superficielle, des contrats romains et de leur classification⁹⁰. Toutefois, si l'insertion du bail emphytéotique dans ce groupe de coutumes apparaît incontestable, elle se traduit davantage par un ensemble de dispositions éparses que par un tout cohérent. Ainsi, sous l'influence de divers facteurs, tant endogènes qu'exogènes (B), la transposition de ce contrat dans les coutumes du Nord-Est demeure timide (A).

A. Une introduction timide du bail emphytéotique dans les pays de coutumes

Au sein des coutumes du Nord de la France, la notion de bail emphytéotique est reçue de façon plus sporadique que dans le Midi. En effet, l'expression n'est utilisée que dans quinze coutumes. Institution issue des droits savants, elle n'a fait son entrée dans les textes coutumiers qu'incidemment. En matière de droit des biens et de répartition de la propriété, les coutumes privilégient les développements relatifs au fief, au bail à cens ou

⁸⁹ Voir la carte de la réception du bail emphytéotique dans les coutumes officielles (*Annexe I*).

⁹⁰ Sur la pénétration du droit romain en Alsace, R. GANGHOFER, R. LEVRESSE, « Le droit romain en Alsace du XII^e au XVI^e siècle », *IRMAe*, Pars V, 4, g, Milan, 1977 ; H. COING, « Römisches Recht in Deutschland », *IRMAe*, Pars V, 6, 1964, p. 98-102 ; M. PALLASSE, « La renaissance du droit romain en Alsace du XIII^e au XVI^e siècle », *MSHDB*, t. 18, Paris, 1956, p. 80-106. Pour la Lorraine, M. BUBENICEK, « Droit romain et pratique. Le droit romain dans une affaire de « Bail » d'enfants mineurs en parlement au milieu du XIV^e siècle », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. J. KRYNEN, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 3), p. 421-439.

encore aux baux de longue durée d'origine locale. Pour autant, l'analyse des coutumes du Nord accueillant la notion de bail emphytéotique montre une organisation dont l'épicentre est situé sur la Lorraine. Cette aire d'influence centrée sur l'Est de la France s'organise de la façon suivante. La coutume générale de Lorraine (1594)⁹¹ ainsi que les coutumes d'Épinal⁹², de l'évêché de Metz (1601)⁹³, de l'évêché de Verdun⁹⁴ et de Gorze (1624)⁹⁵ évoquent le bail emphytéotique dans des termes très similaires. Elles forment un noyau au sein duquel le maintien de la notion romaine de bail emphytéotique a mieux résisté qu'ailleurs. La coutume de Thionville et du Luxembourg français (1661)⁹⁶ mentionne

⁹¹ BR, t. II, p. 1109-1116, tit. XII, art. 31 : « Celui qui tient biens à titre d'emphytéose, soit d'Église ou de seigneur temporel, est tenu de payer la pension annuelle, encore qu'il n'en soit pas interpellé et s'il cesse pendant 3 ans continuels, il peut être privé de la chose (sauf nouveau succession ou autre excuse) » ; art. 32 : « Si ce n'est à titre d'emphytéose mais accensement ou lais à longue année, le preneur est obligé à la satisfaction du cens ou pension mais s'il arrête pendant 3 ans continuels, il peut être privé de la chose » ; tit. XVI, art. 4 : « En tout cas, si le détenteur de l'héritage par emphytéose a laissé 3 ans sans payer le canon et est dûment interpellé par le seigneur direct et est refusant, de ce fait, il est privé de la chose retenue, laquelle est commise au seigneur ».

⁹² *Ibid.*, p. 1133, tit. VI, art. 21 : « Celui qui tient un bien à emphytéose, soit de l'Église ou d'un seigneur temporel, est tenu de payer la pension annuelle qu'il doit dans les 3 ans, encore qu'il ne soit pas interpellé par le propriétaire direct ; et s'il cesse d'y satisfaire pendant 3 ans, il est privé de la chose, si ce n'est qu'étant nouveau successeur, il ait cause d'ignorance probable ou soit autrement excusé, auquel cas il n'en sera pas privable avant d'avoir été appelé ».

⁹³ *Ibid.*, p. 418, tit. VII, art. 17 : « Celui qui tient bien à titre d'emphytéose ou accensement, soit de l'Église ou d'un Seigneur temporel, est obligé d'en payer la pension annuelle, encore qu'il n'en soit autrement interpellé, et s'il cesse par 3 ans continuels et successifs, d'y satisfaire, il est privable de la chose, s'il n'est nouveau successeur et il ait cause d'ignorance probable ».

⁹⁴ *Ibid.*, p. 430-431, tit. VII, art. 7 : « Les héritages pris à cens perpétuel, rente viagère, titre d'emphytéose, bail à longues années, sont réputés acquêts au preneur de ceux-ci s'il n'est marié, auquel cas la femme a la moitié, en laquelle ses héritiers succèdent aux charges et conditions apposées aux contrats, sans que telle division puisse faire préjudice aux laideurs et aux seigneurs directs » ;

tit. X, art. 5 : « Si les preneurs ou détenteurs d'anciens héritages tenus en emphytéose sont défaillant de payer la charge ou pension par trois ans continuels, le seigneur direct propriétaire peut les expulser desdits héritages, si après sommation faite de payer ladite pension ou charges et sont refusants ou défaillants de payer la rente, nonobstant les choses qu'ils pourraient alléguer au contraire, s'ils n'ont pas de titre relevant ».

⁹⁵ *Ibid.*, p. 1081-1088, tit. VII, art. 31 : « Le détenteur d'immeubles par emphytéoses ou longues années ou en accensement perpétuel est tenu de 'devenir, dessourir et payer' la pension, canon ou cens annuel, bien qu'il n'en soit pas interpellé » ;

art. 32 : « Et s'il manque à l'obligation de paiement par 3 années consécutives, il est privable du bien qui retourne au seigneur, sauf excuse légitime comme celle d'être nouveau successeur ou nouveau preneur ignorant son bien ainsi tenu et affecté au canon de telle rente » ;

tit. XII, art. 17 : « Un fond donné en emphytéose ne peut être ôté par le seigneur direct à l'emphytéose, et ne l'en peut désaisir ni ses héritiers contre leur volonté » ;

art. 18 : « Sinon que l'emphytéote ou ses héritiers demeurent 3 ans entiers sans payer la rente ou pension, auquel cas, le seigneur peut agir pour la relaxation du fond, afin d'en être ressaisi ».

⁹⁶ *Ibid.*, p. 358, tit. II, art. 19 : « En fait d'arrentements perpétuels, biens emphytéotiques ou censuels, quand il ne compte des premiers contrats et conventions originels auxquelles on se doit arrêter, celui qui possède l'estoc ou chef-lieu de semblables biens est par la coutume obligé de délivrer seul les cens et rentes à celui à qui ils sont dus, sans qu'il soit tenu d'en recevoir le paiement des autres particulièrement déclarant abus ce qui peut être introduit au contraire » ;

art. 20 : « Et afin que le possesseur dudit chef lieu, communément appelé l'estoc, ait moyen de s'acquitter vers le seigneur à qui les cens et rentes sont dus, ceux qui possèdent quelque part des biens sont obligés de délivrer et porter leur contingent desdits cens et rentes, à certain jour à ce d'ancienneté destiné, audit chef héritier et possesseur de l'estoc, à peine de payer à celui-ci tous dommages et intérêts qu'il aura soufferts par leur faute et demeure » ;

également le bail à emphytéose mais selon une formule différente, sans doute influencée par le droit appliqué par-delà la frontière avec le Saint-Empire romain germanique. Puis, à la périphérie de ce centre, certaines coutumes champenoises suivent le même exemple. Il s'agit des coutumes de Meaux (1509)⁹⁷, Troyes (1509)⁹⁸, Chaumont (1509)⁹⁹, Reims (1556)¹⁰⁰ et Châlons (1556)¹⁰¹, jusqu'à la frontière picarde, avec la coutume de Chauny (1609)¹⁰². À la marge, au Nord, les coutumes de Valenciennes (1619)¹⁰³, de Bailleul (1632)¹⁰⁴ et du baillage et comté d'Eu (1579)¹⁰⁵ utilisent également l'occurrence.

art. 21 : « Ne peuvent aussi tels biens être partagés ni vendus, sinon en l'insinuant et déclarant au seigneur ou son officier, pour en tenir note à la conservation de son droit, à peine de nullité de tels partages et ventes » ;

art. 22 : « Semblablement ne peuvent tels bien être changés de bois en terres arables, ni autrement déformés ou réduits en autre nature, sans le consentement du seigneur à qui les cens et rentes sont dus, à peine de remettre le tout en son 1er état et de refondre tous dommages et intérêts ».

⁹⁷ *Ibid.*, t. III, p. 395 et 398, art. 171 : « De fief baillé entièrement en titre d'emphytéose à toujours est dû profit au seigneur dont il est mouvant, mais si le vassal bailleur réserve l'hommage dudit fief ce n'est pas dû parce qu'il n'y a pas mutation de personne en tant qu'il n'y a pas démission de foi. Bien que le seigneur féodal reçoive, si bon ne lui semble ledit emphytéote en foi et hommage » ;

art. 210 : « D'héritages baillés à titre d'emphytéose roturier à toujours ne sont dus au seigneur, dont sont tenus lesdits héritages roturiers aucun lots et ventes, saisines ou désaisines ».

⁹⁸ *Ibid.*, p. 243, tit. IV, art. 58 : « L'héritage chargé de censive baillé à rente, emphytéose ou accensement, le seigneur de la censive prendra lots et ventes ou censé foncière » ;

art. 65 : « Les héritages baillés à rente foncière ou emphytéose, à rachat, sortissent nature d'héritages durant le temps qu'elle n'est point rachetée : en telle manière que si l'héritage est propre de l'un des conjoints, la rente demeurera propre à ses hoirs ».

⁹⁹ *Ibid.*, p. 356, ch. III, art. 58 : « Si les preneurs ou détenteurs d'héritages tenus en emphytéose ou accensement, sont défaillants de payer la charge et pension par 3 ans continuels, le seigneur les peut contraindre par justice à lui laisser les héritages, si après sommations faites de payer ladite pension ou charge d'emphytéose, sont refusant ou délayant de payer » ;

art. 59 : « Pour les censives, les lots et ventes sont dus pour les ventes ou contrats équipollents (mais pas pour l'échange) ».

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 501, art. 153 : « Pour héritages pris à titre de surcens, emphytéose ou louage, à plus du 30 ans, ne sont dues ventes, s'il n'y a bourse déliée. Auquel cas seront dues ventes au seigneur censuel par le preneur, jusques à la concurrence des deniers par lui déboursés ».

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 483-489, art. 120 : « Les héritages pris à surcens perpétuel, rente viagère, titre d'emphytéose, bail à longues années ou à louage, sont réputés acquêts au preneur. Et si tel preneur était marié au temps de la prise, en ce cas, la femme prend la moitié ou les héritiers d'elle après son décès, aux charges toutefois et conditions apposées au contrat. Et sans préjudice pour les bailleurs ou seigneurs directs » ;

art. 246 : « Les héritages baillés à titre d'emphytéose, cens viagers ou perpétuels, sont sujets à retrait à savoir ceux qui sont baillés à vies par les enfants des preneurs, quand lesdits héritages sont échus par succession desdits preneurs, et quant à ceux baillés à perpétuité, indifféremment par tous les lignagers ».

¹⁰² *Ibid.*, p. 680, tit. VI, art. 27 : « Tous héritages pris à surcens perpétuel, rente viagère, titre d'emphytéose et à louage sont tenus et réputés acquêts à celui qui les prend pour lui seul, s'il n'est marié ; et pour lui et sa femme, s'il est marié. De telle manière que les héritiers du preneur lui succèdent en ce, comme en héritage d'acquêt, pour moitié s'il décède premier et sa veuve en l'autre moitié ; le tout sous les charges et conditions déclarées au contrat et sans préjudice au droit des bailleurs et propriétaires » (de même dans l'ancienne coutume *ibid.*, p. 665, tit. VI, art. 25).

¹⁰³ *Ibid.*, t. II, p. 243, ch. VI, art. 28 : « Tous arrentements, rentes foncières et héritières hypothéquées sur fond et propriété d'héritages, sont immeubles, de même que les emphytéoses et longues censives de 18 ans ou au-dessus ».

¹⁰⁴ *Ibid.*, t. I, p. 972, rub. XVIII, art. 10 : « Le fermier, l'emphytéote ou le douairier voulant construire ou faire quelques édifices nouveaux, ou ouvrage pour son plaisir et sa propre commodité, sans le consentement du maître, seigneur direct ou propriétaire, ne fera point de paiement par ce moyen ; mais il peut les ôter en laissant et remettant les anciens édifices dans leur premier état, si ce n'est que le propriétaire et le locateur le voulassent avoir ».

Schématiquement, dans la moitié nord du royaume de France, les textes coutumiers encadrant le bail emphytéotique se concentrent autour d'un croissant s'inscrivant de la Belgique à la Champagne, et évitant le bassin orléano-parisien.

Il est notable que les dispositions contenues dans les coutumes lorraines témoignent d'une inspiration directement héritée du droit romain tardif. À titre d'illustration, ces coutumes reprennent la règle, issue d'une constitution promulguée par l'empereur Justinien († 565) en 529¹⁰⁶, selon laquelle l'emphytéote est privé *de jure* du bien emphytéotique s'il cesse de s'acquitter de la redevance pendant trois ans continus¹⁰⁷. Au contraire, à mesure que l'on s'éloigne de cet épïcêtre, les règles d'origine romaine qui encadrent le régime du bail emphytéotique laissent place à des dispositions issues du droit coutumier. Par exemple, l'article 246 de la coutume de Châlons-en-Champagne étend le retrait lignager aux fonds concédés à bail emphytéotique, alors qu'une telle disposition ne se retrouve pas dans les coutumes d'Alsace ou de Lorraine. Ainsi, si les coutumes du Nord-Est convergent dans la mesure où elles encadrent le bail emphytéotique, cette parenté ne s'étend pas au contenu même des dispositions coutumières qui forme un ensemble hétérogène.

B. Les facteurs de la réception officielle

Deux facteurs principaux sont susceptibles de justifier la transplantation du bail emphytéotique dans les coutumes du groupe du Nord-Est. D'une part, les modalités encadrant la rédaction des coutumes favorisent les innovations proposées par les commissaires royaux. D'autre part, ces coutumes ont sans doute subi l'influence voisine du Saint-Empire romain germanique.

L'ordonnance de Montils-lès-Tours d'avril 1453 prévoyait une procédure de rédaction des coutumes qui laissait une initiative importante aux autorités locales. La difficile mise en application de cette décision royale conduit Charles VIII († 1498) à modifier la procédure par un édit de 1498¹⁰⁸. Désormais, les commissaires royaux sont

¹⁰⁵ *Ibid.*, t. IV, p. 187, art. 102 : « Les rentes constituées qui s'appellent rentes hypothèques et bail d'emphytéose, soit par succession partage ou autrement, sont réputées immeubles ».

¹⁰⁶ C. 4, 66, 2.

¹⁰⁷ Cette règle est inscrite dans les coutumes de Lorraine (tit. XVI, art. 4), d'Épinal (tit. VI, art. 21), de Metz (tit. VII, art. 17), de Gorze (tit. VII, art. 32) et de l'évêché et comté de Verdun (tit. X, art. 5).

¹⁰⁸ Sur la rédaction des coutumes, voir notamment parmi l'importante bibliographie, J.-M. CARBASSE, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *loc. cit.*, p. 34-37 ; R. FILHOL, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », *loc. cit.*, p. 63-85.

chargés de réunir les praticiens locaux pour élaborer avec eux un projet de coutume. Cette nouvelle procédure offre des moyens efficaces aux commissaires royaux pour moderniser les coutumes, ce dont il faut tenir compte pour l'introduction de l'emphytéose dans certaines d'entre elles.

En Champagne, le mouvement de rédaction est lancé dès 1509. À cette date, Thibault Baillet († 1525), second président au parlement de Paris, et Roger Barne († 1523), avocat du roi, sont désignés en qualité de commissaires du roi pour diriger la rédaction et la publication des coutumes de Meaux, Troyes et Chaumont-en-Bassigny. Thibault Baillet est connu comme « l'animateur de la commission de rédaction des coutumes »¹⁰⁹, dont il est membre depuis sa création par Charles VIII en 1496. Roger Barne est nommé à la commission en 1508. Cette dyade contribue à la mise par écrit d'une dizaine de coutumes dans le ressort du parlement de Paris, entre 1509 et 1514. Les procès-verbaux de ces trois coutumes champenoises ne font pas état de discussions relatives aux articles mentionnant le bail emphytéotique. Il est probable que les commissaires royaux n'aient pas eu à défendre ou à s'opposer à l'introduction de ce contrat dans ces coutumes. Un tel postulat est étayé par le fait que les anciennes coutumes de Troyes¹¹⁰ (1493) et de Chaumont¹¹¹ (1494) connaissent déjà la notion de bail emphytéotique et le contenu des dispositions n'a guère évolué dans leur nouvelle version. Ce constat suggère que le droit local des biens et des contrats s'était déjà approprié la notion et ces deux coutumes rédigées officiellement au début du XVI^e siècle ont simplement entériné cet état de fait.

La coutume de Meaux fait figure d'exception en ce sens qu'elle n'envisage le bail emphytéotique que comme une technique de démembrement de fief. Sous ce terme, il faut entendre la concession à perpétuité d'un fief, en tout ou partie, avec ou sans démission de foi¹¹². À l'exception de la reprise de la dénomination de ce contrat, l'influence romaine apparaît absente de l'encadrement de ce bail emphytéotique. Cet habillage par la terminologie romaine d'une technique de droit féodal témoigne d'une simple romanisation

¹⁰⁹ J. YVER, « Le président Thibault Baillet et la rédaction des coutumes, 1496-1514 », *RHD*, t. 64, 1986, p. 23.

¹¹⁰ Au titre « De la nature & condition des héritages », on lit : « De héritages chargé de censive baillée à rente, emphytéosité ou accensivement, le Seigneur de ladite censive prendra lots & ventes » (BR, t. III, p. 272).

¹¹¹ Au titre « De la nature & condition des héritages », on lit : « Si les Procureurs ou détenteurs d'aucuns héritages tenus en emphyteose ou ascensissement sont défailans de payer la charge ou pension par trois ans, continuel, le seigneur les peut contraindre par Justice à luy laisser lesdits héritages après sommations duement faites de payer ladite pension ou charge » (BR, t. III, p. 376).

¹¹² La mise en œuvre du jeu de fief par le biais du bail emphytéotique est étudiée *infra*, p. 228 et s.

superficielle¹¹³. Dans cette coutume, en périphérie de l'aire d'influence du groupe des coutumes du Nord-Est, le droit romain est appliqué à une situation coutumière qui lui était étrangère, ce qui, en conséquence, altère la notion de bail emphytéotique. Les principes évoqués se rapprochent des dispositions relatives au jeu de fief consacrées par la rédaction officielle de la coutume de Paris en 1510¹¹⁴. Cette série de rédaction des coutumes champenoises en 1509 illustre les transformations qui affectent la notion de bail emphytéotique, à l'occasion de son incorporation dans l'ancien droit.

Les coutumes de Reims et Châlons-en-Champagne sont rédigées en 1556, sous la supervision du trio composé de Christofle de Thou († 1582), président du parlement de Paris, Barthélemy Faye († 1581) et Jacques Viole († 1584). Il est traditionnellement admis que Christofle de Thou a été un fervent défenseur du droit français. Toutefois, l'opposition entre droit romain et droit français doit être nuancée ; le droit romain a pu être une source d'inspiration tout en respectant l'esprit des coutumes¹¹⁵. L'appropriation du bail emphytéotique par ces deux coutumes en est un exemple. De surcroît, Christofle de Thou était un connaisseur du droit romain, qu'il a étudié à Poitiers, y obtenant sans doute le grade de docteur, tout comme Barthélémy Faye, docteur de Padoue¹¹⁶. À nouveau, aucun indice ne laisse penser que ces commissaires royaux ont émis un avis quelconque relativement à la mention du bail emphytéotique dans les coutumes qu'ils devaient rédiger.

Finalement, il est à noter que ces cinq commissaires disposent d'une implantation parisienne solide mais ne bénéficient pas d'attache territoriale dans le ressort coutumier dans lequel ils sont envoyés. Ces magistrats, peu familiers des droits locaux mais formés à la *ratio scripta*, ont pu voir le bail emphytéotique comme un terme juridique adéquat pour retranscrire la réalité des baux de longue durée locaux, dans les coutumes qu'ils étaient chargés de rédiger ou réformer. Néanmoins, la part prise par les commissaires royaux dans cette dynamique n'apparaît pas décisive, au regard des sources mobilisées. Il est difficile

¹¹³ J.-P. LÉVY, « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen Âge », *loc. cit.*, p. 3-4 : Jean-Philippe Lévy distingue entre une pénétration superficielle du droit savant – qui se traduit par l'utilisation de la terminologie romaine, des citations et récupérations des textes de références et l'emprunt du plan du *Corpus* – et une pénétration substantielle – pour laquelle sont adoptées des institutions, des règles ou des matières issues du droit savant.

¹¹⁴ Les articles 35 et 41 de l'ancienne coutume de Paris, puis les articles 51 et 52 de la nouvelle coutume forment le droit commun coutumier du jeu de fief.

¹¹⁵ Par exemple, Christofle de Thou s'est efforcé de transplanter la représentation successorale dans les coutumes qu'il était chargé de réformer. Voir R. FILHOL, *Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, Sirey, 1937, p. 223-248.

¹¹⁶ R. DESCIMON, « Quelques réflexions à propos des commissaires du roi dans la rédaction des coutumes au XVI^e siècle », *Cahiers du centre de recherches historiques*, t. 26, 2001, n. 7 [en ligne, consulté le 20 avril 2023, <https://doi.org/10.4000/ccrh.1393>] ; R. FILHOL, *Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, *op. cit.*, p. 8.

de déceler l'influence d'autres juristes français dans les coutumes du Nord-Est étant donné que les coutumes de Lorraine et du Nord ont fait l'objet d'une simple homologation après l'occupation de ces territoires par le royaume de France.

En revanche, l'insertion de dispositions relatives au bail emphytéotique dans les coutumes du Nord-Est est sans doute étroitement liée à l'influence étrangère, et en particulier celle des Provinces-Unies et du Saint-Empire romain germanique. Dans les Provinces-Unies, la rédaction officielle des coutumes a été ordonnée par un édit de Charles Quint († 1558) du 7 octobre 1531, régulièrement renouvelé jusqu'en 1611. L'étude de la procédure prescrite par cet édit met en évidence la volonté des pouvoirs locaux et centraux tant d'unifier le droit coutumier – bien qu'il n'y ait pas eu de réformation des coutumes – que d'appuyer « le développement d'un droit romano-hollandais »¹¹⁷. Sur le territoire de l'actuelle Belgique, la réception du droit romain ne se réalise pas d'un bloc ; il est envisagé comme droit supplétif des coutumes. De plus, les coutumes qui dérogent au droit commun romain sont considérées comme d'interprétation stricte. Par ricochet, ce travail de mise par écrit intéresse certaines régions devenues françaises dans la seconde moitié du XVII^e siècle, à la suite des conquêtes de Louis XIV († 1715). En Hainaut, notamment à Valenciennes, dès 1527, une commission est chargée de la rédaction de la coutume, avant qu'elle ne soit homologuée en 1534 et 1541 aux Pays-Bas puis en 1619 en France. Dans cette région, les rédactions des coutumes ont été précoces et il est probable que celle de Valenciennes ait fait l'objet de plusieurs rédactions aux XIV^e et XV^e siècles. Les coutumes de Bailleul et celles de Thionville et du Luxembourg français (1661) font partie de la dernière vague d'homologation aux Pays-Bas. Les secondes forment une reprise quasiment identique de la coutume générale du duché de Luxembourg, homologuée en 1623¹¹⁸. Cette dernière se propose de synthétiser une centaine de coutumes locales et participe ainsi d'une volonté d'unification qui s'est traduite notamment par le recours aux droits savants.

Sur la frontière Est, à l'issue de la guerre de Trente ans, le traité de Westphalie (1648) a conduit à une annexion française de territoires situés en Alsace et en Lorraine. Il faut noter qu'une partie de ces territoires ne deviennent français définitivement qu'au XVIII^e siècle¹¹⁹. C'est par le biais du droit canonique que l'emphytéose semble avoir été introduite en

¹¹⁷ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa : Le fonti e il pensiero giuridico*, t. I, Milano, A. Giuffrè, 1982, p. 428-434 ; J. GILISSEN, « Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas », *TVR*, t. 18, 1950/2, p. 290.

¹¹⁸ J. GILISSEN, « Les phases de la codification... », *loc. cit.*, p. 282.

¹¹⁹ J. ROVAN, *Histoire de l'Allemagne. Des origines à nos jours*, Paris, Seuil, 1999 (*Points*, H254), p. 361-365.

Alsace¹²⁰. On en trouve trace dans les formules des actes de constitution de rentes, dès le Haut Moyen Âge. L'institution se serait ainsi maintenue, à travers l'application du bail emphytéotique ecclésiastique, dont le régime spécial suit les dispositions des Nouvelles 7 et 120. Cette conservation de l'institution grâce au filtre du droit canonique est également sensible plus largement dans le quart Nord-Est de la France. L'examen des coutumes évoquant le bail emphytéotique montre que ce contrat est notamment pratiqué sur des territoires qui relèvent de l'autorité d'évêchés¹²¹. Qu'il s'agisse de Metz, Verdun, Reims, Meaux, Troyes ou Châlons, ces sièges épiscopaux sont également devenus d'éminents centres politiques. Leurs évêques sont aussi des seigneurs temporels qui ont été absorbés au sein de l'organisation féodale de la société ; ils sont désormais à la tête d'une seigneurie. Propriétaires de grands domaines, il est possible que la technique du bail emphytéotique y ait trouvé des conditions favorables à son maintien.

En outre, à l'intérieur du Saint-Empire romain germanique, le droit romain fait l'objet d'une réception officielle, notamment grâce à la création du tribunal d'Empire (*Reichskammergericht*) à la diète de Worms en 1495¹²². Le droit romain apparaît alors comme un dénominateur commun grâce auquel une cour d'appel d'Empire est susceptible de trancher un litige. Cette imprégnation romaine rejaillit également sur la rédaction des coutumes du groupe de l'Est, dont les territoires ont été alternativement contrôlés par la France et le Saint-Empire. Plus précisément, le droit romain est directement reçu en Alsace, au XVI^e siècle, comme dans l'ensemble du Saint-Empire et il continue de s'appliquer au XVII^e siècle, lorsque la région passe sous domination française. À la même époque, un mouvement de rédaction et de réformation, dont l'inspiration est fortement romanisante, débute en Alsace¹²³.

¹²⁰ M. PALLASSE, « La renaissance du droit romain en Alsace du XIII^e au XVI^e siècle », *loc. cit.*, p. 94 ; H. DUBLED, « Aspects de la vie économique de Strasbourg aux XIII^e et XIV^e siècles : baux et rentes », *Archives de l'Église de l'Alsace*, t. 22, 1955, p. 26.

¹²¹ À propos du pouvoir temporel de l'évêque, voir la synthèse de B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Histoire du droit canonique et des institutions de l'Église latine (XV^e-XX^e siècle)*, Paris, Economica, 2014 (*Corpus Histoire du droit*), p. 279-285.

¹²² Sur les étapes et l'objet de la réception du droit romain en Allemagne, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, t. I: Reichspublizistik und Polizeiwissenschaft, 1600-1800*, trad. M. SENELLART, *Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et la science de la police, 1600-1800*, Paris, PUF, 1998 (*Fondements de la politique*), p. 79-80 ; H. COING, *Europäisches Privatrecht, t. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, C.H. Beck, 1985, p. 7-15 ; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno...*, *op. cit.*, p. 452-456 ; P. KOSCHACKER, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, C.H. Beck, 1953, p. 243 et s.

¹²³ Sur ce point, voir W. DANNHORN, *Römische emphyteuse und deutsche erbleihe...*, *op. cit.*, p. 171 ; J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science du droit*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 44.

§. 2 *L'assimilation du bail emphytéotique romain dans les pays de droit écrit*

Dès l'époque médiévale, le bail emphytéotique est pratiqué dans le Midi. En Provence, à la fin du XII^e siècle puis au XIII^e siècle, l'École des Glossateurs contribue à la diffusion de la notion avant que la pénétration de ce contrat ne se poursuive progressivement dans le reste des pays de droit écrit jusqu'à la fin du Moyen-Âge¹²⁴. Il n'est pas étonnant qu'à l'époque moderne, lors du mouvement officiel de rédaction des coutumes, des traces de ce contrat demeurent visibles (A). Cette pratique suivie du bail emphytéotique dans le Midi dépasse la limite traditionnelle entre pays de coutumes et pays de droit écrit, influençant certaines coutumes du Centre de la France qui encadrent également le bail emphytéotique (B).

A. Le bail emphytéotique dans les coutumes rédigées du Midi

Le mouvement de rédaction et de réformation des coutumes, amorcé au XV^e et surtout au XVI^e siècle, a été peu suivi dans le Midi et n'a concerné que certaines coutumes du ressort du parlement de Bordeaux. À cette occasion, la notion de bail emphytéotique a pu être introduite au sein des sources coutumières. L'entreprise de rédaction des coutumes dans le ressort du parlement de Bordeaux s'est opérée en deux vagues successives : la première (1513-1514) a permis la mise par écrit des coutumes de Dax, Saint-Sever, Bayonne et Labourd¹²⁵ ; la deuxième (1520-1521) a conduit à l'établissement des coutumes de Saintonge, du pays de Soule mais aussi de celles de Bordeaux et du Bordelais¹²⁶.

Lors de la première vague de rédaction, l'expression de « bail emphytéotique » est uniquement insérée dans les coutumes de Dax, au détour du premier article du titre VIII

¹²⁴ Cette évolution générale est retracée par J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, op. cit., p. 20-21.

¹²⁵ J. POUMARÈDE, « Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du parlement de Bordeaux », *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, éd. J.-P. ALLINNE, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011 (*Méridiennes*), p. 126.

¹²⁶ Concernant cette deuxième vague de rédaction, J. HILAIRE, « Coutumes rédigées et "gens des champs" », *RHD*, t. 65, 1987, p. 545-573, réimpr. dans ID., *La vie du droit : coutumes et droit écrit*, Paris, PUF, 1994, p. 135 et s. ; P. JAUBERT, « À propos de l'ancienne et de la nouvelle coutume de Bordeaux : bilan et perspectives », *Droit privé et institutions régionales, Études historiques offertes à Jean Yver*, Paris, PUF, 1976 (*Publications de l'université de Rouen. Série juridique*, 31), p. 407-429 ; M. NUSSY SAINT-SAENS, *Le Pays de Soule : essai sur la coutume basque*, Bordeaux, Clèdes & Fils, 1955.

consacré aux fiefs, cens, rentes et autres droits et devoirs seigneuriaux¹²⁷. Au cours du processus de rédaction, trois assemblées d'états distinctes – Dax, Saint-Sever et Bayonne – ont été nécessaires pour achever la mise par écrit de ces coutumes, en raison des particularismes de chacune de ces régions. Cette division du travail apparaît, parmi différents facteurs, comme un premier élément éclairant la présence du bail emphytéotique dans les seules coutumes de Dax, à l'exclusion des autres textes rédigés concomitamment. Ce premier volet de rédaction a été confié à deux magistrats du parlement de Bordeaux, le premier président Pierre Mondot de la Marthonie († 1517) et Étienne Compagnet d'Armendaritz, auxquels s'ajoute l'influence, *a priori* notable, de Thomas de Cousinier († 1531), avocat général et docteur en droit. Maîtrisant tant les pratiques coutumières que la technicité du droit savant, ces rédacteurs semblent avoir eu à cœur de moderniser le droit local en s'appuyant en partie sur le droit romain¹²⁸. Cette hypothèse, étayée en droit des successions, demeure à l'état de conjecture en ce qui concerne le bail emphytéotique. En effet, les procès-verbaux ne portent pas trace de débats où les rédacteurs auraient voulu imposer cette notion d'origine romaine. Dans le même temps, l'épineuse question des droits féodaux a été soulevée. Les commissaires, dans le Sud-Ouest comme ailleurs, ont le plus souvent choisi d'assouplir certaines règles considérées comme trop rigoureuses ou déraisonnables¹²⁹. L'article 1^{er} du titre VIII s'inscrit dans cette démarche de protection des droits du preneur, en prohibant la commise de droit en cas de non-paiement du canon emphytéotique et en imposant le recours devant le juge pour trancher le litige.

À la suite du second mouvement de rédaction de 1520-1521, le bail emphytéotique apparaît dans un unique article des coutumes du pays de Soule, au titre XVIII relatif aux fiefs et cens¹³⁰, ainsi que dans trois articles de celles de Bordeaux et du Bordelais, au

¹²⁷ BR, t. IV, p. 917 : « La chose féodale, ou emphytéotique, ou autrement tenue d'autrui à titre perpétuel, ne tombe en commis par faute de payement du devoir au terme accoutumé : posé que le tenancier aye cessé payer par long-tems ».

¹²⁸ J. POUMARÈDE, « Droit romain et rédaction... », *loc. cit.*, p. 132-137. L'auteur met en évidence cette volonté en s'appuyant sur l'introduction de la légitime dans la coutume et le revers essuyé par les droits féodaux lors de l'épisode de rédaction de 1513-1514.

¹²⁹ R. FILHOL, *Le premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, *op. cit.*, p. 153.

¹³⁰ BR, t. IV, p. 989, tit. XVIII, art. 2 : « Et no es besonh per vendre, cambiar, & alienar las causes feudales, ne aussi las causes tengudes en cens ou emphyteose, denunciati au senhor feudal, censier ou direct ladite alienations ; ains se pot far la cession, vendition ou alienation, de queres causes *irrequisito domino*, & sens congit ou licence deu senhor feudal ou direct per costume. Mas lo senhor feudal direct pot crubar la cause a luy feudale si la bol per luy medix, & non per autre persone, inon a interpausat son decret en ladeite alienation, en pagant la forme, & los leyaux despens, & costadges, aux medix pactes & conditions ».

chapitre VIII « Des droits des seigneurs féodaux, fonciers et directs »¹³¹. François de Belcier († 1544), président du parlement de Bordeaux, a été désigné par François I^{er} († 1547) pour s'acquitter de cette deuxième phase de rédaction. Il a ainsi homologué la coutume de Bordeaux et du Bordelais, avant de dépêcher Jean Dibarrola avec la mission de réunir les coutumes du pays de Soule. Ce dernier, conseiller au parlement de Bordeaux et clerc *actu et habitu*, avait participé à l'assemblée consultée pour la coutume de Bordeaux¹³². Le rapprochement entre les protagonistes de cette seconde phase de rédaction n'est sans doute pas anodin au regard de la proximité entre l'article 2 du titre XVIII de la coutume du pays de Soule et l'article 87 du titre VIII de la coutume de Bordeaux, qui permettent à l'emphytéote de vendre ou d'aliéner de quelque manière que ce soit le fonds emphytéotique sans demander l'accord du seigneur foncier ou féodal¹³³. En définitive, les dispositions issues de ces trois coutumes du Sud-Ouest proposent des règles éparses relatives à l'emphytéose, établies au gré des besoins locaux et sans logique systématique. Il est donc difficile de déceler davantage de correspondances tangibles entre ces coutumes, au regard du bail emphytéotique.

Plusieurs raisons sont susceptibles d'expliquer l'appropriation du bail emphytéotique par les coutumes du Sud-Ouest.

En premier lieu, la coutume officiellement rédigée fait généralement état d'un droit plus ancien, la rédaction cristallisant sa « phase de maturité »¹³⁴. À ce titre, l'introduction du bail emphytéotique dans certaines coutumes du Sud-Ouest doit se comprendre au regard du contexte juridique qui a irrigué l'ensemble du Midi de la France. Or, dès la fin du

¹³¹ *Ibid.*, t. IV, p. 898-899, Ch. VIII, art. 85 : « *Héritiers du tenancier doivent l'exporle & reconnaissance. Seront tenus lesdicts tenanciers & emphitéotes d'eulx en faire investir, recognoitre & esporler ; que soit de faire diligence envers leurs Seigneurs de fief, s'ils se peuvent trouver en personne, ou en leur absence à leurs commis : & si ne les treuvent, aux maisons & lieux ezquels ont accoustumé de payer leurs rentes ou debvoirs* » ;

Art. 87 : « *Emphitéote peut aliéner sans permission du Seigneur : lods & ventes & retrait. Ung emphitéote peult vendre ou aliéner ses biens sans le congé, licence & auctorité de son Seigneur foncier ; & telles ventes, aliénations & donations ont lieu, valent & tiennent : & le Seigneur foncier ne peult prétendre aucun dorict sur telles choses vendues, aliénées ou données par son dict emphitéote, fors seulement sur les choses vendues ventes & honneurs ; ou les retenir par puissance de fief* » ;

Art. 89 : « *Depuis l'exhibition le Seigneur a huit jours pour retraire. Et lesdictes exhibitions & purgations faictes, ledict Seigneur sera tenu déclairer audict achepteur, tenancier ou emphytéote, dedans huit jours après, qu'il veult prendre la chose acquise par droict de prélation, & bailler le juste prix, cinq sols bourdeloys moins ; aultrement lesdicts huit jours passés, les Seigneurs de fief ne seront plus reçus à avoir lesdictes choses par puissance de fief, & droict de prélation* ».

¹³² Jean Dibarrola apparaît dans le procès-verbal des coutumes de Bordeaux parmi les membres du clergé ayant participé à la rédaction de la coutume (BR, t. IV, p. 889).

¹³³ Il s'agit là d'une disposition prenant le contre-pied du droit romain sur la question. Ce point est approfondi *infra*, p. 122 et s.

¹³⁴ R. FILHOL, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », *loc. cit.*, p. 63.

Moyen Âge, le bail emphytéotique est une notion largement utilisée par les notaires provençaux qui s'inspirent des formulaires des tabellions italiens¹³⁵. Ainsi, dès le XII^e siècle, la Provence se dégage comme un premier centre d'influence de cette aire géographique¹³⁶. À partir de la deuxième moitié du XIII^e siècle, le terme est également usité dans le Languedoc¹³⁷ et dans le Toulousain¹³⁸, avant que l'emploi de l'expression ne se répande dans le Gévaudan¹³⁹ au début du XV^e siècle. Si le bail emphytéotique s'inscrit de plus en plus largement dans le vocabulaire de la pratique notariale du Midi au cours du Moyen Âge, les sources coutumières y font aussi occasionnellement référence. Par exemple, des dispositions des coutumes des villes d'Agen¹⁴⁰, de Bergerac¹⁴¹, de Limoges¹⁴² ou encore de Toulouse¹⁴³ en témoignent. Néanmoins, à l'époque moderne, les coutumes du Midi paraissent pour nombre d'entre elles tombées en désuétude. Leur autorité demeure incertaine, et c'est au cas par cas que les commentateurs viennent préciser les articles qui ne sont plus en vigueur¹⁴⁴. Plusieurs actes de notoriété délivrés par le parlement de Provence font, cependant, état de la continuité de la pratique des baux emphytéotiques aux XVII^e et XVIII^e siècles, au moins dans ce ressort¹⁴⁵. Que ce soit pour

¹³⁵ Sur l'influence du notariat italien sur les pratiques notariales du Midi, voir F. ROUMY, « Histoire du notariat et du droit notarial en France », *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, éd. M. SCHMOECKEL, W. SCHUBERT, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 130-137.

¹³⁶ Selon Maurice Berthe, une première occurrence apparaît en 1166 en Provence : M. BERTHE, « Le droit d'entrée dans le bail à fief et le bail à acapte du Midi de la France (XII^e-XV^e siècle) », *Fiefs et féodalité dans l'Europe méridionale (Italie, France du Midi, Péninsule ibérique) du X^e au XIII^e siècle. Colloque international organisé par le Centre européen d'art et civilisation médiévale de Conques et l'Université de Toulouse-Le Mirail, Conques, 6-8 juillet 1998*, éd. P. BONNASSIE, B. CURSENTE, H. DÉBAX, Toulouse, CNRS, Université de Toulouse-Le Mirail, 2002, p. 254.

¹³⁷ R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé : Anciens pays de droit écrit, XIII^e-XV^e siècle. Tome IV : Autour de la propriété foncière, Moyen-Âge et ancien régime*, Aix-en-Provence, La Pensée universitaire, 1955, p. 81 et s.

¹³⁸ Dans le Toulousain, une charte de 1287 nomme emphytéose une tenure qualifiée jusque-là de fief : H. RICHARDOT, « Le fief roturier à Toulouse aux XII^e et XIII^e siècles », *RHD*, t. 14, 1935, p. 311.

¹³⁹ J.-C. HÉLAS, « L'emphytéose en Cévennes et Gévaudan au XV^e siècle », *loc. cit.*, p. 26-27.

¹⁴⁰ Art. 10 et 21 de l'ancienne coutume d'Agen : *Anciennes coutumes de la ville d'Agen*, Bordeaux, J.B. Lacornée, 1760, p. 3 et 10.

¹⁴¹ Art. 59, 61, 63, 64, 65, 67, 68, 69 et 70 de la coutume de Bergerac : *Les statuts et coutumes de la ville de Bragerac*, Bordeaux, J.B. Lacornée, 1760, p. 69-76.

¹⁴² Art. 61 et 69 de la coutume de Limoges : *Texte de la coutume de Limoges*, Bordeaux, J.B. Lacornée, 1760, p. 35 et p. 38.

¹⁴³ Par exemple, tit. I, art. 16 rapporté dans J.-A. SOULATGES, *Coutumes de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse, en latin et en français*, Toulouse, Jean Dupleix et Antoine Laporte, 1770.

¹⁴⁴ Par exemple, Jean-Antoine Soulatges précise qu'au XVIII^e siècle, l'article 3 du titre IV, selon lequel le bien emphytéotique tombe en commise si l'emphytéote le vend sans le consentement du seigneur, n'est pas observé (*ibid.*, 4^{ème} partie, p. 13).

¹⁴⁵ Sur les actes de notoriété, J. MOREAU-DAVID, « Actes de notoriété, coutume et usage dans l'Ancien Régime », *Coutumes, doctrine et droit savant*, éd. J.-M. AUGUSTIN, V. GAZEAU, Poitiers, LGDJ, 2007 (Collection de la Faculté de droit et des sciences politiques de Poitiers, 24), p. 167-180 ; A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé : contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Paris, LGDJ, 1932 ; H. PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en*

fixer le montant des lods et ventes¹⁴⁶, pour rappeler l'obligation de s'acquitter de l'amortissement pour les gens de mainmorte¹⁴⁷ ou encore pour confirmer la possibilité pour le nouvel emphytéote de faire renouveler la reconnaissance de son droit par le seigneur¹⁴⁸, ces actes attestent de l'existence de ce contrat ainsi que des solutions techniques qui lui sont applicables. Ces éléments manifestent un usage constant dans le Midi ainsi qu'un mouvement de diffusion de l'expression de « bail emphytéotique » d'Est en Ouest, initié par la pratique depuis la redécouverte du droit romain au XII^e siècle. Cette diffusion trouve un aboutissement en imprégnant certaines coutumes du Sud-Ouest au début du XVI^e siècle.

Un autre facteur de l'acclimatation du bail emphytéotique dans les coutumes du Sud-Ouest tient au particularisme de la propriété dans ces territoires. Au sens strict, c'est-à-dire au sens romain du terme, le bail emphytéotique a pour objet un fonds immeuble, libre de tout lien de dépendance. Il s'agit d'un contrat, par principe, dégagé de tout lien féodal. Or, dans le Sud-Ouest, l'alleu – terre possédée en pleine propriété par opposition avec les terres détenues en propriété simultanée (essentiellement fief et censive) – demeure assez répandu¹⁴⁹. Cette spécificité va de pair avec une certaine faiblesse de la féodalité et du régime seigneurial qui se traduit dans l'organisation de la propriété foncière. Paul Ourliac estime ainsi que le droit du Sud-Ouest plonge, en partie, ses racines dans les coutumes du Bas-Empire romain¹⁵⁰ et explique qu'un « esprit du droit méridional » s'est développé, à travers lequel ont été spécialement conservés dans le Midi des principes issus du droit impérial romain et en particulier, le modèle d'une propriété individuelle et exclusive¹⁵¹. Une telle particularité, en permettant la conservation d'une organisation foncière comparable, sans être identique, à celle du droit romain tardo-impérial, assure un terreau favorable à l'introduction de la notion d'emphytéose dans la pratique locale ainsi que dans les coutumes. Par exemple, en comparant l'ancienne et la nouvelle coutume de Bordeaux et du Bordelais, on constate que l'emphytéote remplace

justice, dans l'ancien droit français et dans le système romano-canonique, Paris, A. Rousseau, 1910, p. 176 et s.

¹⁴⁶ Acte de notoriété du 18 mai 1684 (*Actes de notoriété donnés par MM. les avocats et procureurs généraux au Parlement de Provence. Avec des observations*, Avignon, Veuve Girard et François Seguin, 1772, p. 6-8).

¹⁴⁷ Acte de notoriété du 23 février 1690 (*ibid.*, p. 70-71).

¹⁴⁸ Acte de notoriété du 28 novembre 1738 (*ibid.*, p. 271-273).

¹⁴⁹ R. BOUTRUCHE, *Une société provinciale en lutte contre le régime féodal...*, *op. cit.*, p. 56-60.

¹⁵⁰ P. OURLIAC, « Les coutumes du Sud-Ouest de la France », *loc. cit.*, p. 14.

¹⁵¹ ID., « L'esprit du droit méridional », *loc. cit.*, p. 586 : « il a retenu surtout du droit impérial ce qui convenait au tempérament de ses habitants : avant tout, l'individualisme qui permet à chacun de contracter et de tester librement ; une conception de la propriété libre et absolue ; enfin une certaine idée de l'autorité, du pouvoir, de la justice, de la loi s'imposant à tous ».

l'*affévat*, terme du dialecte gascon signifiant plus largement tenancier¹⁵². Dans la coutume bordelaise, l'expression « bail emphytéotique » s'entend ainsi dans le sens d'une tenure roturière *lato sensu*, venant compléter voire remplacer la dénomination des baux de longue durée locaux. Elle permet d'énoncer une disposition applicable à l'ensemble des concessions de longue durée. Il n'est pas exclu que la prédominance de l'alleu ait été un facteur conduisant à incliner vers une telle traduction. Ainsi, le passage du dialecte local au français s'opère non sans une certaine modernisation du droit coutumier, à laquelle le droit romain sert d'appui, notamment en matière de droit des biens. Le droit coutumier est alors compris, expliqué et éventuellement rectifié par le droit savant.

Dans le même sens, une romanisation importante de la coutume de Bordeaux, dans son ensemble, a pu être mise en évidence, sous l'influence du parlement de Bordeaux¹⁵³. Traditionnellement situé dans les pays de droit écrit, le parlement de Bordeaux doit cependant composer avec des coutumes relativement nombreuses et dont le ressort s'avère vaste. Néanmoins, son action au XVI^e puis au XVII^e siècle apparaît peu favorable aux coutumes locales, accentuant l'obsolescence de celles-ci, et contribuant à renforcer l'influence du droit romain¹⁵⁴. Sous l'impulsion du premier président Nicolas Bohier († 1539) et de ses successeurs, des solutions issues du droit romain sont souvent favorisées au détriment des solutions coutumières. En matière de bail emphytéotique, plusieurs décisions du parlement de Bordeaux, compilées par le président Bohier, appliquent directement le droit romain. Par exemple, une décision rendue le 30 août 1532 rappelle que le canon emphytéotique est fixé lors de la constitution du contrat et n'est pas sujet à révision au cours de l'exécution de celui-ci¹⁵⁵. Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si, à la suite de la vente d'un fonds, l'acquéreur du domaine direct était en mesure de réévaluer les redevances qui lui était dues. Bien que contracté en pays d'alleu, le bail emphytéotique est ici conçu comme un cisaillement de la propriété. En outre, pour

¹⁵² M. LACHIVER, *Dictionnaire du monde rural. Les mots du passé*, Paris, Fayard, 1997, V^o Affévat.

¹⁵³ Sur ce point, voir G. GUYON, « Les annotations de la coutume de Bordeaux et la romanisation du droit pénal », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. J. KRYNEN, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 3), p. 297-328 : l'auteur montre que la pratique utilise le droit romain et les usages locaux en matière pénale dès le XII^e siècle ce qui se traduit par une romanisation du droit pénal coutumier ; P. JAUBERT, « À propos de l'ancienne et de la nouvelle coutume de Bordeaux... », *loc. cit.*, p. 425-428 : l'auteur insiste sur le rôle prépondérant des parlementaires dans la romanisation du droit local, en particulier en matière de droit des successions.

¹⁵⁴ Voir P. JAUBERT, « À propos de l'ancienne et de la nouvelle coutume de Bordeaux... », *loc. cit.*, p. 425-426 ; P. TISSET, « Mythes et réalités du droit écrit », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, LGDJ, 1959, p. 556.

¹⁵⁵ N. BOHIER, *Decisiones burdegalenses, summa diligentia et eruditione collectae et explicatae*, Genève, Excudebat Philippus Albert, 1620, p. 121-124.

déterminer la solution du litige, le droit romain est largement mobilisé, en particulier le titre 66 du Code de Justinien relatif au bail emphytéotique. Le *jus scriptum* pèse donc fortement dans ces régions, renforcé par la faveur que lui accorde le parlement.

B. L'influence de la pratique méridionale sur les coutumes du Centre

L'aire d'influence du Midi se prolonge au-delà de la traditionnelle limite entre pays de coutumes et pays de droit écrit serpentant de La Rochelle à Genève. Si la porosité de cette frontière a été abondamment démontrée¹⁵⁶, attestant ainsi que les régions qui la bordent subissent des influences réciproques, le bail emphytéotique n'échappe pas à ce phénomène. En effet, la pratique méridionale empiète sur deux régions du Centre de la France, l'Auvergne et le Berry.

La coutume générale du Haut et Bas pays d'Auvergne (1510) consacre un chapitre entier, comportant 21 articles, à ce contrat¹⁵⁷. Cette rédaction a été supervisée par Antoine Duprat († 1535), premier président au parlement de Paris, futur chancelier de François I^{er} et possédant des attaches dans la région du fait de sa famille et de son premier poste en tant que lieutenant de bailliage à Montferrand¹⁵⁸. Accompagné de Louis Picot, conseiller au parlement, ils élaborent l'unique coutume rédigée qui consacre un titre entier au contrat d'emphytéose, intitulé « Des emphytéoses & louages ». Cette spécificité est sans doute à rechercher auprès d'une des inspirations majeures des rédacteurs, la *Practica Forensis* de Jean Masuer († 1450), considérée comme la coutume de la province jusqu'à la rédaction officielle¹⁵⁹. Mettant en regard les usages locaux et les droits savants, cet ouvrage rédigé dans la première moitié du XV^e siècle consiste à la fois en un coutumier, le premier relatif à la coutume auvergnate, mais aussi en un traité de procédure. Rédigé en latin, il a été traduit en français pour la première fois en 1505, peu de temps avant la mise par écrit de la coutume, préparant ainsi le travail de rédaction. Dans cette édition, imprimée sous le nom

¹⁵⁶ Notamment, J. HILAIRE, « Coutume et droit écrit : recherche d'une limite », *loc. cit.* p. 153-175.

¹⁵⁷ BR, t. IV, p. 1176-1177 : il s'agit du chapitre XXI intitulé « Des emphytéoses & louages ». Sur la coutume d'Auvergne, *La coutume d'Auvergne. Formation et expression d'un patrimoine juridique*, éd. F. GARNIER, *Revue d'Auvergne*, t. 125/599, 2011.

¹⁵⁸ Sur la rédaction de la coutume d'Auvergne, J. VENDRAND-VOYER, « La coutume rédigée (1510), ses commentaires, ses commentateurs », *La coutume d'Auvergne. Formation et expression d'un patrimoine juridique, op. cit.*, p. 9-18.

¹⁵⁹ À propos de Jean Masuer et de sa *Practica forensis*, J. TEYSSOT, « Jean Masuer, un grand juriste riomois au XV^e siècle », *L'Histoire en Auvergne. Revue archéologique et historique*, t. 2, 1995, p. 83-85 ; L. BOYER, « Le droit romain dans les pays du centre de la France », *IRMAe*, Pars V, 4, d, 1977, p. 48-55 ; C. GUTH, « La *Practica forensis* de Jean Masuer. Étude et édition », *B.E.C.*, 1955, p. 43-45.

Le Masuer en françoys, suivant la coustume de haut et bas pays d'Auvergne, un titre « Du louage et droit d'emphytéose » présente de nombreuses analogies avec les dispositions de la coutume rédigée en 1510. Du point de vue de la forme, le plan choisi par Jean Masuer a été conservé dans les grandes lignes, en particulier le fait que le bail emphytéotique soit envisagé en même temps que le contrat de louage et avant un titre consacré aux fiefs (chapitre XXII) puis au retrait (chapitre XXIII). Sur le fond, treize articles, soit plus de la moitié du chapitre XXI de la coutume d'Auvergne, semblent directement inspirés du titre « Du louage et droit d'emphytéose » de l'ouvrage de Jean Masuer¹⁶⁰. Deux autres articles de ce même chapitre trouvent un écho dans des paragraphes du *Masuer en françoys* au titre suivant « Des fiefs », tandis que deux derniers articles présentent également des similitudes avec des passages du titre « Du retrait & résolution des contrats ». Au total, les principes exposés par Masuer sont repris par les rédacteurs de la coutume d'Auvergne pour plus des trois quarts du chapitre XXI. Si les formulations ne sont pas toujours identiques – la coutume étant plus concise que l'ouvrage doctrinal de Jean Masuer – les idées gouvernant la matière sont similaires, sans doute parce que la coutume auvergnate était d'ores et déjà cristallisée lors de l'élaboration de la *Practica forensis*. Quant au reste des dispositions coutumières, les articles 9 et 20 n'ont pas d'équivalent chez Jean Masuer et l'article 2 a été inséré dans la coutume à la demande des états. Ces trois articles proposent des réponses à des difficultés récurrentes et correspondent à des solutions sans doute implantées sous l'influence de la pratique. Ils viennent préciser des situations particulières, sans remettre en cause les principes de la matière largement repris au Masuer. Une telle inspiration dans la rédaction officielle de la coutume d'Auvergne va de pair avec une romanisation importante, manifeste dans la *Practica forensis* où les citations issues du droit romain tiennent une place prépondérante. Pour autant, cette romanisation n'a pas été aveugle, à tel point que de nombreuses dispositions ont été aménagées pour s'accorder davantage avec l'esprit de la coutume locale. Un exemple flagrant de cette adaptation du droit romain est donné par l'article 3 du chapitre XXI. Cet article prévoit que le preneur (vassal ou simple tenancier) est susceptible d'aliéner la chose qui lui a été concédée sans obtenir préalablement l'accord du seigneur (féodal ou foncier), et sans risquer la commise du fonds. Il en est de même en cas de manquement au paiement de la redevance pendant deux ou trois ans. Ces dispositions prennent le contrepied d'une constitution de Justinien qui

¹⁶⁰ Il est possible de déceler une inspiration de Jean Masuer tant dans la formulation que sur le contenu pour 13 articles sur 21 du titre XXI de la coutume d'Auvergne. Pour une comparaison détaillée entre l'ouvrage de Jean Masuer et la coutume d'Auvergne, voir l'[Annexe 2](#).

sanctionne par la confiscation du fonds l'aliénation de la chose emphytéotique sans consentement du bailleur et le non-paiement du canon emphytéotique pendant trois ans continus¹⁶¹. Les rédacteurs de la coutume, tout comme Jean Masuer, prennent le contrepied des dispositions de droit romain tardif, se conformant ainsi à des usages répandus localement. Les règles romaines, bien que connues, sont délibérément transformées pour épouser la pratique. À la suite de Jean Masuer, les rédacteurs ont aussi entériné un mouvement parallèle : compléter par une strate supplémentaire, issue du droit féodal, le régime lacunaire d'origine romaine. À titre d'exemple, il est possible de relever l'article 15 de ce même chapitre selon lequel « le lignager est préféré au Seigneur direct quant à la retenue de la chose vendue ». L'assimilation du bail emphytéotique par le droit coutumier, en Auvergne, a conduit à une dilution du régime romain applicable au contact des pratiques locales. Cette tendance est partagée de façon plus mesurée au Nord.

Ainsi, la coutume générale de Berry (1539)¹⁶² prévoit une disposition applicable au bail emphytéotique, dont le contenu est reproduit dans des termes similaires dans les coutumes spéciales de Bourges¹⁶³ et d'Issoudun¹⁶⁴. Il est d'usage de considérer la coutume de Berry comme une coutume particulièrement romanisée, notamment du fait de l'influence des commissaires chargés par François I^{er} de sa rédaction, Pierre Lizet († 1554) et Pierre Mathé. Le premier, président du parlement de Paris, est un partisan du droit romain comme droit commun du royaume, à l'opposé de la conception de Christophe de Thou, favorable à l'essor d'un droit national adossé au droit coutumier. Le second, conseiller-clerc au parlement de Paris, est originaire de Bourges et connaisseur des usages locaux. Pourtant, Jacqueline Vendrand-Voyer a montré que si l'on ne peut nier la romanisation de la coutume de Berry, celle-ci n'est pas uniquement due à l'influence de Pierre Lizet lors de la rédaction mais plutôt à un mouvement plus ancien, amorcé dès le XIV^e siècle, s'inspirant des solutions romaines en vue de compléter un droit coutumier lacunaire. Ainsi, elle conclut qu' « il [Lizet] n'a pas utilisé le droit romain en le copiant servilement, il a voulu le mettre au service de l'individu pour modifier ce qui pouvait lui apparaître excessif dans le droit coutumier et le rapprocher d'une certaine forme de droit

¹⁶¹ C., 4, 66, 2.

¹⁶² BR, t. III, p. 941, Tit. V, art. 2 : « N'est besoin pour les cessions, transports et aliénations des choses tenues en fief, cens ou emphytéose, aucune dénonciation au seigneur ni requérir leur consentement ».

¹⁶³ *Ibid.*, p. 909, Rubr. IV, art. 2 : « N'est besoin pour vendre, changer et aliéner les choses féodales comme les choses tenues en cens ou en emphytéose, de dénoncer audit seigneur féodal, censier ou direct, ladite aliénation : ainsi la cession, vente, aliénation peut se faire *irrequisito domino* et sans le consentement, congé ou licence du seigneur féodal ou direct par la coutume ».

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 918, Tit. IV, art. 2 : « Pour vendre, changer et aliéner choses féodales, choses tenues en cens ou en emphytéose, il n'est pas besoin de dénoncer au seigneur ladite aliénation ni demander son consentement ».

naturel »¹⁶⁵. Concernant le droit d'emphytéose, une pratique antérieure à la coutume officielle de 1539 témoigne d'une connaissance doublée d'une révision des lois romaines. Il est d'ailleurs notable que l'ancienne coutume de Bourges, rédigée sans doute entre 1474 et 1510, faisait déjà état du bail emphytéotique. Il apparaît donc que ce contrat était déjà connu et pratiqué localement avant toute intervention d'un romaniste convaincu comme Pierre Lizet. En outre, la coutume de Berry déroge aux dispositions du droit romain dans son dernier état¹⁶⁶, indiquant, s'il est nécessaire, que l'influence de Pierre Lizet n'a pas conduit à une transposition pure et simple du droit romain. En revanche, il est vraisemblable que la présence, dans la ville de Bourges, d'un centre d'enseignement du droit romain florissant fondé en 1463 par Louis XI († 1483), ait participé à la pénétration des techniques du droit romain. Les méthodes nouvelles d'enseignement de ce droit font la renommée d'un « grand marché de la science nouvelle »¹⁶⁷, en bénéficiant de l'influence de professeurs reconnus comme Nicolas Bohier, André Alciat († 1550) ou encore François Le Douaren († 1559)¹⁶⁸. D'ailleurs, ces professeurs, dans leurs cours de droit savant, ne négligeaient pas de comparer le droit romain avec le droit local¹⁶⁹. Plus encore, Nicolas Bohier a rédigé un commentaire sur les coutumes de Berry, publié pour la première fois en 1508. Dans ce commentaire, le bail emphytéotique trouve sa place au titre sur les fiefs et les cens¹⁷⁰. Bien que l'université de Bourges n'ait pas participé à la réformation de la coutume de Berry en 1539, sans doute du fait de l'esprit de compromis entre solutions coutumières et inspirations romaines exigé à cette occasion¹⁷¹, elle a contribué à renforcer

¹⁶⁵ J. VENDRAND-VOYER, « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont I*, t. 18, 1981, p. 366.

¹⁶⁶ Et en particulier à la constitution C., 4, 66, 3. Au contraire de cette constitution, l'article 2 du titre V de la coutume de Berry permet l'aliénation de la chose concédée en emphytéose sans le consentement du seigneur. Il s'agit d'une disposition proche de l'article 3 du chapitre XXI de la coutume d'Auvergne, évoqué plus haut.

¹⁶⁷ L'expression est attribuée à François Hotman.

¹⁶⁸ Sur l'université de Bourges, voir notamment J. VERGER, « La fondation de l'université de Bourges (1463-1474) », *Journal des Savants*, 2014, p. 235-268 ; R. PILLORGET, « L'université de Bourges au XVI^e siècle », *L'État et les forces spirituelles. Colloque de Tours, 1976, Ethno-Psychologie*, t. 32, 1977, p. 117-133.

¹⁶⁹ Par exemple, Alciat (P.-E. VIARD, *André Alciat, 1492-1550*, Paris, Sirey, 1926, p. 152) ou encore Baron (L.-H. CHAUDRU DE RAYNAL, *Histoire du Berry depuis les temps les plus anciens jusqu'en 1789*, t. III, Bourges, Librairie de Vermeil, 1844, p. 395-396).

¹⁷⁰ Par exemple, « Item et nest besoing pour vendre changer et aliéner les choses féodales ne aussi les choses tenues en cens : ou en emphytéose de dénoncer au seigneur féodal, censier, ou direct ladicte aliénation auns se peult faire la cession vendition ou aliénation dicelles choses irrequisito domino » (N. BOHIER, *Consuetudines inclite civitatis & septene biturigum*, Lugduni, Joanne de la Place, 1517, f. 59 v.).

¹⁷¹ Sur ce point, J. VENDRAND-VOYER, « Réformation des coutumes et droit romain... », *loc. cit.*, p. 345-346. Plus largement, de nombreuses études témoignent de l'influence des universités sur l'évolution du droit français. Voir notamment B. DE LOYNES DE FUMICHON, « Les professeurs de l'université d'Orléans au temps de la première renaissance (1500-1525) et la réception de l'humanisme juridique », *Bulletin de la société archéologique et historique de l'Orléanais*, t. 184, 2020, p. 13-49 ; H. RICHARD, « Les juristes nivernais et l'ancienne université de Bourges », *MSHDB*, t. 57, 2000, p. 171-183 ainsi que les travaux de Michel Reulos :

la faveur pour le droit romain et son rayonnement dans la région. Les praticiens locaux, baignant dans cette effervescence intellectuelle de culture romaine, ont été amenés à s'appuyer sur celle-ci en vue de rationaliser les coutumes.

Enfin, la coutume de Blois (1523) consacre un article 211 au bail emphytéotique¹⁷². La lecture de cet article montre qu'il vise à restreindre la qualification de bail emphytéotique, marquant la limite de l'aire géographique de pénétration de ce contrat dans les coutumes du Centre de la France. Cette disposition distingue clairement le bail emphytéotique des baux de longue durée d'origine locale. En cela, elle souligne que la coutume de Blois n'a connu qu'une romanisation fragmentaire¹⁷³. L'influence du droit romain y est moins perceptible – au moins en matière de droit des biens – que dans les coutumes d'Auvergne ou de Berry et, à l'inverse, les principes hérités des droits coutumier et féodal y sont davantage préservés. Dès lors, si le bail emphytéotique fait son entrée dans la coutume de Blois, sa mention traduit surtout une volonté de juguler la pénétration du droit romain dans ce domaine. Ce texte coutumier se différencie, par conséquent, des coutumes d'Auvergne ou de Berry, qui font le choix d'absorber le bail emphytéotique plutôt que d'en restreindre l'usage.

Ainsi, ces coutumes du Centre, comme celles du Sud-Ouest de la France, ont admis, dans une certaine mesure, l'influence du droit romain, en matière de bail emphytéotique. Si le régime a connu des aménagements certains¹⁷⁴, la notion s'enracine dans les sources coutumières, tout comme dans le Nord-Est de la France.

À l'issue du recensement des occurrences du bail emphytéotique dans les coutumes rédigées officiellement à partir du XV^e siècle, on constate que ce contrat a été reçu de manière marginale, tout du moins du point de vue quantitatif. Dans les pays de coutumes,

M. REULOS, « L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) au XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle », *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, t. I, Florence, L.S. Olschki, 1977, p. 281-288 ; ID., « Les juristes humanistes et la coutume de Normandie », *Droit privé et institutions régionales...*, *op. cit.*, p. 605-613 ; ID., « L'importance des praticiens dans l'humanisme juridique », *Pédagogues et Juristes. Congrès du Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de Tours : Été 1960*, Paris, J. Vrin, 1963 (*De Pétrarque à Descartes*, 4), p. 121.

¹⁷² BR, t. III, p. 1063 : « Bail à rente fait de quelque héritage par gens d'Église ou laiz, soit à toujours ou à vie ou long temps n'est point dit contrat emphytéotique par la coutume de Blois si les mots « le dit héritage baillé à vente en emphytéose » ne sont insérés dans le bail ; sans cette mention l'héritage n'est pas censé ni réputé contrat emphytéotique et ainsi si le preneur ou ses ayants cause cessent de payer la rente au bailleur par 3 ans, l'héritage n'est pas commis ».

¹⁷³ Maurice Vallas met en évidence une influence limitée du droit romain, notamment en matière successorale (M. VALLAS, *La coutume de Blois*, Paris, France Lanore, 1987, p. 122, p. 147 et p. 159).

¹⁷⁴ Ceux-ci seront étudiés plus précisément dans le chapitre 2 de ce titre (*infra*, p. 111 et s.).

il apparaît cependant dans quatre des six groupes de coutumes identifiés par Jean Yver¹⁷⁵. Seules les coutumes de l'Ouest et les coutumes du groupe orléano-parisien n'intègrent pas cette dénomination. Ces coutumes étant plus féodalises qu'ailleurs, elles forment une résistance naturelle à une influence trop importante du droit romain, en particulier sur la condition des biens¹⁷⁶. En revanche, dans les pays de droit écrit, la notion a été largement reprise, tant par la pratique notariale et jurisprudentielle que par la doctrine. Au Nord comme au Sud, un constat s'impose : le droit coutumier s'approprie le bail emphytéotique, essentiellement par le biais d'une influence étrangère (Saint-Empire romain germanique et Italie). En parallèle, le contenu de la notion évolue en comparaison de la conception romaine, conduisant à un renouvellement de ce contrat dans l'ancien droit.

Section 2 Le renouvellement du bail emphytéotique dans l'ancien droit

À l'époque moderne, l'absorption du bail emphytéotique dans l'ancien droit s'accompagne d'une altération des conditions et des effets du contrat d'origine romaine. Seul le caractère immobilier du droit d'emphytéose n'a jamais fait l'objet de discussion, ni au Moyen Âge, ni sous l'Ancien Régime. D'ailleurs, certaines coutumes indiquent explicitement que le droit d'emphytéose est un droit immobilier, comme c'est le cas dans la coutume de Valenciennes (article 28)¹⁷⁷ ou dans la coutume du bailliage et comté d'Eu (article 102)¹⁷⁸. Ce caractère immobilier est généralisé par la doctrine d'Ancien Régime à l'ensemble des baux emphytéotiques¹⁷⁹. Mise à part cette exception, pour le reste, la notion

¹⁷⁵ J. YVER, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés...*, *op. cit.* Les quatre groupes de coutumes concernés sont : coutumes du Nord, coutumes du groupe champenois, coutumes du Centre, coutumes de l'Est.

¹⁷⁶ Sur la faiblesse des apports romains dans les coutumes de l'Ouest, voir en particulier la synthèse de J. BREJON DE LAVERGNÉE, « La pénétration du droit romain dans les pays de l'Ouest de la France », *loc. cit.*, spécialement p. 56-57.

¹⁷⁷ BR, t. II, p. 243 : « Tous arrentements, rentes foncières et héritières hypothéquées sur fond et propriété d'héritages, sont immeubles, de même que les emphytéoses et longues censes de 18 ans ou au-dessus ».

¹⁷⁸ BR, t. IV, p. 187 : « Les rentes constituées qui s'appellent rentes hypothèques et bail d'emphytéose, soit par succession partage ou autrement, sont réputées immeubles ».

¹⁷⁹ L'opinion est unanimement partagée. Voir par exemple A. LOISEL, *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences & proverbes tant anciens que modernes, du Droit Coutumier & plus ordinaire de la France*, t. I, Paris, Henry Le Gras, 1637, n. 210 ; F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *Œuvres*, Paris, Robert Foüet, 1669, p. 120 ; B. D'ARGENTRÉ, *Coutumes générales du païs et duché de Bretagne et usemens locaux de la mesme province*, t. II, Rennes, Guillaume Vatar, 1745-1748, p. 81 ; J. BAQUET, « Traité de diverses questions décidées par les arrêts, sur les Baux des Boutiques du Palais, & autres froids & dépendances du Domaine », *Les oeuvres de Me Jean Baquet augmentées*, t. I, Lyon, Frères Duplain, 1744, p. 563, n. 9 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes, tirés des loix, ordonnances, des arrêts, des jurisconsultes et des auteurs, et mis dans l'ordre d'un commentaire complet et méthodique sur cette coutume : contenant dans cet ordre les usages du Châtelet sur les liquidations, les comptes, les partages, les substitutions, les dîmes, et toutes autres matière*,

de bail à emphytéose connaît un renouvellement profond, au cours du processus d'intégration dans l'ancien droit.

La première de ces modifications concerne la formation du contrat. Alors que le bail emphytéotique est considéré comme un contrat consensuel en droit romain, dans l'ancien droit, les conditions de sa formation oscillent entre formalisme et consensualisme (§1). Les auteurs débattent également de la qualification du droit d'emphytéose (§2). Les autres altérations du bail à emphytéose se rapportent à son essence ou à sa nature. La distinction entre *substantialia*, *naturalia* et *accidentalialia* initiée par les docteurs médiévaux, imprégnés de la philosophie d'Aristote, est devenue classique à l'époque moderne¹⁸⁰. Par exemple, Robert-Joseph Pothier († 1772) définit les *essentialia* comme les choses « sans lesquelles le contrat ne pourrait subsister »¹⁸¹. L'essence est donc ce qui fait le contrat, ce qui le définit, mais également ce sans quoi il ne serait pas, c'est-à-dire ce qui permet de le classer parmi les autres espèces de contrats¹⁸². En revanche, les éléments qui constituent la nature du contrat sont ceux qui sont habituels mais que les parties peuvent décider d'écarter. En dépit de leur absence, le contrat subsiste. À l'époque moderne, les auteurs cherchent à déterminer les caractères qui participent de l'essence ou de la nature du bail emphytéotique. Ils identifient ainsi les obligations essentielles de ce contrat (§3) ou encore remettent en cause le caractère essentiel de la perpétuité du bail emphytéotique (§4).

t. I, Paris, Grangé et Cellot, 1770, p. 355 ; J. THIERIOT, *L'esprit de la coutume de Troyes comparée à celle de Paris*, Troyes, Paris, Veuve Lefebvre, Veuve Amaulry, 1765, p. 33 ; R.-J. POTHIER, « De la communauté », *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, Paris, Bechet Ainé, F.-M. Maurice, 1824, p. 77 ; T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France, et le droit particulier à la Touraine et au Loudunais, contenant les matières civiles, criminelles et ecclésiastiques, et une explication méthodique des dispositions des coutumes de Touraine et de Loudunais*, t. II, Tours, Vauquer-Lambert, 1778, p. 72.

¹⁸⁰ Sur cette distinction, voir notamment R. FIORI, « Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica », *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, Jovene Editore, 2003, p. 182-194 ; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna, I : Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997 (*Il Diritto nella Storia*, 5), p. 36-38 et p. 56 ; ID., « Notazioni sul contratto (a proposito di un recente lavoro di G. Alpa) », *Quaderni fiorentini*, t. 19, 1990, p. 642-646 ; P. GROSSI, « Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente "corso" di lezioni) », *Quaderni fiorentini*, t. 15, 1986, p. 593-619 ; U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1984, p. 177-184.

¹⁸¹ R.-J. POTHIER, « Traité des obligations », *Œuvres...op. cit.*, p. 6-9, n. 6-8. Plus largement, Pothier analyse les contrats à partir de la distinction entre *essentialia*, *naturalia* et *accidentalialia*.

¹⁸² La réflexion sur l'essence du contrat connaît d'ailleurs une portée remarquable aujourd'hui avec le développement de l'obligation essentielle dans le droit positif. Ce sujet a donné lieu à un certain nombre de travaux récents, parmi lesquels N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, L'Harmattan, 2008 ; X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larquier, 2003, p. 521-542 ; M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002 ; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 2000.

§. 1 Les hésitations relatives à la formation du contrat : entre consentement et formalités

En droit romain, le bail emphytéotique, comme la vente ou le louage dont il emprunte certaines caractéristiques, compte parmi les contrats consensuels. À l'époque médiévale, les civilistes tentent d'articuler le consensualisme du droit romain avec le formalisme hérité du droit coutumier¹⁸³. Sous l'ancien droit, l'affirmation du caractère consensuel du bail emphytéotique fait également l'objet de controverses. En matière de propriété foncière, l'opération juridique envisagée apparaît particulièrement importante, si bien que certains auteurs restent réticents à l'idée d'engager les parties par la seule volonté. L'Ancien Régime est certes marqué par une progression, bien que modérée, du consensualisme. Cette évolution va de pair avec une conception de plus en plus exclusive de la propriété, se traduisant par l'affirmation d'un *ius disponendi* permettant la libre disposition de la terre¹⁸⁴. Néanmoins, dans le même temps, de fortes résistances s'opposent au développement de ce principe, à tel point que de nombreux juristes demeurent attachés à un certain formalisme. Cette tension se retrouve dans l'étude du bail emphytéotique. D'un côté, l'échange des consentements apparaît comme une condition nécessaire mais insuffisante de la formation du contrat (A). De l'autre, le transfert de droit demeure formaliste jusqu'à la fin de l'Ancien Régime (B). Enfin, le bail emphytéotique ecclésiastique fait figure d'exception : en qualité de contrat solennel, des formalités substantielles s'y attachent (C).

A. Un consentement nécessaire mais insuffisant

La conclusion d'un bail emphytéotique nécessite des conditions de fond. Le consentement des parties figure immanquablement parmi celles-ci (2). Toutefois, cette rencontre des volontés exige avant tout de connaître les cocontractants, il est donc nécessaire de déterminer auparavant les qualités qu'ils doivent satisfaire (1).

¹⁸³ Sur ce point, voir C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 285-287.

¹⁸⁴ Sur ce point, voir notamment P. GARNSEY, *Penser la propriété...*, *op. cit.*, p. 231 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 141-143.

1. Les qualités des parties

Examiner les qualités des cocontractants invite à déterminer, d'une part, qui peut concéder un bien en emphytéose et, d'autre part, qui est à même de recevoir un bien ainsi concédé.

Au regard du bailleur, une majorité des auteurs d'Ancien Régime considère que celui-ci doit disposer librement de ses biens¹⁸⁵. Cet impératif est néanmoins assorti de deux cas particuliers : les incapacités concernant la femme mariée et le mineur. La minorité change selon la coutume considérée, même si à l'époque moderne, elle est fixée presque partout à 25 ans¹⁸⁶. Deux régimes cohabitent selon la condition des personnes considérées : la garde s'applique aux nobles tandis que pour les autres, la tutelle trouve application. Dans le premier cas, le mineur est incapable et un *baillistre* – ou gardien – est désigné pour conserver et rendre les immeubles du mineur dans l'état où il les a pris¹⁸⁷. *A priori*, dans un tel régime, il est exclu que des mineurs puissent contracter un bail emphytéotique. Dans la seconde hypothèse, en cas de tutelle, le mineur, de même que son curateur ou tuteur, n'a pas la possibilité, en principe, de concéder un bail emphytéotique¹⁸⁸. Néanmoins, par exception, une règle se dégage en matière de contrat selon laquelle le mineur peut contracter dès lors qu'il ne subit pas de lésion, ce qui tempère cette interdiction¹⁸⁹. Par ailleurs, dans l'ancien droit, il ne semble pas avoir existé une incapacité de la femme non mariée et majeure : elle pouvait donc, *a priori*, librement contracter un bail emphytéotique¹⁹⁰. Il n'en est pas de même pour la femme mariée¹⁹¹. En effet, la faveur

¹⁸⁵ Voir par exemple, A. DESPEISSES, *Œuvres*, t. III, Lyon, Les Frères Bruyset, 1750, p. 44 ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, t. III, Ingolstadii, sumptibus J. A de la Haye, 1726, p. 340, n. 100 ; J.-B. DENISART *et alii*, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, donnée par Me Denisart, procureur au Châtelet, mise dans un nouvel ordre, corrigée et augmentée*, t. VII, Paris, Veuve de N. Desaint, 1788, V^o Emphytéose, p. 539, §II, n. 1.

¹⁸⁶ Sur la minorité et sa diversité, G. MEYLAN, *L'âge de la majorité coutumière en France du XVI^e au XVIII^e siècle*, th. droit Paris II, 2003.

¹⁸⁷ Voir A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine, Adaptées au Droit commun & aux Loix particulières à cette Province. Avec une Table des Villes, Bourgs, Villages, Hameaux et Censes du même ressort, & indication des Lieux où la Justice s'administre en première instance par les Officiers Royaux, de la Coutume qui les régit, de l'Évêché, du Bailliage & de la Maîtrise des Eaux & Forêts dont ils dépendent*, Nancy, Dominique Mathieu, 1782, p. 331.

¹⁸⁸ Voir par exemple A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum complectens tractatum de regulis juris. Volumen Quartum, Libri III Decretalium titulos continens a secto ad trigesimu*, t. IV, éd. V. PELLETIER, Parisiis, Apud Lucovicum Vivès, 1867, p. 240, n. 138 et 139 ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum, op. cit.*, p. 340, n. 100 ; A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine...*, *op. cit.*, p. 331.

¹⁸⁹ Le Moyen Âge voit la cristallisation de l'adage : « Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus ». Voir H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 445-447.

¹⁹⁰ Sur ce point, voir en particulier, J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010, p. 258.

¹⁹¹ Sur l'évolution du statut de la femme mariée, voir parmi beaucoup d'autres P. OURLIAC, « L'évolution de la condition de la femme en droit français », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de*

pour le sénatus-consulte velléien¹⁹² que connaît l'époque moderne la frappe d'incapacité ; elle est donc dépourvue de la capacité de contracter sans le consentement de son époux.

Dans une société organisée autour de trois ordres, au-delà des incapacités d'exercice, des incapacités de jouissance, liées à la condition sociale, sont susceptibles de limiter la conclusion d'un bail emphytéotique. L'affirmation de François de Boutaric († 1733) selon laquelle « le Bail à Cens est le Bail d'un Fonds noble & Féodal, au lieu que le Bail Emphytéotique est celui d'un Fonds qui est tenu en roture »¹⁹³ a pu être entendue comme excluant les nobles de la concession de leurs immeubles à emphytéose¹⁹⁴. Selon cette conception, ce contrat apparaît comme réservé à l'ensemble des hommes libres, à l'exception de la classe nobiliaire. Or, cette affirmation signifie plutôt que si les roturiers peuvent concéder des baux emphytéotiques sur les fonds qu'ils détiennent, ils ne peuvent jamais concéder de baux à cens¹⁹⁵. En effet, ces derniers relèvent des contrats de droit féodal, en ce sens qu'ils nécessitent la rétention de la directe seigneuriale, donc de détenir le fonds à titre de seigneurie. À l'inverse, les seigneurs qui sont en mesure de consentir des baux à cens peuvent *a fortiori* pratiquer les baux emphytéotiques. Cette opinion apparaît partagée par la majorité des feudistes¹⁹⁶ mais aussi par la jurisprudence¹⁹⁷. L'article 171 de

Toulouse, t. 14, 1967, p. 43-71. Par ailleurs, Pothier donne un aperçu de l'étendue des droits de la femme mariée : R.-J. POTHIER, « Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme », *Œuvres*, *op. cit.*, p. 1-39.

¹⁹² *D.*, 16, 1, 2, 1.

¹⁹³ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales par M. noble François de Boutaric*, éd. T. SUDRE, Toulouse, Les librairies associées, 1775, p. III.

¹⁹⁴ C'est d'ailleurs en ce sens que l'entend Edmond Meynial (E. MEYNIAL, *Histoire du droit privé : Répétitions écrites. Les droits réels*, Paris, Les Cours de droit, 1931, p. 192). *Contra* : J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁵ François de Boutaric précise sa pensée en ces termes : « on pourroit ajouter ce que nous avons observé ailleurs, qu'on ne peut bailler à Cens qu'un Fonds que l'on possède noblement, au lieu que pour bailler un Fonds à Titre d'Emphytéose, il suffit de le posséder en Franc-Aleu, & indépendant de toute Seigneurie Directe » (F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 427).

¹⁹⁶ Par exemple, F.-I. DUNOD DE CHARNAGE, *Observations sur les titres des droits de justice, des fiefs, des cens, des gens mariés et de successions, de la coutume du comté de Bourgogne, avec les traités à l'usage de la même province sur les institutions contractuelles, la puissance paternelle, les sociétés tacites, les baux à cheptel et une dissertation sur les incendies*, Besançon, Cl. Jox. Daclin, 1756, p. 168 : « si le vassal peut sous-inféoder partie de son fief, il peut aussi en donner les héritages en emphytéose » ; F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, t. II, Paris, Knapen et Fils, 1785, p. 227 : « L'emphytéose à perpétuité est ou un vrai bail à cens, ou un vrai bail à rente, suivant que le bailleur est ou seigneur de fief, ou simple propriétaire de rotures » ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, t. I, Paris, Théophile Barrois, 1789, p. 16 : « tout le monde peut donner à emphytéose un héritage tel qu'il soit, noble ou roturier ».

¹⁹⁷ On peut le constater dans les exemples suivants : Toulouse, 18 mai 1600, rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlemens de France et autres tribunaux*, t. II, Paris, Michel Brunet, 1711, p. 49 ; Grenoble, 19 novembre 1661, rapporté par G. PAPE, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions. Avec plusieurs remarques importantes, dans lesquelles sont entr'autres employés plus de mille arrêts du parlement de Grenoble*, éd. N. CHORIER, Grenoble, Veuve A. Giroud, Paris, Saillant et Nyon, 1769, p. 239 ; Toulouse, 15 juillet 1704, *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Jean-François Forest, 1702, p. 152.

la coutume de Meaux, en prévoyant un encadrement de la concession entière et perpétuelle du fief à un emphytéote, confirme que le bail emphytéotique est ouvert à la classe nobiliaire¹⁹⁸. En conséquence, la conclusion d'un bail emphytéotique ne dépend pas de la condition du bailleur et n'est pas déterminée par l'appartenance à l'ordre roturier ou nobiliaire ; tous les hommes libres, indépendamment de leur place dans la société, sont susceptibles de contracter un bail emphytéotique, à la seule condition qu'ils aient la libre disposition de leurs biens. Plus encore, ce contrat n'entraîne pas la création d'une servitude personnelle à laquelle serait soumise le preneur : il assujettit uniquement les fonds concédés, se dispensant d'éventuels liens de dépendance personnels.

Demeure le cas de l'aubain, l'étranger au royaume¹⁹⁹. À l'époque moderne, la méfiance envers l'étranger s'adoucit. Une limite traditionnelle est, certes, conservée, la double incapacité de transmettre et d'acquérir à cause de mort. Néanmoins, sa prise en compte juridique se traduit par le fait que l'aubain est capable d'accomplir tous les actes issus du droit des gens mais non ceux issus du droit civil, qui restent réservés aux régnicoles. En matière contractuelle, l'étranger peut ainsi librement conclure la plupart des contrats et des actes entre vifs, dont le bail emphytéotique, même s'il ne peut transmettre le droit qui en découle.

Les communautés ecclésiastiques et les prélats jouissant d'un bénéfice, quant à eux, possèdent un statut particulier et doivent, à ce titre, observer des solennités particulières. La gestion des biens ecclésiastiques est guidée par un principe d'inaliénabilité qui plonge ses racines dans le droit tardo-impérial romain et vise la conservation du patrimoine de l'Église²⁰⁰. Il est traditionnellement admis que le bail emphytéotique compte parmi les aliénations des biens ecclésiastiques qui nécessitent certaines solennités²⁰¹. Toutefois, ce

¹⁹⁸ Art. 171, Cout. Meaux : « De fief baillé INTEGRALITER, en titre d'emphytéose à toujours, en est dû profit au seigneur dont il est mouvant ; mais si le vassal bailleur réesrve l'homme dudit fief à lui, non : parce qu'il n'y a point mutation de personnes, en tant qu'il n'y a point démission de foi, combien que le seigneur ne reçoive, si bon lui semble, ledit emphytéose à foi & hommage » (BR, t. III, p. 395).

¹⁹⁹ La question de l'étranger a notamment été traitée par : B. D'ALTEROCHE, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume : XI^e-XV^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 ; R. VILLERS, « La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie », *Recueil de la société Jean Bodin – L'étranger (deuxième partie)*, t. X, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1958, p. 139-150 ; R. LAPRAT, « Aubains (incapacité bénéficiale des) », *Dictionnaire de droit canonique*, éd. R. NAZ, t. I, Paris, Librairie Letouzey et Ané, col. 1332-1380.

²⁰⁰ C. 12, q. 2, c. 52. Voir notamment l'analyse de Barbosa sur ce fragment : « Acquirens res Ecclesiae citra titulum lucratorum ob ommissas solemnitates rem cum omni incremento medii temporis restituit, nec Ecclesiam, sed alienantem propretio, & damnis obligatum habet » (A. BARBOSA, *Augustini Barbosaes, I.U.D. Lusitani, protonotarii apostolici, & sacrae Congregationis Indicis Consultoris, collectanea ex doctoribus tum priscis, tum neotericis in codicem iustiniani*, t. I, Lugduni, Sumptib. Haered. Petri Prost, Philippi Borde, & Laurentij Arnaud, 1648, p. 30, n. 1).

²⁰¹ Par exemple, P. PITHOU, *Libertés de l'Église gallicane, suivies de la déclaration de 1682, avec une introduction et des notes par M. Dupin*, Paris, Baudouin Frères, 1824, p. 40 ; L. BOUCHEL, *La bibliothèque*

principe connaît des aménagements lorsque les aliénations en question ont en vue l'intérêt de l'Église²⁰². Plusieurs causes légitimes d'aliénation des biens ecclésiastiques sont admises : l'utilité, la nécessité et la piété. La première, l'utilité, se distingue par l'évidence²⁰³. Elle renvoie au profit certain et manifeste que peut retirer l'Église de l'aliénation envisagée, il s'agit alors de déterminer si les avantages surpassent les inconvénients. En l'occurrence, comme le remarque Claude Fleury²⁰⁴, il peut être utile pour l'Église de concéder à bail emphytéotique un bâtiment ou des bois qu'elle n'a pas les moyens d'entretenir ou de remettre en état. La seconde cause d'aliénation, la nécessité, se différencie en ce que la situation implique une urgence²⁰⁵. Dans ce cas, l'aliénation envisagée ne peut être retardée sans engendrer des pertes pour la communauté ecclésiastique. Par exemple, un bâtiment qui menacerait de s'effondrer sous peu pourrait donner lieu à un bail emphytéotique, sur le fondement de la nécessité²⁰⁶. Enfin, la dernière cause légitimant l'aliénation des biens ecclésiastiques, la piété, met en évidence la mission de l'Église. Lancellotti († 1590) en donne un exemple précis en évoquant le cas de la concession à bail emphytéotique d'un fonds de terre dans le but d'édifier une église²⁰⁷. Le terrain aliéné est alors strictement limité à la surface nécessaire pour la construction. Par ailleurs, il est à noter qu'à partir du XVI^e siècle, une nouvelle cause d'aliénation des biens

canonique, contenant par ordre alphabétique toutes les matières ecclésiastiques et bénéficiales qui ont été traitées par Maître L. Bouchel, avocat au Parlement de Paris, dans sa somme Bénéficiale, t. I, Paris, Guillaume de Luynes, 1689, p. 56-57 ; P. FAGNAN, Prosperi Fagnani Jus canonicum sive commentaria in primum librum decretalium, cum disceptatione de grangiis, quae in aliis Editionibus desiderabatur ; ac ipso Textu suis locis aptè disposito, Coloniae, Apud Wilhelmum Metternich, 1704, p. 103. Durand de Maillane précise que le droit canonique comprend sous le terme « aliénation » tous les baux de plus de dix ans : P.-T. DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale, t. I, Paris, Cl.-Jean-Baptiste Bauche, 1761, V^o Emphytéose, p. 627.

²⁰² Sur le sujet, voir F.-R. DUCROS, « L'aliénation des biens ecclésiastiques sous l'Ancien Régime », *Hypothèses*, t. 13, 2010/1, p. 201-209 ; ID., « Le statut des biens ecclésiastiques dans l'ancien droit canonique. Éléments de théorie juridique », *L'année canonique*, t. 50, 2008/1, p. 105-129.

²⁰³ A. LOISEL, *Institutes coutumières...*, *op. cit.*, t. II, p. 283.

²⁰⁴ C. FLEURY, *Institution au droit ecclésiastique*, t. II, Lyon, Hilaire Baritel, 1692, p. 333. Voir également B.-L. LE CAMUS D'HOULOUBE, *Coutumes du Boulonnois, conférées avec les coutumes de Paris, d'Artois, de Ponthieu, d'Amiens et de Montreuil ; le droit commun de la France et la jurisprudence des arrêts*, t. I, Paris, Didot, 1777, p. 30.

²⁰⁵ A. LOISEL, *Institutes coutumières...*, *op. cit.*, p. 283 ; B.-L. LE CAMUS D'HOULOUBE, *Coutumes du Boulonnois...*, *op. cit.*, t. I, p. 30.

²⁰⁶ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines*, t. I, Paris, Jean Cochart, 1684, p. 566, n. 35.

²⁰⁷ G. P. LANCELLOTTI, *Institutiones iuris canonici, quibus ius pontificium singulari methodo libris quatuor comprehenditur*, Tolosa, Apud Bernardum Dupuy, 1652, p. 385. Cet exemple est également repris par P.-T. DURAND DE MAILLANE, *Institutes du droit canonique, traduites en françois, et adaptées aux Usages présens d'Italie & de l'Église Gallicane, par des explications qui mettent le Texte dans le plus grand jour, & le lient aux principes de la Jurisprudence Ecclésiastique actuelle, précédées de l'histoire du droit canon. Ouvrage élémentaire, utile à toute sorte de personnes, mais indispensable pour l'étude du Droit Canonique*, t. VI, Lyon, Jean-Marie Bruyset, 1770, p. 128.

ecclésiastiques vient s'ajouter aux causes classiques : l'utilité publique²⁰⁸. Le roi de France, dans le contexte des guerres de religion associé à un gallicanisme revendiqué, n'hésite plus à exiger l'aliénation de certains biens ecclésiastiques pour des questions de trésorerie. Cependant, les baux emphytéotiques étant peu lucratifs à court terme, cette cause d'aliénation doit être écartée, dans le cadre de cette étude.

Les sources sont laconiques en ce qui concerne les qualités que doit réunir l'emphytéote. En principe, toute personne qui a librement contracté et qui n'est pas interdite de commerce est susceptible de recevoir un bien concédé à emphytéose²⁰⁹. Cela signifie donc que les hommes, comme les femmes (avec l'autorisation de leur époux si elles sont mariées), voire les mineurs sont capables de se voir concéder un fonds de terre à emphytéose. Toutefois, en raison de l'obligation d'exploiter le fonds, il apparaît difficile que des femmes non mariées ou des mineurs puissent effectivement devenir emphytéote. Une autre difficulté demeure par rapport au statut de l'étranger. Ce dernier subit une double incapacité successorale qui l'empêche de transmettre ou de recevoir à cause de mort. Si rien n'empêche un étranger de contracter un bail emphytéotique, en revanche, le droit d'emphytéose ne pourra être transmis à ses héritiers par quelque moyen que ce soit. En vertu du droit d'aubaine, sa succession est dévolue au roi. Cette règle connaît une exception pour les enfants légitimes nés en France de l'aubain qui, dès le XVI^e siècle, sont appelés à la succession. Par ailleurs, l'étranger ne saurait recevoir à cause de mort un droit d'emphytéose. Il faut noter, néanmoins, qu'à partir du milieu du XVIII^e siècle, les nombreux traités d'abolition réciproque du droit d'aubaine conclus entre la France et la plupart des États européens vident ce droit de sa substance²¹⁰.

En outre, il arrive que des communautés ecclésiastiques reçoivent des biens concédés à emphytéose, le plus souvent par le jeu des successions. Elles peuvent conserver le bien emphytéotique à condition d'obtenir des lettres d'amortissement auprès du roi²¹¹.

²⁰⁸ Rappelée par exemple par B.-L. LE CAMUS D'HOULOUBE, *Coutumes du Boulonnois...*, *op. cit.*, t. I, p. 30.

²⁰⁹ En ce sens, A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum...*, *op. cit.*, p. 240, n. 140 : « In emphyteusin res alienas accipere possunt omnes illi, quibus commercium non est interdictum, aut qui liberam contrahendi potestatem habent, sive masculi sint, sive feminae, nisi specialiter a jure prohibeantur ».

²¹⁰ Le droit d'aubaine est aboli par l'Assemblée constituante le 16 avril 1790, puis par l'article 726 du Code civil. Sur les traités relatifs au droit d'aubaine, C. JAVANAUD, « Le statut de l'étranger dans le Royaume de France, du Moyen-âge à la Révolution », *Regards sur le droit des étrangers. Actes du colloque de l'ADOC du 24 octobre 2008*, éd. X. BIOY, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso Éditions, 2010, p. 17-30, n. 25-57 ; P. SAHLINS, « Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne. Réponse à Simona Cerutti », *Annales. HSS*, t. 63, 2008/2, p. 385-398, n. 14-15.

²¹¹ G. LABBÉ DE MONTVERNON, *Les coutumes générales des pays et duché de Berry*, Paris, chez Nicolas Buon, 1607, p. 190-191 ; A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose, et bail à rente*,

La raison en est que tous les héritages du royaume sont mouvants de la Couronne, le consentement du roi est donc requis dans le cas où ses droits sont amenés à être restreints. Or, une fois le bien tenu par des communautés ecclésiastiques, ou plus largement par des gens de mainmorte, le roi comme le seigneur foncier perdent le bénéfice des droits de mutation. En compensation de cette perte, les communautés ecclésiastiques sont tenues de s'acquitter d'un droit d'amortissement au pouvoir royal, mais également d'une indemnité auprès du seigneur du bien concédé²¹². À défaut de l'obtention des lettres d'amortissement, la communauté peut être obligée de se défaire du bien dans l'an et jour. À ces conditions, peu nombreuses, relatives à la qualité des cocontractants, s'ajoute le consentement des parties.

2. L'expression du consentement des parties

Les coutumes officielles donnent peu de précisions quant à l'expression des consentements de l'emphytéote et de son bailleur. Seul l'article 128 de la coutume de Bruxelles oblige à contracter un bail emphytéotique par écrit devant les échevins, à peine de nullité du contrat²¹³. Pour le reste, les textes coutumiers restent silencieux sur cette question, qui a donné lieu à une controverse doctrinale nourrie.

Dans le droit romain de Justinien, deux fragments, apparemment contradictoires, abordent la question du rôle de l'écrit dans la formation du bail emphytéotique, ce qui conduit les interprètes à tenter de les concilier²¹⁴. D'un côté, une constitution de Zénon (C., 4, 66, 1) – tout comme les Nouvelles 7 et 120 – affirme la nécessité de l'écrit, tandis que de l'autre, le choix a été fait dans les *Institutes* d'inclure le bail emphytéotique parmi les contrats consensuels²¹⁵. Dès lors, la confrontation de ces textes soulève la question de la

des rentes foncières, & droicts seigneuriaux, Cahors, Jean Dalvy, 1614, p. 22 ; C. I. PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne, conférées avec le droit civil, & avec les coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berri, & de Nivernois*, Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1695, p. 183 ; J. BACQUET, « Traité du droit d'amortissement », *Les œuvres...*, *op. cit.*, t. II, p. 395, n. 2 et p. 398, n. 2. La nécessité des lettres d'amortissement en matière de contrat emphytéotique est notamment rappelée par une déclaration du 27 mai 1554 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, *op. cit.*, t. XIII, p. 388 et s.).

²¹² A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, p. 44, n. 3 ; G. DU PINEAU, *Coutumes du pays et duché d'Anjou, conférées avec les coutumes voisines et corrigées sur l'ancien original manuscrit ; avec le commentaire de Me Gabriel Du Pineau, conseiller du Roy au Présidial d'Angers*, Paris, Charles Osmont, 1698, p. 73-74.

²¹³ BR, t. I, p. 1245.

²¹⁴ C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 286 ; A. HAJJE, *Études sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain*, Paris, Saint-Brieuc, E. de Boccard, F. Guyon, 1926, p. 145-146.

²¹⁵ Il est question du bail emphytéotique dans *Inst.* 3, 25, 3, après l'étude de la vente et du louage et avant l'examen du contrat de société et du mandat.

valeur attribuée à l'écrit lors de la constitution du bail emphytéotique. S'agit-il d'une condition de validité du contrat ou bien d'un simple moyen de preuve ?

Les humanistes, s'appuyant sur le *Corpus Juris Civilis*, ont cherché à apporter une réponse à cette question. Une partie de ces auteurs, tels Éguiner Baron († 1550)²¹⁶, Hugues Doneau († 1591)²¹⁷ ou Guillaume Maran († 1621)²¹⁸, considère que la constitution de Zénon (C., 4, 66, 1) impose l'écrit comme condition de validité du bail emphytéotique. Ces auteurs s'appuient exclusivement sur le Code de Justinien pour soutenir leur démonstration, estimant que le silence des *Institutes* sur ce point n'exclut pas l'écrit comme condition de validité du contrat. Cette tendance doctrinale souligne la méfiance de certains humanistes, désireux de concilier les textes romains, envers le consensualisme²¹⁹. À l'inverse, d'autres, comme Charles Du Moulin († 1566)²²⁰, François Baudouin († 1573)²²¹ ou Jacques Cujas († 1590)²²², défendent la nature consensuelle du contrat emphytéotique. Leur raisonnement s'appuie sur le syllogisme suivant. Ils remarquent, tout d'abord, que le contrat emphytéotique participe à la fois de la vente et du louage, selon les mots même de Zénon. Or, ces deux contrats, voisins du bail emphytéotique, sont des contrats consensuels en droit romain. Ainsi, le bail emphytéotique est également un contrat consensuel et l'écrit évoqué par ladite constitution ne renferme qu'une valeur probatoire. En outre, les Nouvelles 7 et 120 organisent le régime spécial du bail emphytéotique ecclésiastique dont les règles doivent être interprétées de façon restrictive. François Baudouin en conclut que l'écrit vient seulement confirmer un contrat déjà formé par

²¹⁶ É. BARON, *Institutionum civilium ab iustiniano caesare editarum lib. IIII. Bipartito commentario quam brevissime illustrati, cuius pars altera Romanum, altera Gallicum ius ad singulos titulos complectitur*, Poitiers, Frères de Marnef, 1546, p. 443 : « Adeo autem [grec] id est implantatio, proprius contractus ut sic Zeno constituit : & ut scriptura constaret, periculum rei totius ad dominum, non ad emphyteutam spectaret ».

²¹⁷ H. DONEAU, *Hugonis Donelli iurisconsulti et antecessoris Opera omnia. Commentarium de iure civili*, Luciae, I. Riccomini, 1762-1770, col. 1252-1253 : « Hunc contractum valere iubet constitutio Zenonis : L. 1 C. de iur. emph. sed hac conditione, si scriptura interveniat ».

²¹⁸ G. MARAN, « Ad titulum C. de iure emphyteutico », *Opera omnia seu paratitla digestorum et varii tractatus juris civilis*, t. II, Trajecti ad Rhenum, Apud Joannem Broedelet, 1741, p. 647.

²¹⁹ X. PREVOST, « La réticence des humanistes envers le consensualisme », *Revue des contrats*, 2015/1, p. 140-144.

²²⁰ C. DU MOULIN, *Caroli Molinaei franciae et germaniae celeberrimi jurisconsulti et in supremo parisiorum senatu antiqui advocati, omnia quae extant opera*, t. I [Coutume de Paris], Parisiis, Joannis Guignard, 1681, p. 673, n. 38 : « Non autem observamus quod ad substantiam contractus emphyteutici requiratur scripturam inde confectam esse ».

²²¹ F. BAUDOUIN, *Jurisprudentia romana et attica : continens varios commentatores, qui jus romanum & atticum : item classicos aliosque auctores veteres emendarunt, explicarunt, illustrarunt*, t. I, Lugduni Batavorum, Apud Abrahamum Kallewier, Johan et Herman Verbeek, 1738, p. 731 : « Illud porro habet singulare contractus emphyteuseos, propter quod vix omnino etiam potest inter conventiones, quae solo consensu constant, recenseri, quod ejus conditiones & pacta requirant aliquam scripturae confirmationem ».

²²² J. CUJAS, *Opera omnia in decem tomos distributa*, t. II, Neapoli, Apud Vincentium Pauria, 1758, p. 308 : « Emphyteusis quoque licet proprium hunc contractum Zeno fecerit, id est separatum ab emptione & a conductione, tamen similis est vel emptioni, vel conductioni, § adeo, Inst. de loc. nudoque consensu perficitur : & hac ratione adscribi emphyteusis juri gentium potest, non minus quam emptio & locatio ».

l'accord des volontés. Malgré ces hésitations, au XVI^e siècle, le courant majoritaire tend à considérer que, lors de la formation du bail emphytéotique, l'écrit n'a de valeur qu'*ad probationem* et non *ad solemnitatem*²²³.

Cette position de la doctrine savante coïncide avec un mouvement plus général d'affirmation très progressive du principe consensualiste au sein du droit des contrats, à partir de la fin du Moyen-Âge. Cette tendance s'affermir par la convergence d'une part, de la construction de la notion de contrat par la doctrine savante et, d'autre part, par la force obligatoire de la parole donnée qui est encouragée par la doctrine canonique, sur le fondement de la morale chrétienne²²⁴. À l'époque moderne, les discussions doctrinales autour du bail emphytéotique ecclésiastique sont l'occasion de préciser ces principes. En particulier, les canonistes tentent de concilier cette faveur pour le consensualisme avec les sources romaines régissant le bail emphytéotique ecclésiastique. En ce sens, ils distinguent le bail emphytéotique ordinaire du bail emphytéotique ecclésiastique. Ils s'accordent sur le fait que les Novelles 7 et 120 font de l'écrit une condition essentielle du bail emphytéotique ecclésiastique car ils refusent d'aller contre la lettre du texte. En revanche, en ce qui concerne le bail emphytéotique ordinaire, les opinions divergent. L'opinion majoritaire estime que l'obligation créée par le bail emphytéotique ordinaire naît *solo consensu*, réservant le cas particulier du bail emphytéotique ecclésiastique²²⁵. Au contraire, d'autres, comme Anaklet Reiffenstuel († 1703), avancent que la nature du bail emphytéotique doit demeurer la même tant pour le bail emphytéotique ecclésiastique que pour l'ordinaire²²⁶. Or, si le bail emphytéotique ordinaire est un contrat de bonne foi (*bona fide*), son pendant ecclésiastique l'est aussi. Cependant, dans cette hypothèse, le consentement suffit à faire naître le contrat, ce qui va à l'encontre des sources de droit

²²³ Ce que confirme, entre autres, les auteurs suivants : F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consiliarii Regii, ac suplicum libellorum in Regia magistri, Commentorium Iuris civilis Libri X*, Paris, Michaelis Vascosani, 1558, f. 460 r : « Eodem in emphyteusi modo pacta conventa servantur, etiam si a natura emphyteusis aliquantum recedant, ut subiicit Zeno » ; J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani, De jure emphyteutico cum indice*, Lugduni, Apud Gulielmum Rouillium, 1550, p. 11 : « Nec ignoro D.D. communiter existimare, scripturam in hoc contractu minime necessariam ».

²²⁴ V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, 2007 (*Bibliothèque de droit privé*, 480), p. 74-81 ; P. LANDAU, « Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie », *« Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert » : Festschrift Knut Wolfgang Nörr*, éd. M. ASCHERI *et alii*, Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2003, p. 457-474 ; Y. JEANCLOS, « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *Hommages à Gérard Boulvert*, Nice, Université de Nice, 1987, p. 339-340 ; K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. Nis 18. Jahrhundert* (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln, t. 9), München, Schweitzer, 1985, p. 46-64 et p. 85 et s. ; G. LE BRAS, « La Concorde des droits savants dans le domaine des contrats », *Études d'histoire du droit dédiées à M. Auguste Dumas*, Aix-en-Provence, Imprimerie d'éditions provençales, 1950 (*Annales de la faculté de droit d'Aix*, t. 43), p. 153-154 et p. 156.

²²⁵ Par exemple, F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonicum universum, op. cit.*, p. 338, n. 88.

²²⁶ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, op. cit.*, t. IV, p. 239, n. 133-135.

romain. Ainsi, *a contrario*, le bail emphytéotique, ordinaire ou ecclésiastique, doit nécessairement prendre la forme d'un acte solennel.

Alors que la plus grande partie du Moyen-Âge a vu s'imposer la supériorité du témoignage sur l'écrit, consolidée en cela par la décrétale *Cum Iohannes Eremita* d'Innocent III (1206-1209), au cours des XIV^e et XV^e siècles, la faveur des juges comme de la doctrine pour l'écrit, en tant que preuve rationnelle, s'affirme et la méfiance vis-à-vis de témoins facilement corruptibles se renforce. L'élaboration d'une hiérarchie des preuves dans le droit savant faisait déjà de l'écrit une preuve pleine au même titre que l'aveu et le témoignage de deux témoins de bonne réputation²²⁷. L'ordonnance de Moulins de 1566 vient conforter cette inclination en imposant, dans son article 54, de conclure devant notaires et témoins les contrats relatifs aux transactions de plus de cent livres²²⁸. Dès lors l'adage « Lettres passent témoins » s'impose. En effet, il n'est plus possible de prouver l'existence d'un contrat sans faire valoir l'écrit. Seul le cas de perte de l'écrit ouvre la possibilité d'apporter la preuve du contrat par témoins. Cette évolution est achevée par la grande ordonnance civile de 1667 qui donne la préférence à l'écrit par rapport aux autres modes de preuves y compris pour les contrats de moins de cent livres²²⁹. Cette solution, visant à se prémunir contre les faux témoignages, conduit à faire de l'*instrumentum* la preuve parfaite des contrats portant concession de terre et, conséquemment, du bail emphytéotique. L'écrit vient en renfort des dispositions consenties entre les parties, assurant ainsi la sécurité et la pérennité de l'acte juridique contracté, précaution d'autant

²²⁷ R. VILLERS, « Les preuves dans l'ancien droit français du XVI^e au XVIII^e siècles », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve (Deuxième partie : Moyen Âge et Temps modernes)*, t. XVII, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1965, p. 346-347. Sur la hiérarchie des preuves en droit savant, voir J.-P. LÉVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle*, Paris, Sirey, 1939 (*Annales de l'université de Lyon. 3^e série droit*, 5), spécialement p. 26-31.

²²⁸ « (54) Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vû ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçuë toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières, et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. » (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, op. cit.*, t. XIV, 1829, p. 203).

²²⁹ Tit. XX, art. 2 : « Seront passés actes par-devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors et depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juge et consuls des marchands. » (*ibid.*, t. XVIII, p. 137).

plus importante du fait de la longue durée du bail emphytéotique²³⁰. En rendant certaines obligations des parties, la preuve préconstituée offre également l'avantage de dissuader un éventuel procès. Au moins en matière civile, la précision technique d'un document écrit en fait un instrument probatoire plus convaincant que le témoignage. À partir du milieu du XVI^e siècle, en France, la fonction probatoire de l'écrit en matière de bail emphytéotique ne fait donc plus de doute, ce que Claude de Ferrière († 1715) au siècle suivant résume en quelques mots lapidaires : « ces questions sont inutiles en France »²³¹.

L'École du droit naturel moderne s'inscrit dans cette continuité : ses représentants inclinent vers le consensualisme mais soulignent également les avantages de l'écrit pour protéger l'expression du consentement des cocontractants²³². Les auteurs français influencés par le courant jusnaturaliste, à l'image de Jean Domat († 1696) ou Robert-Joseph Pothier, ne dérogent pas à cette opinion²³³. Ils réaffirment la nécessité de s'assurer du consentement des parties au contrat, sans pour autant imposer l'écrit comme condition de validité du bail emphytéotique.

²³⁰ Sur l'écrit comme mode de preuve, voir notamment J.-P. LÉVY, « Preuve », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. D. ALLAND, S. RIALS, Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 1195-1201 ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 133-140 ; P. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, t. 23, 1996, p. 41-52 ; H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 112-125 ; *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve (Deuxième partie : Moyen Âge et Temps modernes)*, t. XVII, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1965.

²³¹ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, *op. cit.*, t. I, p. 555. Voir également A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 12 ; J.-A. SOULATGES, *Coutumes de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse...*, *op. cit.*, 4^{ème} partie, p. 57.

²³² En ce sens, P. FORIERS, « La preuve dans l'École de droit naturel », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve (Deuxième partie : Moyen Âge et Temps modernes)*, *op. cit.*, p. 169-192. Il faut toutefois noter qu'Hugo Grotius évoque le cas particulier du bail emphytéotique conclu par un souverain. L'auteur, dans le titre « Des promesses des contrats et des serments du souverain », de son *Du droit de la guerre et de la paix*, propose une analyse à l'issue de laquelle il conditionne la validité du bail emphytéotique à sa mise par écrit : « Il infère de là mal-à-propos, qu'un Contract de Vente fait sans la détermination du prix, ou un Contract de Louage sans la détermination du loier ou du salaire, ou un Bail d'Emphytéose sans aucun écrit, sont bons et valides, quand c'est un Roi qui les fait ainsi. Cette opinion ne saurait être admise » (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. BARBEYRAC, Caen, Presses universitaires de Caen, 2011 (*Bibliothèque de philosophie politique et juridique*), p. 465-466 [Liv. II, Ch. XIV, §V, n. 1]). Sans plus de précision, il est malaisé de déterminer si cette condition découle de la qualité particulière de l'une des parties dans l'hypothèse évoquée ou si elle participe d'une réflexion plus générale sur le bail emphytéotique ordinaire.

²³³ Voir par exemple, J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, t. I, Paris, Etienne Faneau, 1735, p. 21, n. 10 : « Le consentement qui fait la convention, se donne ou sans écrit, ou par écrit. La convention sans écrit se fait ou verbalement, ou par quelqu'autre voye, qui marque ou présuppose le consentement. » ; R.-J. POTHIER, « De la propriété », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 213, n. 231 : « Le consentement des parties est nécessaire pour que la tradition d'une chose en transfère la propriété à celui à qui elle est faite ; c'est-à-dire, qu'il faut que le propriétaire de la chose, qui en fait, ou par l'ordre duquel s'en fait la tradition à quelqu'un, ait la volonté de lui en transférer la propriété, et que celui, qui la reçoit ait la volonté de l'acquérir (...). Ce consentement doit intervenir, et sur la chose objet de la tradition, et sur la personne à qui elle est faite, et sur la translation de propriété ».

Les cours de justice ont eu à se prononcer sur les moyens de pallier la carence de l'écrit et demeurent assez indécises sur ce point. Selon les provinces, il semble qu'une ou deux reconnaissances de la concession du fonds à rente emphytéotique suffisent pour suppléer l'absence de titre originel²³⁴. Une telle reconnaissance peut être exigée par le seigneur foncier, celle-ci est alors rédigée devant notaire²³⁵. Le parallélisme des formes inclinerait à penser que la reconnaissance du bail emphytéotique prenne une forme identique à celle de son acte constitutif. En outre, l'importance de l'objet du contrat en question, la concession d'un immeuble pour une longue durée, plaide également en faveur de la forme de l'acte authentique. L'acte notarié, qui offre de solides garanties en matière probatoire, a été apparemment l'instrument le plus souvent utilisé par les cocontractants, comme en témoignent les divers modèles de baux emphytéotiques proposés par les formulaires notariaux de l'époque moderne²³⁶. Toutefois, du point de vue des moyens de preuve, une jurisprudence constante rappelle que l'emphytéote n'est pas tenu de présenter ses titres d'occupation après trente ans²³⁷. Une telle ligne jurisprudentielle suggère que l'existence d'un acte notarié, après un certain temps, n'est pas indispensable pour apporter la preuve de la constitution d'un bail emphytéotique, soit que la longue durée fasse craindre la perte de l'écrit, soit que le statut de l'emphytéote soit suffisamment assuré après un tel laps de temps.

Enfin, il importe de signaler que le contenu du contrat est laissé pour une grande part à l'appréciation des parties. Seule la coutume de Blois fait état d'une mention

²³⁴ En Languedoc, il apparaît qu'une reconnaissance est suffisante : Toulouse, 13 septembre 1700, *Journal du palais...*, *op. cit.*, 1696, p. 328, Voir aussi un arrêt du parlement de Toulouse de juin 1739, *ibid.*, 1735, p. 196. Mais, au XVIII^e siècle, pour Antoine de Peyrusse « plusieurs reconnoissances sont requises » (A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 42).

²³⁵ Il s'agit, tout du moins, de la position de Guy Coquille : « Le Seigneur auquel est due la redevance foncière peut contraindre le détenteur de reconnoistre icelle redevance, par devant Notaire en bonne forme, & encore d'exhiber le titre de son acquisition, ou de son prédécesseur, si elle est faite depuis 30 ans, pour cognoistre par le Seigneur, si aucuns profits & droicts seigneuriaux luy sont deus » (G. COQUILLE, *Les œuvres de Me Guy Coquille*, *op. cit.*, p. 49). Voir également J.-A. SOULATGES, *Coutume de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse...*, *op. cit.*, 4^{ème} partie, p. 6 et s. Certaines décisions viennent à l'appui de ces propos : par exemple, un arrêt du parlement de Toulouse de juin 1739 précité.

²³⁶ Par exemple, É. CORROZET, *L'office et pratique des notaires, contenant les divers contracts & actes plus notables dépendans dudit office, ausquels chacun selon son sujet a esté adjousté plusieurs Décisions & Arrests de la Cour, intervenus sur l'exécution & en conséquence d'iceux*, t. I, Paris, Gervais Clouzier, 1665, p. 142-147 ; C. DE FERRIÈRE, *La science parfaite des notaires, ou le moyen de faire un parfait notaire. Contenant les Ordonnances, Arrests & Règlemens rendus touchant la fonction des Notaires. Avec une facile instruction pour dresser toutes sortes d'Actes, Contracts, Testamens & autres, suivant l'usage & le style des Provinces de Droit écrit, & de celles qui sont réglées par les Coutumes*, Paris, Charles Osmont, 1682, p. 252-257 ; J. CASSAN, *Le nouveau et parfait notaire réformé suivant les nouvelles ordonnances*, Paris, Théodore Le Gras, 1749, p. 44-45.

²³⁷ Par exemple, Aix, 4 juin 1712, rapporté par B. DEBÉZIEUX, *Arrêts notables de la cour du parlement de Provence*, Paris, P.G. Le Mercier, Desaint & Saillant, Jean-Thomas Herissant, 1750, p. 243.

obligatoire qui doit être incluse dans le contrat : la qualification expresse de bail emphytéotique²³⁸. En l'absence de mention explicite de sa nature, le contrat n'est pas pour autant annulé mais il n'est pas non plus présumé emphytéotique. La preuve de sa qualification doit être apportée et, à défaut d'une telle preuve, le régime de bail emphytéotique est écarté. Les autres coutumes du royaume de France ne mentionnent pas une telle condition de forme, ce qui pourrait signifier qu'elle reste circonscrite au ressort de la coutume de Blois. Néanmoins, Charles Loyseau († 1627) laisse entendre qu'il s'agit d'une disposition de droit commun, reçue dans l'ensemble du royaume de France, en affirmant qu'« en France, il est constant, que jamais rente n'est réputée emphytéotique, s'il n'est expressément porté par le contrat »²³⁹. Cela ne signifie pas pour autant qu'il suffise d'ajouter la mention de « bail emphytéotique » à un bail à rente pour en changer sa qualification. Il faut encore que les éléments essentiels de ce contrat, comme l'obligation d'améliorer, soient présents²⁴⁰. En pratique, une clause rappelant que le bailleur « avoit baillé, cédé, quitté, transporté & délaissé à rente emphytéotique » ou une formule similaire apparaît généralement dans le contrat²⁴¹.

Il ne semble pas que d'autres mentions obligatoires soient exigées lors de la conclusion du bail à emphytéose. Néanmoins, la comparaison de certains formulaires notariaux met en évidence une structure commune et habituelle à ces contrats²⁴². En dehors des mentions de la date et du lieu du contrat, le bail emphytéotique contient généralement trois blocs de clauses : les qualités des parties, une description souvent détaillée et précise de la chose concédée et, enfin, les obligations réciproques des cocontractants. Il s'agit

²³⁸ Blois, Art. 211 : « Bail à rente fait de quelque héritage par gens d'Église ou laiz, soit à toujours ou à vie ou long temps n'est point dit contrat emphytéotique par la coutume de Blois si les mots "ledit héritage baillé à vente en emphytéose" ne sont insérés dans le bail ; sans cette mention l'héritage n'est pas censé ni réputé contrat emphytéotique et ainsi si le preneur ou ses ayant cause cessent de payer la rente au bailleur par 3 ans, l'héritage n'est pas commis » (BR, t. III, p. 1063).

²³⁹ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *Les œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en Parlement. Contenant les cinq livres du droit, des Offices, les Traitez des Seigneuries, des Ordres & simples Dignitez, du Déguerpissement & Délaissement par Hypothèque, de la Garantie des Rentes, & des Abus des Justices de Villages*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1701, p. 14.

²⁴⁰ J.-B. DENISART *et alii*, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, *op. cit.*, t. VII, V° Emphytéose, p. 538.

²⁴¹ Ainsi, É. CORROZET, *L'office et pratique des notaires...*, *op. cit.*, t. I, p. 143 : « a baillé, cédé, quitté, transporté & délaissé par ces présentes dès maintenant à tiltre de cens, surcens, rente & pension emphytéotique » ; C. DE FERRIÈRE, *La science parfaite des notaires...*, *op. cit.*, p. 253 : « baillé, cédé, quitté, transporté & délaissé par ces présentes à titre de cens, rente & pension emphytéotique, dès maintenant & pour le temps cy-après déclaré » ; J. CASSAN, *Le nouveau et parfait notaire...*, *op. cit.*, p. 44 : « baillé, cédé, quitté, transporté & délaissé par ces présentes à titre de cens, surcens, rente & pension emphytéotique, dès maintenant & pour le tems ci-après déclaré ». Sur l'évolution du notariat vers l'unité sous l'Ancien Régime, voir F. ROUMY, « Histoire du notariat et du droit notarial en France », *loc. cit.*, p. 145-154.

²⁴² Notamment, É. CORROZET, *L'office et pratique des notaires...*, *op. cit.*, t. I, p. 142-147 ; C. DE FERRIÈRE, *La science parfaite des notaires...*, *op. cit.*, p. 253-255 et p. 255-257 ; J. CASSAN, *Le nouveau et parfait notaire...*, *op. cit.*, p. 44-45.

principalement de préciser la durée du contrat mais aussi les modalités de paiement de la redevance ainsi que d'éventuels droits seigneuriaux. L'étendue des droits du preneur fait également l'objet de développements rigoureux. À l'issue de la lecture du contrat, des témoins sont appelés pour signer celui-ci, aux côtés des parties.

En définitive, en dépit du renforcement du principe consensualiste au cours de l'époque moderne, le consentement des parties, s'il est nécessaire à la formation du contrat emphytéotique, demeure insuffisant pour achever le transfert de droit.

B. Un transfert de droit formaliste

Dès la période médiévale, la saisine, c'est-à-dire la mise en possession légitime d'un bien, résulte d'un acte formaliste, venant ainsi confirmer le contrat né de l'échange des consentements entre les parties²⁴³. Plus précisément, les biens fonciers sont souvent concédés par des seigneurs ce qui conduit à mettre en œuvre une procédure de « dessaisine-saisine » ou de « devest-vest » issue du droit féodal²⁴⁴. Habituellement, le terme d'investiture renvoie à la remise d'un fonds noble tandis que celui d'ensaisinement est davantage utilisé pour un fonds roturier. Le bail emphytéotique n'échappe pas à ce type de mécanismes coutumiers de transfert de droits. Malgré la progression du principe consensualiste à partir de la fin du Moyen Âge, en particulier sous l'impulsion de la doctrine canonique, le transfert de propriété reste tributaire d'un certain formalisme jusqu'à la fin de l'Ancien Régime²⁴⁵. Deux systèmes formalistes de transfert de la propriété immobilière coexistent.

La tradition (*traditio*) constitue le premier système. Elle désigne la remise au preneur du fonds concédé par celui qui détient le domaine direct. Au XVI^e siècle, les juristes humanistes demeurent réservés à l'égard du transfert consensuel de la propriété²⁴⁶,

²⁴³ Sur l'investiture seigneuriale et son déclin à partir de la fin du Moyen-Âge, voir les synthèses de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, op. cit., p. 81-83 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, op. cit., p. 20-23.

²⁴⁴ Sur cette procédure, voir notamment J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 238-239.

²⁴⁵ Voir notamment, L. PFISTER, « The Transfer of Real Property in French Legal History: Between the Consensualist Principle and Formalities », *Übertragung von Immobilienrechten im internationalen Vergleich. Conference on real property law and land register*, éd. M. SCHMOECKEL, Baden-Baden, Nomos, 2018 (*Schriften zum Notarrecht*, 52), p. 160-165.

²⁴⁶ À propos de la méfiance des humanistes vis-à-vis du consensualisme, voir notamment X. PREVOST, « La réticence des humanistes envers le consensualisme », loc. cit., p. 140-144 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit*

ce qui explique que certains auteurs comme André Tiraqueau († 1558) rappellent la nécessité de recourir à la tradition de l'immeuble, objet du contrat, pour rendre obligatoire le contrat emphytéotique²⁴⁷. Hugues Doneau propose une explication de cette nécessité de la *traditio*²⁴⁸. Il remarque que le bail emphytéotique conduit à une aliénation du domaine. C'est pourquoi les parties doivent se soumettre aux formalités habituelles en matière d'aliénation du domaine lors de la mise en possession. La remise de la chose apparaît ainsi nécessaire pour céder le droit emphytéotique et lui donner ses pleins effets.

L'attachement à la *traditio* perdure aux XVII^e et XVIII^e siècles. La doctrine féodale et coutumière mentionne fréquemment cet usage, mais le seigneur dispose d'une marge de manœuvre réduite en comparaison avec l'époque médiévale²⁴⁹. En effet, à partir du moment où le bailleur s'est obligé à donner à bail emphytéotique un immeuble, il ne peut refuser d'investir le preneur. François de Boutaric précise que, lors de l'aliénation de quelque manière que ce soit d'un fonds emphytéotique, le seigneur dispose d'une unique alternative : faire usage de son droit de retrait ou mettre en possession le nouvel acquéreur²⁵⁰. Dès lors, l'investiture a pris un caractère automatique²⁵¹. Denis de Salvaing de Boissieu († 1683) esquisse une explication à cette évolution : il la met en lien avec le basculement qui a lieu au cours du XVII^e siècle et qui fait du détenteur du domaine utile le véritable propriétaire du fonds²⁵². Il suggère que l'entrée du fonds emphytéotique dans le

des obligations, Paris, Economica, 2012 (*Corpus Histoire du droit*), p. 158-159. Sur le transfert par consentement ou par tradition, E. J. H. SCHRAGE, « *Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte », *“Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert” : Festschrift Knut Wolfgang Nörr*, éd. M. ASCHERI *et alii*, Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2003, p. 927-944 ; I. BIROCCHI, « *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune* », *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, t. I, éd. L. VACCA, Milano, Giuffrè, 1991, p. 139-167 ; G. CHEVRIER, « *Remarques sur la distinction entre l'acte créateur d'obligation et l'acte translatif de propriété dans quelques chartes du Nord de la France et de la Belgique* », *Revue du Nord*, t. 40, 1958, p. 209-211.

²⁴⁷ A. TIRAQUEAU, *De iure constituti possessorii, Andreae Tiraquelli Regii in Curia parisiensi cenatoris commentarii*, Lugduni, Apud Guliel. Rovillium, 1573, p. 315, n. 1 : « *ut etiam in constitutione poenali loquente de traditione. Nam tunc ex constituto vel precario quis non incideret in poenam illius constitutionis, tanquam tradidisse videretur, sed opus esset reali traditione. Verbi gratia : Emphyteuta vel vassallus alienans & tradens cadit iure suo* ».

²⁴⁸ H. DONEAU, *Opera omnia, op. cit.*, p. 1251-1254 et notamment n. 15 : « *Ut dominia non acquiruntur solis pactis, sed traditionibus [...] ius emphyteuticum non nisi traditione acquiritur* ».

²⁴⁹ Par exemple, J. MORGUES, *Les statuts et coutumes du pays de Provence*, Aix, Charles David, 1658, p. 139 ; B.-L. MOLIERES-FONMAUR, *Traité des droits de lods et ventes, selon le droit commun du Royaume, tant des Pays de Coutume que des Pays de Droit Écrit*, t. I, Lyon, Frères Perisse, 1783, p. 97, n. 120.

²⁵⁰ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 427 : « *Le Seigneur, qui ne veut pas user de la préférence que les Loix lui donnent, ne peut se dispenser d'investir le nouvel Acquéreur : & il ne peut exiger, pour le prix de l'investiture que la cinquantième partie du prix de la vente* ».

²⁵¹ Sur le déclin de l'investiture et l'assimilation entre saisine et possession : A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, p. 122-123.

²⁵² D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, t. III, Grenoble, André Faure, 1731, p. 147-148 : « *Ainsi depuis que l'Emphytéose a pris la nature du patrimoine, l'obligation d'aller*

patrimoine de l'emphytéote a transformé la nature de l'investiture. D'une part, le seigneur ne peut refuser l'investiture, c'est-à-dire empêcher le preneur de disposer librement du fonds emphytéotique. D'autre part, l'obligation de demander l'investiture pèse sur l'acheteur et non plus sur le vendeur. L'investiture suit ainsi le fonds aliéné. Au XVIII^e siècle, une telle approche, selon laquelle le transfert de la propriété ou d'un droit réel requiert le consentement des parties (*titulus*) et certaines formalités (*modus*), perdure. Elle trouve des échos y compris chez les auteurs influencés par l'École du droit naturel²⁵³.

Enfin, la tradition peut prendre diverses formes. À l'époque médiévale, elle se traduit par la remise symbolique d'un objet représentant le fonds : il peut s'agir d'un bâton, d'une motte de terre, de clés...²⁵⁴ Toutefois, sous l'Ancien Régime, les traditions réelles n'ont plus que rarement cours et une fiction juridique s'est mise en place. Plusieurs procédés sont utilisés pour symboliser ces traditions feintes²⁵⁵. On trouve notamment des clauses de dessaisine-saisine qui sont introduites dans l'acte notarié et figurent, de manière conventionnelle et abstraite, la remise de la chose. Dans d'autres cas, la simple remise de l'acte notarié aux parties à l'issue de la signature est assimilée à la tradition de la chose. Il est aussi largement admis qu'il suffit que l'acte porte la mention *tradidit* pour considérer que la tradition de la chose a eu lieu. Ces techniques conduisent à procéder fictivement à la tradition mais l'exigence d'un écrit demeure requise ; elles accompagnent également le droit des contrats vers le consensualisme, mais sans y parvenir pleinement.

L'enregistrement constitue le second système de transfert formaliste²⁵⁶. Présent dans de nombreuses coutumes du Nord-Est de la France, dites « coutumes de nantissement », l'enregistrement est opéré par autorité de justice et conduit à l'inscription du transfert de droits sur un registre public. À défaut de l'ensaisinement et de l'inscription,

au Seigneur a passé de la personne du vendeur, à celle de l'acheteur, qui lui doit exhiber son titre, payer les lods, & prendre son Investiture, laquelle ne peut être refusée ». Voir également, sur ce point, *infra*, p. 84.

²⁵³ Par exemple, Johann Heineccius précise, à propos du bail emphytéotique : « Puisque c'est un contrat consensuel, il suit 1^o qu'il est parfait par le seul consentement ; 2^o que la rédaction par écrit dont parle Justinien, n'est exigée que pour la preuve, surtout dans les emphytéoses ecclésiastiques perpétuelles ; [3^o] que le droit réel, ne naît que de la tradition qui a lieu après ce contrat » (J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain, selon l'ordre des Institutes de Justinien ; Arrangés suivant une méthode plus utile aux Étudiants*, t. III, trad. J.-F. BERTHELOT, Paris, Tardieu Denesle et Cie, 1812, p. 286-287, n. 934).

²⁵⁴ Guy Coquille rapporte un exemple de cette remise symbolique : « Ce vestement ou saisine se fait par la tradition d'un petit baston. Et se dit qu'en franc-aleu n'est requi vest ny de vest, ains suffit la possession commune », G. COQUILLE, « Institutions au droit des François », *Les œuvres...*, *op. cit.*, t. I, p. 44.

²⁵⁵ Sur ce point, J. BART, *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 238-239.

²⁵⁶ Sur les coutumes de nantissement, voir P. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du XI^e au XVIII^e siècle*, Bruxelles, Palais des académies, 1987 (*Mémoires de la classe des lettres*, 14), p. 232-241 ; R. BESNIER, « Le transfert de la propriété dans les pays de nantissement à la fin de l'Ancien Régime », *Revue du Nord*, t. 158, 1958, p. 195-200.

le transfert de droit, s'il est valable entre les parties, n'est pas opposable aux tiers. Henri III († 1589) et Jean-Baptiste Colbert († 1683), respectivement en 1581 et en 1675, ont eu le projet de généraliser la procédure de nantissement à l'ensemble du royaume pour établir une publicité des actes translatifs de propriété à titre onéreux ; cette ambition est restée vaine²⁵⁷. Ainsi, Michel Buisson remarque qu'exception faite de la Bretagne et des coutumes du Nord-Est de la France, « les mutations de propriété à titre onéreux étaient clandestines dans le reste de la France »²⁵⁸. Le contrat emphytéotique, bien présent dans les coutumes du Nord-Est, est soumis à une telle procédure d'enregistrement dans ces régions²⁵⁹. À défaut de telles formalités, le bail à emphytéose ne peut être opposé *erga omnes*.

Le maintien d'un transfert de droit formaliste s'explique par la fonction de publicité qu'il remplit. Le formalisme permet de rapporter facilement la preuve de l'existence et du contenu du contrat. En outre, il assure l'information des tiers au contrat et son opposabilité. Il s'agit d'un avantage non négligeable dans la mesure où la saisine d'Ancien Régime offre une grande plasticité qui permet de concéder un droit sur la chose pour chacune de ses utilités. Enfin, ces deux systèmes formalistes, tradition et enregistrement, fixent de façon certaine la date du transfert du droit d'emphytéose, prévenant ainsi des contestations sans objet. Cette date permet, en particulier, de déclencher les éventuels délais de recours, de retrait ou encore de prescription. Denis de Salvaing de Boissieu offre un exemple de l'utilité de cette publicité : dans le cas où un même immeuble a été concédé ou vendu à deux cocontractants différents, le premier qui est investi par le seigneur est préféré, tandis que le second perd ses droits sur la chose²⁶⁰. Ainsi, si le consentement constitue une condition nécessaire pour former un bail emphytéotique, il n'est jamais suffisant et doit être accompagné de formalités – tradition ou enregistrement – qui varient selon les régions, pour entériner le transfert de droit. Plus encore que le bail emphytéotique ordinaire, son pendant ecclésiastique est soumis à des formalités exigeantes, qui le désignent comme un véritable contrat solennel.

²⁵⁷ Voir H. REGNAULT, « L'insinuation des actes emportant transfert de propriété à titre onéreux dans l'ancien droit », *Mélanges Fournier*, Paris, 1929, p. 665-683.

²⁵⁸ M. BUISSON, *La publicité des hypothèques et des actes translatifs de propriété dans l'ancienne France jusqu'à nos jours*, thèse dact., Paris, 1962, p. 15. Plus largement sur la publicité des actes translatifs de propriété sous l'Ancien Régime, voir p. 14-16. Voir aussi A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 205-208.

²⁵⁹ Cela est clairement affirmé pour le bail emphytéotique dans la coutume de Bruxelles (art. 128, BR, t. I, p. 1245).

²⁶⁰ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, p. 274-278.

C. Le cas particulier du bail emphytéotique ecclésiastique

Par principe, les biens ecclésiastiques sont inaliénables et ce n'est que par exception qu'ils peuvent faire l'objet d'aliénations. En conséquence, ceux qui jouissent des biens ecclésiastiques n'en sont que les administrateurs (C. 20, q.12, c. 2). Les aliénations de ce type de biens obéissent à certaines solennités, visant à garantir l'intérêt de l'Église. Le bail emphytéotique, ayant pour effet de transmettre le domaine utile de la chose concédée, compte au nombre des aliénations encadrées par la doctrine et les textes canoniques. À l'époque moderne, les civilistes et les canonistes continuent de le rappeler, en se fondant sur les Nouvelles 7 et 120²⁶¹. Deux situations distinctes doivent être prises en considération : tout d'abord, relativement aux biens de peu de valeur et ensuite, quant aux biens présentant quelque utilité pour l'Église.

En ce qui concerne les biens de peu de valeur, il est admis par la doctrine canonique qu'ils peuvent être aliénés par un bénéficiaire sans solennité particulière²⁶². En effet, l'intérêt de l'Église ne souffre pas de ces aliénations de terres de faible prix, voire s'en trouve renforcé puisque l'Église n'épuise pas ses ressources à les entretenir elle-même. Dans ce type d'aliénations, le profit que retire l'Église se trouve quasi automatiquement satisfait. L'exemple du bail emphytéotique met cela particulièrement en évidence²⁶³. En l'occurrence, les terres incultes, les bois coupés mais aussi les bâtiments ruinés forment une charge pour l'Église. La concession en emphytéose est susceptible de la dispenser de leur entretien, à moins qu'une offre plus avantageuse ne soit proposée, laquelle est alors préférée. La remise en état de ces terres et biens est alors déléguée au preneur, l'Église s'assurant ainsi un revenu régulier, même modeste, pendant la durée du bail.

En dehors de ce cas particulier, des solennités spécifiques sont prévues afin de constituer un bail emphytéotique ecclésiastique, ces formalités venant établir avec certitude

²⁶¹ Voir notamment L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses ou décisions du droit françois, confirmées par arrêts des cours souveraines de ce royaume et autres*, Paris, N. du Fossé, 1605, p. 451 ; A. BARBOSA, *Collectanea...*, op. cit., t. I, p. 30 ; G. ARGOU, *Institution au droit françois*, t. II, Paris, Mequignon, 1787, p. 304 ; C. FLEURY, *Institution au droit ecclésiastique*, op. cit., t. II, p. 333 ; L. D'HÉRICOURT DU VATIER, *Les loix ecclésiastique de France dans leur ordre naturel et une analyse des livres du droit canonique conferez avec les usages de l'Église gallicane*, t. II, Paris, Denys Mariette, 1730, p. 116 ; A. REIFFENSTUEL, *Jus canonnum universum*, op. cit., t. IV, p. 238, n. 128 ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonum universum*, op. cit., p. 341, n. 104 ; P.-T. DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale...*, op. cit., t. I, V^o Emphytéose, p. 627.

²⁶² En ce sens, G.-P. LANCELOTTI, *Institutiones...*, op. cit., p. 384-385 ; L. BOUCHEL, *La bibliothèque canonique...*, op. cit., t. I, p. 57 ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, op. cit., p. 340, n. 102. La jurisprudence semble également admettre cette position : voir notamment Toulouse, 9 mai 1708, *Journal du palais...*, op. cit., 1702, p. 295.

²⁶³ P.-T. DURAND DE MAILLANE, *Institutes du droit canonique...*, op. cit., p. 138-141.

l'intérêt de l'Église. Les canons imposent deux conditions de forme : le consentement du chapitre ainsi que le consentement de l'évêque ou du supérieur ecclésiastique en charge du bénéfice concerné²⁶⁴. Au cours de la première phase de la procédure, l'abbé et le chapitre se réunissent en assemblée pour délibérer au sujet de l'opportunité d'une telle aliénation. Si la majorité y est favorable, la requête est présentée devant l'évêque ou le supérieur de l'ordre. La deuxième phase de la procédure a évolué au cours de l'époque moderne mais elle se découpe schématiquement en deux temps. D'abord, une information de commodité (*de commodo et incommodo*) est réalisée²⁶⁵. Il s'agit d'une enquête par témoins, entreprise par des magistrats et visant à mettre en évidence la balance des intérêts du contrat envisagé. Au début de l'époque moderne, cette enquête est diligentée à la demande de l'official²⁶⁶, avant qu'il ne soit remplacé par le procureur du roi. Les juridictions royales reprennent progressivement à leur profit cette compétence, ajoutant ainsi, dans le royaume de France, une troisième formalité spéciale aux aliénations des biens ecclésiastiques : l'accord royal. Il est difficile de fixer précisément dans le temps ce basculement des juridictions ecclésiastiques aux juridictions royales, même s'il semble avoir eu lieu à la fin du XVI^e siècle ou au début du XVII^e siècle²⁶⁷. De fait, un édit d'août 1749 a imposé le recours systématique à une procédure particulière pour les opérations juridiques relatives aux biens des gens de mainmorte²⁶⁸. Toutefois, même avant cette date, un contrôle royal semble avoir été exercé dans des formes similaires. Une décision du parlement de Paris du 31 mars 1626 peut en attester²⁶⁹. Dans un second temps, une fois cette enquête réalisée, des

²⁶⁴ F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonum universum, op. cit.*, p. 341, n. 104. Voir aussi B. D'ARGENTRÉ, *Coutumes générales du païs et duché de Bretagne...*, *op. cit.*, t. II, p. 359-369.

²⁶⁵ Sur ce sujet, F. GRABER, « Entre commodité et consentement. Des enquêtes publiques au XVIII^e siècle », *Participations*, t. 3, 2012/2, p. 93-117.

²⁶⁶ E. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien...*, *op. cit.*, p. 712.

²⁶⁷ En effet, Étienne Pasquier n'évoque pas ce contrôle royal au XVI^e siècle (*ibid.*). De plus, un édit de mai 1579 soumet l'aliénation des biens des collèges à l'autorité de justice et solennités sans que l'on puisse déterminer s'il est fait référence aux juridictions royales (art. 79 : « aussi leur défendons toutes venditions, échanges, permutations, engagements, hypothèques et toutes autres aliénations desdites choses : et si aucunes ont esté vendues, échangées, compermutées, engagées, hypothéquées ou autrement aliénées, *sans autorité de justice et les solennités en tel cas requises et accoutumés en aliénation de biens ecclésiastiques et de communautéz non observées ni gardées, seront telles venditions et aliénations révoquées, cassées et annulées* », F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, op. cit.*, t. XIV, p. 402). En revanche, Claude Fleury, au XVII^e siècle, en fait mention comme un élément classique de la procédure d'aliénation des biens ecclésiastiques (C. FLEURY, *Institution au droit ecclésiastique, op. cit.*, t. II, p. 335-336).

²⁶⁸ F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XXII, p. 226-235.

²⁶⁹ Paris, 31 mars 1626, rapporté par P. BARDET, *Recueil d'arrests du Parlement de Paris, pris des mémoires de M. Pierre Bardet... Avec les notes et dissertation de M. Claude Berroyer*, t. I, éd. C.-N. LALAURE, Avignon, P.-J. Roberty, 1773, p. 177 : En l'espèce, un bail emphytéotique avait été consenti par l'ordre de Malte en 1574, sans le respect de l'information *commodo aut incommodo*, qui est pourtant l'une des formalités requises pour la constitution d'un tel bail.

mesures de publicité sont prévues²⁷⁰. En l'absence d'opposition, l'aliénation est confirmée par l'évêque. À mesure que se renforce le pouvoir royal, la formalisation de l'accord royal devient nécessaire. Pour un bénéfice ordinaire, le bail emphytéotique ecclésiastique est homologué devant le juge royal. En revanche, pour les bénéfices les plus importants, la publicité passe par l'enregistrement d'une lettre patente en parlement. Ce n'est qu'à l'issue de ces formalités rigoureuses qu'un bail emphytéotique ecclésiastique peut être conclu. Néanmoins, cette longue procédure ne concerne que les premières emphytéoses, la reconduction du bail emphytéotique pouvant être accordée sans le consentement du chapitre ni les autres formalités exposées ci-dessus. La protection des intérêts de l'Église ayant été dûment garantie lors de la constitution du contrat, il est jugé inutile de le prolonger, en l'alourdissant de modalités trop rigoureuses²⁷¹.

L'annulation dudit contrat vient sanctionner le non-respect d'une ou plusieurs des formalités. Une telle sanction est régulièrement rappelée par une jurisprudence constante²⁷². Cela signifie que le preneur doit se désister tout en restituant les fruits, mais également que la communauté ecclésiastique doit rembourser les frais engagés pour la remise en état du fonds. Il faut cependant relever que l'action en annulation du bail emphytéotique ecclésiastique pour vice de forme est ouverte uniquement aux ecclésiastiques ou au procureur du roi, à l'exclusion du cocontractant²⁷³. La finalité de ces conditions de forme est de veiller à la conservation du patrimoine de l'Église, et non au profit du preneur. Un délai de prescription de quarante ans semble éteindre l'action en annulation du contrat, validant ainsi un bail emphytéotique ecclésiastique entaché d'un vice de forme²⁷⁴. En ce cas, certaines décisions affirment que le délai de prescription

²⁷⁰ Sur ce point, P. -T. DURAND DE MAILLANE, *Institutes du droit canonique, op. cit.*, p. 122-123.

²⁷¹ L. BOUCHEL, *La bibliothèque canonique...*, *op. cit.*, t. I, p. 57 ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonicum universum, op. cit.*, p. 341, n. 104. Mais aussi, par exemple, un arrêt de la cour de Grenoble de 1456 rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, p. 47.

²⁷² Les décisions sur le sujet sont nombreuses, à toutes les époques et sur l'ensemble du royaume de France. À titre d'exemples : Dijon, 3 février 1637, rapporté par F. PERRIER, *Arrests notables du parlement de Dijon, recueillis par M. François Perrier, substitut du Mr le Procureur Général, avec des observations sur chaque question, par Guillaume Raviot ecuyer, avocat au Parlement, & Conseil des Etats de Bourgogne*, t. II, Dijon, Arnould-Jean-Baptiste Auge, 1735, p. 804 ; Provence, 19 janvier 1643, rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, p. 47 ; Paris, 11 décembre 1645, rapporté par J. DUFRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement, depuis l'année 1623 jusques en 1657. Avec les arrêts intervenus en icelles*, t. I, Paris, G. et G. Alliot, 1665, p. 356-357 ; Lorraine, 1^{er} août 1701, rapporté dans *Recueil des arrêts de Lorraine depuis 1565 jusqu'en 1763*, t. I, p. 38.

²⁷³ Voir un arrêt du 20 août 1755 rapporté par J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, op. cit.*, t. VII, p. 540.

²⁷⁴ Voir un arrêt du parlement de Grenoble du 16 mars 1672 rapporté par J.-G. BASSET, *Recueil de plusieurs notables arrêts de la Cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*, t. II, Grenoble, François Provensal, 1681, p. 55-58.

commence à courir au décès de l'évêque ou du supérieur de l'ordre qui a autorisé la concession²⁷⁵.

Il est cependant possible d'homologuer *a posteriori* le bail emphytéotique ecclésiastique constitué sans les formalités requises. Pour valider le contrat, les tribunaux recherchent deux conditions²⁷⁶. Sur le fond, la jurisprudence exige que le bail emphytéotique, conclu en l'absence des formalités requises, serve l'intérêt de l'Église. Ainsi, la preuve de la nécessité ou l'utilité pour la communauté ecclésiastique d'une telle aliénation doit être rapportée. Sur la forme, il suffit que l'évêque ou le supérieur de l'ordre ait confirmé le contrat. Louis Le Caron († 1613) estime que cette souplesse dans l'appréciation des formalités requises pour un bail emphytéotique ecclésiastique répond à « l'équité naturelle & civile [qui] ne permet que pour une scrupulosité de formalitez un bail fait de bonne foy & au profit de l'Église soit cassé & annullé »²⁷⁷. Esquissant une comparaison entre mineurs et communautés ecclésiastiques, il met en avant le fait que l'annulation d'un bail emphytéotique ne peut être requise que si la conclusion du contrat est dommageable à l'Église, c'est-à-dire s'il y a lésion²⁷⁸.

§. 2 *La qualification controversée du droit d'emphytéose*

En droit romain, une constitution de Zénon fait du bail à emphytéose un contrat de nature particulière, distinct à la fois de la vente et du louage, mais sans déterminer la nature du droit concédé sur la chose, laissant le soin aux interprètes de la préciser²⁷⁹. Le droit d'emphytéose est ainsi généralement considéré comme un droit particulièrement étendu, parfois qualifié de *jus in re*²⁸⁰.

²⁷⁵ Par exemple, Dijon, 18 décembre 1626, rapporté par F. PERRIER, *Arrests notables du parlement de Dijon...*, *op. cit.*, p. 804.

²⁷⁶ Deux arrêts du parlement de Paris sont révélateurs sur ce point. Le premier rendu le 31 mars 1626 déclare valable un bail emphytéotique ecclésiastique réalisé sans les solennités nécessaires mais jugé utile à l'Église et homologué par le grand maître de l'ordre de Malte (rapporté par P. BARDET, *Recueil d'arrests du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, t. I, p. 177). Le deuxième du 11 décembre 1645 casse le bail emphytéotique réalisé sans les solennités nécessaires (rapporté par J. DUFRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement...*, *op. cit.*, p. 356-357).

²⁷⁷ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses...*, *op. cit.*, p. 451. Voir aussi T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 263, n. 3169.

²⁷⁸ L. BOUCHEL, *La bibliothèque canonique...*, *op. cit.*, t. I, p. 57.

²⁷⁹ C. 4, 66, 1.

²⁸⁰ En ce sens, H. DONEAU, *Opera omnia...*, *op. cit.*, t. II, p. 1262 ; G. ARGOU, *Institution au droit français*, *op. cit.*, t. I, p. 109-110 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste de Justinien...*, *op. cit.*, t. I, p. 227-232 ; LEFEVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales ou Traité du domaine*, t. I, Paris, Desaint & Saillant, Vincent, 1764, p. 243 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. II, p. 633 ; M. PRÉVOST DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des*

Sous l’Ancien Régime, la théorie du double domaine²⁸¹, élaborée par les glossateurs, est devenue classique et il est d’usage de considérer, dans le cadre des baux de longue durée ou des fiefs, que le concédant possède un *dominium directum* tandis que le tenancier, vassal ou censitaire détient un *dominium utile*. Le bail emphytéotique romain réinterprété à l’époque médiévale a servi de modèle pour élaborer cette théorie, ce qui conduirait à penser que la nature du droit d’emphytéose ne prête pas à controverse et qu’est concédé à l’emphytéote par le bailleur un domaine utile. Pourtant, l’étude des sources révèle des opinions plus disparates. Les auteurs, selon leur conception du droit d’emphytéose, emploient principalement trois expressions : le *quasi dominium*, le *dominium utile* et le *jus in re*. Tout au long de l’époque moderne, ces trois expressions coexistent et entrent en concurrence sans que l’une parvienne véritablement à prendre le pas sur les autres.

Au sein de la doctrine humaniste, la question de la nature du droit d’emphytéose est sujette à controverse. Jacques Cujas préfère qualifier le droit de l’emphytéote de *quasi dominium* plutôt que de *dominium utile*²⁸². Il considère qu’au sens strict, en droit romain, seule l’action utile existe, et peut être mise en œuvre par l’emphytéote, mais non le domaine utile qui est une création de la doctrine médiévale. Pour défendre ce point de vue, Jacques Cujas rappelle que le bail emphytéotique, en droit romain, participe de la vente et du louage. Or, à l’issue du contrat de vente, le *dominium* est transféré à l’acheteur, alors que, dans le contrat de louage, un tel transfert n’a pas lieu. L’auteur estime ainsi que le bail emphytéotique se situe dans une position médiane, par rapport à ces deux contrats voisins, selon laquelle l’emphytéote devient titulaire de ce qu’il nomme un *quasi dominium* tandis que le concédant conserve la *proprietas* (entendue ici dans son sens objectif, c’est-à-dire

diverses espèces d’actions qui se poursuivent en justice, t. I, Paris, Briasson, 1759, p. 219 ; R.-J. POTHIER, « De la communauté », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 77.

²⁸¹ La bibliographie sur le sujet est abondante. On peut se référer en particulier à T. RÜFNER, « The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of *Dominium Utile* », *The Creation of the Ius Commune. From Casus to Regula*, éd. J. W. CAIRNS, P. J. DU PLESSIS, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, p. 127-142 ; P. GROSSI, *Il dominio e le cose...*, *op. cit.* ; R. FEENSTRA, « L’emphytéose et le problème des droits réels », *loc. cit.*, p. 1310-1314 ; ID., « Les origines du *dominium utile* chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l’opinion des Ultramontani) », *loc. cit.*, p. 215-259. Voir aussi l’étude classique d’Edmond MEYNIAL : « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique », *loc. cit.*, p. 409-461.

²⁸² Sur la conception du droit des biens de Cujas, X. PRÉVOST, *Jacques Cujas (1522-1590), Jurisconsulte humaniste*, Genève, Librairie Droz, 2015, p. 444-448 ; P. GROSSI, « Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas) », *Quaderni fiorentini*, t. 19, 1990, p. 179-208, réimpr. ID., *Il dominio e le cose...*, *loc. cit.*, p. 234-246.

comme la chose appropriée, le fonds emphytéotique²⁸³). L'étendue du droit de l'emphytéote s'analyse alors comme un *dominium*, soit comme le pouvoir de maîtriser la chose, diminué du droit retenu par le bailleur²⁸⁴. Le preneur ne dispose pas d'une jouissance pleine et absolue de l'immeuble concédé, ce qui signifie qu'il détient la maîtrise de la chose dans la mesure où il respecte le droit du bailleur. Mais, du point de vue des tiers, il agit comme s'il détenait un *dominium* complet et entier, avec toutes les apparences d'un propriétaire.

Chef de file de la tendance historique du courant humaniste²⁸⁵, Jacques Cujas a pour but de mettre en évidence le vrai sens des lois romaines, ce qui commence avec la recherche de la meilleure version du *Corpus juris civilis*. En tant que théoricien du droit, la justesse des termes et l'exactitude historique prennent le pas sur les réalités économiques, ce qui l'éloigne sur ce point des solutions qui ont cours dans la pratique du XVI^e siècle. Son raisonnement s'appuie davantage sur les techniques du droit romain telles qu'il les a comprises que sur leur adaptation aux baux de longue durée coutumiers. Il est en cela appuyé par Hugues Doneau qui critique également cette transformation, qu'il estime abusive, de l'action utile en domaine utile par les glossateurs²⁸⁶. Il refuse ainsi de considérer que l'emphytéote détient un *dominium* sur la chose, tout en estimant qu'il s'agit d'un droit qui s'en rapproche.

En revanche, François Connan († 1551) affirme que la longue durée du droit d'emphytéose ouvre le droit à un *dominium* car ce contrat transmet à l'emphytéote les utilités de la chose, c'est-à-dire un domaine utile²⁸⁷. Il le nomme *simile*²⁸⁸, soit un domaine

²⁸³ Sur l'évolution du sens de *proprietas*, R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècles) », *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque tenu à l'université Panthéon-Assas (Paris II), les 6 et 7 juin 2013*, éd. N. LAURENT-BONNE, N. POSE, V. SIMON, Paris, Mare & Martin, 2014 (*Histoire du droit*), p. 103-117 ; L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *loc. cit.*, p. 309-315 ; G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIII^e-XV^e siècles)*, Strasbourg, P.U.S., 1996, p. 105 et s.

²⁸⁴ J. CUJAS, *Opera omnia...*, *op. cit.*, t. X, p. 1045 : « Et hic contractus quasi medius inter emptionem & locationem. Emptio dominium mutat, si fiat a domino, locatio non mutat : quod ostendi ante, ἐμφυτεύουσιν nescio plane an dicere debeam mutare, an non : nam ἐμφυτεύουσιν quidem dominium non mutat : remanet enim proprietas fundi emphyteuticarii apud eum, qui dedit in emphyteusim : sed tamen quasi dominium tribuit emphyteusim ».

²⁸⁵ Sur l'humanisme historiciste, voir la synthèse de J.-L. THIREAU, « Humaniste (jurisprudence) », *loc. cit.*, p. 796-797.

²⁸⁶ H. DONEAU, *Opera omnia...*, *op. cit.*, t. II, p. 1278, n. 30 : « Et tamen quia excepta pensione & superioribus praestationibus, emphyteuta alius quivis, si modo fundum in perpetuum acceperit, omnia fere iura domini obtinet : fatendum est ius eius esse dominio proximum, & ipsum quasi dominum quendam esse fundi ».

²⁸⁷ F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consilarii Regii...*, *op. cit.*, f. 458 v. : « non ex ratione soli consideretur, dominus est ».

²⁸⁸ *Ibidem*.

analogue, équivalant à celui du seigneur. De la même façon, François Baudouin qualifie également le droit de l'emphytéote de *dominium* en admettant que celui-ci n'est pas plein et entier²⁸⁹. Ces juristes humanistes, commentateurs du droit romain, ne s'accordent donc pas sur la qualification du droit emphytéotique. Ils admettent aisément qu'il s'agit d'un droit étendu de maîtrise de la chose concédée, mais sans consentir à plaquer la simultanéité des propriétés, telle qu'elle est reçue en droit coutumier, au bail emphytéotique, contrat d'origine romaine. Ces auteurs critiquent l'approche, jugée peu scientifique, des glossateurs et mettent en avant leurs raccourcis et amalgames.

Sous l'Ancien Régime, dans les décisions des cours de justice, ces raisonnements abstraits ne se rencontrent pas et les juges se contentent de considérer que la constitution d'un bail emphytéotique entraîne la division du domaine. Ainsi, les parlements jugent de manière constante qu'il y a consolidation du domaine utile avec le domaine direct lorsque l'emphytéose s'éteint²⁹⁰. S'il y a réunion des deux domaines à l'extinction du contrat, cela signifie bien que le concédant transfère au preneur le domaine utile, tout en conservant le domaine direct. Dans le même sens, les coutumes rédigées officiellement à partir du XV^e siècle n'évoquent pas directement la nature du droit d'emphytéose, mais prennent soin de protéger les droits d'un « seigneur direct »²⁹¹ ou « propriétaire direct »²⁹² contre les manquements de l'emphytéote ou inversement. Cette terminologie donne à penser que la théorie du double domaine est assimilée par les coutumes qui connaissent le contrat emphytéotique. L'emphytéote dispose ainsi d'un domaine utile, bien que cela ne soit pas explicitement allégué par les coutumes. En effet, leur mise par écrit ne vise pas la complétude du droit, mais plutôt, entre autres choses, de fixer le droit local en vigueur et d'en lever certaines ambiguïtés. À l'inverse, il est possible que la nature du droit d'emphytéose n'ait pas rencontré de contestation en pratique, ne suscitant pas le besoin de la préciser davantage.

²⁸⁹ F. BAUDOUIN, *Jurisprudentia romana et attica...*, *op. cit.*, t. I, p. 694 : « Emphyteuta propius ad dominium accedit : & jus emphyteuticum ab Caesaribus aliquando dominium dicitur. Sed dominium tamen verum & integrum non est ».

²⁹⁰ On en trouve des exemples tout au long de l'époque moderne et dans toutes les provinces. Par exemple, Grenoble, 6 février 1448, rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 47 ; ou encore Paris, 17 mars 1601, rapporté par C. LE PRESTRE, *Questions notables de droit, décidées par plusieurs arrêts de la cour de Parlement*, éd. G. GUÉRET, Paris, J.-B. Goignard, 1679, p. 527.

²⁹¹ L'expression se retrouve dans la coutume de Bourges (BR, t. III, p. 909, rub. IV, art. 2), du haut et bas pays d'Auvergne (BR, t. IV, p. 1176, ch. XXI, art. 1), de Châlons-en-Champagne (BR, t. II, p. 483, art. 246), de Lorraine (BR, t. II, p. 1116, tit. XVI, art. 4), de Gorze (BR, t. II, p. 1088, tit. XII, art. 17), de l'évêché et comté de Verdun (BR, t. II, p. 430-431, tit. VII, art. 7 et tit. X, art. 5), de Bailleul (BR, t. I, p. 972, rub. XVIII, art. 10).

²⁹² Voir la coutume d'Épinal (BR, t. II, p. 1133, tit. VI, art. 21).

De même, plusieurs juristes français des XVII^e et XVIII^e siècles ne s'appesantissent pas sur cette discussion théorique et préfèrent proposer des solutions pragmatiques en réponse aux besoins économiques. Nombre de jurisconsultes se contentent bien souvent de rappeler que le contrat emphytéotique transfère un domaine utile au preneur²⁹³. Charles Loyseau écrit que le bailleur cède la « seigneurie utile »²⁹⁴ tandis que pour Gabriel Argou († 1703) il cède la « propriété utile »²⁹⁵. Ces expressions témoignent des hésitations sémantiques d'Ancien Régime où domaine, propriété et seigneurie sont souvent employés comme synonymes²⁹⁶. Quoi qu'il en soit, l'idée demeure la même : l'emphytéote a le droit d'user librement de l'immeuble concédé, hors les droits que le seigneur direct s'est réservés. Cette opinion largement partagée présente l'avantage d'assurer une certaine prévisibilité juridique et surtout de s'intégrer à l'organisation de la propriété foncière de l'époque moderne. La conception du domaine utile tend néanmoins à évoluer au cours de l'époque moderne.

Concomitamment, dès le XVI^e siècle, Charles Du Moulin considère que le véritable propriétaire est la personne qui détient le domaine utile. Cette opinion se répand de plus en plus largement au cours du siècle suivant, amorçant un renversement des perspectives qui s'achève au XVIII^e siècle. À la fin de l'Ancien Régime, l'emphytéote est considéré comme étant non plus titulaire d'un simple droit sur la chose d'autrui mais d'un véritable droit de propriété²⁹⁷.

Enfin, le droit d'emphytéose est également qualifié par certains auteurs de droit réel. Cette expression est le fruit d'une ambition doctrinale visant à classer et clarifier

²⁹³ Par exemple, L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses ou décisions du droit français...*, *op. cit.*, p. 43 ; A. FAVRE, *Codex Fabriani, definitionum forensium et rerum in sacro sabaudiae senatu tractarum, ad ordinem titulum codicis iustiniani, quantum fieri potuit ad usum forensem accomodatus, et in novem libros distributus*, Geneva, Apud Petrum & Iacobum Chouët, 1640, p. 484 ; F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 145 ; J. BAQUET, *Traité de diverses questions...*, *op. cit.*, t. I, p. 598-599 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 227-232 ; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 63, n. 6 ; R.-J. POTHIER, « De la propriété », *Œuvres*, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁴ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *Les œuvres de Maître Charles Loyseau*, *op. cit.*, p. 14.

²⁹⁵ G. ARGOU, *Institution au droit français*, *op. cit.*, t. II, p. 300.

²⁹⁶ L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété... », *loc. cit.*, p. 321-323.

²⁹⁷ Sur ce point, voir par exemple, É. GÉRAUD-LORCA, « La propriété à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789) », *La doctrine juridique*, éd. Y. POIRMEUR, A. BERNARD, Paris, PUF, 1993, p. 55-56 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 141-143. Déjà, dans les écrits de Du Moulin, ce basculement est amorcé par une relecture des sources romaines à la lumière des réalités contemporaines (J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 190-197 ; G. BOYER, « De la conception du fief chez Dumoulin et des conséquences qu'il en tire », *Mélanges Georges Boyer. Mélanges d'histoire du droit occidental*, t. I, éd. P. OURLIAC, Paris, Sirey, 1962 (*Recueil de l'académie d'administration*, 1), p. 45).

l'enchevêtrement de droits qui grèvent les immeubles. De ce fait, l'époque moderne coïncide avec des mouvements de systématisation du droit, notamment sous l'impulsion de l'humanisme dogmatique²⁹⁸. En particulier, Hugues Doneau est un de ceux qui ont distingué la propriété des autres *jus in re aliena*, dont le domaine utile est un exemple. Un certain nombre de travaux ont établi que l'action réelle existe déjà à Rome mais recouvre une réalité différente de l'expression de droit réel qui s'est développée à partir des travaux des glossateurs et surtout de l'effort de systématisation de la doctrine moderne²⁹⁹. Sous l'Ancien Régime, à chaque auteur correspond sa propre classification ou presque. Toutefois, leur apport essentiel réside dans la clarification des notions de *dominium* et de *jus in re*. Le domaine utile apparaît comme une espèce de *jus in re*. Cette classification des droits est reprise et nourrie aux XVII^e et XVIII^e siècles par des auteurs français. Par exemple, François Bourjon († 1751) insiste sur les conséquences de cet engagement réel³⁰⁰, lorsqu'il étudie les différents moyens de mettre fin au contrat emphytéotique. Il remarque que la perte totale du fonds emphytéotique, quelle qu'en soit la raison, décharge l'emphytéote de son engagement. Or, si l'engagement de l'emphytéote était personnel, il serait tenu de poursuivre le paiement de la redevance et de remettre en état le fonds anéanti. Dans le même sens, l'emphytéote bénéficie d'une faculté de déguerpir qui le décharge de ses obligations, moyennant certaines conditions. Conformément à son héritage romain, le bail emphytéotique crée un rapport entre une personne et un bien mais n'instaure pas, en théorie, un rapport hiérarchique entre deux personnes, ce qui le distingue des baux de longue durée d'origine féodale. En parallèle, à la même période, le *jus in re* prend sa forme définitive de droit subjectif³⁰¹. Le droit emphytéotique tire profit de cette systématisation,

²⁹⁸ Sur l'humanisme systématique, voir la synthèse de J.-L. THIREAU, « Humaniste (jurisprudence) », *loc. cit.*, p. 798-799.

²⁹⁹ Voir en particulier, R. FEENSTRA, « Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen », *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, éd. O. BEHRENDTS *et alii*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1978, p. 209-234 ; ID., « Real Rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann », *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th centuries*, Aldershot, Brookfield, Variorum, 1996 (*Collected studies series*), n. XIII ; ID., « *Dominium* and *ius in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction », *New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas*, éd. P. BIRKS, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 111-122 ; réimpr. ID., *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th centuries*, Aldershot, Ashgate, 1996, n. III ; E. M. MEIJERS, « Le soi-disant “*jus ad rem*”, *Études d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, Universitaire Pers Leiden, 1966, p. 177 ; M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne. Suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs », *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, Publication de l'université de Paris, Sirey, 1950, p. 205 et s., et p. 223 et s. ; G. PUGLIESE, « Diritti reali », *Enciclopedia del diritto*, t. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 755-776 ; J. E. SCHOLTENS, « Bartolus and his Doctrine of Subjective Rights », *Acta Juridica*, 1958, p. 165 et s.

³⁰⁰ F. BOURJON, *Le droit commun de la France ...*, *op. cit.*, t. II, p. 636.

³⁰¹ Voir notamment, M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne... », *loc. cit.*, p. 204-208.

son contenu se précise. Ainsi, sous la plume de certains auteurs, le droit de l'emphytéote est compris comme un droit réel, au sens moderne du terme, c'est-à-dire de droit subjectif portant sur une chose. Une telle qualification confirme que le bail emphytéotique n'assujettit pas les personnes mais porte uniquement sur les choses.

En définitive, la lecture des sources d'Ancien Régime montre qu'une certaine confusion demeure quant à la nature du droit d'emphytéose. Robert-Joseph Pothier souligne ainsi que « le droit de ceux-ci [usufruitier, emphytéote et preneur par bail à longues années] est un droit dans l'héritage, *jus in re* »³⁰², par opposition au droit du fermier d'un simple bail à ferme qui est un droit personnel. Il considère alors que le bail emphytéotique confère un droit réel d'une espèce particulière, le domaine utile. Cette opinion confirme la permanence d'expressions concurrentes permettant de qualifier le droit d'emphytéose. Après les hésitations humanistes, ce dernier apparaît au cours du XVII^e siècle, comme un *dominium* ou une espèce de droit réel, au sens plein du terme, sans que l'expression ait une définition uniforme. Il s'agit de l'aboutissement de la réflexion amorcée par les glossateurs au XII^e siècle, absorbée et systématisée par les écoles de pensée de l'époque moderne. Toutefois, si la nature du droit d'emphytéose reste incertaine, elle demeure conforme aux prescriptions romaines : ni droit de propriété comme résultat d'une tradition consécutive à un contrat de vente, ni simple droit de jouissance comme dans le louage.

§. 3 *Une identification rationnelle des obligations essentielles du bail emphytéotique*

La confrontation des définitions du bail emphytéotique proposées par la doctrine met en évidence trois obligations qui viennent cimenter ce contrat. Jean Domat en propose une des plus parlantes :

« L'Emphytéose, ou bail emphytéotique, est un contrat par lequel le maître d'un héritage le donne à l'emphytéote, pour le cultiver, l'améliorer : & pour en jouir & disposer à perpétuité, moyennant une certaine rente en deniers, grains, ou autres espèces, & autres charges dont on peut convenir. »³⁰³

³⁰² R.-J. POTHIER, « Traité de la communauté », *Œuvres...*, op. cit., p. 77, n. 71.

³⁰³ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, op. cit., t. I, p. 63. Nous soulignons.

Une telle définition laisse transparaître trois obligations inhérentes au contrat, à défaut desquelles le bail emphytéotique n'existe pas en tant que tel. D'une part, le bailleur est astreint à une obligation de délivrance du fonds (A), d'autre part, l'emphytéote est tenu d'améliorer le fonds concédé (B) mais aussi de s'acquitter du canon emphytéotique (C).

A. Une obligation de délivrance

Le bail emphytéotique a pour objet la concession d'un immeuble, le bailleur s'engage ainsi à délivrer un fonds à l'emphytéote. À défaut de délivrance de l'immeuble concédé, il ne peut exister de bail emphytéotique. L'obligation de délivrance constitue donc une obligation essentielle, inhérente à ce contrat. À la suite de la conclusion d'un bail emphytéotique, le bailleur est tenu de délivrer l'immeuble, conformément à la description que les parties ont pris soin de préciser. Lors de la signature, l'objet du contrat est déterminé de façon détaillée quant à sa superficie et aux divers lots qui le composent. Il convient alors de déterminer si le bailleur est susceptible de concéder à emphytéose et délivrer tous types d'immeubles, nobles ou non, fertiles ou non, ruraux ou urbains, ou si des restrictions tenant à sa nature existent.

Dans l'ancien droit, le statut de la terre et le statut de la personne sont fortement imbriqués³⁰⁴. Il est d'usage de distinguer entre les terres soumises à un régime féodo-seigneurial, c'est-à-dire le fief et la censive et les terres franches de tout droit féodo-seigneurial, nommées alleux ou franc-alleux³⁰⁵. Le fief peut être entendu, sommairement, comme une tenure noble concédée par un seigneur à un vassal à charge de service militaire, alors que la censive désigne une tenure roturière concédée par un seigneur à charge de services (non militaires) et de redevances. L'alleu n'obéit pas à cette logique de propriété simultanée puisque l'alleutier ne doit de redevance ou de service à personne en contrepartie de la jouissance de son fonds. Néanmoins, en dehors de ce cadre, l'alleutier n'est pas exclu de l'ordre féodo-seigneurial et demeure soumis à la justice seigneuriale ou encore aux droits collectifs. L'alleu est peu représenté dans le Nord de la France où prévaut l'adage « Nulle terre sans seigneur », tandis que dans le Midi, où il s'est davantage maintenu, la règle « Nul seigneur sans titre » l'emporte, mettant la preuve de ses droits à la charge du seigneur.

³⁰⁴ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, op. cit., p. 48-50 ; M. BLOCH, *La société féodale*, op. cit., p. 209-249.

³⁰⁵ J. BART, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 217-219.

Les feudistes ont abondamment débattu dans le but de déterminer si le bail emphytéotique était réservé à l'une de ces trois catégories de terres – fief, censive ou alleu – ou non. Certains auteurs, généralement d'origine méridionale, ont soutenu que le bail emphytéotique ne pouvait être concédé que sur un alleu³⁰⁶. Ils remarquent qu'un tel contrat, entraînant la division du domaine, constitué sur un fief se confond avec un bail à cens. Le bailleur retient alors une directe seigneuriale, qui lui permet d'exercer ses droits. En revanche, le même contrat constitué sur une censive se confond avec un bail à rente. La maxime « Cens sur cens ne vaut » est reçue dans le royaume de France et permet uniquement au censitaire de constituer un simple droit réel sur le fonds concédé. Ainsi, si celui-ci cède l'ensemble du domaine utile, il perd sa qualité de censitaire puisqu'il ne peut retenir de directe seigneuriale et, par conséquent, il ne peut y avoir constitution d'un bail emphytéotique à partir d'une censive. Finalement, c'est seulement dans le cas d'un alleu qu'une simple directe privée peut être retenue par le bailleur³⁰⁷. Dans cette perspective, l'alleu peut être noble ou roturier ; le propriétaire de l'alleu noble peut choisir de le concéder en tout ou partie à bail emphytéotique ou à bail à cens, tandis que le propriétaire de l'alleu roturier n'aura pas ce choix. Ce dernier, dans l'impossibilité de retenir une directe seigneuriale, n'est susceptible de bailleur son fonds qu'à emphytéose. Il faut souligner que ce point de vue est essentiellement partagé par des juristes exerçant dans le Midi, où la notion romaine de propriété a été davantage conservée qu'ailleurs. Or, cette opinion impose une conception très restrictive du bail emphytéotique, rattachée à la définition romaine de ce contrat selon laquelle il n'est constitué que sur une propriété libre, mais éloignée de la pratique d'Ancien Régime.

En effet, il n'est pas rare qu'une portion de fief, voire une censive, soit concédée à bail emphytéotique. Louis Le Caron³⁰⁸, Claude de Ferrière³⁰⁹ ou Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey³¹⁰ († 1829) admettent qu'un fief soit objet d'un bail emphytéotique. François de Boutaric complète ce point de vue en affirmant que « l'Emphytéose & le Bail à

³⁰⁶ Affirmé par P. DE CASENEUVE, *Le franc-alleu de la province de Languedoc, établi et défendu*, Toulouse, Jean Boude, 1645, p. 100-101. Ce raisonnement est rappelé par certains auteurs exerçant dans le Midi (par exemple, F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales...*, *op. cit.*, p. 427-428) ou dans les pays de coutumes (par exemple, F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales...*, *op. cit.*, p. 334-335) dans le but de le réfuter.

³⁰⁷ La directe privée désigne le droit, dépourvu de féodalité, détenu par un seigneur direct sur un fonds. Voir M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, t. II : *La Révolution et la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1959, p. 39-42.

³⁰⁸ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Coustumes de la ville, prevosté et vicomté de Paris : ou droit civil parisien*, Paris, Nicolas Fosse, 1614, p. 108-109.

³⁰⁹ C. DE FERRIÈRE, *Traité des fiefs suivant les coutumes de France et l'usage des provinces de droit écrit*, Paris, Jean Cochart, 1680, p. 57.

³¹⁰ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 15-17.

Cens, ne diffèrent presque de nom »³¹¹. Il faut donc admettre que la pratique du bail emphytéotique à l'époque moderne a infléchi et élargi le champ d'application du contrat, tel qu'il était connu à Rome, lui permettant de s'intégrer à l'organisation foncière prédominante. Si, selon la conception romaine, le bail emphytéotique ne peut avoir pour objet qu'un fonds de terre détenu en pleine propriété (l'équivalent d'un alleu), à l'époque moderne, il est admis de constituer un bail emphytéotique sur un fief, voire une censive, adaptant alors cette technique romaine à l'organisation foncière d'Ancien Régime.

Par ailleurs, à Rome, le bail emphytéotique romain était destiné à mettre en valeur des terres en friches. Au Bas-Empire, les empereurs ont dû avoir recours, entre autres, à l'emphytéose, dans le but de remettre en état les terres abandonnées par une désertion des campagnes, résultant d'une situation économique difficile³¹². Plus tard, la pratique du bail emphytéotique s'est développée en dehors des terres stériles et, à l'époque moderne, il est plus largement usité pour l'ensemble des fonds de terres, sans distinction de leur état. La doctrine d'Ancien Régime admet sans difficulté cet élargissement du domaine du bail emphytéotique³¹³. Les auteurs s'appuient sur deux arguments principaux pour l'affirmer. D'abord, ils prennent en compte la longue pratique des baux emphytéotiques observée pour les fonds de terres les plus divers. Cette ancienneté de l'usage l'inscrit dans la tradition, lui donnant ainsi valeur coutumière et obligatoire. Ensuite, certains estiment que Zénon (C., 4, 66, 1), en érigeant le bail emphytéotique en contrat nommé, distinct de la vente et du louage, a accru son champ d'application. Le silence de cette constitution sur la

³¹¹ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, op. cit., p. 427. L'auteur rappelle et s'appuie sur l'autorité de Charles Du Moulin qui compare le bail emphytéotique et le bail à cens de la façon suivante : « est contractus qui habet nomen a Lege consuetudinaria, ut Emphyteusis a Lege communi & scripta sed in utroque contractu videlicet censu & Emphyteusi Dominum directum a concedente retinetur ». Voir aussi p. III.

³¹² En ce sens, J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 359 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 413-414 ; R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé : anciens pays de droit écrit, XIII^e-XVI^e siècle. t. IV ...*, op. cit., p. 17-19. ; É. PÉPIN-LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 28-29.

³¹³ Voir notamment F. CONNAN, *Parisiensis Consiliar...*, op. cit., f. 459 r. : « & ideo quaedam adhibentur cautiones adversus eorum nequitiam, ut si contingat fundum reverti ad dominum, non omnino desertus & incultus, certe quidem non vastatus revertatur » ; L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses...*, op. cit., p. 451, n. 81 ; C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », loc. cit., p. 89 ; A. DESPEISSES, *Œuvres*, op. cit., t. III, p. 41, n. 1 ; S. 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*, t. I, trad. J. BARBEYRAC, Amsterdam, Briasson, 1734, p. 639-640, note ; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, op. cit., p. 63, n. 2 ; F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, op. cit., p. 424-425 ; J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, op. cit., p. 284, n. 931 ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales, tant pour le pays coutumier, que pour les pays de droit écrit*, t. III, Paris, Saugrain, 1738, p. 422, n. 1 ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales...*, op. cit., t. I, p. 270.

nature de l'immeuble concédé doit ainsi être interprété largement. Seul Jacques Cujas s'interroge sur le fait de savoir si l'objet du bail emphytéotique doit être restreint aux fonds non cultivés³¹⁴. Il estime qu'il est de l'essence du bail emphytéotique d'améliorer l'immeuble et à partir de là, il en conclut que la mise en valeur de l'immeuble entraîne nécessairement une restriction de l'objet de ce contrat aux champs non fertiles. Or, en suivant ce raisonnement, Jacques Cujas confond l'objet du contrat, le bien concédé, et une obligation inhérente au bail emphytéotique, l'obligation d'améliorer. Cette thèse minoritaire n'est au demeurant ni suivie ni reprise par la suite. Dès lors, il apparaît que le bail emphytéotique est susceptible de porter sur tout fonds de terre qu'il soit en bon ou au mauvais état.

Plus encore, l'objet du bail emphytéotique n'est plus restreint aux seuls fonds de terre mais est élargi à l'ensemble des immeubles. Par exemple, dans les campagnes, il est fréquent qu'un moulin soit concédé à bail emphytéotique³¹⁵. Il est également possible qu'une maison construite sur un fonds de terre baillé à emphytéose soit incluse dans ledit contrat³¹⁶. En outre, à partir du XI^e siècle, l'essor démographique a mené au développement du bail emphytéotique en milieu urbain³¹⁷. Ce mouvement se renforce à la suite de la guerre de Cent ans en raison de la nécessité de reconstruire les villes détruites. Une ordonnance de Charles VII († 1461) datée de novembre 1441 encourage ce mouvement en prévoyant dans son article 2 :

« que toutes maisons, possessions et leurs appartenances, vuides, vagues, ruineuses et inhabitées, qui seront criées par vertu dudit previlleiges aux bourgeois, se pourront louer, et de fait

³¹⁴ J. CUJAS, *Opera omnia, op. cit.*, t. IX, p. 416-417.

³¹⁵ Par exemple, un arrêt du parlement de Paris du 3 mai 1618 rapporté par J. BAQUET, « Traité de diverses questions décidées par les arrests, sur les Baux des Boutiques du Palais, & autres droits & dépendances du Domaine », *Les œuvres de Me Jean Baquet augmentées, op. cit.*, t. I, p. 563, n. 9 ; ou encore un arrêt du parlement de Toulouse du 8 mai 1732, rapporté dans *Journal du palais...*, *op. cit.*, 1730, p. 250. Cela est aussi constatable pour les baux emphytéotiques ecclésiastiques : à titre d'exemple un arrêt du parlement de Dijon du 3 février 1637 (F. PERRIER, *Arrests notables du parlement de Dijon...*, *op. cit.*, p. 804).

³¹⁶ Par exemple, en 1517, une communauté religieuse donne à emphytéose une maison pour une durée de 80 ans à condition de l'améliorer. À l'expiration du bail, ils assignent les preneurs pour rentrer en possession du lieu (Parlement de Paris, 3.03.1597, rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrests...*, *op. cit.*, p. 47). Autre exemple, en 1535, les chanoines de Saint-Séverin de Meaux ont concédé à bail emphytéotique une maison située dans la ville de Meaux pour une durée de 98 ans. Ils assignent les emphytéotes en 1626 pour les condamner à remettre le fonds en bon état (Parlement de Paris, 26 avril 1627, rapporté par G. LOÛET, *Recueil de plusieurs arrests notables du Parlement de Paris*, t. I, éd. J. BRODEAU, Paris, M. Guignard, C. Robustel, 1712, p. 630).

³¹⁷ E. HUBERT, « Urbanisation, propriété et emphytéose au Moyen Âge : remarques introductives », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XI^e-XIX^e siècle)*, Rome, 1995 (*Publications de l'École française de Rome*), p. 4-5.

seront louées par auctorité de justice pendant lesdictes criées se on treuve personne qui icelles veulle prendre à louage, nonobstant et sans préjudice desdictes criées »³¹⁸.

Cette ordonnance, en soutenant la reconstruction des villes, incite au louage de maisons ruineuses et inhabitées, ce qui suppose que le preneur améliore le bien. Elle encourage donc le développement des baux de longue durée et, en particulier, celui du bail emphytéotique. En effet, il offre l'avantage de décharger le bailleur des frais relatifs à la remise en état du bâtiment, tout en proposant une solution au problème de logement et de remise en état de la ville. Les boutiques du Palais forment une parfaite illustration de l'acclimatation du bail emphytéotique en milieu urbain. En application de ces baux, la jouissance du domaine utile est concédée au marchand tandis que le seigneur conserve le domaine direct et certains d'entre eux sont ainsi qualifiés de « baux emphytéotiques »³¹⁹. Par conséquent, tout immeuble, en bon ou mauvais état, rural ou urbain, peut faire l'objet d'un bail emphytéotique à l'époque moderne³²⁰.

B. Une obligation d'amélioration

Une deuxième obligation essentielle ressort : l'obligation d'améliorer l'immeuble concédé. En droit romain, le bail emphytéotique a vocation à porter sur des fonds de terres infertiles, contribuant ainsi à l'amélioration de l'objet du contrat, en ce sens que la fonction de l'emphytéote est d'augmenter la valeur de l'immeuble. Toutefois, si les textes de droit romain prévoient expressément une obligation de ne pas détériorer à la charge de l'emphytéote, ils n'imposent pas d'obligation positive d'amélioration³²¹. D'ailleurs, Paolo Grossi estime que cette obligation constitue une nouveauté introduite par les glossateurs³²². Avec l'extension, à l'époque moderne, de l'objet à l'ensemble des immeubles, il convient

³¹⁸ Ordonnance sur les formalités d'expropriation, relativement aux maisons de Paris, et aux droits des créanciers, au droit de délaissement, à la purge des hypothèques, à la majorité à 18 ans, au taux de l'intérêt de l'argent, Paris, novembre 1441 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. IX, p. 88).

³¹⁹ J. BAQUET, « Traité de diverses questions », *loc. cit.*, p. 598-599.

³²⁰ En ce sens, L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes ou Digestes du droit Français...*, *op. cit.*, p. 172-180 ; S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. I, p. 639-640, note ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonum universum*, *op. cit.*, p. 338, n. 89 : « Imo, spectata Contractus istius origine, solae res steriles, ad culturam redigendae, venerunt in Emphyteusin (...). Licet successu temporis praedia fertilia quoque, tam urbana, quam rustica dari in Emphyteusin coeperint ».

³²¹ C., 4, 66, 3.

³²² P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus...*, *op. cit.*, p. 238-242. Voir aussi R. FEENSTRA, « L'emphytéose et le problème des droits réels », *loc. cit.*, p. 1305-1306.

de vérifier si l'obligation d'améliorer demeure de l'essence du bail emphytéotique, c'est-à-dire si dans le silence du contrat, elle reste à la charge du preneur.

Charles Loyseau estime que l'évolution du contrat emphytéotique qui résulte de l'élargissement de son objet a également conduit à transformer cette obligation³²³. Son raisonnement s'articule en deux temps, d'abord en s'appuyant sur les textes de droit romain, puis en pointant les faiblesses de la démonstration adverse. En premier lieu, donc, il admet que l'obligation d'amélioration est inhérente au bail emphytéotique romain, avant que son régime ne soit précisé par l'empereur Zénon. Ce dernier, en permettant la concession de terres non stériles en emphytéose, aurait modifié l'équilibre du contrat et l'obligation d'amélioration ne participerait plus de son essence. *A fortiori* à l'époque moderne, il estime que si l'obligation d'amélioration s'entend simplement comme l'entretien de l'immeuble, elle perd alors de son sens. Se prémunissant contre d'éventuelles critiques, il réfute, en second lieu, un argument utilisé par ses adversaires. Ceux-ci mettent en avant que la redevance emphytéotique reste modique pour respecter une certaine équité dans le contrat car pèsent déjà sur l'emphytéote la charge d'améliorer l'héritage et les risques liés aux cas fortuits. Charles Loyseau considère, au contraire, que la faculté de déguerpissement de l'emphytéote ruine ce prétendu équilibre du contrat, l'emphytéote étant alors déchargé des cas fortuits s'il le souhaite. Selon lui, les deux raisons alléguées au soutien de l'obligation d'améliorer ne sont donc pas valables. Par conséquent, le preneur est tenu d'améliorer le fonds concédé uniquement si une clause expresse du contrat le prévoit. Une telle obligation ne peut exister de façon tacite et, à défaut, l'emphytéote ne peut supporter cette charge à laquelle il n'a pas consenti.

Charles Loyseau est le seul auteur à soutenir ce point de vue. Le reste de la doctrine se contente de rappeler que l'emphytéote est tenu par l'essence du contrat d'améliorer l'immeuble concédé³²⁴. Ces auteurs se fondent sur la définition historique de l'emphytéose

³²³ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 89 : « Depuis que Zénon en eut fait un Contrat ordinaire, elle se pratique aussi bien aux héritages fertiles qu'aux infertiles (...). Et conséquemment il faut croire que le preneur à emphytéose n'est point chargé d'améliorer les héritages, s'il ne s'y est soumis expressément par le Contrat ».

³²⁴ Par exemple pour le courant humaniste, F. BAUDOIN, *Jurisprudentia romana et attica*, *op. cit.*, t. I, p. 730 : « Verbum emphyteuseos constat dici ab insitione & implantatione, cum scilicet agri steriles duplici conditione locabantur alicui in perpetuum, ut is eos excoleret, & certam pensionem interea solveret » ou É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian...*, *op. cit.*, p. 710 : « nous appelons le contract emphytéotic, lorsque nous baillons, non à perpétuité, ains à certaines vies ou longues années, nos maisons qui sont en ruine, ou héritage des champs désertés, à la charge de nous payer certaine pension, pour chacun an, et de les réparer et rendre en meilleur estat, lorsque le bail sera expiré ». On retrouve cette même obligation chez les auteurs français des XVII^e et XVIII^e siècles : G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, p. 300 ; C. DE FERRIÈRE, *Introduction à la pratique contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume*, Paris, Jean Cochart, 1679, p. 96. Elle est reprise par les auteurs de l'École du droit naturel

et appuient, en premier lieu, leur raisonnement sur un argument étymologique : d'origine grecque, le terme d'emphytéose dériverait de « planter » ou encore « cultiver », ce qui dans un sens second s'enrichit et signifie « améliorer ». Il découlerait de l'essence même du contrat une nécessité d'améliorer. En réalité, ils conservent une définition romaine du bail emphytéotique, dans laquelle l'obligation d'améliorer lui est inhérente. Contrairement à l'opinion de Charles Loyseau selon laquelle les caractères essentiels du contrat ont évolué par la disparition de l'obligation d'améliorer, ce ne sont pas les contours de la notion de bail emphytéotique qui se sont modifiés, mais les contours de l'obligation d'améliorer qui se sont adaptés aux réalités sociales et économiques de l'Ancien Régime. Une conception plus souple et flexible de l'obligation d'améliorer se fait jour.

L'articulation entre l'élargissement de la conception de l'objet emphytéotique et l'obligation d'améliorer se comprend alors à la lumière du contenu de la seconde. L'obligation d'améliorer peut prendre schématiquement trois formes : une obligation positive d'apporter des améliorations effectives, une obligation atténuée de conservation en bon état et une obligation négative de ne pas porter atteinte à l'immeuble³²⁵. Par exemple, dans le cas d'un immeuble menaçant ruine ou d'une terre non cultivée, l'obligation de l'emphytéote est à prendre au sens strict comme l'obligation de mettre en culture, de bâtir ou rebâtir l'immeuble. Il s'agit du cas le plus évident dans lequel le seigneur est supposé trouver son intérêt en constatant l'accroissement de la valeur du fonds et l'emphytéote, en contrepartie de ses investissements, perçoit des fruits plus importants. En revanche, dans le cas d'un immeuble en bon état, l'obligation de l'emphytéote doit s'entendre dans un sens élargi, comme l'obligation de réparer, d'entretenir, voire comme une obligation négative de ne pas détériorer³²⁶. Il s'agit, pour le juge, de lire et d'interpréter le contrat à la lumière

moderne : S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. I, p. 639-640, note ; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 63, n. 1. Enfin, on retrouve cette obligation chez les feudistes : G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 422, n. 1 ; F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales...*, *op. cit.*, p. 329.

³²⁵ Cette gradation au sein de l'obligation d'améliorer est particulièrement visible en droit canonique. Voir A. REIFFENSTUEL, *Jus canonum universonum*, *op. cit.*, t. IV, p. 237, n. 124 : « Dicitur 'fruenta et colenda' emphyteuta namque re in emphyteusin concessa non tantum frui, sed etiam eam colere debet ; si non meliorando saltem conservando ».

³²⁶ Jean Domat l'exprime de façon transparente : « C'est aussi une suite de la nature de l'emphytéose, que l'emphytéote ne peut détériorer le fonds », J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 64, n. 9. Cette idée est reprise par François de Boutaric : « l'obligation de l'Emphytéote n'est autre que de ne pas le [le fonds] détériorer », F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 425. Une telle obligation négative de ne pas détériorer est d'ailleurs rappelée à l'occasion par certaines décisions de cours de justice. Par exemple, un arrêt 1^{er} juillet 1602 précise que tout emphytéote doit améliorer, non détériorer le fonds qui lui a été donné (rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, p. 46). Dans le même sens, un arrêt du parlement de Paris du 26 janvier 1638 interdit à un emphytéote de changer, altérer et empirer la face et le fond des choses tenues en emphytéose (P. BARDET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, t. II, p. 278).

de l'intention des parties, en vue de préserver l'équilibre contractuel prévu. En l'occurrence, l'emphytéote s'oblige implicitement à préserver l'intérêt pécuniaire du bailleur, en s'engageant au moins à ce que le fonds ne perde pas de sa valeur, au mieux à ce que sa valeur augmente. En pratique, plusieurs cas pathologiques permettent d'esquisser les limites d'une telle obligation.

Ainsi comprise, l'obligation d'améliorer laisse une marge de manœuvre relativement importante au profit de l'emphytéote, qui est ainsi libre, à certaines conditions, de changer la destination du fonds, de démolir certains bâtiments ou encore de laisser en friche certains champs. Alors que dans un louage ordinaire, le preneur n'a pas la faculté de changer la destination du fonds sans le consentement du bailleur, un courant doctrinal majoritaire estime, au contraire, que l'emphytéote bénéficie d'une telle prérogative³²⁷. Ce qui est interdit à l'emphytéote, c'est de préjudicier à son bailleur en détériorant l'immeuble. En revanche, s'il modifie la destination du fonds pour une culture plus rentable, il parvient ainsi à valoriser l'immeuble qui lui a été confié. Cette possibilité s'explique par le fait que le bail emphytéotique est un bail à long terme bénéficiant d'un temps suffisamment long pour permettre un retour sur investissement avant la fin du bail. Plus précisément, Germain-Antoine Guyot († 1750) remarque que dans le ressort du parlement de Toulouse, au regard du changement de destination du fonds, l'utilité publique prime l'intérêt du seigneur³²⁸. Il entend par utilité publique le fait de transformer le fonds de manière qu'il produise davantage, c'est-à-dire lorsque le changement de destination du fonds est marqué du sceau de l'évidence. En ce sens, l'utilité publique rencontre souvent l'intérêt du seigneur, au moins à long terme. En outre, le recours à une telle notion va également de pair avec un renforcement des droits de l'emphytéote par rapport au seigneur.

Puisque l'emphytéote est tenu à une obligation minimale de ne pas détériorer la chose qui lui a été concédée, un autre point a été débattu : celui de savoir si, dans ce cadre, il était susceptible de démolir des bâtiments déjà existants ou construits au cours de

³²⁷ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, op. cit., t. I, p. 564, n. 31 ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, op. cit., t. IV, p. 478. *Contra* : B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrests notables du Parlement de Toulouse, donnez & prononcez sur diverses matières, Civiles, Criminelles, Bénéficiales, & Féodales*, Toulouse, Imprimerie de N. Caranove, 1745, p. 570-571. Voir également l'article 22 du titre II de la coutume de Thionville, selon lequel il est expressément interdit à l'emphytéote de changer la destination du fonds, sans le consentement du seigneur direct (BR, t. II, p. 358).

³²⁸ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, op. cit., t. IV, p. 478 : « Cette note nous fait voir, qu'en ce Parlement on regarde les circonstances qui ont occasionné le changement de surface, parce que *l'utilité publique est préférable au droit du Seigneur* ; & il importe à la République, qu'un fonds qu'on a crû propre à porter grains quand on l'a pris sous la charge du champart, soit mis en vigne ou pâturage, s'il y est plus propre, & rapporte mieux, ce n'est pas là détériorer le fonds ». Nous soulignons.

l'exécution du contrat. Les auteurs pointent le fait que l'appréciation de la légitimité de ces démolitions doit se faire à la lumière des circonstances de l'espèce. En vertu du contrat, l'emphytéote dispose librement de l'immeuble concédé³²⁹. Démolir un bâtiment qui menace ruine n'est, en principe, pas reproché à l'emphytéote, surtout s'il agit dans l'objectif d'en construire de nouveaux³³⁰. En revanche, démolir des bâtiments, y compris par négligence ou vétusté, alors qu'une clause expresse du contrat fixe l'obligation pour l'emphytéote de maintenir au moins plusieurs feux sur le fonds concédé peut lui être reproché. Dans ce cas, la démolition de bâtiments peut nuire à l'attractivité du lieu et rebuter de nouveaux arrivants, ce qui porterait préjudice au seigneur foncier qui avait pour but le repeuplement de cette zone³³¹. Denis de Salvaing de Boissieu porte une attention toute particulière aux bois de haute futaie et cherche à synthétiser la doctrine sur ce point³³². Ces bois représentent une grande valeur marchande, dont l'emphytéote comme le bailleur comptent profiter. En principe, il est exclu que l'emphytéote puisse couper les bois de haute futaie sans le consentement du bailleur, puisque cette coupe viendrait amoindrir la valeur du fonds sans compensation pour le seigneur. Or, Denis de Salvaing de Boissieu remarque qu'à l'époque moderne, les biens emphytéotiques sont entrés dans le patrimoine de l'emphytéote. Ainsi, celui-ci est censé pouvoir couper les bois de haute futaie. Le feudiste pose toutefois deux limites. Tout d'abord, la coupe est interdite si le fonds ne produit plus par la suite suffisamment de fruits pour acquitter la redevance. Ensuite, elle est impossible si le titre contractuel originel fait mention de ce bois de haute futaie. Dans cette hypothèse, l'objet du contrat disparaîtrait. Denis de Salvaing de Boissieu reprend ainsi, en la précisant, une analyse de Guy Coquille³³³ qui, s'appuyant sur une logique systématique, distinguait selon que le bois en question forme la majeure ou la plus profitable part de l'immeuble concédé ou s'il s'agit d'une moindre partie. Selon l'auteur, dans le premier cas, il est manifeste que la valeur du fonds est diminuée par la coupe de ce

³²⁹ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 120-121, n. 15 : « partant n'empesche pas l'emphytéote d'en [l'héritage] pouvoir disposer à son plaisir. J'y mets pareillement le sujet censier, & je tiens qu'il peut librement user de son héritage, & en démolir les bâtimens, malgré son Seigneur direct ».

³³⁰ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, t. I, p. 565, n. 32. *Contra* : B. AUTOMNE, *Commentaire sur la coutume générale de la ville de Bordeaux et pays bourdelois*, Bordeaux, Étienne Labottière, 1728, p. 433.

³³¹ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 434-435.

³³² D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, t. III, p. 148-151.

³³³ G. COQUILLE, « Coutume de Nivernois », *Œuvres*, *op. cit.*, t. II, p. 56-57 ; ID., *Questions et réponses sur les articles des coutumes de France*, Paris, Iulian Iacquin, 1644, p. 100-101, n. 30. *Contra* : Antoine de Peyrusse considère que l'emphytéote qui coupe les bois de haute futaie détériore toujours le fonds (A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 58-59). Voir aussi A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 123, n. 18.

bois puisque l'essence de l'immeuble est perdue. Dans le second cas, une telle coupe ne peut être comprise comme une détérioration du fonds.

Enfin, la situation dans laquelle l'emphytéote choisit de ne pas mettre en valeur une partie du fonds concédé a également été débattue. La réponse doctrinale apportée laisse une large part au cas d'espèce. Ainsi, une condamnation de l'emphytéote, bien que possible, n'est pas de droit tant qu'il continue de s'acquitter du canon emphytéotique³³⁴. Ce qui est alors recherché, c'est si l'emphytéote a agi avec une intention frauduleuse, c'est-à-dire s'il a agi de manière à tromper son seigneur, avec l'intention de lui nuire, en particulier dans le but de payer des droits moins élevés. Selon Germain-Antoine Guyot, c'est uniquement si la fraude est caractérisée que le preneur peut être obligé à cultiver les terrains en friche, voire, si la sentence n'est pas exécutée, au paiement de droits plus importants calculés en fonction de l'estimation du fonds qu'il aurait dû cultiver³³⁵.

En somme, ces différents éclaircissements démontrent qu'un principe guide le contenu de l'obligation d'améliorer : l'emphytéote peut faire toute modification qui tend vers cette fin, à moins qu'une clause expresse du contrat ne restreigne son droit. Dans le silence du contrat, une condition tacite d'améliorer l'héritage demeure. Par ailleurs, l'insertion d'une clause d'amélioration au sein du contrat peut entraîner des répercussions sur le déguerpissement possible de l'emphytéote³³⁶. En l'absence de clause particulière, le preneur est libre de déguerpir, à condition de rendre le bien dans l'état dans lequel il l'a obtenu. En cas de clause expresse d'amélioration, il est supposé remplir cette obligation avant de pouvoir se décharger de la redevance³³⁷.

C. Une obligation de paiement de la redevance

Il ne suffit pas que l'emphytéote respecte son obligation d'améliorer l'immeuble concédé, encore faut-il qu'il s'acquitte d'un canon emphytéotique annuel. Le Code de Justinien (C., 4, 66, 3) évoque le paiement d'une telle redevance *pensio sive redditus*.

³³⁴ B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrests notables du Parlement de Toulouse...*, *op. cit.*, p. 546 ; G. LABBÉ DE MONTVERNON, *Les coutumes générales des pays et duché de Berry*, *op. cit.*, p. 228-229 ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 477 et p. 480.

³³⁵ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 480.

³³⁶ Ce point est abordé plus précisément *infra*, p. 145 et s.

³³⁷ Sur ce point, C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 88-89 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. II, , p. 633.

Les auteurs humanistes font du paiement du canon emphytéotique une obligation essentielle du contrat³³⁸. Hugues Doneau, commentant le Code de Justinien, l'identifie parmi les obligations de l'emphytéote³³⁹. À défaut de canon emphytéotique, le contrat change de nature et devient un véritable contrat de vente, d'échange ou de donation³⁴⁰. Il n'existe plus alors de marqueur de la reconnaissance du domaine direct par le preneur et le contrat s'entend comme un simple transfert de propriété, à perpétuité ou à long temps selon la loi des parties. S'il s'agit d'un contrat à titre gratuit, il se confond avec une donation. S'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, il apparaît comme un échange si le prix est payé en nature ou une vente si le prix est convenu en numéraire. Dans ce dernier cas, s'il est conclu à perpétuité, il est assimilé à une vente ordinaire ; s'il l'est à long temps, il se rapproche d'une vente à réméré. Jacques Cujas souligne, par ailleurs, que le bail emphytéotique emprunte au contrat de louage le paiement d'un loyer annuel³⁴¹. Au XVII^e siècle, Claude de Ferrière considère également que le paiement de la redevance est « nécessaire en ce contrat »³⁴², c'est-à-dire qu'il s'agit d'une obligation essentielle du bail emphytéotique. Il précise que c'est là l'opinion commune. Le canon emphytéotique apparaît ainsi comme un caractère constitutif et invariable du bail emphytéotique, à l'époque moderne³⁴³.

Toutefois, la contrepartie de ce canon emphytéotique interroge : s'agit-il d'un intéressement aux fruits de l'immeuble concédé, d'un indicateur de la permanence du domaine direct ou encore de la compensation d'un dommage subi par le seigneur ? Les hypothèses abondent et la cause du paiement de la redevance importe pour distinguer le bail emphytéotique d'autres contrats voisins, en particulier de la vente et du louage, et pour appliquer le régime juridique adéquat. Par exemple, dans le contrat de louage, sous

³³⁸ Il n'en est pas de même pour leurs prédécesseurs. Sur ce point, voir R. FEENSTRA, « L'emphytéose et le problème des droits réels », *loc. cit.*, p. 1308-1309.

³³⁹ H. DONEAU, *Opera omnia, op. cit.*, t. II, p. 1272-1273, n. 21 : « In tota possessione sua domino praestare debet tria : in re quidem, ne eam deteriore data opera faciat : in rebus autem externis pensionem solitam & constitutam, & publicarum functionum apochas ».

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 1258, n. 23 : « Et certe sine hac aut venditio sit, si semel pretium solvatur ; aut permutatio, si species cum specie commutetur ; aut si pro re nihil omnino praestatur, donatio. ».

³⁴¹ J. CUJAS, *Opera omnia, op. cit.*, t. IX, p. 416 : « Ea merces constitit vel in pecunia, vel in fructibus, non tantum in emphyteusi, sed etiam in locatione & conductione ».

³⁴² C. DE FERRIERE, *Introduction à la pratique...*, *op. cit.*, p. 96. Dans le même sens, E. DE VATTEL, *Questions de droit naturel et observations sur le traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf*, Berne, Société Typographique, 1762, p. 197-201.

³⁴³ D'ailleurs, l'obligation de paiement du canon emphytéotique est régulièrement rappelée dans les coutumes qui encadrent le bail emphytéotique. Voir l'article 211 de la coutume de Blois (BR, t. III, p. 1063), l'article 58 de la coutume de Chaumont (BR, t. III, p. 356), l'article 31 du titre XII de la coutume de Lorraine (BR, t. II, p. 1109), l'article 21 du titre VI de la coutume d'Épinal (BR, t. II, p. 1133), l'article 17 du titre VII de la coutume de l'évêché de Metz (BR, t. II, p. 418), l'article 31 du titre VII de la coutume de Gorze (BR, t. II, p. 1081), l'article 5 du titre X de l'évêché et comté de Verdun (BR, t. II, p. 431), les articles 19 et 20 du titre II de la coutume de Thionville (BR, t. II, p. 358), l'article 1^{er} du titre VIII de la coutume de Dax (BR, t. IV, p. 917).

l'Ancien Régime, un loyer susceptible d'être révisé en fonction d'indicateurs extérieurs est exigé périodiquement, en contrepartie de la privation temporaire de jouissance. Le plus souvent, il est indexé sur les fruits produits par l'immeuble. Par-contre, le prix de la vente dû par l'acheteur s'analyse comme la contrepartie du transfert de la propriété par le vendeur. Au regard du bail emphytéotique, la contrepartie du canon s'explique différemment. À l'époque moderne, il est communément admis que le bail emphytéotique emporte division du domaine, le domaine direct demeurant aux mains du bailleur ; le contrat n'est donc ni vente ni louage. Louis Le Caron estime que, par la redevance, l'emphytéote achète son droit de posséder en place du propriétaire³⁴⁴. En revanche, le feudiste Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey explique que cette redevance, qui doit être acquittée annuellement par le preneur, s'analyse comme la reconnaissance du domaine direct conservé par le bailleur sur le fonds³⁴⁵. Ce raisonnement est largement partagé parmi la doctrine d'Ancien Régime³⁴⁶.

Du point de vue des modalités de paiement, il arrive que des deniers d'entrée soient exigés lors de la délivrance de l'immeuble. Le prix comprend alors une somme fixe en plus de la redevance due périodiquement par l'emphytéote. Dans cette hypothèse, François Bourjon affirme que le contrat est mêlé de vente³⁴⁷. Cela signifie qu'en proportion de la somme versée, une véritable vente du fonds est réalisée ; pour le montant déterminé de la redevance, il demeure un bail emphytéotique. Cette pratique s'est largement développée en même temps que l'extension du bail emphytéotique à des fonds fertiles et en milieu urbain. Une telle combinaison entre vente et bail emphytéotique, reconnue par de nombreux auteurs de l'époque moderne³⁴⁸, comporte essentiellement des conséquences fiscales³⁴⁹. En

³⁴⁴ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses...*, *op. cit.*, p. 43.

³⁴⁵ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 270-272.

³⁴⁶ Voir notamment L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 174 : « en signe et remembrance de seigneurie » ; A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 18 : « la dominité & seigneurie censière demeure recogneue pour raison de laquelle la rente est payée » ; N.-L. DILANGE, *Coutumes générales de la ville de Metz et les pays messin, corrigées ensuite des résolutions des trois états de ladite ville, ès années 1616, 1617 et 1618, avec les procez-verbaux de correction. Enrichies d'un commentaire sur les principaux articles*, Metz, Veuve Brice Antoine, 1732, p. 187 : « dans baux à loyers, ou emphytéotiques, dans lesquels le cens est *signum domini retenti* » ; S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. I, p. 639-640 [Liv. I, Ch. VIII, § III] ; G. ARGOU, *Institution au droit François*, *op. cit.*, p. 300 ; J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, *op. cit.*, t. III, p. 285-286, n. 933 ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, t. II, éd. J.-H.-S. FORMEY, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1988 (*Bibliothèque de Philosophie politique et juridique. Textes et Documents*) [édition d'Amsterdam, 1758], p. 280, n. 9. Il convient de souligner que Paolo Grossi souligne également, pour l'époque médiévale, que la redevance acquittée au cours de l'exécution d'un bail de longue durée est reconnue de la directe seigneuriale (P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus...*, *op. cit.*, p. 250-251).

³⁴⁷ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 282.

³⁴⁸ On retrouve une analyse similaire par exemple chez LEFÈVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales...*, *op. cit.*, t. I, p. 243-246 ; P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit françois, par la comparaison des dispositions des Loix Romaines, & de celles de la Coutume de Paris, suivant l'ordre des*

effet, le versement d'une somme, distincte de la redevance, a plus souvent lieu lors du renouvellement ou de la cession d'un bail emphytéotique déjà existant que lors de la constitution de ce contrat. L'immeuble a alors vu sa valeur augmenter avec le temps et un prix est convenu, en sus, dont le seigneur foncier profite à travers les droits de mutation. La redevance continue de représenter la reconnaissance de la directe seigneuriale ou privée, mais la jouissance paisible du fonds est assurée par le paiement de deniers d'entrée. En définitive, les parties sont libres d'ajouter ou non des deniers d'entrée au canon emphytéotique. Seul ce dernier influe sur la nature du bail emphytéotique.

Généralement, le canon emphytéotique représente une somme relativement faible³⁵⁰. René Choppin († 1606) explique la modicité de la redevance par les modalités présidant à sa détermination³⁵¹. Le plus souvent, le canon emphytéotique consiste en un montant fixe, décidé par les parties lors de la conclusion du contrat, qui doit être régulièrement versé. Selon cet auteur, le montant est calculé à partir des fruits du premier bail emphytéotique conclu. Or, l'obligation d'améliorer est de l'essence de ce contrat, ce qui laisse penser que l'emphytéote et ses successeurs accroissent les revenus du fonds au cours du temps. À terme, la redevance n'est donc plus proportionnée à l'utilité que l'emphytéote reçoit du bien, ce qui explique des disparités souvent considérables entre un canon emphytéotique faible et un revenu important³⁵². Par ailleurs, Guy Coquille remarque qu'en pratique, plus les deniers d'entrée sont élevés, plus la redevance est réduite, et inversement, à défaut de deniers d'entrée, la redevance est plus élevée³⁵³. En effet, plus le canon emphytéotique est faible, moins les droits de mutation seront élevés, ce qui porte préjudice au seigneur. L'équilibre du contrat et les droits des parties dépendent donc étroitement des modalités de paiement qui ont été fixées lors de la constitution du contrat. Il arrive aussi que les parties s'accordent sur un canon emphytéotique proportionné aux

Loix Civiles de Domat ; avec un Texte de la Coutume de Paris, dans lequel les Articles sont rétablis dans l'ordre que les Réformateurs leur ont donné, Paris, Servière, 1782, p. 180 ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. II, p. 467-468.

³⁴⁹ Celles-ci sont étudiées plus en détail *infra*, p. 131 et s.

³⁵⁰ En ce sens, voir par exemple, S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. I, p. 639 ; G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. II, p. 304 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste de Justinien conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines*, t. I, Paris, Jean Cochart, 1677, p. 232 ; R.-J. POTHIER, « Des cens », *Œuvres*, *op. cit.*, p. 639. *Contra* : Charles Loyseau considère, au contraire, que « la redevance est plus haute en l'emphytéose perpétuelle, & plus petite au Contrat censuel », C. LOYSEAU, « Du droit des offices », *Les œuvres de Maître Charles Loyseau...*, *op. cit.*, p. 298. Il s'agit d'une opinion isolée.

³⁵¹ R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivans aux champs », *Les œuvres*, t. III, Paris, Jacques d'Allin, 1662, p. 26.

³⁵² Par exemple, voir un arrêt du parlement de Paris du 26 avril 1627 qui met en évidence cette disproportion (rapporté par P. BARDET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, t. I, p. 207-208).

³⁵³ G. COQUILLE, *Institutions...*, *op. cit.*, t. I, p. 42.

revenus du fonds, soit un pourcentage des fruits produits par l'immeuble, à l'image du contrat de louage. Ce type de redevance n'est pas nécessairement incompatible avec la qualification de bail emphytéotique, toutefois elle rend confuse la distinction entre louage et bail emphytéotique. D'ailleurs, en cas de doute sur la qualification d'un bail de longue durée dont la redevance est proportionnée aux fruits, le contrat est présumé louage et non bail emphytéotique³⁵⁴. Christian Wolff († 1754) considère même que si la redevance est trop élevée, le seigneur est obligé par la coutume à rendre tout ou partie de ce qu'il a perçu³⁵⁵. Bien qu'isolée, cette position extrême traduit la fonction de la redevance ; elle vise non pas à intéresser le seigneur aux fruits produits par l'immeuble, mais à reconnaître son domaine direct.

En outre, la forme de la redevance est indifférente et laissée à l'appréciation des parties. Selon les clauses du contrat, elle peut être payée en numéraire, ou en nature, ou les deux³⁵⁶. Un exemple montre l'indulgence au regard de la forme prise par la redevance. En cas de changement de destination, utile ou nécessaire, de l'immeuble concédé, la forme de la redevance peut être amenée à évoluer. En ce sens, Bernard de La Roche-Flavin († 1627)³⁵⁷ ou Germain-Antoine Guyot³⁵⁸ plaident pour accepter un équivalent en guise de paiement de la redevance. Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey précise également que le canon emphytéotique est portable³⁵⁹. Par ailleurs, si la chose a été concédée à plusieurs emphytéotes, ceux-ci sont chargés d'une obligation solidaire de paiement de la redevance³⁶⁰. Le bailleur peut donc s'adresser à n'importe lequel d'entre

³⁵⁴ C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. II, p. 280, n. 12.

³⁵⁵ C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens...* *op. cit.*, t. II, p. 280, n. 13.

³⁵⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...* *op. cit.*, t. I, p. 63, n. I ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. II, p. 280, n. 11 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural ou Maximes et Réglements concernant les biens de campagne*, t. I, Paris, Prault, 1774, p. 96.

³⁵⁷ B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrests notables du Parlement de Toulouse...*, *op. cit.*, p. 546-547.

³⁵⁸ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 477-482.

³⁵⁹ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales...* *op. cit.*, t. I, p. 286. Un arrêt du parlement de Toulouse tempère toutefois cette affirmation : le paiement en grain du canon emphytéotique doit avoir lieu dans le fief dont le fonds dépend et non dans une autre terre où le seigneur a fait sa résidence (Toulouse, 4 avril 1730, *Journal du palais...*, *op. cit.*, 1730, p. 20-22). Voir aussi A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁰ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales...* *op. cit.*, t. I, p. 303. Voir aussi B. AUTOMNE, *Commentaire sur la coutume générale de la ville de Bordeaux...*, *op. cit.*, p. 466 ; C. I. PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne...*, *op. cit.*, p. 186-187. Cette modalité de paiement est également admise par le parlement de Toulouse qui précise que l'emphytéote qui a été contraint de payer la rente par indivis pour les autres a un recours contre ceux-ci pour leur quotité (parlement de Toulouse, 18 novembre 1572, rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, p. 48 ; ou encore parlement Toulouse, 16 février 1601, rapporté par J. DE CAMBOLAS, *Décisions notables sur diverses questions du droit, jugées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement de Tolose*, Toulouse, Jean Boude, 1659, p. 232-233). La solidarité dans le paiement du canon emphytéotique est expressément affirmée par les articles 19 et 20 du titre II de la coutume de Thionville (BR, t. II, p. 358).

eux pour exiger le canon. En somme, les modalités de paiement de la redevance emphytéotique s'apparentent à celles des baux de longue durée.

Ainsi, le paiement du canon emphytéotique apparaît comme un rappel des droits du seigneur direct sur le fonds concédé. Il préserve le domaine direct en le prémunissant contre toute prescription. Le montant de la redevance présente un intérêt limité d'un point de vue pécuniaire – et ce d'autant plus que le seigneur direct tire davantage profit des ventes du droit d'emphytéose à travers les droits de mutation – mais ce paiement est déterminant en ce qu'il protège un intérêt foncier. De cette façon, le canon emphytéotique garantit le domaine direct et les droits qui s'y rapportent.

§. 4 *La remise en cause du caractère perpétuel du bail emphytéotique*

En se fondant sur le critère de la durée, les juristes d'Ancien Régime distinguent deux types de contrats de bail emphytéotique : d'une part, un bail emphytéotique perpétuel et, d'autre part, un bail emphytéotique temporaire. Cette distinction interroge sur la portée à donner au contrat du point de vue de sa définition et de son régime. La question sous-jacente est celle de déterminer s'il s'agit ou non de deux contrats distincts, c'est-à-dire si le critère de la perpétuité constitue un caractère essentiel du bail emphytéotique.

Lorsque les humanistes évoquent le bail emphytéotique perpétuel, ils s'appuient sur le *Corpus juris civilis*. Or, en droit romain, selon Emmanuelle Chevreau, le terme *perpetuus* s'entend dans le sens « d'une continuation indéterminée, mais dont la fin n'est pas exclue »³⁶¹. Il ne sous-entend donc pas l'idée d'une durée objective et illimitée, autrement dit une durée éternelle. Il vise à exprimer la pérennité d'une obligation, sa continuité. En particulier, le droit d'emphytéose est qualifié de *ius perpetuum* par une constitution des empereurs Théodose I^{er} († 395) et Valentinien III († 392)³⁶². Cette expression traduit l'idée d'une stabilité, d'une durabilité du droit d'emphytéose. Cette constitution offre des garanties à l'emphytéote, en assurant l'irrévocabilité du contrat emphytéotique, et protège son droit contre un contrat postérieur qui le déposséderait au profit d'un autre preneur. Le bail emphytéotique en droit romain a vocation à perdurer tant que les obligations des parties sont correctement exécutées. Contrairement à l'usufruit, ce contrat ne s'éteint pas avec la mort de l'emphytéote ; il n'est pas un droit viager.

³⁶¹ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris, De Boccard, 2006, p. 34. En droit romain, *perpetuus* n'est pas l'unique terme exprimant la longue durée. L'*aeternitas* traduit l'idée de renouvellement, de perpétuation (*ibid.*, p. 29-30) tandis qu'*aevum* désigne l'éternité, un temps en dehors de l'action humaine (*ibid.*, p. 24).

³⁶² C., 11, 70, 5 : « Jure igitur perpetuo publici contractus firmitate perpetuarius securus sit ».

Les juristes humanistes continuent de qualifier le bail emphytéotique de *perpetuus* et entendent cet adjectif au sens romain du terme³⁶³. Ainsi, Hugues Doneau explique que lorsque le bail emphytéotique est perpétuel « *nullo certo tempore habendi praefinito* »³⁶⁴, ce qui montre qu'il comprend le terme de perpétuel en tant que durée indéterminée. Selon la plupart des auteurs rattachés au courant humaniste, le bail emphytéotique apparaît par principe « perpétuel » et ce n'est que par exception qu'un contrat « temporaire » peut être conclu. Ainsi, le caractère perpétuel ne relève que de la nature du contrat – et non de son essence – puisque les parties peuvent y déroger par exception, sans que le bail cesse d'être emphytéotique. Guillaume Maran († 1621) va plus loin en estimant qu'hormis le bail emphytéotique ecclésiastique, ce contrat est toujours perpétuel³⁶⁵. Une telle opinion doctrinale n'est pas suivie par le courant majoritaire qui admet la coexistence de baux emphytéotiques qualifiés de « perpétuels » et « temporaires ».

Ainsi, le syntagme de « bail emphytéotique perpétuel » subsiste-t-il dans l'ancien droit sous la plume de la doctrine. À la suite des humanistes, la majorité de la doctrine de l'époque moderne estime que le caractère perpétuel participe de la nature – et non de l'essence – du bail emphytéotique³⁶⁶. Par-là, elle n'entend pas un bail illimité dans le temps, qui lierait les parties sans jamais s'éteindre. Cette expression traduit qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée mais aussi que le bail emphytéotique est conçu comme un droit héréditaire et transmissible.

³⁶³ Par exemple, F. CONNAN, *Parisiensis Consilarii...*, *op. cit.*, f. 458 v. : « *agri [...] duplicem locationem facit, aut in perpetuum, aut in tempus* » ; J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani, De jure emphyteutico cum indice*, *op. cit.*, p. 4 : « *Ex praedictis autem recte possumus Emphyteusim dicere, contractum esse, quo res soli sub annua pensione in perpetuum plerunque colenda fruenda traditur, cum retentione tantum iusti domini, alterius cuiusvis iuris in recipientem translatione facta* » ; J. CUJAS, *Opera omnia*, *op. cit.*, t. IX, p. 416 : « *Sic differunt conductor superficiarius, & emphyteutic. seu sint temporarii, seu perpetuarii* » ; H. DONEAU, *Opera omnia*, *op. cit.*, p. 1256 : « *Tempus huic iuri conveniens est, ut aut detur in perpetuum, quod magis huius contractum proprium est ; [...] aut ad tempus [...] sed ad tempus non modicum* ».

³⁶⁴ H. DONEAU, *Opera omnia*, *op. cit.*, p. 1257.

³⁶⁵ G. MARAN, « *Ad titulum C. de jure emphyteutico* », *Opera omnia...*, *op. cit.*, t. II, p. 641 : « *Dico, perpetuo, nam ea est proprie emphyteusis, quae perpetua est (...) non illa, quae temporaria est, ut quae in rebus Ecclesiae permittitur* ».

³⁶⁶ Voir notamment, L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 172 ; A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contrats d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 5-6 ; A. DESPEISSES, *Œuvres...*, *op. cit.*, t. III, p. 42 ; G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. II, p. 303 ; B.-J. BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique...*, *op. cit.*, p. 337 ; M. PRÉVOST de LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française...*, *op. cit.*, t. I, p. 219 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 356 ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 422-426 ; J.-B.-L. HARCHER, *Traité des fiefs sur la coutume de Poitou*, t. I, Poitiers, J. Félix Faulcon, 1762, p. 128 ; F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, *op. cit.*, p. 329 ; R.-J. POTHIER, « *De la propriété* », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 213 ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. II, p. 467.

Toutefois, Jean Domat estime que la « perpétuité »³⁶⁷ constitue l'un des caractères essentiels du bail emphytéotique, ce qui « fait qu'elle passe non seulement aux héritiers de l'emphytéote, mais à tous ceux qui en ont le droit »³⁶⁸. En d'autres termes, le droit d'emphytéose est susceptible d'être transmis que ce soit entre vifs, par contrat de vente par exemple, ou à cause de mort. Selon Jean Domat, le caractère perpétuel participe donc de l'essence du contrat emphytéotique. Le terme de perpétuité est alors utilisé pour désigner une durée particulièrement étendue qui dépasse souvent, mais pas nécessairement, le siècle. En ce cas, le contrat se prolonge pendant plusieurs générations, jusqu'à ce que, de mémoire d'homme, il soit assimilé à un engagement perpétuel. Il a vocation à s'éteindre mais au terme d'une durée conséquente.

Finalement, malgré cette nuance introduite par Jean Domat, pour le courant majoritaire, le sens du terme « perpétuité » demeure conforme à sa racine romaine. Dans le même temps, l'idée de contrat perpétuel s'inscrit dans la conception de la propriété foncière de l'époque moderne. Au sein de cette organisation, chaque utilité d'un immeuble peut faire l'objet d'une saisine particulière, entremêlant ainsi les droits sur une même chose. Le détenteur du domaine direct retient alors une directe seigneuriale ou privée sur ledit bien, se traduisant par le paiement d'une redevance, tandis que le ou les preneurs jouissent de leurs droits respectifs généralement pour une longue durée. Dès lors, il va de soi que les tenanciers se succèdent de génération en génération et l'hérédité des droits ne pose pas question. D'un côté, le seigneur a tout intérêt à conserver les mêmes tenanciers, de l'autre, les concessionnaires s'assurent la sécurité et la pérennité de leurs droits. Le bail emphytéotique présente ainsi des caractères qui lui permettent de se fondre dans cet aménagement de la propriété. Par l'étendue des droits du preneur mais aussi par sa longue durée, il s'intègre aisément au système des propriétés simultanées.

Le bail emphytéotique peut également être temporaire. Sous ce terme, il faut comprendre que sa durée est déterminée au moment de sa formation. Le contrat est généralement conclu soit pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, soit pour deux ou trois générations. Le bail emphytéotique ecclésiastique incarne parfaitement ce contrat temporaire, puisqu'en accord avec le principe d'inaliénabilité des biens ecclésiastiques³⁶⁹, l'Église interdit les baux emphytéotiques ecclésiastiques perpétuels. Au contraire, les biens

³⁶⁷ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, p. 63.

³⁶⁸ *Ibidem.*

³⁶⁹ Principe rappelé, par exemple, par G. P. LANCELOTTI, *Institutiones iuris canonici...*, *op. cit.*, p. 381.

ecclésiastiques peuvent être aliénés seulement « ad modicum tempus »³⁷⁰. La durée du contrat doit être déterminée lors de sa formation et l'usage consiste à convenir d'une durée maximale de trois vies. Seule la concession de bâtiments en ruine – qui peuvent être concédés à perpétuité – échappe à cette limitation³⁷¹. Dans ce cas, l'intérêt de l'Église se trouve préservé, voire renforcé par une concession qui lui ôte le souci d'un bien peu rentable.

Les cocontractants peuvent aussi conclure un bail emphytéotique ordinaire – non ecclésiastique – temporaire. Étienne Pasquier remarque d'ailleurs que les baux emphytéotiques temporaires sont parfois préférés aux baux perpétuels dans le but d'éviter la prescription centenaire³⁷². Pourtant, étant détenteur d'un droit sur la chose d'autrui, l'emphytéote ne possède pas pour lui-même ce qui neutralise, en théorie, la prescription centenaire. De plus, certaines coutumes prévoient une disposition selon laquelle le preneur ne peut prescrire contre son seigneur³⁷³. De son côté, Claude de Ferrière estime qu'au regard de la jurisprudence, le bail emphytéotique ne peut se conclure pour une durée supérieure à trois générations ou cent ans, contestant alors le caractère perpétuel du bail emphytéotique³⁷⁴. Ce constat est repris par Claude Fleury († 1723) qui affirme « qu'il [le bail emphytéotique] n'est point perpétuel parmi nous, et ne dure que quatre-vingt-dix-neuf années, comme si on avoit considéré le siècle comme la plus longue vie d'un homme »³⁷⁵. À l'inverse du droit romain, ces deux auteurs refusent la possibilité de contracter un bail emphytéotique perpétuel. Pour comprendre leur position, il faut préciser que ces auteurs exercent ou évoluent au sein du milieu judiciaire des pays de coutumes mais aussi dans le milieu ecclésiastique par le biais duquel ils pourraient subir l'influence de la règle canonique. Germain-Antoine Guyot propose un élément de réponse, en précisant qu'une

³⁷⁰ G. P. LANCELOTTI, *Institutiones iuris canonici...*, *op. cit.*, p. 385 : « Proventus ecclesiastici possunt vendi ad modicum tempus, & ad praecarium concedit, quae revocanda erit de quinquennio in quinquennium ». Le cas du précaire est laissé de côté ici. Il s'agit d'un contrat particulier, participant à la fois de la vente, de la donation et du bail emphytéotique. À l'époque moderne, ce contrat est inconnu en France et largement tombé en désuétude en Italie ; il ne présente donc pas d'intérêt pour l'étude.

³⁷¹ A. BARBOSA, *Augustini Barbosae...*, *op. cit.*, t. I, p. 31, n. 1.

³⁷² É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes...*, *op. cit.*, p. 710.

³⁷³ Ce point sera étudié en détail *infra*, p. 158 et s.

³⁷⁴ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste de Justinien...*, *op. cit.*, p. 230.

³⁷⁵ C. FLEURY, *Institution au droit françois*, t. I, Paris, Auguste Durand, 1858, p. 417. Dans le même sens, L. BILLECART, *Coutumes de Chaalons, avec les commentaires de Maistre Louis Billecart, avocat en parlement, où sont traitées les plus belles et les plus importantes questions du droit coutumier*, Paris, Charles de Sercy, 1676, p. 624 ; J.-B. DE BURIDAN, *Coutumes de la cité et ville de Rheims, villes et villages régis selon icelles, avec les commentaires sur chacun article, autorisez et confirmez par les loix romaines, et par les interprètes, par les conférences d'autres coutumes, par les ordonnances et par les arrêts qui servent à l'interprétation du texte, et à la décision des questions qui s'y prennent*, Paris, Louis Billaine, 1665, p. 88 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, t. I, p. 96 ; A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine...*, *op. cit.*, p. 333.

tendance se dégage selon laquelle le bail emphytéotique est généralement perpétuel dans le Midi et limité, en pratique, à quatre-vingt-dix-neuf ans dans les pays de coutumes³⁷⁶. Cette opinion doit cependant être traitée avec prudence dans la mesure où un certain nombre d'auteurs, originaires ou exerçant en pays de coutumes, considère qu'un bail à emphytéose peut être perpétuel³⁷⁷.

Qu'il soit temporaire ou perpétuel, ni la doctrine ni la jurisprudence ne font état d'un changement dans le régime juridique du bail emphytéotique. La durée du contrat ne transforme pas son essence³⁷⁸. La perpétuité n'est donc pas un critère essentiel du bail emphytéotique mais plutôt un caractère habituel. Il n'existe pas de borne temporelle fixe au-delà de laquelle le bail emphytéotique ne serait pas valide. En revanche, le fait qu'il soit un bail à long temps suggère l'existence d'une éventuelle durée minimale du contrat. L'analyse de la doctrine offre un début de réponse. Certains, comme Accurse († 1263), ont proposé une durée minimale de dix années mais il s'agit là d'un seuil fixé arbitrairement³⁷⁹. Il semble que les baux emphytéotiques soient généralement conclus pour au moins neuf ans, car il est d'usage de présumer, qu'à partir de cette durée, les baux emportent transfert du domaine utile³⁸⁰. Formellement, aucune durée minimale n'est prescrite, le bail emphytéotique pourrait donc être conclu pour une durée de quelques mois seulement. Néanmoins, une telle clause irait à l'encontre de l'économie du contrat. Le bail

³⁷⁶ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 325. *Contra* : J.-B.-L. HARCHER, *Traité des fiefs sur la coutume de Poitou*, *op. cit.*, t. I, p. 128.

³⁷⁷ Dans le sens d'une limitation de la durée du bail emphytéotique, outre Ferrière et Fleury cités précédemment, voir aussi P. DE L'HOMMEAU, *Maximes générales du droit français...*, *op. cit.*, p. 4 ; T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 474, n. 5548. *Contra* : L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 172 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 356 ; R.-J. POTHIER, « De la propriété », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 213.

³⁷⁸ Ce point est particulièrement visible dans l'analyse du canoniste Schmalzgrueber : « quamvis enim primaeva hujus Contractus natura sit, ut perpetuus sit, tamen etiam ad tempus, puta ad 10. 20. 30. pluresve annos, vel ad vitam concedentis, seu ad duas vel tres generationes pactis partium Emphyteusis concedi potest (...) nec ideo vera & propria Emphyteusis esse definit ; quia licet naturalia Contractus mutantur, non tamen nomen, vis, & substantia ipsius Contractus subvertitur ; quae in hoc maxime consistit, quod transferatur dominium utile cum onere praestandi annui canonis in recognitionem domini directi » (F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, *op. cit.*, t. III, p. 338, n. 89).

³⁷⁹ Rapporté par H. DONEAU, *Opera omnia*, *op. cit.*, p. 1257-1258 : « Longum tempus Accursius in *L. ult. D. si ag. vect.* Inter caeteras sententias recte sic accepit : quod esset, utminium, decem annorum ».

³⁸⁰ Voir notamment, É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian...*, *op. cit.*, p. 665 ; C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 14 ; P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit français...*, *op. cit.*, p. 180, note. Il convient de souligner que, dans la coutume de Valenciennes, l'emphytéose est immeuble au-dessus de dix-huit ans (art. 28, ch VI, BR, t. II, p. 243) mais ce seuil n'empêche pas les parties de contracter un bail emphytéotique d'une durée inférieure. Cette limite classique est aussi observée par G. BÉAUR, « Contrats d'exploitation et système de contrats dans la France d'Ancien Régime », *Exploiter la Terre. Les contrats agraires de l'Antiquité à nos jours. Actes du colloque international tenu à Caen du 10 au 13 septembre 1997*, éd. G. BÉAUR, M. ARNOUX, A. VARET-VITU, Rennes, Association d'Histoire des Sociétés Rurales, 2003 (*Bibliothèque d'Histoire Rurale*, 7), p. 37.

emphytéotique a vocation à mettre en valeur un immeuble, ce qui demande des investissements tant sur le plan financier que du point de vue du temps engagé. Ainsi, à moins d'accumuler les pertes, les parties n'ont aucun intérêt à s'accorder sur un contrat d'une durée trop restreinte.

Le bail à emphytéose est donc susceptible de se prolonger pendant les durées les plus diverses, allant de quelques années à plusieurs générations³⁸¹. Pour recouvrir cette diversité, le recours au standard juridique de la longue durée, c'est-à-dire une durée moyenne habituellement observée dans les baux emphytéotiques, permet de réunir sous une seule expression l'ensemble de ces contrats³⁸². Ce standard de la longue durée se comprend comme une notion, volontairement floue, qui se fonde sur une observation sociologique d'une pratique juridique. L'avantage d'un tel standard réside dans la souplesse qu'il offre pour qualifier la durée effective d'un bail emphytéotique. D'une part, il convient à un contrat dont la durée est fixée lors de la conclusion du contrat ou non. D'autre part, il indique que le contrat a vocation à se terminer, quand bien même le terme serait indéterminé. Dans le même temps, il suggère une pérennité de l'obligation associée au droit d'emphytéose. L'utilisation de cette expression générique est soufflée par Hugues Doneau qui met en évidence que le bail emphytéotique est amené à se prolonger pendant un certain nombre d'années, ce que, selon l'usage juridique, on appelle une « longue durée »³⁸³. Il appuie son raisonnement sur l'exemple de la prescription, mécanisme juridique où la longue durée apparaît comme la clé de voûte.

³⁸¹ Constat énoncé par François Connan de la façon suivante : « Hoc adeo perspicuum sit ex testimoniis iurisconsultorum quae proserunt, in quibus non iidem ubique modici, aut non multi temporis fines praestituuntur, sed alibi dies triginta sufficiunt, alibi quinque anni requiruntur : est ubi x necessarii » (F. CONNAN, *Parisiensis Consilarii...*, *op. cit.*, f. 458 v.). Deux siècles plus tard, François Hervé le remarque également de la façon suivante : « la jouissance viagère peut, par sa nature, être aussi longue, que la jouissance emphytéotique : car on peut jouir 50 ou 60 ans, & même plus, en vertu d'un bail à vie ; & la durée d'un bail emphytéotique peut être bornée à 20 ans » (F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, *op. cit.*, t. II, p. 332). Dans les coutumes, le bail emphytéotique est tour à tour qualifié de bail « à longues années », « perpétuel », voire « viager ». Voir les articles 120 et 246 de la coutume de Chalons (BR, t. II, p. 483 et p. 489), l'article 31 du titre VII de la coutume de Gorze (BR, t. II, p. 1081), l'article 7 du titre VII de la coutume de l'évêché et du comté de Verdun (BR, t. II, p. 430).

³⁸² Plus largement, dans son approche des baux à long terme, Paolo Grossi lie étroitement la longue durée et la concession d'un droit réel. Ces deux caractères font la spécificité de cette catégorie juridique. Voir P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus...*, *op. cit.*, p. 17-29. Sur le standard juridique, voir notamment S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, n. 80.

³⁸³ H. DONEAU, *Opera omnia*, *op. cit.*, p. 1258 : « Si quod erit prolixius tempus constitutum, sane id longum erit. Sed ut non sit longius, dummodo sint decem anni, id in usu iuris longum appellatur. Hinc longi temporis praescriptio dicta, non tantum quae est viginti, sed etiam quae decem annorum. (...) Sed & diuturnum & longum tempus veteribus idem valent. (...) Diu autem & diuturnum illi interpretantur non minus decennio (...). Unde intelligitur eos & longum tempus eodem modo accipere. ».

En définitive, sous l'Ancien Régime, la durée du droit d'emphytéose tend à diminuer, voire à être limitée dans certaines régions du Nord de la France. La perpétuité, caractéristique du bail emphytéotique romain, est alors renouvelée au profit d'un nouveau standard juridique, la longue durée.

CONCLUSION DE CHAPITRE

L'étude des coutumes officielles indique que le contrat emphytéotique est intégré dans vingt-trois d'entre elles. La plupart – quinze – sont localisées dans le Nord-Est de la France et sont organisées autour d'un épicode centré sur la Lorraine. Autour de ce noyau, la conception romaine de l'emphytéose apparaît mieux conservée, tandis qu'elle subit davantage d'altérations en périphérie. En outre, trois coutumes rédigées du Sud-Ouest et cinq coutumes du Centre encadrent également le bail emphytéotique. L'insertion éparse de ce contrat dans les coutumes officielles peut s'expliquer par deux facteurs principaux : les influences des territoires limitrophes – Saint-Empire romain germanique, Provinces-Unies et Italie – qui ont eux-mêmes reçu ou ont conservé le bail emphytéotique romain et l'organisation foncière moins fortement féodalisée que dans les coutumes de l'Ouest. Au contact des droits coutumier et féodal, le bail emphytéotique – ainsi assimilé par les coutumes – subit un renouvellement important. Il est notamment astreint aux formalités de formation des contrats emportant transfert de propriété. De plus, l'étendue du droit d'emphytéose est qualifiée de *dominium utile*. Il est alors considéré comme une sorte de droit réel, sans que les auteurs d'Ancien Régime parviennent à en clarifier complètement la nature. Le caractère perpétuel, incontournable en droit romain, du bail à emphytéose est également contesté par une partie d'entre eux. Toutes ces controverses permettent néanmoins d'identifier trois obligations essentielles du contrat emphytéotique d'Ancien Régime : une obligation de délivrance imposée au bailleur et des obligations d'amélioration et de paiement contraignant l'emphytéote.

Par conséquent, l'intégration du bail emphytéotique dans les coutumes conduit progressivement à sa naturalisation et, dès lors, à la mise en évidence d'un nouveau contrat, distinct de l'institution romaine et empruntant certains traits saillants du droit coutumier. Se délestant d'une partie de ses contours romains, il acquiert une nouvelle physionomie. Tout porte alors à le désigner comme un contrat français. Même si les pratiques judiciaire et notariale ont contribué, en partie, à cette assimilation, l'effort doctrinal apparaît primordial. Par l'analyse puis la systématisation des conditions et effets du bail emphytéotique, la réflexion doctrinale a ainsi largement favorisé son absorption dans l'ancien droit.

Chapitre 2 La fixation du régime du bail emphytéotique

L'insertion du bail emphytéotique dans les coutumes rédigées a conduit au renouvellement de ce contrat mais également à la fixation de son régime. Les dispositions encadrant le régime du bail emphytéotique romain s'avèrent, en partie, inadaptées au regard de l'organisation foncière de l'époque moderne. L'absorption de ce contrat dans l'ancien droit modifie sensiblement l'équilibre contractuel instauré par le droit romain, même réinterprété. L'évolution du régime du bail emphytéotique révèle alors un mouvement général et progressif de basculement, qui se poursuit tout au long de l'époque moderne, au cours duquel les pouvoirs du propriétaire direct s'affaiblissent, au profit d'un emphytéote qui voit ses droits s'affermir. Cette première dynamique va de pair avec un second mouvement de fond, sous l'influence duquel le contrat emphytéotique romain est peu à peu dénaturé. Ainsi, certaines règles d'origine romaine sont-elles graduellement fixées sous l'Ancien Régime, mais au prix d'altérations profondes (**Section 1**). Ces règles issues du droit romain demeurent cependant lacunaires et ne permettent pas d'établir un régime juridique complet pour le bail emphytéotique. C'est pourquoi d'autres dispositions empruntées à ce que les juristes tiennent pour le droit commun coutumier viennent enrichir le régime. Par ce biais, le bail emphytéotique s'éloigne progressivement de sa physionomie romaine. Dès lors, le régime du bail emphytéotique est assimilé dans l'ancien droit (**Section 2**).

Section 1 L'altération des règles romaines encadrant le bail emphytéotique

Les constitutions impériales du droit romain tardif, rassemblées dans le titre 66 du quatrième livre du Code de Justinien, imposent trois séries de dispositions encadrant le régime du bail emphytéotique. Ces dispositions apparaissent davantage comme des solutions éparses répondant à des difficultés rencontrées par la pratique plutôt que comme un véritable système de règles complet. Elles font toutefois l'objet d'une étude approfondie par les auteurs de l'époque moderne, qui ne manquent pas de constater une altération nette des règles d'origine romaine au contact des coutumes. Ces lois romaines fixent, tout d'abord, la répartition des risques entre le bailleur et l'emphytéote (§1), puis, la procédure

d'aliénation devant être suivie par l'emphytéote qui envisage de céder son droit (§2) et, enfin, les causes et les effets de l'extinction du contrat emphytéotique (§3).

§. 1 Une répartition distributive des risques

Un premier corps de règles subsidiaires vient encadrer le régime romain du bail emphytéotique. Elles sont issues de la constitution de Zénon, promulguée entre 477 et 484 et insérée au titre 66 du livre IV du Code de Justinien. À défaut de convention particulière entre les parties, elles fixent les dispositions relatives à la responsabilité en cas de survenance d'un cas fortuit³⁸⁴. Il faut souligner qu'en droit romain, il est d'usage de distinguer entre la force majeure (*vis major* ou *damnum fatale*) et le cas fortuit (*vis minor*), le premier désignant un événement irrésistible comme la guerre ou les catastrophes climatiques, le second englobant les événements imprévisibles comme l'incendie³⁸⁵ ; distinction que la doctrine d'Ancien Régime reprend à son compte³⁸⁶. Pourtant, la constitution de Zénon, qui n'emploie que l'expression de cas fortuits³⁸⁷, regroupe sous ce terme les événements irrésistibles et imprévisibles et règle la répartition des risques selon un critère quantitatif³⁸⁸. Ainsi, le bailleur supporte la perte totale de la chose emphytéotique. Puisque l'objet du contrat a disparu, le preneur est libéré de l'ensemble de ses obligations, en particulier le paiement du canon emphytéotique. En revanche, le preneur supporte la charge de la perte partielle de la chose emphytéotique. La perte partielle suppose que la chose emphytéotique demeure, en l'occurrence le fonds immeuble

³⁸⁴ C., 4, 66, 1 : « (...) ita ut si interdum ea quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta : si quidem tanta emerit clades, quae prorsus etiam ipsius rei quae per emphyteusim data est, faciat interitum : hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino qui quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Sin vero particulare, vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia : hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. »

³⁸⁵ Ulpian définit la force majeure comme : « omnem vim, cui resisti non potest » (*D.*, 19, 2, 15, 2) et le cas fortuit comme : « casus nullum humanum consilium providere potest » (*D.*, 50, 8, 2, 7). Sur la distinction entre *vis major* et *vis minor*, voir P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess Éditions Romandes, 2020, p. 457 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 591-592. Pour un aperçu dans le droit contemporain, voir J. MOURY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD civ.*, 2004, p. 471-480 ; P.-H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992 (*Bibliothèque de droit privé*, t. 220), p. 9-10 ; L. JOSSERAND, « Force majeure et cas fortuit », *DH*, 1934, p. 25-28.

³⁸⁶ Voir J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 58, n. 6 ; J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, *op. cit.*, t. I, V^{is} Cas fortuits, p. 261-262.

³⁸⁷ Il ne s'agit pas du seul texte qui écarte la distinction classique entre force majeure et cas fortuit, voir notamment *Inst.*, 3, 15, 2 et *C.*, 4, 65, 1. Nous utiliserons indifféremment, dans la suite de ces développements, force majeure et cas fortuits puisque la distinction ne porte pas à conséquence pour le bail emphytéotique.

³⁸⁸ Sur ce point, voir L. MARIE, *Du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats de droit civil*, Caen, Imprimerie Ch. Valin, 1896, p. 390-395.

continue d'exister même si ce n'est que pour partie. Dans cette hypothèse, le preneur continue d'être tenu de l'ensemble de ses obligations contractuelles, y compris de la redevance. En effet, le canon emphytéotique est dû à raison du sol et tant qu'il subsiste, ainsi que l'indique Ulpien de la façon suivante : « vectigal enim hoc sic appellatur solarium, ex eo quod pro solo pendatur »³⁸⁹. Les dispositions relatives aux cas fortuits mettent en avant une différence fondamentale avec le louage, dans lequel le locataire est déchargé du loyer en raison des cas fortuits³⁹⁰, ou avec la vente, dans laquelle l'acheteur reste tenu du prix si la chose périt³⁹¹. À l'époque moderne, la répartition des risques entre bailleur et emphytéote est reprise mais adaptée du droit romain tardif. Cette réception transparait à la fois au regard du partage de la responsabilité en cas de perte de la chose emphytéotique (A), mais également dans le refus de réévaluer la redevance au cours de l'exécution du contrat (B).

A. Le partage de la responsabilité en cas de perte de la chose emphytéotique

La règle de droit romain, selon laquelle l'emphytéote supporte la charge de la perte partielle de la chose et le bailleur la perte totale, connaît une stabilité remarquable. Cette répartition distributive des risques entre les parties est largement reprise par les auteurs humanistes³⁹². Ils ne manquent pas de préciser les cas de force majeure ou les cas fortuits dans lesquels cette disposition a vocation à s'appliquer. Deux types de situations retiennent leur attention : les dégâts liés aux éléments naturels (glissement de terrain, grêle, orage, inondation...) et les ravages de la guerre. De ce point de vue, l'apport des humanistes tend davantage à reproduire les solutions romaines qu'à innover. Seul Jacques Cujas introduit une nuance : le critère de la répartition des risques reposerait sur la conservation de la substance de la chose. Si la substance de la chose est atteinte, les risques sont couverts par

³⁸⁹ *D.*, 43, 8, 2, 17.

³⁹⁰ Par exemple, *D.*, 19, 2, 15, 2 : « Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur ».

³⁹¹ *Inst.*, 3, 24, 2, 3 : « Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit ».

³⁹² Par exemple, É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 440-441 ; F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consilarii...*, *op. cit.*, p. 460 r. et v. ; J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani*, *op. cit.*, p. 7 et p. 11 ; F. BAUDOIN, *Jurisprudentia romana et attica...*, *op. cit.*, t. I, p. 1082 ; H. DONEAU, *Opera omnia*, *op. cit.*, p. 1273, n. 23 : « Caeterum, si ex eo casu totus fundus sit absumptus, placet emphyteutam amplius nihil debere. ».

le bailleur, mais si elle est préservée, c'est sur le preneur que reposent les risques³⁹³. Cette conception ne trouve pas d'écho dans le reste de la doctrine, qui continue de lui préférer le critère quantitatif, plus aisé à mettre en application car moins sujet à controverse³⁹⁴. En revanche, les humanistes recherchent les motifs de cette répartition des risques. Selon Étienne Pasquier, une telle règle s'explique au regard de la portée des droits concédés à l'emphytéote³⁹⁵. Le droit de l'emphytéote est plus étendu que celui d'un simple locataire, ce qui implique, en contrepartie, une responsabilité plus grande. Néanmoins, en cas de disparition totale du fonds, ce n'est pas au preneur de prendre ces pertes à sa charge puisqu'il n'est pas propriétaire. Une telle interprétation ne se comprend que si le bailleur est considéré comme le véritable propriétaire de la chose concédée à emphytéose. C'est le cas pour la majorité des humanistes³⁹⁶. En réalité, l'emphytéote n'est pas à l'abri de toute perte dans la mesure où il voit s'éteindre son droit d'emphytéose. Pourtant, alors qu'un basculement s'amorce au XVII^e siècle et qu'au siècle suivant l'emphytéote est largement assimilé au propriétaire, la règle romaine de distribution des risques demeure.

Les auteurs des XVII^e et XVIII^e siècles reprennent généralement cette règle³⁹⁷, tout comme les feudistes³⁹⁸ ou encore les auteurs de l'École moderne du droit naturel ou

³⁹³ J. CUJAS, *Opera omnia*, *op. cit.*, t. IX, p. 417 : « Id etiam hac lege 1. exprimitur ut contracta emphyteusis quicquid inter se convenerint contrahentes de vi majores, aut casibus fortuitis, id ratum habeatur, quod & in locatione servatur, l. 8 de loc. & cond. Sed si de hoc nihil inter dominum & emphyteuticarium convenerit, eadem cavetur, ut praedii absumpti periculum pertineat ad dominum, ut si fundus chasmate, vel domus incendio perierit ; sed si portio dumtaxat perierit chasmate, vel alio modo, vel aliud damnum contigerit salva rei substantia, lex constituit ut hoc damnum pertineat ad emphyteuticarium. Igitur vis divina, aut grando, procella, calamitas, inundation fluminis, & hostilis devastatio, pertinent ad onus emphyteuticarii ».

³⁹⁴ En ce sens, voir notamment, É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 440-441 ; F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consilarii...*, *op. cit.*, p. 460 r. et v. ; J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani*, *op. cit.*, p. 7 ; F. BAUDOUIN, *Jurisprudentia romana et attica...*, *op. cit.*, t. I, p. 1082 ; H. DONEAU, *Opera omnia...*, *op. cit.*, p. 1273.

³⁹⁵ É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien...*, *op. cit.*, p. 714-715 : « car nous n'excusons le preneur emphytéotique de la vimaire, parce qu'il n'est point estimé simple locataire, ains aucunement propriétaire, *cujus damno cedit res* ; et, néanmoins, est excusé quand il est totalement privé de la jouissance de l'héritage a luy baillé : d'autant qu'il n'est proprement estimé, en tout et partout, propriétaire dudit héritage, *sed secundum quid*, pour user du terme des dialecticiens, et qu'en fin de temps il est contrainct de quitter l'héritage, *impetu illo et vi majore hostium* ».

³⁹⁶ En ce sens, voir É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 440-441 ; F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consilarii...*, *op. cit.*, p. 460 v. ; F. BAUDOUIN, *Jurisprudentia romana et attica...*, *op. cit.*, t. I, p. 694 ; É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien...*, *op. cit.*, p. 714-715 ; A. FAVRE, *Codex Fabrianus...*, *op. cit.*, p. 494.

³⁹⁷ Entre autres : A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 13-15 ; A. DESPEISSES, *Œuvres...*, *op. cit.*, t. III, p. 57-58, n. 26-27 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, *op. cit.*, p. 563-564, n. 28 ; ID., *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, t. II, Paris, M. Guignard, 1714, p. 205, n. 4 ; G. ARGOU, *Institution au droit français...*, *op. cit.*, t. II, p. 300-301 ; F.-I. DUNOD DE CHARNAGE, *Observations sur les titres des droits de justice, des fiefs, des cens...*, *op. cit.*, p. 206, n. 4 ; A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine*, *op. cit.*, p. 331.

³⁹⁸ Par exemple, F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 425.

influencés par elle³⁹⁹. Toutefois, ils adaptent la règle romaine à l'organisation de la propriété simultanée. Ainsi, Claude de Ferrière justifie cette distinction romaine car « la perte des choses regarde ceux auxquels elles appartiennent »⁴⁰⁰, c'est-à-dire tant le seigneur direct que le seigneur utile. Gabriel Argou précise qu'en cas de perte totale du fonds sur lequel l'emphytéose est assise, « la perte tombe alors sur les deux propriétaires : l'un perd la propriété utile, & ne reçoit plus de fruits ; l'autre perd la propriété directe, & ne peut plus exiger la pension »⁴⁰¹. De la même façon, la jurisprudence des arrêts rappelle régulièrement le principe de répartition des risques⁴⁰², tout en l'appuyant sur la division du domaine⁴⁰³. La règle romaine n'a donc pas été transposée telle quelle, mais la doctrine et la pratique judiciaire se sont efforcées de la conformer à l'organisation foncière d'Ancien Régime. Seule la technicité de la disposition romaine est conservée, mais les motifs qui gouvernent la loi, son esprit, ont été profondément bouleversés. Désormais, c'est en tant que propriétaire utile que l'emphytéote supporte les risques dont peut souffrir la chose emphytéotique. À l'inverse, c'est comme seigneur direct que le bailleur continue de toucher le canon emphytéotique, y compris si des circonstances exceptionnelles contribuent à ravager le fonds sans le détruire entièrement. L'influence romaine, si elle est incontestable, apparaît soumise à l'esprit du droit commun coutumier qui se réapproprie la répartition distributive des risques, contribuant ainsi à intégrer le bail emphytéotique à l'ancien droit.

En même temps que l'ancien droit s'approprie les règles d'origine romaine, un droit commun du bail emphytéotique se fixe. La constitution de Zénon, telle qu'elle est réinterprétée en droit français, participe de ce régime commun. Jean Domat le met bien en évidence, en considérant que la répartition distributive des risques est une suite de la nature du bail emphytéotique⁴⁰⁴. Alors qu'en droit romain, des dispositions éparses venaient régir

³⁹⁹ Notamment, J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, p. 63, n. 8 ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, p. 287, n. 39 ; R.-J. POTHIER, « Des cens », *Œuvres de Pothier...*, *op. cit.*, p. 640.

⁴⁰⁰ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, t. I, p. 564, n. 28.

⁴⁰¹ G. ARGOU, *Institution au droit français*, *op. cit.*, t. II, p. 301.

⁴⁰² Par exemple dans une décision du 9 août 1597, rapportée par Brillou : P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 49, n. 65.

⁴⁰³ Voir notamment dans une décision du parlement de Rouen en date du 20 juin 1759, rapportée par David Houard : D. HOUARD, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la Coutume de Normandie, où l'on trouve la résolution des questions les plus intéressantes du droit civil et ecclésiastique de cette province, conformément à la jurisprudence des arrêts*, t. II, Rouen, Le Boucher, 1780, p. 320.

⁴⁰⁴ J. DOMAT, *Les lois civiles...*, *op. cit.*, p. 64, n. 8 : « Il s'ensuit de la nature de l'emphytéose, que tous les cas fortuits qui ne font périr que les revenus, ou les améliorations de plans, bâtiments, & autres quelles qu'elles soient, qui ont été faites par l'emphytéose, sont à ses périls ». On retrouve cette idée de droit

les cas pathologiques, dans l'ancien droit, un régime propre au bail emphytéotique est progressivement identifié par une partie de la doctrine. Le bail à emphytéose n'est plus étranger à la classification des contrats de droit français mais partie prenante. Dès lors, l'esprit du bail emphytéotique romain a été transformé, même si les solutions techniques relatives à la gestion des risques survenus au cours de l'exécution du contrat ont été conservées. Une évolution similaire peut être observée quant à la réévaluation de la redevance.

B. Un refus persistant de réévaluer la redevance

La survenance de cas fortuits dans le bail emphytéotique emporte des conséquences du point de vue de la révision de la redevance. En principe et tant que le fonds, objet du contrat, n'est pas entièrement détruit, le preneur ne peut demander de diminution du canon emphytéotique. Cela vaut tant en cas de guerre qu'en cas de conditions climatiques difficiles pendant plusieurs années ou toute autre situation relevant de la force majeure. S'appuyant sur le droit romain, Jacques Cujas⁴⁰⁵, Hugues Doneau⁴⁰⁶ ou Étienne Pasquier⁴⁰⁷ estiment qu'il s'agit là d'une position médiane entre le régime du simple locataire et celui du plein propriétaire, mettant ainsi en évidence la spécificité du statut de l'emphytéote.

Charles Du Moulin estime toutefois cette solution trop rigoureuse pour le preneur et propose un mécanisme original⁴⁰⁸. Il distingue trois cas selon le montant du canon emphytéotique. Tout d'abord, si le montant de la redevance est très faible, la solution romaine trouve à s'appliquer, c'est-à-dire que l'emphytéote n'est pas en mesure de

commun esquissé chez Gabriel Argou (*Institution au droit françois, op. cit.*, t. II, p. 300 : « il y a trois clauses que les loix y suppléent, quand les parties n'ont point fait de conventions contraires »).

⁴⁰⁵ J. CUJAS, *Opera omnia, op. cit.*, t. IX, p. 417 : « Duplex est praediorum onus : canon, qui praestatur domino, hic non remittitur ob vim majorem vel sterilitatem : tributum, quod praestatur fisco, l. 2 *inf. de praediis tamiacis*. Hoc tributum saepe a fisco remittitur ob vim majorem ».

⁴⁰⁶ H. DONEAU, *Opera omnia, op. cit.*, p. 1273, n. 23 : « Et ut intelligatur, quantopere debeatur haec pensio, de eius praestatione ita cautum est lege Zenonis, *L. 1 C. de iur. Emph.* ut placeat nec propter casus fortuitos in agro vectigali incidentes quoscumque, & quantumcumque de praedio abstulerint, emphyteutam ulla ex parte eius pensionis praestatione liberari. Veluti, si fundus occupatus sit a mari aut flumine, si hiatus terrae quid absumpserit. Hac tamen conditione, quandiu quid ex eo fundo vel minimum supererit. Caeterum, si ex eo casu totus fundus sit absumptus, placet emphyteutam amplius nihil debere. Idem ergo dicemus, si propter hostium vim aut latronum potentiam fundus non possit possideri. Nam quomodo fundus auferatur emphyteutae ne eo frui liceat, nihil interest. Et hi casus in eadem causa habentur in *L. cum unus, § ult. D. de reb. auct. iud. poss.* Haec de pensione ».

⁴⁰⁷ É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien...*, *op. cit.*, p. 714-715 : « Et, en cecy, nous gardons une moyenne jurisprudence : car nous n'excusons le preneur emphytéotique de la vimaire, parce qu'il n'est point estimé simple locataire, ains aucunement propriétaire, *cujus damno cedit res* ; et, néanmoins, est excusé quand il est totalement privé de la jouissance de l'héritage a luy baillé : d'autant qu'il n'est proprement estimé, en tout et partout, propriétaire dudit héritage, *sed secundum quid*, pour user du terme des dialecticiens, et qu'en fin de temps il est contrainct de quitter l'héritage, *imperu illo et vi majore hostium* ».

⁴⁰⁸ C. DU MOULIN, *Caroli Molinaei franciae et germaniae ...*, *op. cit.*, t. I, p. 824, n. 63-68.

demander de diminution de la redevance. L'auteur avance deux raisons pour justifier cette règle : d'une part, s'acquitter du canon permet à l'emphytéote de signifier sa reconnaissance de la directe seigneuriale et ainsi de conserver le domaine utile ; d'autre part, la modicité de la somme exclut qu'elle représente une compensation pour les fruits non perçus par le bailleur, il n'y a donc pas lieu de les prendre en compte quant au paiement du canon. En revanche, si la redevance consiste en un montant important qui peut s'analyser comme une compensation pour le bailleur des fruits non perçus, Charles Du Moulin considère que l'emphytéote peut prétendre à une remise pour cause de stérilité. Au soutien de cette proposition, il invoque l'équité qui agit comme correctif contre la rigueur de la solution romaine. Le contrat ainsi considéré s'écarte du bail emphytéotique ordinaire, dans lequel la redevance est généralement modique, ce qui conduit à prévoir un assouplissement du régime ordinaire. Toutefois, il est à noter que Charles Du Moulin ne préconise pas une remise automatique sur le montant de la redevance en raison d'un cas fortuit mais une appréciation au cas par cas. Par exemple, il estime qu'une mauvaise récolte peut donner lieu à une diminution de la redevance uniquement si l'abondance des récoltes précédentes ne permet pas de compenser la situation présente. Enfin, l'auteur suggère une solution intermédiaire pour le cas où le montant de la redevance serait moyen – ni très faible, ni considérable – en acceptant une diminution de la redevance uniquement si la situation perdure pendant un « long temps » qu'il fixe à un minimum de cinq années. Ce mécanisme, complexe dans sa mise en œuvre, laisse une marge de manœuvre importante à l'interprétation du juge qui doit rendre sa décision en équité en vue de corriger la rigueur du droit romain. En tout état de cause, une éventuelle remise ou diminution de la redevance demeure limitée aux contrats de bail emphytéotique dans lesquels la redevance, versée en argent ou en nature, est proportionnée aux fruits perçus par l'emphytéote.

Le mécanisme exposé par Charles Du Moulin est défendu par Antoine Despeisses († 1658)⁴⁰⁹ ou François de Boutaric⁴¹⁰. Néanmoins, à l'époque moderne, la majorité des commentateurs des traités de droit romain continue de privilégier la solution issue de la *ratio scripta* qui empêche toute révision du canon emphytéotique, en cas de stérilité du fonds emphytéotique⁴¹¹. À ce titre, Claude de Ferrière rejette en bloc la solution

⁴⁰⁹ A. DESPEISSES, *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 58, n. 27.

⁴¹⁰ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 425.

⁴¹¹ En ce sens, voir notamment L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 174 : « & ne faut distinguer s'il paye grande ou petite redevance, par ce qu'à raison de l'une ou de l'autre, on répute tousjours que c'est une emphytéose : & partant pour quelque stérilité qui puisse advenir sans avoir esgard à telle

de Charles Du Moulin, arguant de la spécificité de l'emphytéote qui n'est ni un fermier, ni un locataire ordinaire⁴¹². Pour cet auteur, le bailleur ne peut être obligé de diminuer la pension en cas de stérilité du fonds pendant plusieurs années consécutives, quand bien même le canon emphytéotique serait élevé. Au demeurant, les tribunaux semblent avoir opté pour cette solution, en se fondant sur le fait que la perte partielle du fonds ne regarde que la propriété utile⁴¹³.

En revanche, l'opinion dominante admet des aménagements quant à la révision de la redevance emphytéotique lorsque la guerre conduit à l'occupation du fonds par l'armée ennemie. Ainsi, au XVI^e siècle, Louis Le Caron admet que l'emphytéote est déchargé de la redevance, tout le temps de l'occupation⁴¹⁴. En effet, la perte du fonds, même si elle demeure éventuellement limitée dans le temps, est totale et ne pèse donc pas sur l'emphytéote. Charles Loyseau prolonge ce raisonnement pour l'appliquer à une situation qu'il affirme rencontrer fréquemment⁴¹⁵. Dans son exemple, une maison a été baillée à emphytéose et elle est entièrement démolie en raison d'une guerre. Il s'agit alors de déterminer si l'emphytéote sera tenu de s'acquitter de la rente jusqu'à la perte de la maison seulement ou jusqu'à son déguerpissement puisqu'il lui reste l'espace pour reconstruire. L'auteur estime que le canon emphytéotique est dû jusqu'au déguerpissement. Pour cela, il explique que « l'emphytéote ne demeure point quitte de la redevance, si la chose n'est

distinction, ne sera faite remise ou diminution de la redevance à l'emphytéote ». Mais aussi : A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 13-15 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 231-232 ; G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. II, p. 300 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, t. I, p. 97, n. 10 ; A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine...*, *op. cit.*, p. 331-333.

⁴¹² C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, t. I, p. 559-560, n. 15-16.

⁴¹³ Voir en ce sens, une décision rendue à Tours, le 4 mars 1563 et rapportée par Brillon (P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 46, n. 5) ou encore un arrêt du parlement de Rouen, en date du 20 juin 1759 et rapporté par Houard (D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 320).

⁴¹⁴ L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 179 : l'auteur s'appuie sur un arrêt de décembre 1564. Voir aussi R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », *Les œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 28-30. Certaines décisions de justice vont aussi en ce sens. C'est le cas d'une décision rendue le 27 juillet 1599 et rapportée par Nicolas-Guy du Rousseaud de la Combe (N.-G. DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, L. Fuet, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale, par ordre alphabétique avec les pragmatiques, concordats, bulles & indults des Papes ; Ordonnances, édits & déclarations de nos Rois ; Arrêts & reglemens intervenus sur cette matière dans les différens tribunaux du royaume jusqu'à présent par Me Guy Du Rousseaud de La Combe, avocat au Parlement sur les mémoires de feu Me Fuet, aussi avocat au Parlement*, Paris, De Nully, 1748, p. 204). En l'espèce, un emphytéote demandait à être déchargé d'un tiers du canon emphytéotique pour la perte de ses récoltes des années 1594 et 1595, en raison de la grêle et du gel. Les juges rappellent que l'emphytéote est tenu des cas fortuits et qu'il ne peut donc demander la diminution ou la suppression de la redevance en cas de stérilité du fonds emphytéotique. Ils n'envisagent qu'une seule exception : si en cas de guerre, l'emphytéote a été privé entièrement de la jouissance des fruits. Cela n'est pas le cas en l'espèce. *Contra* : la décision précitée rendue à Tours, le 4 mars 1563, rapportée par Brillon (P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 46, n. 5).

⁴¹⁵ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 95-96, n. 20-24.

entièrement périe »⁴¹⁶. Or, il considère que l'espace où se tenait la maison abattue constitue encore une partie de l'immeuble concédé. Charles Loyseau distingue ici nettement le bail emphytéotique du contrat de superficie, puisque le sol autant que le bâtiment sont objets du contrat emphytéotique. Une telle solution démontre également que la répartition des risques entre le bailleur et l'emphytéote pèse, en pratique, surtout sur le second. Au XVIII^e siècle, Claude de Ferrière précise, cependant, que si cette occupation est simplement partielle, le paiement du canon emphytéotique demeure exigible par le bailleur⁴¹⁷.

En somme, l'assouplissement du droit romain au regard de la gestion des risques dans le contrat de bail emphytéotique ne connaît pas une systématisation précise et les circonstances guident son application. Néanmoins, le principe esquissé par le droit romain demeure et ce n'est qu'à titre d'exception que la règle a été adaptée, au cas par cas, aux cadres propres à l'ancien droit. En comparaison, ce sont des altérations plus substantielles du droit écrit qui touchent les mesures relatives à l'aliénation du bail emphytéotique.

§. 2 *Un encadrement corrigé de la procédure d'aliénation*

En droit romain tardo-impérial, une constitution de l'empereur Justinien organise de façon précise et rigoureuse la procédure par laquelle l'emphytéote est susceptible d'aliéner son droit d'emphytéose mais aussi les « améliorations » qui résultent du contrat⁴¹⁸. Par ce terme d'« amélioration », les juristes romains – puis les auteurs français à leur suite – entendent l'ensemble des prestations réalisées par l'emphytéote qui augmentent la valeur du fonds. Les dispositions de cette constitution impériale font primer la loi des parties, qui demeure le principe, et forment donc un droit subsidiaire, applicable à défaut de clauses contractuelles relatives à cette question ou en cas de perte du contrat. En l'absence de clause contractuelle, une procédure complexe, prenant en compte les intérêts de l'emphytéote et du bailleur, s'applique. Dans un premier temps, l'emphytéote doit s'assurer du consentement du bailleur à l'aliénation. Il lui signifie son intention d'aliéner et

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 96, n. 22.

⁴¹⁷ C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, t. I, p. 560, n. 17. *Contra* : C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 139-140, n. 9-12 : Loyseau considère que la faculté de déguerpissement qui est offerte à l'emphytéote lui permet de s'exempter d'une perte qui serait trop lourde à supporter, c'est pourquoi « [i]l faut donc que le contrat soit entièrement entretenu, ou tout à fait résolu : c'est-à-dire, ou que la redevance soit payée toute entière ou que le preneur s'en décharge entièrement par le déguerpissement ».

⁴¹⁸ C. 4, 66, 3. Sur cette question en droit romain, voir P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, *op. cit.*, p. 389-390 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 414 ; R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. DE MEULENAERE, t. IV, Paris, A. Marescq, 1878, p. 251-252.

l'informe du prix convenu. À ce stade, le bailleur est titulaire de ce qu'il est possible d'appeler un droit de préférence⁴¹⁹ qu'il peut choisir ou non de faire valoir. Dans le premier cas, le propriétaire offre d'acheter au prix proposé le droit d'emphytéose ; il est alors préféré aux autres acheteurs potentiels. Dans le second cas, le propriétaire refuse explicitement d'acheter au prix convenu ou garde le silence pendant plus de deux mois ; l'emphytéote est alors libre de vendre à n'importe quel acquéreur, à condition qu'il soit capable de contracter un bail emphytéotique. Le propriétaire est forcé d'accepter le nouveau preneur. En échange, il reçoit des droits de mutation qui ne peuvent excéder un cinquième du prix ou de l'estimation du fonds emphytéotique (*laudemium*). Si le propriétaire refuse malgré tout de reconnaître le nouveau preneur, après un délai de deux mois à compter de la signature du contrat, le transfert du droit d'emphytéose ou des améliorations a lieu sans le consentement du bailleur. La sanction prévue pour l'emphytéote qui ne s'assurerait pas du consentement du propriétaire est sévère puisqu'il encourt la déchéance de son droit d'emphytéose.

À l'époque moderne, la complexe procédure d'aliénation prévue par le droit de Justinien connaît d'importantes modifications. Cette évolution peut être mise en lien avec les fondements des droits seigneuriaux. Jean-Jacques Burlamaqui († 1748) les explicite de la façon suivante :

« Mais il arrive souvent, que celui qui aliène se réserve encore quelque prétention, quelque droit, quelque casualité, qui a lieu en cas de certains événements, et cela, ou parce qu'on en est expressément convenu dans l'acte même d'aliénation, comme quand on vend une chose sous condition de *retrait*, ou qu'on aliène sous clause compromissoire, ou qu'on en transfère seulement le domaine utile ou la propriété restreinte et imparfaite, comme dans la concession d'un fief et dans les *baux emphytéotiques*, ou parce que l'aliénation renfermait une condition tacite qui, venant à s'accomplir, fait revivre le droit de l'ancien propriétaire »⁴²⁰.

Selon Jean-Jacques Burlamaqui, la prétention du seigneur direct en cas d'aliénation du fonds découle soit des clauses contractuelles convenues entre les parties, soit de la division du domaine, soit d'une condition tacite qui conduit à retrouver un droit de propriété plein et entier. De ces trois hypothèses, la seconde intéresse particulièrement le régime du bail

⁴¹⁹ Cette expression n'est pas utilisée par en droit romain où il est question d'un *jus praelationis* (C., 4, 66, 3). La doctrine d'Ancien Régime préfère l'expression de « droit de prélation », traduction littérale du droit romain.

⁴²⁰ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, t. III, Paris, B. Warée, 1820-1821, p. 190. Dans le même sens : J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 205-206.

emphytéotique. L'auteur montre alors que la division du domaine s'accompagne d'une persistance de certains droits du seigneur qui se traduit notamment par des privilèges attachés au bailleur. Ainsi, dans l'éventualité où le seigneur direct bénéficierait d'une faculté de refuser ou consentir à l'aliénation du domaine utile, elle découlerait de sa rétention d'un domaine direct. Il est à noter que cette justification diffère des motifs qui sous-tendent la législation romaine, dans laquelle le bailleur demeure propriétaire du fonds emphytéotique⁴²¹. C'est alors en raison de son titre de propriété que son consentement apparaît nécessaire pour toute aliénation du droit d'emphytéose. Dans l'ancien droit, la modification des fondements même des droits du bailleur conduit à renouveler la procédure d'aliénation du droit d'emphytéose, par l'abandon du consentement du seigneur à la cession (A) et par le paiement de droits de mutation d'origine seigneuriale (B).

A. L'abandon du consentement du bailleur

Les constitutions impériales byzantines exigeaient le consentement du bailleur pour toute aliénation du droit d'emphytéose. Cette condition tend à s'étioler au contact de l'organisation foncière d'Ancien Régime, fondée sur la simultanéité des propriétés. Au sein du courant humaniste, plusieurs auteurs rappellent la règle de droit romain selon laquelle toute aliénation du fonds emphytéotique est conditionnée par le consentement du bailleur⁴²², tout en réservant le cas des héritiers venant à la succession⁴²³. L'examen des solutions romaines est à peine tempéré chez Hugues Doneau lorsqu'il évoque des lois postérieures venant les modifier, mais sans donner plus de précision⁴²⁴. De son côté,

⁴²¹ Sur ces questions, voir A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, « Les droits des particuliers sur les domaines impériaux... », *loc. cit.*, p. 311-328.

⁴²² Par exemple, É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 443 : « Idem deinde constituit, ut εμphyτεύωσ ius emphyteuticum non aliter vendat, quam domino denunciaverint : qui intra duos menses pretium quod emptor alius numeraturus erat, dare, & emphyteuticum ius sibi comparare possit. Eo vero tempore praeterito, cuilibet emptori recte emphyteuta vendat, quem in possessionem admittere dominus teneatur, quinquagesima parte pretii accepta ». Voir aussi J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani...*, *op. cit.*, p. 9 ; A. MORNAC, *Antonii Mornacii in senatu parisiensi patroni observationes in quatuor priores libros codicis, ad usum fori gallici*, t. III, Lutetiae parisiorum, Montalant, 1721, p. 1070-1074 ; G. MARAN, *Ad titulum C. de jure emphyteutico...*, *op. cit.*, p. 642.

⁴²³ F. CONNAN, *Commentaire...*, *op. cit.*, f. 463 : « Cum hoc generaliter vetet, ut sine domini consensu ius emphyteoticum non transferatur, donatio etiam & legatum videntur non permitti. Qui haec domini autoritas non requiritur, quod eius intersit non habere alium emphyteotam transit enim ad haereditatem etiam eo nolente, sed quia videtur aequum esse, ut ipsum sibi si velit retinere, habeat & preferatur extraneis emptoribus, probabile est gratis id alienare ius esse, dum vult ipsum alicui donatum ».

⁴²⁴ H. DONEAU, *Opera omnia*, *op. cit.*, p. 1271, n. 19 : « Verum est enim ex omnibus causis ius emphyteuticum recte alienari ab emphyteuta, & ad alium transferri, non tantum si vendat, sed etiam si donet, aut ex alia causa transferat, ut est in *d. § adeo*, sed cum hoc temperamento & velut correctione, quam Iustiniani constitutio postea addidit, dum emphyteuta impetret domini consensum ad translationem, aut certe

Jacques Cujas estime que la donation ou l'échange du droit d'emphytéose sans l'accord du bailleur est permis, contrairement à la cession de ce droit qui ne peut avoir lieu qu'après consentement du bailleur⁴²⁵. Enfin, André Tiraqueau se démarque de ses contemporains en estimant que l'emphytéote peut céder son droit sans le consentement du bailleur⁴²⁶.

Pourtant, si des traces des solutions issues du droit romain tardif demeurent dans l'ancien droit sur ce point, elles ont subi des changements importants que les commentaires des humanistes ne traduisent pas entièrement. Au premier chef, certaines coutumes s'y réfèrent directement ou indirectement, le plus souvent pour contrer la règle romaine. La coutume de Berry précise ainsi, dans l'article 2 du titre V :

« N'est besoin pour les cessions, transports et aliénations des choses tenues en fief, cens ou emphytéose, aucune dénonciation au seigneur ni requérir leur consentement »⁴²⁷.

Les coutumes de Bourges⁴²⁸ et d'Issoudun⁴²⁹ reprennent dans des termes similaires cette disposition de la coutume de Berry. La coutume du haut et bas pays d'Auvergne connaît une disposition équivalente qui énonce que « [l]a chose tenue en fief ou directe, se peut vendre sans le congé ou licence du Seigneur direct ou féodal »⁴³⁰. Dans le même sens, l'article 87 de la coutume de Bordeaux autorise l'emphytéote à « vendre ou aliéner ses biens sans le congé, licence & auctorité de son Seigneur foncier »⁴³¹. Plus protectrice des droits du seigneur, la coutume de Thionville impose au preneur un devoir d'informer son bailleur en cas de vente ou de partage du bien concédé à emphytéose⁴³². Ainsi, dans toutes ces coutumes, une disposition spéciale affirme un principe de libre aliénation du droit d'emphytéose au profit de l'emphytéote. Ces articles prennent, de façon radicale, le contrepied du droit romain, en refusant au bailleur un droit de regard sur l'aliénation de la

intra duos menses eum expectet. Sic sunt priores leges, ut temperamentum de eadem specie posterioribus legibus additum trahatur ad priores. Unde evenit, ut quodammodo prioribus ineste videatur ».

⁴²⁵ J. CUJAS, *Opera omnia, op. cit.*, t. IX, p. 426-427.

⁴²⁶ A. TIRAQUEAU, *Andreae Tiraquelli regii in curia parisiensi senatoris...*, *op. cit.*, p. 695, n. 45 : « quod ex sola promissione vendendi sine consensu domini, emphyteuta non cadit emphyteusi ».

⁴²⁷ BR, t. III, p. 941. Nous soulignons.

⁴²⁸ BR, t. III, p. 909, rub. IV, art. 2 : « N'est besoin pour vendre, changer et aliéner les choses féodales comme les choses tenues en cens ou en emphytéose, de dénoncer audit seigneur féodal, censier ou direct, ladite aliénation : ainsi la cession, vente, aliénation peut se faire *irrequisito domino* et sans le consentement, congé ou licence du seigneur féodal ou direct par la coutume ».

⁴²⁹ BR, t. III, p. 918, tit. IV, art. 2 : « Pour vendre, changer et aliéner choses féodales, choses tenues en cens ou en emphytéose, il n'est pas besoin de dénoncer au seigneur ladite aliénation ni demander son consentement ».

⁴³⁰ BR, t. IV, p. 1176, tit. XXI, art. 3.

⁴³¹ BR, t. IV, p. 898, ch. VIII, art. 87.

⁴³² BR, t. II, p. 358, tit. II, art. 21. Toutefois, le consentement du bailleur n'est pas nécessaire pour rendre valable l'aliénation, il doit seulement en être informé.

chose emphytéotique, dont le domaine direct lui appartient pourtant. Cette entorse au droit romain constitue une restriction des droits du seigneur – qui, s’il perçoit toujours des droits de mutation, ne peut plus s’opposer à l’aliénation – ce qui renforce simultanément le droit de l’emphytéote⁴³³. Pourtant, cette contradiction avec les textes romains peut apparaître inattendue, étant donné que toutes ces coutumes – du Berry, d’Auvergne ou de Bordeaux – sont réputées fortement romanisées⁴³⁴. Néanmoins, cette romanisation des coutumes n’a pas été réalisée aveuglément et les influences coutumières ainsi que les évolutions du droit ont été prises en compte. En la matière, il est manifeste que le lourd mécanisme fixé par le Code de Justinien est tombé en désuétude et que la nécessité d’obtenir le consentement du bailleur n’est plus une condition de validité de l’aliénation envisagée par le preneur dans l’ancien droit. Ainsi, signalant cet abandon, une disposition explicite a été insérée dans ces coutumes, sans doute pour éviter des hésitations inopportunes en justice entre une application par défaut du droit romain dans le silence de la coutume et la renonciation à la loi romaine.

De nombreux représentants de la doctrine moderne ont pointé du doigt cet écart avec le droit romain et généralisé le principe de libre aliénation. Selon Guy Pape, la jurisprudence du parlement de Grenoble est fixée sur ce point au moins depuis le XV^e siècle⁴³⁵. Gabriel Argou précise d’ailleurs que, dans le royaume de France, « l’emphytéote peut vendre sans le consentement du Seigneur »⁴³⁶. Une telle clause est ainsi devenue ordinaire dans le régime du bail emphytéotique, comme en témoignent les opinions concordantes de Charles

⁴³³ Sur les restrictions apportées aux droits seigneuriaux à l’occasion de la rédaction des coutumes, voir notamment M. GRINBERG, *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 2006, p. 93-112 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 162-163.

⁴³⁴ Sur la romanisation de ces coutumes, voir notamment *La coutume d’Auvergne. Formation et expression d’un patrimoine juridique*, *op. cit.* ; J. POUMARÈDE, « Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du parlement de Bordeaux », *loc. cit.*, p. 123-137 ; J. VENDRAND-VOYER, « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *loc. cit.*, p. 313-381.

⁴³⁵ Par exemple, Grenoble, avril 1454 rapporté par Guy Pape qui rappelle le principe de libre aliénation de la chose emphytéotique par l’emphytéote (G. PAPE, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape...*, *op. cit.*, p. 240).

⁴³⁶ G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. II, p. 303. Voir aussi A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d’emphytéose...*, *op. cit.*, p. 25 : « par la coutume de France sans le sceu & consentement du Seigneur directe, l’Emphytéote peult aliéner son fonds Emphyteuticair » ; F. RAGUEAU, *Les coutumes générales des pays et duché de Berry. Avec le Commentaire, & Conférences des autres Coutumes, & statuts de France*, Paris, Pierre Chevalier, 1615, p. 103 ; A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 115, n. 6 : « aujourd’hui en France il [l’Emphytéote] peut aliéner impunément sans le consentement dudit Seigneur » ; J.-B. DE BURIDAN, *Coutumes de la cité et ville de Rheims...*, *op. cit.*, p. 283 : « Lequel consentement toutefois ni la peine n’ont aujourd’hui plus de lieu en France ». *Contra* : P. PITHOU, *Coutumes du bailliage de Troyes en Champagne, conférées aux coutumes de France, augmentées sur chacun tiltre d’observations amples et nécessaires*, Paris, Cardin Besongne, 1629, p. 173.

Loyseau⁴³⁷, Louis Le Caron⁴³⁸, Jean Domat⁴³⁹, Antoine-Gaspard Boucher d'Argis († 1791)⁴⁴⁰, Denis de Salvaing de Boissieu⁴⁴¹, François de Boutaric⁴⁴² ou encore Germain-Antoine Guyot⁴⁴³.

Il est notable que l'abandon de la nécessité pour le seigneur de consentir à l'aliénation contribue à aligner, sur ce point, le régime du bail emphytéotique sur celui du fief et du bail à cens⁴⁴⁴. Dès le XII^e siècle, le vassal dispose librement de son fief, sans que le seigneur puisse s'opposer à l'aliénation. De la même façon, à l'époque moderne, le censitaire cède son droit au bail à cens, sans nécessité d'obtenir le consentement du seigneur foncier. Cette évolution témoigne de l'absorption du bail emphytéotique par le cadre féodal et coutumier. De plus, à partir du XVI^e siècle et plus encore du XVII^e siècle, l'exclusivisme de la propriété gagne du terrain, renforçant ainsi les droits du seigneur utile. Ce renversement des perspectives conduit à laisser une place grandissante au titulaire du domaine utile, qui est peu à peu considéré comme le véritable propriétaire. Ce mouvement progressif se traduit également du point de vue des prérogatives du bailleur qui vont en diminuant. Le consentement du bailleur à l'aliénation du droit emphytéotique en est un exemple : il n'est plus exigé à l'époque moderne, confirmant un changement dans l'appréhension des droits respectifs du bailleur et du preneur.

Des conséquences importantes sont attachées au principe de libre aliénation du droit d'emphytéose. Ainsi, François Bourjon rappelle que l'acquéreur se fait connaître auprès du seigneur uniquement si ce dernier le demande, et non de droit⁴⁴⁵. En matière de preuve, Denis de Salvaing de Boissieu note que la jurisprudence considère désormais que le premier acquéreur d'un fonds emphytéotique est préférable au second qui a pourtant pris

⁴³⁷ C. LOYSEAU, « Du droit des offices », *Les œuvres...*, *op. cit.*, p. 298 : « le preneur ne pourroit aliéner l'héritage sans le consentement du Seigneur, clause qui pareillement étoit ordinaire au Contrat d'emphytéose, lib. 2 *Cod. de jure emphyt.* ».

⁴³⁸ L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 173 : « Aucuns remarquent autre différences entre le contract ou héritage censuel & emphyteutique, à sçavoir que l'héritage emphyteutique est perdu s'il est vendu sans le consentement du seigneur direct, *lege fina. C. de iure emphyteut.* Mais les héritages censuels se peuvent vendre & aliéner sans le consentement du seigneur censuel ou direct, toutesfois telle différence n'est receue en France, d'autant que les héritages emphyteutiques comme les féodaux sont reduits à la forme des autres héritages ».

⁴³⁹ J. DOMAT, *Les loix civiles...*, *op. cit.*, t. I, p. 63, n. 5.

⁴⁴⁰ A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, p. 96, n. 7.

⁴⁴¹ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, t. III, p. 275 : « le défaut de consentement du Seigneur n'est pas un obstacle à la perfection de la vente ».

⁴⁴² F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux*, *op. cit.*, p. 426-427.

⁴⁴³ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 325-329.

⁴⁴⁴ Sur ce point, J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 66-69 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 143-145 ; M. BLOCH, *La société féodale*, *op. cit.*, p. 295-297.

⁴⁴⁵ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 295, n. 3.

investiture auprès du seigneur⁴⁴⁶. Ce n'est donc plus l'acquéreur auquel le seigneur a donné son aval qui est préféré mais celui avec lequel l'emphytéote a conclu un contrat de vente en bonne et due forme. Par conséquent, la loi romaine est neutralisée, au profit d'un nouvel équilibre du contrat de bail emphytéotique qui laisse une latitude plus grande à l'emphytéote.

Toutefois, il faut réserver le cas particulier du bail emphytéotique ecclésiastique. Les canonistes, s'ils admettent la possibilité pour l'emphytéote d'aliéner son droit d'emphytéose, soumettent cette faculté à des conditions strictes⁴⁴⁷. En droit canonique, la procédure rigoureuse issue du droit romain est conservée. Elle impose à l'emphytéote de solliciter le consentement du bailleur à l'aliénation qui vérifiera la capacité de l'acheteur à recevoir l'emphytéose⁴⁴⁸. La spécificité des biens ecclésiastiques impose une dernière limite : l'emphytéote ne peut vendre un droit qui pèserait sur une Église, un monastère ou plus largement tout bénéfice ecclésiastique⁴⁴⁹. Toutefois, Anaklet Reiffenstuel souligne que l'aliénation du droit d'emphytéose qui n'observerait pas ces conditions ne suffit pas à éteindre le contrat et que diverses mesures permettent d'assouplir la rigueur du droit romain⁴⁵⁰. Il faut admettre que le bail emphytéotique ecclésiastique ne connaît pas d'atténuations aussi importantes que le bail emphytéotique ordinaire. Le droit romain y est conservé davantage qu'ailleurs, à l'écart des aménagements instaurés par le droit coutumier. Il s'agit d'un régime spécial, restreint à des biens et des personnes qui nécessitent une protection particulière.

Par ailleurs, le consentement du bailleur imposé par la loi romaine se double d'un droit de préférence en sa faveur. Nombre d'auteurs français ont vu une filiation entre le droit de préférence du bailleur issu du droit romain tardif et le retrait féodal ou censuel dont dispose le seigneur direct. Étienne Pasquier déclare ainsi qu'« il y a quelque correspondance et image de cette ancienneté avec nostre retraits féodal, par lequel le seigneur du fief peust

⁴⁴⁶ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, t. III, p. 274-278.

⁴⁴⁷ F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonum universum*, *op. cit.*, p. 247, n. 174.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 247-248, n. 175-176. Voir aussi A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, *op. cit.*, t. IV, p. 347, n. 141.

⁴⁴⁹ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, *op. cit.*, t. IV, p. 347, n. 143 ; F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonum universum*, *op. cit.*, p. 248, n. 177.

⁴⁵⁰ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, *op. cit.*, t. IV, p. 348, n. 144. L'auteur mentionne, en particulier, le cas où la tradition de la chose emphytéotique n'a pas encore eu lieu, l'aliénation simulée ou encore l'aliénation d'une partie seulement du fonds emphytéotique.

avoir, par droict de prélation, le dict fief vendu par son vassal »⁴⁵¹. Benoit-Léon Molières-Fonmaur admet un possible lien entre le droit de prélation et le retrait censuel, en réservant son hypothèse aux pays de droit écrit⁴⁵². Certains auteurs n'hésitent pas à aller plus loin et assimilent droit de préférence romain et retrait féodal. En ce sens, François Grimaudet s'appuie directement sur la dernière loi du titre *De jure emphyteutico* du Code pour en conclure que ce retrait est fondé sur le droit civil⁴⁵³. De son côté, Barthélémy-Joseph Bretonnier († 1722) rapporte un arrêt du parlement de Besançon, daté du 15 juillet 1615, dans lequel la cour décide que le bail emphytéotique ne se règle pas par la coutume de Bourgogne mais par le droit écrit⁴⁵⁴. La juridiction en déduit qu'il est de la nature de ce contrat de donner lieu au retrait féodal. Le rapprochement entre droit de préférence et retrait féodal est ainsi abondamment signalé. La question du retrait a été amplement commentée par la doctrine de droit français qui distingue deux types de retraits : le retrait conventionnel et le retrait légal⁴⁵⁵. Le premier se fonde sur un contrat, en l'occurrence la concession féodale, le bail à cens ou le bail emphytéotique. Le second est accordé par la coutume et il s'agit du retrait lignager. Pour la doctrine d'Ancien Régime, le droit de préférence du bailleur à emphytéose comme le retrait féodal du seigneur sont assimilés à des retraits conventionnels et partagent une nature commune⁴⁵⁶.

Pourtant, une différence majeure distingue les deux mécanismes ce que certains feudistes, tels Denis de Salvaing de Boissieu⁴⁵⁷ ou Germain-Antoine Guyot⁴⁵⁸, n'ont pas

⁴⁵¹ É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian...*, *op. cit.*, p. 644. Pierre-Louis-Claude Gin voit également dans le droit de prélation du bailleur à emphytéose une des racines du retrait féodal (P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit français...*, *op. cit.*, p. 221).

⁴⁵² B.-L. MOLIÈRES-FONMAUR, *Traité des droits de lods et ventes...*, *op. cit.*, p. 103, n. 3. Mais aussi B.-J. BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit...*, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁵³ F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 120. Dans le même sens, Antoine Despeisses confond les deux notions au cours de ses développements relatifs au bail emphytéotique : A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 94-111. Mais aussi L. BILLECART, *Coustumes de Chaalons...*, *op. cit.*, p. 584-585 ; C. FLEURY, *Institution du droit français*, *op. cit.*, t. I, p. 416-417 ; F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 426-427.

⁴⁵⁴ Rapporté par B.-J. BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit...*, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁵⁵ Sur la question du retrait, voir L. FALLETTI, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, Paris, PUF, 1923, particulièrement p. 471-476 sur la comparaison entre les différents types de retraits.

⁴⁵⁶ Le raisonnement de Gabriel Argou sur ce point est révélateur : « l'on y voit plusieurs Seigneurs, qui par leurs titres ont le droit de prélation, non pas tel qu'il est établi par les loix Romaines ; leur droit est proprement un droit de retrait censuel à l'égard des censives, comme dans les coutumes, le retrait féodal à l'égard des fiefs », G. ARGOU, *Institution au droit français*, *op. cit.*, t. II, p. 305. Gabriel Argou rejette l'idée d'un droit de prélation d'origine légale (comme c'est le cas en droit romain) mais le considère comme un retrait conventionnel, de la même façon que le retrait féodal ou censuel.

⁴⁵⁷ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droit seigneuriaux*, *op. cit.*, t. III, p. 147-149.

⁴⁵⁸ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 423. Voir également *Coutumes générales et locales du pays et duché de Bourbonnois, avec le commentaire dans lequel ces coutumes sont expliquées, Suivant les observations manuscrites & sentimens des plus savans magistrats, & plus habiles avocats de la province, qui ont vécu depuis la rédaction de ces coutumes, jusqu'à présent ; les*

manqué de relever. Dans le droit de Justinien, la préférence donnée au bailleur joue avant que l'aliénation n'ait été conclue. C'est au stade de la phase préparatoire du contrat que le bailleur est informé de l'opération considérée et qu'il est alors préféré à tout autre acquéreur s'il offre au preneur le prix proposé en échange de la chose⁴⁵⁹. Dans l'ancien droit, le retrait en faveur du seigneur a lieu après la conclusion du contrat. Ainsi, le retrait perturbe *a posteriori* – et non *a priori* comme le droit de préférence – l'arrangement entre les parties au contrat d'aliénation. Robert-Joseph Pothier distingue ces deux droits en qualifiant le droit de préemption de *jus praelationis in re vendendam* par opposition au *jus praelationis in re jam vendit* du retrait féodal⁴⁶⁰. Le bailleur à emphytéose romain a le droit d'être préféré à tout autre acheteur potentiel, tandis que le seigneur féodal peut être préféré à tout nouveau titulaire d'un droit sur la chose.

Des limites viennent encadrer la transposition du retrait au bail emphytéotique. D'abord, la faculté de retrait du seigneur semble restreinte au bail emphytéotique conclu avec deniers d'entrée, c'est-à-dire au bail emphytéotique mêlé de vente. Il s'agit d'une conséquence du régime du retrait féodal qui n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de vente ou contrat assimilé à la vente. Il s'agit notamment de l'opinion défendue par François Grimaudet⁴⁶¹, François Bourjon⁴⁶² et Jean-Baptiste-Louis Harcher († 1753)⁴⁶³. Ensuite, dans certains pays de droit écrit, le droit de prélation est purement et simplement tombé en désuétude, sans avoir été remplacé par le mécanisme du retrait. En cela, l'aliénation est donc encore plus affranchie du pouvoir du seigneur qu'ailleurs. Il en est ainsi en Provence, en Dauphiné, dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais⁴⁶⁴. En conséquence, là où il

sentences contradictoires de la sénéchaussée & siège présidial de Moulins, rendues sur les contestations formées touchant l'explication de ces coutumes ; les arrêts qui sont intervenus sur ces sentences ; l'usage qui s'observe dans la province ; à quoi on a joint les notes de M. Charles Dumoulin, les décisions tirées des commentaires imprimés de M. Jean Papon, Jean Duret, Jacques Potier, & la conformité de ces coutumes, avec l'ancienne coutume de cette province, le droit écrit, & les autres coutumes du royaume, t. II, éd. M. AUROUX DES POMMIERS, Riom, Martin Dégoutte, 1780, p. 254.

⁴⁵⁹ C., 4, 66, 3 : « disponimus attestationem domino transmitti, et praedicere quantum pretium ab alio revera accipi potest ; et si quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam praestare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio accipere potest : ipsum dominum omnimodo haec comparare ».

⁴⁶⁰ R.-J. POTHIER, « Des fiefs », *Œuvres, op. cit.*, [Part. II, Ch. II, art. I], p. 759-760.

⁴⁶¹ F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 145.

⁴⁶² F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 232.

⁴⁶³ J.-B.-L. HARCHER, *Traité des fiefs sur la coutume de Poitou*, t. I, Poitiers, J. Félix Faulcon, 1762, p. 278-279.

⁴⁶⁴ Cette précision est rapportée par G. ARGOU, *Institution au droit français, op. cit.*, t. II, p. 305-306 ; D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux, op. cit.*, t. III, p. 147-149. On trouve beaucoup de décisions de justice qui vont dans le même sens, notamment deux décisions du parlement d'Aix en date du 18 juin 1698 et du 23 juin 1708 (rapportées par B. DEBÉZIEUX, *Arrests notables de la cour de Parlement de Provence, op. cit.*, p. 253) ou encore deux décisions du parlement de Toulouse du 9 décembre 1722 (rapportée par le *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse contenant divers arrêts depuis l'année 1714 jusqu'en 1727*, Toulouse, Jean-François

demeure, le droit de préférence du bail emphytéotique a été délaissé au point d'être remplacé par un droit de retrait en faveur du seigneur. Cet abandon indique un infléchissement des règles issues du droit romain, au contact du droit coutumier.

L'infusion du droit coutumier apparaît encore plus prégnante quant au retrait lignager. À l'époque moderne, ce mécanisme purement coutumier trouve à s'appliquer, à l'occasion de l'aliénation d'un droit d'emphytéose. La coutume de Chalons, dans son article 246, souligne ainsi que les fonds concédés à titre d'emphytéose sont sujets à retrait lignager, c'est-à-dire que le lignage du bailleur peut exercer le retrait à l'encontre du preneur⁴⁶⁵. De même, ce mécanisme coutumier est autorisé par la coutume d'Auvergne⁴⁶⁶. La doctrine coutumière a construit le droit commun du retrait lignager sur le fondement du titre « De Retraict lignager » de la coutume de Paris et, plus particulièrement, à partir de l'article 149 pour les baux de longue durée⁴⁶⁷. Le retrait lignager, s'il existe dans l'ensemble des pays de coutumes, n'est pas méconnu des pays de droit écrit⁴⁶⁸. Bien qu'il existe sous des modalités assez diverses, il contribue invariablement à la conservation du patrimoine dans les familles. Pour cette raison, il est vu avec faveur, à l'époque moderne, comme un outil au service de la prospérité des familles et, par conséquent, de l'État. D'ailleurs, Henri III généralise le retrait, y compris en pays de droit écrit, par un édit de novembre 1581⁴⁶⁹.

Du point de vue doctrinal, certains, comme André Tiraqueau⁴⁷⁰ ou François Grimaudet⁴⁷¹, refusent d'admettre la possibilité du retrait lignager pour les baux de longue durée, et en particulier pour le bail emphytéotique, car il n'y a pas transfert de propriété.

Forest, 1760, p. 237) et du 11 juillet 1749 (rapportée par le *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse contenant les arrêts depuis l'année 1735 jusqu'en 1753*, Toulouse, Jean-François Forest, 1758, p. 316-319).

⁴⁶⁵ BR, t. II, p. 489-490, art. 246 : « Héritages baillez à tiltre d'emphytéose, cens viagers ou perpétuels, sont sujets à retraict à sçavoir ceux qui sont baillez à vies par les enfans des preneurs, quand lesdits héritages sont escheuz par succession desdits preneurs, & quant à ceux baillez à perpétuité, indifféremment par tous les lignagers ».

⁴⁶⁶ BR, t. IV, p. 1176-1177. Voir les articles 1^{er}, 15 et 20 du titre XXI.

⁴⁶⁷ BR, t. III, p. 41, art. 149 : « Baulx à quatre-vingt-dix-neuf ans, ou longues années sont subiects à retraict ».

⁴⁶⁸ Sur le retrait lignager : P. OURLIAC, « Le retrait lignager dans le Sud-Ouest de la France », *RHDF*, t. 29, 1952, p. 328-355 ; L. FALLETTI, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, *op. cit.*, plus particulièrement p. 153-180 pour l'évolution du retrait lignager à l'époque moderne ; R. CAILLEMER, « Le retrait lignager dans le droit provençal », tiré à part de *Studi in onore di Carlo Fadda*, Naples, L. Pierro e fils, 1906.

⁴⁶⁹ F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, Depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789...*, *op. cit.*, t. XIV, p. 505.

⁴⁷⁰ A. TIRAQUEAU, *Andreae Tiraquelli...*, *op. cit.*, p. 226-227 [*De retractu*, §1, gl. 14, n. 84-85]. En particulier, p. 226 : « Ego tamen contrarium arbitror, quia etiamsi locatio esset perpetua, non videretur esse locus retractui : nam huiusmodi locatio est viribus & effectu quaedam concessio in emphyteusim : & idem de utroque iudicandum ».

⁴⁷¹ F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retraict lignager », *loc. cit.*, p. 145 : l'auteur précise que le retrait lignager n'a pas lieu pour le bail emphytéotique, sauf si des deniers d'entrée sont versés.

Toutefois, la doctrine majoritaire l'admet, sans difficulté particulière. Pierre de l'Hommeau, dans ses *Maximes générales du droit françois*, précise notamment que le retrait lignager participe du droit commun français, il s'applique pour tous les baux qui « équipollent à vente et opèrent une translation de propriété »⁴⁷². Dans le même sens, Antoine Loisel intègre cette règle à ses *Institutes coutumières*⁴⁷³. Pour l'essentiel, les auteurs d'Ancien Régime se contentent de rappeler que le droit d'emphytéose, en tant que droit immobilier, est sujet à retrait lignager⁴⁷⁴. François Bourjon précise, néanmoins, que seul le droit d'emphytéose est sujet à retrait mais non le fonds immeuble en lui-même, puisque dans le cas contraire, une telle situation empièterait sur le droit du seigneur direct⁴⁷⁵. L'analyse de Claude Pocquet de Livonnière († 1726) apparaît plus nuancée⁴⁷⁶. S'il rappelle le principe issu de la coutume parisienne, il souligne également qu'il est nécessaire de prendre en compte les particularismes locaux, en particulier les coutumes qui ne permettent pas le retrait en matière de bail emphytéotique. L'auteur mobilise à l'appui de son propos les coutumes d'Anjou et du Maine, qui refusent implicitement ce retrait⁴⁷⁷. Toutefois, il faut rappeler que ces coutumes ne traitent pas spécifiquement du bail emphytéotique et permettent dans le même temps le retrait pour le bail à complant, qui s'en rapproche assez largement⁴⁷⁸. Toujours est-il que cette opinion nuancée a le mérite de signaler les modalités d'application différenciées du retrait lignager, selon les régions. Ainsi, sous l'Ancien Régime, l'application du retrait lignager au droit d'emphytéose est de

⁴⁷² P. DE L'HOMMEAU, *Maximes générales de droit françois...*, *op. cit.*, p. 10. Cette explication est reprise par L. LE CARON dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 43 [Réponse LXXXVI] puis C. DE FERRIÈRE, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris revue corrigée et augmentée par M. Sauvan d'Aramon*, t. I, Paris, Libraires associés, 1770, p. 287.

⁴⁷³ A. LOISEL, *Institutes coutumières...*, *op. cit.*, p. 404, n. 446.

⁴⁷⁴ Par exemple, J. GOUSSET, *Les lois municipales et les coutumes générales de bailliage de Chaumont en Bassigny & ancien ressort d'iceluy*, Épinal, P. Hovion, 1623, p. 85 ; B. AUTOMNE, *Commentaire sur la coutume générale de la ville de Bordeaux et pays bourdelois*, *op. cit.*, 1728, p. 134 ; J. BAQUET, « Traité de diverses questions... », *loc. cit.*, p. 563 et p. 599 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 355 ; P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit françois...*, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁷⁵ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 1022.

⁴⁷⁶ C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, Paris, P.G. Le Mercier, 1756, p. 455-456.

⁴⁷⁷ BR, t. IV, p. 572, art. 402 Anjou : « En vendition de fruits d'héritages, posé qu'ils soient encore pendans : aussi en vendition de fruits ou pensions d'héritages, de douaires, de baillées à viage, ou autre usufruit, n'a ventes ne retraits » ; *Ibid.*, p. 508, art. 413 Maine : « En vendition de fruits d'héritages, posé qu'ils soient encores pendans ; aussi en vendition de fruits ou pensions d'héritage, de douaire, de baillées à viage, ou autre usufruit, n'a ventes ne retraits ». Choppin, sur la coutume d'Anjou, exprime les mêmes réserves (R. CHOPPIN, « Commentaires sur la coutume d'Anjou », Partie II, *Les œuvres*, *op. cit.*, t. I, p. 72, n. 13).

⁴⁷⁸ BR, t. IV, p. 544, art. 160 Anjou et p. 481, art. 177 Maine : « Et pareillement y a ventes en terres baillées à complant pour planter en vigne, & s'en doivent payer les ventes incontinent après le terme du complant finy, à la raison de la valeur, à une fois payer des choses qui demeurent à celui qui les a complantées. Et semblablement y a retraits aux lignagers du bailleur jusques au-dedans de l'an & jour dudit complant finy, en payant les couts & mises raisonnables. Et s'entend ledit complant finy, quand le terme du contrat & marché est parachevé & accompli ». Les deux articles sont identiques. Sur la comparaison entre le bail emphytéotique et le bail à complant, voir *infra*, p. 197.

principe, sous réserve de coutumes locales particulières. En conséquence, ce mécanisme d'origine coutumière trouve à s'appliquer dans le cadre de l'aliénation du droit d'emphytéose. Il s'agit d'un élément supplémentaire venant corroborer l'insertion de ce contrat dans l'ancien droit français. De même, des altérations du droit romain sont notables au regard du paiement des droits de mutation.

B. Le paiement de droits de mutation d'origine seigneuriale

En droit romain, en cas d'aliénation, l'emphytéote doit s'acquitter, au profit du propriétaire, du paiement du *laudemium*, qui s'élève à cinq pour cent du prix de vente⁴⁷⁹. À l'époque moderne, le preneur est également tenu de payer certains droits de mutations, qui découlent toutefois directement de l'organisation foncière d'Ancien Régime. Dans l'ancien droit, les mutations de propriété conduisent sous certaines conditions au paiement d'une kyrielle de droits seigneuriaux. En fonction du type de mutation et de la qualité de la terre considérée, de nombreux droits peuvent être réclamés par le seigneur. Schématiquement, la *summa divisio* entre fiefs et rotures guide le raisonnement. Tout d'abord, en matière de fief, le paiement de deux droits est susceptible d'être exigé par le seigneur en cas de mutation de propriété. En premier lieu, un droit de relief est dû, pour toute mutation de propriété, exceptée la vente et les successions en ligne directe⁴⁸⁰. Le montant de cet impôt équivaut aux revenus produits par le fief en une année. En second lieu, la conclusion d'un contrat de vente, portant sur tout ou partie du fief, ouvre droit au paiement du droit de quint, égal au cinquième de la valeur du bien. En revanche, en matière de roture, le paiement d'un droit de lods et ventes, équivalent au droit de quint féodal, est exigé pour toute vente tandis que le droit de relief ne connaît pas d'équivalent. À l'époque moderne, le paiement de ces droits de mutation pèse uniquement sur l'acquéreur⁴⁸¹. Au regard des sources, la difficulté consiste ainsi à établir si le bail emphytéotique est assimilé ou non à une vente en vue de déterminer quels sont les droits de mutation exigibles et si ceux-ci dérivent du droit de *laudemium* romain. Par souci de clarté, seront envisagés successivement les rotures puis les fiefs.

⁴⁷⁹ C. 4, 66, 3 : « Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent (quod usque ad praesens tempus perpetrari cognovimus), non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere ».

⁴⁸⁰ Sur ce point, C. GIRAUD, « Précis de l'ancien droit coutumier français (2^e article) », *B.E.C.*, 1852, t. 13, p. 7. Il est à noter que, par exception, certaines coutumes imposent le droit de relief pour toute mutation.

⁴⁸¹ LEFEVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales...*, *op. cit.*, t. I, p. 226, n. 1. Voir aussi É. NAQUET, *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement*, t. I, Paris, Larose, 1899, p. 16.

En droit romain, un droit de mutation, fixé à un cinquantième du prix ou de l'estimation de la chose, était dû en cas d'aliénation du fonds emphytéotique (*laudemium*). Sous l'Ancien Régime, dans certains cas, des droits dits de « lods et ventes » sont versés au seigneur lors du transfert de propriété d'un fonds dépendant de sa seigneurie. Relativement au bail emphytéotique, les sources coutumières sont peu prolixes au regard de ces lods et ventes et seules quatre coutumes champenoises et la coutume bordelaise les évoquent selon des modalités très diverses. Les coutumes de Troyes et de Bordeaux prévoient le paiement de lods et ventes pour toute concession en emphytéose⁴⁸². Selon la coutume de Chaumont-en-Bassigny, le paiement de ces droits n'est requis que pour les contrats de « ventes ou contrats équipollents »⁴⁸³. Or, la doctrine considère généralement que le bail emphytéotique, à mi-chemin entre vente et louage, entre dans la catégorie de ces contrats équivalents à une vente⁴⁸⁴. En revanche, les coutumes de Reims et de Meaux s'éloignent davantage de la loi romaine. La première conditionne le paiement des lods et ventes pour un bail emphytéotique au versement de deniers d'entrée⁴⁸⁵. En effet, dans ce cas, le bail emphytéotique envisagé se rapproche largement d'un contrat de vente. D'ailleurs, c'est le montant des deniers d'entrée versés, et non la valeur du fonds emphytéotique, qui détermine le montant des lods et ventes dus. La seconde coutume, celle de Meaux, refuse purement et simplement le paiement de lods et ventes dans le cadre de fonds concédés à bail emphytéotique⁴⁸⁶. Ainsi, selon la coutume considérée, la solution varie fortement sans qu'une véritable unité se fasse jour, ce qui explique que la doctrine peine à synthétiser la matière.

À l'époque moderne, il n'est pas rare pour les auteurs de considérer qu'il existe une parenté, directe ou supposée telle, entre le droit de lods et de ventes et le *laudemium* du

⁴⁸² BR, t. III, p. 243, tit. IV, art. 58 Troyes : « L'héritage chargé de censive baillé à rente, emphytéose ou accensement, le seigneur de la censive prendra lods et ventes ou censé foncière » ; BR, t. IV, p. 898, ch. VIII, art. 87 Bordeaux : « [...] le Seigneur foncier ne peult prétendre aucun droit sur telles choses vendues, aliénées ou données par dict emphytéote, fors seulement sur les choses vendues ventes & honneurs ».

⁴⁸³ L'article 59 de la coutume de Chaumont en son ensemble dispose que : « Pour les censives, les lods et ventes sont dus pour les ventes ou contrats équipollents », BR, t. III, p. 356.

⁴⁸⁴ Cela est admis par la majorité de la doctrine. Voir P. DE L'HOMMEAU, *Maximes générales du droit français...*, *op. cit.*, p. 9-10, n. 171 ; L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses...*, *op. cit.*, p. 43 [Rép. LXXVI] ; C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 455-456 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 204-205.

⁴⁸⁵ BR, t. II, p. 501, art. 153 : « Pour héritages pris à titre de surcens, emphytéose ou louage, à plus de 3 ans, ne sont dues ventes, s'il n'y a bourse déliée. Auquel cas seront dues ventes au seigneur censuel par le preneur, jusques à la concurrence des deniers par lui déboursés ».

⁴⁸⁶ BR, t. III, p. 398, tit. XXVII, art. 210 : « D'héritages baillés à titre d'emphytéose roturier à toujours ne sont dus au seigneur, dont sont tenus lesdits héritages roturiers aucun lods et ventes, saisines ou désaisines ».

droit romain, qui en aurait fourni le mécanisme⁴⁸⁷. Pourtant, les éléments venant au soutien de cette thèse semblent minces. En effet, dans l'ancien droit, les lods et ventes se rapportent à la permission de vendre accordée par le seigneur. En revanche, le *laudemium* romain est dû au titre de l'investiture⁴⁸⁸. La permission de vendre et l'investiture sont deux moments distincts, non interchangeables, et nécessaires à la procédure d'aliénation. Le paiement de ces deux droits ne semble pas répondre aux mêmes finalités⁴⁸⁹. Les justifications avancées quant à l'existence du droit de lods et ventes – mettant en avant les préoccupations pratiques et pragmatiques des contractants – vont en ce sens. Ainsi, Guy Coquille explique que le paiement des lods et ventes correspond à « l'approbation qu'il [le seigneur] fait de la mutation d'homme »⁴⁹⁰, c'est-à-dire à la contrepartie pécuniaire représentant l'acceptation du nouvel acquéreur par le seigneur direct. Ainsi, le seigneur est intéressé à la mutation de droits et le profit qu'il retire à cette occasion rend caduque sa prétention à refuser le nouvel acquéreur. L'intérêt de ce mécanisme est d'assurer la stabilité du droit de l'emphytéote, tout en prévoyant une compensation pour le seigneur. Si certains mettent en doute l'origine romaine du droit de lods et ventes, comme Denis de Salvaing de Boissieu qui note d'ailleurs que l'on est « bien éloigné de l'intention de cet Empereur [Justinien] »⁴⁹¹, une grande partie de la doctrine d'Ancien Régime continue d'examiner cette question dans le cadre des constitutions impériales romaines relatives au bail emphytéotique et hésite à considérer les lods et ventes comme une institution d'origine purement coutumière. Dans leur recherche de fondements juridiques pour encadrer les baux de longue durée, les auteurs apparaissent tiraillés entre le besoin de s'appuyer sur les textes romains et leurs revendications nationalistes.

Face à la diversité coutumière, une partie de la doctrine s'est néanmoins efforcée d'ordonner la question du paiement des lods et ventes. François Bourjon, à la recherche d'un droit commun de la France, propose une systématisation du mécanisme qui vient

⁴⁸⁷ Par exemple, A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 31 ; J. DOMAT, *Les loix civiles...*, *op. cit.*, t. I, p. 64, n. 7, note ; F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁸⁸ Voir, A. MORNAC, *Antonii Mornacii in senatu parisiensi...*, *op. cit.*, p. 1071. De même, au XVIII^e siècle, Christian Wolff explique que le *laudemium* peut être exigé dès que le contrat emphytéotique est renouvelé, en vue de signifier l'engagement de l'emphytéote à reconnaître le seigneur pour supérieur (C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. II, p. 281, n. 21). Cela montre que c'est dans l'investiture que le *laudemium* prend sa source.

⁴⁸⁹ Cette distinction est esquissée par Fonmaur : B.-L., MOLIÈRES-FONMAUR, *Traité des droits de lods et ventes...*, *op. cit.*, p. 97-98, n. 120.

⁴⁹⁰ G. COQUILLE, *Institutions...*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁹¹ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, t. III, p. 148.

aplanir les divergences apparentes entre les dispositions coutumières⁴⁹². Cet auteur opère une distinction parmi les aliénations entre *mutation de possession* et *mutation de propriété*. Selon lui, seul le transfert ensemble et à une même personne des deux domaines, utile et direct, constitue une « absolue aliénation »⁴⁹³ et équivaut à une mutation de propriété, soumise à une perception. En revanche, la mutation de possession emporte simplement cession du domaine utile ou d'un autre droit réel attaché au fonds. Il estime alors que la mutation de propriété est seule susceptible d'ouvrir le droit au paiement de lods et de ventes, tandis que, dans le cas d'une mutation de possession, aucun droit n'est dû au seigneur. En d'autres termes, le bail emphytéotique ou sa cession, qui emporte uniquement transfert du domaine utile, ne donne pas lieu au paiement de lods et de ventes. François Bourjon appuie son raisonnement sur le droit commun coutumier, notamment sur les articles 78⁴⁹⁴ et 87⁴⁹⁵ de la coutume de Paris, qui n'imposent le paiement de ce droit qu'en cas de vente, soit d'aliénation complète et entière du fonds. Il convient d'ailleurs de souligner que deux ordonnances de 1673 et 1674 vont dans le sens de son raisonnement, en imposant le paiement de lods et ventes pour tout échange⁴⁹⁶. François Bourjon réserve néanmoins un cas particulier, lorsque la constitution ou la cession d'un bail emphytéotique a donné lieu au paiement de deniers d'entrée. Il considère que « c'est alors mélange de contrat »⁴⁹⁷, c'est-à-dire que le contrat est constitué pour partie de vente et pour partie de bail emphytéotique. Une application distributive du mécanisme exposé a alors lieu : des lods et ventes sont dus à concurrence du montant des deniers d'entrée versés, puisqu'ils révèlent une mutation de propriété. Ainsi, le seigneur profite de la plus-value qui a été faite

⁴⁹² F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, op. cit., t. I, p. 280-282. Voir aussi dans le même sens, B. AUTOMNE, *Commentaire de la coutume générale de la ville de Bordeaux...*, op. cit., p. 466 et p. 504 ; J. THIERIOT, *Principes de la coutume de Chaumont en Bassigny. Avec ses différences de celle de Paris. Ouvrage utile aux gens d'affaires, Bourgeois, Praticiens de Campagne, à tous chefs de Famille, & aux Jeunes-Gens qui se destinent au Palais*, Chaumont, Paris, Troyes, Claude Bouchard, veuve Amaulry, veuve Lefebvre, 1765, p. 81-82 ; ID., *L'esprit de la coutume de Troyes comparée à celle de Paris*, op. cit., p. 82.

⁴⁹³ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, op. cit., p. 204, n. 99.

⁴⁹⁴ BR, t. III, p. 36 : « Si aucun achète à prix d'argent ou prend à rente rachetable héritage estant en la censive d'un seigneur censier ou foncier, tel acheteur dudit héritage, ou preneur à rente, est tenu payer au seigneur censier ou foncier, les ventes dudit achat ou sort principal de la rente, encore qu'elle ne soit rachetée ».

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 37 « De toutes rentes foncières non rachetables vendues à autres, ou délaissées par rachat depuis le premier bail, sont deues ventes, eu esgard au prix de la vente ou rachat d'icelle rente, tout ainsi que si l'héritage ou partie d'iceluy estoit vendu ».

⁴⁹⁶ *Déclaration portant que les droits de quint, requint, lods et ventes et autres de mutation établis par les coutumes, seront payés pour les échanges contre rentes constituées, comme pour les ventes faites à prix d'argent, et que les échanges d'héritage à héritage en seront seuls exempts*, promulguée à Versailles le 20 mars 1673 (F.-A ISAMBERT et alii, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, op. cit., t. XIX, p. 90 et s.) et *Édit portant que les contrats d'échanges paieront les mêmes droits que ceux de vente*, promulgué à Versailles en février 1674 (*ibid.*, p. 127 et s.).

⁴⁹⁷ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, op. cit., t. I, p. 282, n. 62. Dans le même sens, voir B. AUZANET, « Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris », *Œuvres*, Paris, Nicolas Gosselin, 1708, p. 57.

sur le fonds emphytéotique, conformément à l'équilibre du contrat. L'analyse de François Bourjon semble refléter l'état d'une partie de la pratique judiciaire relative au paiement des lods et ventes⁴⁹⁸, même si la jurisprudence des arrêts, telle qu'elle est rapportée par les auteurs, apparaît souvent divergente⁴⁹⁹. En définitive, en l'absence de deniers d'entrée et à défaut de coutume contraire, aucun droit de lods et ventes n'est dû.

En dépit de l'effort de clarification effectuée par une partie de la doctrine, le paiement des lods et ventes reste très variable d'une région à l'autre, en fonction des solutions adoptées par les coutumes locales. D'ailleurs, la législation royale n'édicte pas de solution de portée générale en la matière, au cours de l'époque moderne, laissant les coutumes encadrer cette question. Toutefois, dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, le pouvoir royal tend par certaines mesures à favoriser l'allongement de la durée des baux. Ainsi, un arrêt du conseil du roi du 8 avril 1762 exempte de tout droit de mutation les baux, y compris emphytéotiques, conclus pour une durée inférieure ou égale à vingt-sept ans⁵⁰⁰. Bien que réservé au domaine royal, cette mesure conduit à supprimer les droits de mutation d'une partie des emphytéotes.

Enfin, les constitutions impériales romaines avaient fixé à un cinquantième du prix le montant du *laudemium*. Or, en droit coutumier, le montant des lods et ventes diffère du simple au double selon les régions⁵⁰¹. Néanmoins, un point commun est perceptible : le montant modique proposé par le droit romain n'est pas repris et en comparaison, le droit coutumier impose un droit considérablement plus élevé. Au XVII^e siècle, Denis de Salvaing De Boissieu explique que cette augmentation du montant de la taxe prélevée lors de la mutation de propriété par rapport à celle du droit romain tient à ce qu'elle compense la

⁴⁹⁸ Certaines décisions de justice corroborent la thèse de François Bourjon : par exemple, une décision du 29 novembre 1607 (rapportée par Brillouin : P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 46, n. 13) qui précise que l'emphytéote ne doit pas de lods et ventes. Dans le même sens, une sentence du Châtelet du 2 juin 1783 (rapportée par Denisart : J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, t. VII, p. 540) précise que la cession du droit d'emphytéose avec deniers d'entrée donne lieu à des lods et ventes.

⁴⁹⁹ Voir deux arrêts du parlement de Dijon du 27 février 1633 (rapporté par F. PERRIER, *Arrests notables...*, *op. cit.*, t. II, p. 804) et du parlement de Paris du 11 août 1634 (rapporté par P. BARDET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, *op. cit.*, t. II, p. 188-190) qui concluent au paiement du droit de lods et ventes dans le Mâconnais. Voir aussi C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 230 pour qui les lods et ventes doivent être payés en cas d'aliénation d'un bail emphytéotique mais qui réserve le cas de la coutume de Meaux (art. 198), de Melun (art. 121) et d'Auxerre (art. 88). Cet auteur estime que les baux emphytéotiques entraînent une aliénation perpétuelle du fonds qui les rapprochent d'un contrat de vente.

⁵⁰⁰ Sur cette question, voir les développements, *infra*, p. 258.

⁵⁰¹ Sur ce point, voir par exemple A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine*, *op. cit.*, p. 333. Dans la coutume de Paris, il s'agit du douzième du prix de vente (art. 76, BR, t. III, p. 36) mais d'autres coutumes prévoient le sixième (par exemple, coutume de Saintonge, art. 41, BR, t. IV, p. 873) ou le cinquième (par exemple, coutume de Calais, ch. II, art. 20, BR, t. I, p. 3).

perte du droit de préférence du bailleur⁵⁰². Le feudiste soulève le fait que le domaine utile est désormais entré dans le patrimoine du preneur, ce qui a dépouillé le bailleur de son droit de préférence, au profit d'une stabilité accrue du droit d'emphytéose.

En matière de fiefs, les coutumes sont muettes sur la question du droit de relief ou de quint à l'égard du bail emphytéotique. En comparaison avec les terres roturières, les discussions doctrinales semblent avoir été moins vives et un consensus apparaît. François Bourjon développe une logique similaire à celle qu'il expose pour les fonds roturiers⁵⁰³. Dans cette situation, la mutation de possession conduit au paiement d'un droit de relief et la mutation de propriété permet au seigneur d'exiger le paiement du droit de quint. Le bail emphytéotique étant compté au nombre des mutations de possession, en principe, seul un droit de relief est dû au seigneur. De même que pour les fonds roturiers, le droit de quint n'est exigible qu'autant que le contrat d'aliénation contient des deniers d'entrée, puisque ce n'est qu'à cette condition que celui-ci prend, en partie, le caractère d'une vente. Il s'agit d'une opinion également partagée par Lefèvre de la Planche († 1738)⁵⁰⁴ ou Pierre-Louis-Claude Gin († 1807)⁵⁰⁵. Claude de Ferrière précise toutefois ce mécanisme⁵⁰⁶. Il distingue selon que le fief a été concédé à bail emphytéotique avec ou sans rétention de foi. En effet, si le fief est baillé à emphytéose avec démission de foi, c'est-à-dire avec changement de vassal, le preneur tient alors le fief directement du seigneur dominant qui peut exiger le paiement du quint. À l'inverse, si le fief est baillé à emphytéose sans démission de foi⁵⁰⁷, il n'y a pas de mutation d'homme – le vassal demeurant l'ancien emphytéote – ce qui empêche le droit au quint. En résumé, en matière de fief, un droit de relief est toujours dû au seigneur. À cela, s'ajoute éventuellement un droit de quint si deux conditions alternatives sont réunies : le paiement de deniers d'entrée et la démission de foi.

Les droits de quint, de relief et de lods et ventes, dont il a été question, se retrouvent sur l'ensemble du royaume de France, malgré des divergences du point de vue de leurs modalités d'application. Localement, d'autres droits seigneuriaux peuvent s'ajouter en cas d'aliénation de tout ou partie des immeubles. S'il n'est pas envisageable d'effectuer une

⁵⁰² D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, p. 148-149.

⁵⁰³ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 204-205. Dans le même sens, J. THIERIOT, *L'esprit de la coutume de Troyes comparée à celle de Paris...*, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁰⁴ LEFEVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales...*, *op. cit.*, t. I, p. 243, n. 10.

⁵⁰⁵ P.-L.C. GIN, *Analyse raisonnée du droit français...*, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁰⁶ C. DE FERRIÈRE, *Traité des fiefs...*, *op. cit.*, p. 52-53 puis p. 57-58.

⁵⁰⁷ Un fonds de terre féodal ne peut être cédé sans démission de foi qu'à hauteur des deux tiers du fief. Le démembrement des fiefs sera étudié plus en détails, *infra*, p. 228 et s.

étude exhaustive de l'ensemble de ces droits spécifiques, l'exemple du droit de relevoison, spécifique à la coutume d'Orléans, donne un aperçu du foisonnement des droits seigneuriaux de l'époque moderne⁵⁰⁸. Le droit de relevoison est une taxe due au seigneur censuel pour toutes mutations. En application de la coutume d'Orléans, un droit de relevoison suit donc le cens. Un exemple proposé par Robert-Joseph Pothier met en avant les complications auxquelles conduisent un tel droit⁵⁰⁹. La situation examinée est celle d'une maison baillée à emphytéose et à droit de relevoison. Pour déterminer les droits qui sont dus, le juriste orléanais estime qu'il faut distinguer selon la personne sur laquelle pèse le droit de cens. Dans cette hypothèse, trois personnes entrent en jeu : l'emphytéote, le bailleur et le seigneur censuel (qui peut être distinct du bailleur). Si le contrat emphytéotique prévoit le paiement du cens par le bailleur – qui est alors un intermédiaire entre l'emphytéote et le seigneur censuel –, ce sont les mutations de la rente qui ouvrent le droit de relevoison et non les éventuelles aliénations de la maison. En revanche, si les parties se sont entendues pour que le preneur paie le droit de cens directement au seigneur censuel, ce sont les mutations de la maison qui conduisent au paiement du droit de relevoison. Cet exemple souligne que, selon les particularismes locaux, des droits de mutation spécifiques peuvent venir s'ajouter et alourdir le montant dû au seigneur en cas d'aliénation du bail emphytéotique.

En somme, contrairement à l'époque tardo-impériale, à l'époque moderne, le transfert du droit d'emphytéose n'est pas systématiquement associé au paiement d'un droit de mutation. En ce sens, la situation de l'emphytéote bénéficie d'une plus grande faveur. Dans le même temps, la confrontation à l'organisation foncière d'Ancien Régime est venue complexifier les modalités de paiement des droits de mutation, qui diffèrent non seulement d'une région à l'autre, mais aussi selon le type d'immeuble concédé. De plus, lorsqu'il est dû, le montant des droits de mutation excède largement ceux exigés en droit romain. Ces altérations des dispositions applicables aux baux emphytéotiques traduisent le renforcement du droit de l'emphytéote sur l'immeuble concédé qui s'accompagne de contreparties financières importantes à destination du seigneur direct. La consolidation de la situation du preneur trouve un écho dans l'extinction du contrat emphytéotique.

⁵⁰⁸ On pourra se référer en particulier aux articles 126 et 130 de la coutume d'Orléans.

⁵⁰⁹ R.-J. POTHIER, « Des cens », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 670-671. Sur le commentaire de Pothier de la coutume d'Orléans, voir D. DEROUSSIN, « Pothier, la coutume (d'Orléans) et le droit coutumier », *Les décisionnaires et la coutume. Contribution à la fabrique de la norme*, éd. F. GARNIER, G. CAZALS, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1, 2018, p. 413-447.

§. 3 Une fin de contrat tempérée au profit de l'emphytéote

Outre les causes de droit commun d'extinction du contrat (arrivée du terme, condition résolutoire, consentement mutuel...), le bail emphytéotique connaît également des causes propres à sa résiliation en droit romain comme dans l'ancien droit. En droit romain tardif, le bail emphytéotique est résiliable pour trois causes principales : la détérioration du fonds par l'emphytéote, l'aliénation irrégulière du droit d'emphytéose, le non-paiement du canon emphytéotique et des impôts pendant une durée consécutive de trois ans⁵¹⁰. Il a déjà été établi, qu'à l'époque moderne, qu'en vertu de l'obligation d'amélioration inhérente au bail emphytéotique, le bailleur peut demander la résiliation du contrat en cas de détérioration du fonds par le preneur⁵¹¹. En outre, des développements précédents ont montré que, sous l'Ancien Régime, la procédure d'aliénation du droit d'emphytéose a été assouplie. Mis à part pour le cas particulier du bail emphytéotique ecclésiastique, le bailleur ne peut plus exiger la résiliation du contrat sur ce fondement⁵¹². Il faut, en revanche, revenir sur la troisième cause de résiliation.

Une constitution de Justinien à Démosthène, préfet du prétoire, datant de 529, établit une des règles les plus discutées du régime du bail emphytéotique. Ce texte prévoit qu'à défaut de paiement de la redevance et des impôts pendant trois années consécutives, le bailleur peut demander la résiliation du droit de l'emphytéote⁵¹³. En la matière, le principe *Dies interpellat pro homine* s'applique et il n'est donc pas nécessaire pour le bailleur de sommer le preneur de s'acquitter du paiement de la redevance⁵¹⁴. Néanmoins, pour le bailleur, la résiliation n'a pas lieu *de jure*, il doit faire valoir son droit. L'emphytéote perd alors le bénéfice de faire jouer la clause pénale du contrat ou de recouvrer les dépenses qu'il a éventuellement effectuées pour améliorer le fonds emphytéotique. Cette constitution vient également prémunir le preneur contre d'éventuels abus du bailleur. Dans le cas où le bailleur refuserait de recevoir le canon emphytéotique, l'emphytéote peut

⁵¹⁰ Sur ce point, voir P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, *op. cit.*, p. 389-390 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 414 ; A. HAJJE, *Étude sur les locations à long terme...*, *op. cit.*, p. 152-154.

⁵¹¹ Voir *supra*, p. 91 et s.

⁵¹² Voir *supra*, p. 122 et s.

⁵¹³ C., 4, 66, 2 : « Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddide it : volenti ei licere a praediis emphyteuticariis repellere : nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum quae emponemata dicuntur, vel poena opponenda ; sed omnimodo eo (si dominu voluerit) repellendo, neque praetendente quod non est super hac causa inquietatus ».

⁵¹⁴ Ladite constitution précise : « et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est » (*ibid.*).

consigner, auprès d'un magistrat et devant témoins, la somme due pour éviter l'expulsion. Une cause d'extinction similaire est prévue pour le bail emphytéotique ecclésiastique par les Nouvelles 7 (c. 3) et 120 (c. 8) : la communauté ecclésiastique peut demander la résiliation du contrat pour non-paiement de la redevance et des impôts pendant deux ans consécutifs. L'emphytéote est alors forcé de payer la redevance pour toute la durée de la jouissance et il est tenu de l'ensemble des réparations sans pouvoir répéter les améliorations. Une telle mesure se justifie en raison de la faveur pour le bailleur ecclésiastique, caractéristique de la réglementation spécifique dont bénéficie le bail emphytéotique ecclésiastique.

Sous l'Ancien Régime, les dispositions romaines qui règlent la fin du contrat emphytéotique pour cause de non-paiement se trouvent profondément altérées, tant du point de vue des causes de l'extinction (A) que de ses effets (B).

A. Les causes d'extinction assouplies sous l'influence du droit coutumier

Pour les auteurs d'Ancien Régime, la résiliation du contrat pour non-paiement des redevances et des impôts pendant trois ans constitue un trait typique du régime du bail emphytéotique et la question fait l'objet de nombreux développements dans les traités⁵¹⁵.

Cette règle, d'origine romaine, est souvent rappelée par les juristes humanistes⁵¹⁶. François Connan précise qu'au terme de trois années sans s'acquitter des sommes dues, l'emphytéote n'est pas privé de droit de sa concession, mais que seule une action en justice

⁵¹⁵ Par exemple, L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 173 : « les contracts emphyteutiques, soit qu'ils soient faits à perpétuité ou à certain temps & vie, sont subiects à caducité & commise » ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 423 : « Dans la véritable emphytéose la commise y avoit lieu » ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 270 : « L'emphytéose a pour marque particulière (...) qui la distingue des autres contrats semblables, qu'elle emporte réversion & commise en défaut de payer la redevance, par trois années consécutives ». Souligné par l'auteur.

⁵¹⁶ Voir par exemple, É. BARON, *Institutionum civilium*, *op. cit.*, p. 443 : « His adiecit Iustinianus, ut pacta conventa inter contrahendum servarentur tam de aliis, quam de reiectione emphyteutae : si vero de reiiciendo nihil conveniret, exacto triennio reiicere liberum esset, si pensionem & apochas publicarum functionum non praestaret : neque in hoc ulla interpellatione quam temporis lapsu opus esset » ; J. CUJAS, *Opera omnia*, *op. cit.*, t. IX, p. 421 : « Nam si simpliciter convenerit ne reiiciatur invitus, vel si nihil convenerit : ex hac lege invitus repellitur ob cessationem triennii, id est, di per triennium, neque canonem solverit, neque apochas publicas reddiderit » ; A. MORNAC, *Antonii Mornacii...*, *op. cit.*, p. 1069 : « Si non sit pactum, & per triennium nequem canonem emphyteuticum solverit, neque census publicum : potest dominus propria autoritate, citaque ministerium Judicis expellere ».

engagée par le seigneur direct peut mener à ce résultat⁵¹⁷. Jacques Cujas souligne qu'un pacte conclu entre le bailleur et l'emphytéote peut énoncer les modalités à suivre en cas de manquements d'une des parties et, en particulier, en cas de non-paiement du canon emphytéotique⁵¹⁸. Il est donc permis pour les cocontractants de déroger à la loi romaine.

Le droit romain ainsi réinterprété par les humanistes préfigure les transformations que cette règle va connaître sous l'influence du droit coutumier. De façon significative, le terme de commise est substitué à celui d'expulsion (*repellere*), manifestant une certaine porosité avec le droit féodal où la commise du fief désigne la confiscation du fief par le seigneur en cas de faute de son vassal⁵¹⁹. Edgar Blum a mis en évidence la distinction essentielle entre la commise emphytéotique et la commise féodale, en précisant qu'il ne faut pas voir dans la première les racines historiques de la seconde⁵²⁰. En effet, la commise féodale trouve sa cause dans l'ingratitude du vassal, tandis que la commise emphytéotique traduit la sanction d'une inexécution du contrat. Néanmoins, la dilution des règles d'origine romaine, sous l'influence de l'interprétation doctrinale et de la pratique, ainsi que l'altération du mécanisme de la commise à l'époque moderne contribuent à transformer, de façon significative, les modalités d'extinction du bail emphytéotique.

Tout d'abord, une grande partie des parlements situés dans les pays de droit écrit a purement et simplement abandonné le droit de commise pour défaut de paiement. C'est le cas en Dauphiné⁵²¹ ou en Bourgogne⁵²². Dans le ressort du parlement de Toulouse, le droit de commise est remplacé par la saisie féodale du fonds⁵²³, excepté dans le Languedoc où le droit de commise pour faute de paiement n'a pas lieu⁵²⁴. De même, la coutume de Dax prend le contre-pied du droit romain en précisant que « [l]a chose féodale, ou emphytéotique, ou autrement tenue d'autrui à titre perpétuel, ne tombe en commis par faute de payement du devoir au terme accoutumé : posé que le tenancier aye cessé payer par

⁵¹⁷ F. CONNAN, *Commentaire...*, *op. cit.*, p. 462 : « Sed & quod hic de dominorum voluntate cavetur, contra dominos cautum est, ut solus triennii lapsus non privet emphyteutam iure suo, sed praetera opus sit dominum petere, & declarare voluntatem animi sui ».

⁵¹⁸ J. CUJAS, *Opera omnia*, *op. cit.*, t. IX, p. 423-424.

⁵¹⁹ Robert-Joseph Pothier définit la commise féodale comme « le droit qu'a le seigneur de fief de confisquer & réunir à toujours à son domaine le fief de son vassal, pour punition de son désaveu ou de sa félonie » (R.-J. POTHIER, « Traité des fiefs », *Oeuvres*, *op. cit.*, t. I, p. 80).

⁵²⁰ E. BLUM, « La commise féodale », *TVR*, t. 4, 1923, p. 31-48.

⁵²¹ Par exemple, Grenoble, 24 décembre 1456, rapporté par G. PAPE, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape...*, *op. cit.*, p. 131-132.

⁵²² G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 328.

⁵²³ B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrêts notables du Parlement de Toulouse...*, *op. cit.*, p. 594.

⁵²⁴ A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 122, n. 13. Cela est également mentionnée par C. I. PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne*, *op. cit.*, p. 179.

long-tems »⁵²⁵. À l'inverse, dans les pays de coutumes, la règle romaine apparaît davantage préservée, comme en témoignent la coutume générale de Lorraine⁵²⁶ mais aussi les coutumes d'Épinal⁵²⁷, de l'évêché de Metz⁵²⁸, de Gorze⁵²⁹, de l'évêché et du comté de Verdun⁵³⁰, de Chaumont⁵³¹ ou encore de Blois⁵³². Dans le groupe des coutumes de l'Est, la rigueur du droit romain est à peine tempérée par l'excuse d'ignorance et par la bonne foi de l'emphytéote. Toutefois, si l'ancienne coutume de Bourges (deuxième moitié du XV^e siècle) prévoit la commise pour non-paiement, il est notable de constater que la nouvelle coutume (1539) omet d'en faire mention⁵³³. Enfin, la coutume d'Auvergne fait figure d'exception en rejetant purement et simplement la commise en cas d'absence de paiement de l'emphytéote pendant une durée de trois ans⁵³⁴. Il faut donc souligner que la commise du bien emphytéotique concerne uniquement les pays de coutumes, et encore la rigueur du droit romain y est-elle largement assouplie.

Face à ces particularismes locaux, la doctrine et les juridictions se sont efforcées de préciser la portée de cette cause d'extinction du bail emphytéotique. Alors que les auteurs connaissent son existence en droit romain⁵³⁵, l'opinion doctrinale majoritaire admet un certain nombre d'altérations de la règle. Ils affirment bien souvent que ce n'est plus là le droit commun et, défendant la spécificité de ce qu'il considère comme le droit français, ils estiment comme Louis Le Caron « qu'en France les constitutions pénales des Romains ne sont observées »⁵³⁶. Premier assouplissement en ce sens : il semble, selon Antoine Despeisses⁵³⁷, que ce sont les échéances de la redevance, et non les années, qui sont prises en compte en justice. En d'autres termes, si le canon emphytéotique est dû tous les deux, trois ou cinq ans, c'est seulement après un défaut de paiement de six, neuf ou quinze années que le seigneur direct pourra réclamer la commise. Le juge accorde généralement un ou plusieurs délais à l'emphytéote afin de s'acquitter de la redevance et tout paiement,

⁵²⁵ BR, t. IV, p. 917, tit. VIII, art. 1^{er}.

⁵²⁶ BR, t. II, p. 1109, tit. XII, art. 31 et p. 1116, tit. XVI, art. 4.

⁵²⁷ BR, t. II, p. 1133, tit. VI, art. 21.

⁵²⁸ BR, t. II, p. 418, tit. VII, art. 17.

⁵²⁹ BR, t. II, p. 1081, tit. VII, art. 32 et p. 1088, tit. XII, art. 18.

⁵³⁰ BR, t. II, p. 431, tit. X, art. 5.

⁵³¹ BR, t. III, p. 356, chap. III, art. 58.

⁵³² BR, t. III, p. 1063, chap. XVII, art. 211.

⁵³³ BR, t. III, p. 892, art. 162.

⁵³⁴ BR, t. IV, p. 1176, tit. XXI, art. 3.

⁵³⁵ Par exemple, A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 17-19 ; A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, p. 119, n. 13 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, *op. cit.*, p. 560, n. 18 ; F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 425-426 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, p. 98, n. 11.

⁵³⁶ L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 177. Mais également, G. ARGOU, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, t. II, p. 303.

⁵³⁷ A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 121.

même après la contestation, empêche la commise. Un second assouplissement se manifeste chez Antoine Despeisses, qui se propose de synthétiser les règles observées en la matière dans le royaume de France⁵³⁸. Il rappelle que la commise a lieu contre tout emphytéote, y compris les femmes ou le preneur sous tutelle ou curatelle, mais aussi contre son héritier. Néanmoins, le seigneur direct ne peut obtenir l'extinction du contrat emphytéotique qu'après intervention du juge⁵³⁹. Par conséquent, le droit du seigneur direct est encadré et l'emphytéote prémuni contre un éventuel exercice arbitraire du droit de commise. En outre, il est nécessaire que le bailleur souhaite se servir effectivement de son droit ; à défaut, le bail emphytéotique perdure. Enfin, un dernier assouplissement est tiré de ce que l'absence de paiement de la redevance ou des impôts est entendue de façon restrictive, un paiement partiel ne permettant pas l'ouverture de l'action au bailleur. Pour éviter qu'un bailleur refuse purement et simplement de recevoir la redevance en vue de faire jouer la commise à l'issue des trois ans, la faculté de consigner ces sommes est ouverte à l'emphytéote. Louis Le Caron ajoute même que la commise n'est pas prononcée en France et que l'emphytéote n'est susceptible d'être condamné qu'à une amende⁵⁴⁰.

Finalement, il ressort de ces assouplissements des règles relatives à la commise pour absence de paiement que le droit d'emphytéose est affermi et pérennisé, tandis que le droit du bailleur se révèle strictement encadré. Alors même que le paiement du canon emphytéotique est considéré comme une obligation essentielle du contrat, le manquement à cette obligation est envisagé de façon tolérante par les auteurs et les juges. Une telle évolution doit être mise en lien avec plusieurs mouvements concomitants. D'abord, au cours de l'époque moderne, s'observe un basculement qui consacre progressivement le seigneur utile comme propriétaire légitime du fonds tandis qu'à l'inverse, le droit du seigneur direct se réduit à une simple reconnaissance d'un droit originel sur la chose⁵⁴¹. Ensuite, il faut souligner un parallélisme entre la décadence progressive de la commise

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 119-122.

⁵³⁹ La doctrine est unanime sur ce point. Voir par exemple : C. DU MOULIN, *Opera quae extant omnia*, *op. cit.*, t. I, p. 993, n. 42 ; A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 19 ; J. GOUSSET, *Les lois municipales et les coutumes générales...*, *op. cit.*, p. 39 ; L. BILLECART, *Coutumes de Chaalons...*, *op. cit.*, p. 330 ; J.-B. DE BURIDAN, *Coutumes de la cité et ville de Rheims...*, *op. cit.*, p. 283 ; J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 64, n. 10 ; C. DE FERRIÈRE, *La science parfaite des notaires...*, *op. cit.*, p. 252 ; C. I. PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne...*, *op. cit.*, p. 177-178 ; F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 425-426 ; J. THIERIOT, *Principes de la coutume de Chaumont...*, *op. cit.*, p. 85-86 ; A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine*, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁴⁰ LE CARON, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 204 [Réponse CLXXIII].

⁵⁴¹ Voir la synthèse d'A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 141-145.

féodale et l'altération des règles encadrant la commise emphytéotique⁵⁴². Le rapprochement de ces deux notions n'y est sans doute pas étranger. À la lumière de ces transformations profondes de la portée du droit du preneur, les règles d'origine romaine et relatives à la commise ont été diluées, en faveur de l'emphytéote.

À nouveau, il est nécessaire de traiter séparément du bail emphytéotique ecclésiastique. En effet, la commise pour non-paiement pendant deux années du canon emphytéotique, instaurée dans les Nouvelles, est rappelée par les canonistes de l'époque moderne⁵⁴³. De la même façon que le bail emphytéotique ordinaire, cette commise est ordonnée par le juge et n'a pas lieu de droit⁵⁴⁴. Charles Févret († 1661) considère que, dans le royaume de France, le demandeur doit se pourvoir devant le juge séculier, et non devant le juge ecclésiastique, car il s'agit d'un litige relatif à la propriété⁵⁴⁵. Il se rallie, sur ce point, à la doctrine gallicane. Si l'emprise du droit coutumier sur le régime du bail emphytéotique ecclésiastique apparaît de façon moins perceptible que pour le bail emphytéotique ordinaire, elle existe et favorise la dégradation des règles d'origine romaine.

Au-delà de la dilution des causes d'extinction d'origine romaine, le bail emphytéotique s'est vu peu à peu soumis à une cause issue directement du droit coutumier : le déguerpissement. Bien que cause de droit commun, la question de la faculté pour l'emphytéote de déguerpir a fait l'objet de débats. Acte qui consiste pour tout titulaire d'un droit réel à se désister unilatéralement de son droit en vue de s'affranchir des charges qui pèsent sur lui, il trouve un fondement juridique dans l'article 109 de la coutume de Paris⁵⁴⁶. Il s'agit donc d'un mécanisme d'origine purement coutumière⁵⁴⁷.

⁵⁴² E. BLUM, « La commise féodale », *loc. cit.*, p. 96-101.

⁵⁴³ F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonum universum, op. cit.*, p. 349, n. 148 : « Si pensionem, seu Canonem, in domini directi recognitionem debitum, Emphyteuta tribus continuis annis, si Emphyteusis est Laica, aut biennio, si Ecclesiastica, etiam non interpellatus, non solvit ».

⁵⁴⁴ La mise en œuvre de la commise s'opère d'une manière similaire à celle du bail emphytéotique ordinaire : *ibid.*, n. 149 et 151. Voir également J.-P. GIBERT, *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales, suivant les principes du Droit commun, & les Usages de France*, Paris, Jean Mariette, 1720, p. 798, n. 4.

⁵⁴⁵ C. FÉVRET, *Traité de l'abus, et du vrai sujet des appellations qualifiées du nom d'abus*, t. I, Lausanne, Société des libraires, 1778, p. 435, n. 11.

⁵⁴⁶ BR, t. III, p. 39, art. 109 : « Si aucun a pris un héritage à cens ou rente à certain prix par chacun an, il y peut renoncer en jugement partie présente ou appelée, en payant tous les arrérages du passé & le terme ensuivant. Içoit que par lettres il eust promis payer ladite rente & obligé tous ses biens : & s'entend telle promesse tant qu'il est propriétaire : sinon que par les lettres d'adçensement il eust promis mettre aucun amendement, ce qu'il n'eust fait ; ou qu'il eust promis fournir & faire valoir ladite rente, & à ce obligé tous ses biens : en laissant toutesfois l'héritage, en aussi bon estat & valleur, qu'il estoit au temps de la prise ».

⁵⁴⁷ Voir par exemple, C. FLEURY, *Institution au droit françois, op. cit.*, t. II, p. 50-54.

Selon Charles Loyseau, la question est controversée à l'époque médiévale et la majorité des docteurs refuse de permettre à l'emphytéote de déguerpir⁵⁴⁸. Ils avancent deux raisons principales à ce refus. D'une part, l'emphytéote est tenu explicitement ou implicitement par le contrat d'améliorer le bien qui lui a été confié, il n'a donc pas la faculté de le délaisser. D'autre part, s'il lui était possible de déguerpir, les risques et cas fortuits porteraient sur le bailleur, ce qui va à l'encontre du Code de Justinien (C., 4, 66, 3). Ils estiment que si l'emphytéote pouvait déguerpir, il n'aurait pas la charge des cas fortuits qui tomberaient alors sur le bailleur et il ne serait pas tenu à des obligations précises d'améliorer le bien emphytéotique alors qu'il est susceptible de rompre unilatéralement son engagement à tout instant. Pourtant, Charles Loyseau écarte ces arguments au motif que le bail emphytéotique s'apparente à un contrat ordinaire de l'ancien droit, par conséquent soumis au droit commun. Concernant l'obligation d'améliorer, l'auteur est convaincu qu'elle ne peut résulter que d'une clause contractuelle expresse, refusant ainsi d'en faire une condition essentielle du bail emphytéotique⁵⁴⁹. En outre, au regard du sort des cas fortuits, il considère que :

« la loi 1 *De jur. emphyt.* se doit entendre quand l'emphytéote ne veut point quitter l'héritage, qu'alors à raison de la perte survenue d'une partie d'icelui, il ne peut pas diminuer la redevance. Autrement il résulteroit de cette loi une grande absurdité »⁵⁵⁰.

Selon Charles Loyseau, le déguerpissement est toujours possible pour l'emphytéote, y compris en cas de perte partielle du fonds, ce qui conduit alors à l'affranchir de ses obligations, et ce n'est qu'à défaut de l'exercice de cette faculté, que la constitution de Zénon a vocation à s'appliquer. En contrepoint, le caractère supplétoire du droit écrit apparaît, le droit coutumier primant le droit romain. Il apparaît que le bail emphytéotique n'est plus régi uniquement par les dispositions issues du droit romain, son régime s'est « accoutumé » et il se plie désormais aux principes d'un « droit commun coutumier ».

⁵⁴⁸ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 88-89, n. 3-6.

⁵⁴⁹ Voir *supra*, p. 91 et s.

⁵⁵⁰ C. LOYSEAU, « Du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 88. *Contra* : une décision du 22 mai 1595, rapportée par Rousseaud de la Combe (G. DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale...*, *op. cit.*, p. 203), interdit à un emphytéote d'user de sa faculté de déguerpissement pour cause de destruction partielle des bâtiments pendant la guerre, à moins qu'il ne paie les arrérages dus pendant la guerre et qu'il ne remette les biens en bon état. Dans le même sens, une décision du 9 août 1597 rapportée par Brillou (P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 49, n. 65) affirme qu'en cas de perte partielle de la chose emphytéotique, l'emphytéote ne peut pas déguerpir. En pratique, la faculté de déguerpissement de l'emphytéote apparaît donc strictement encadrée.

Cette analyse est reprise par Antoine Despeisses⁵⁵¹, Guillaume de Lamoignon († 1677)⁵⁵² ou encore François Bourjon⁵⁵³.

Cette opinion est relayée par les décisions des tribunaux tout au long de l'époque moderne⁵⁵⁴. Elle souligne l'appropriation du bail emphytéotique par l'ancien droit, à travers la synthèse d'éléments d'origines disparates au sein de son régime. À cet égard, l'ajout d'une nouvelle cause d'extinction du contrat d'origine purement coutumière apparaît significatif. Le droit commun coutumier vient s'ajouter aux dispositions d'origine romaine encadrant le bail emphytéotique, dépouillant le contrat d'une partie de sa physionomie initiale. Toutefois, Claude de Ferrière excipe trois cas dans lesquels le déguerpissement de l'emphytéote est impossible⁵⁵⁵. Tout d'abord, si une clause d'obligation d'amélioration expresse a été insérée au contrat, le preneur ne peut déguerpier avant d'avoir exécuté ses engagements puisqu'il est alors obligé personnellement. Il en est de même si l'emphytéote a promis de « fournir & faire valoir la rente », expression par laquelle il a engagé tous ses biens. Enfin, l'insertion d'une clause de non déguerpissement est réputée valable, selon le droit commun. En revanche, à défaut de dispositions contractuelles expresses obligeant l'emphytéote, le mécanisme de droit commun du déguerpissement trouve à s'appliquer⁵⁵⁶.

La faculté de déguerpier offerte à l'emphytéote témoigne de la porosité entre le droit romain réinterprété et le droit coutumier. À l'époque moderne, le droit coutumier imprègne

⁵⁵¹ A. DESPEISSES, *Œuvres*, t. III, Lyon, Les Frères Bruyset, 1750, p. 58, n. 27. Voir aussi A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 38-39 ; C. I. PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne...*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁵² G. DE LAMOIGNON, *Recueil des arrêts de M. le Président de Lamoignon*, Paris, Joseph Merlin, 1777, p. 154-155 : « Après la ruine entière de l'héritage, le preneur de l'héritage demeure déchargé de plein droit de la redevance pour l'avenir, sans qu'il soit besoin de déguerpissement ; mais si le déguerpissement n'est arrivé qu'en la superficie, & que la place en tout ou partie soit demeurée en la possession du détenteur, la charge de la redevance entière subsiste jusqu'au déguerpissement de ce qui reste ».

⁵⁵³ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. II, p. 636 : « si dans l'un et l'autre cas la perte n'était pas totale, par exemple, si une maison chargée d'une rente foncière a été brûlée par le feu du ciel, le preneur doit toujours la rente, à moins qu'il ne déguerpisse la place ».

⁵⁵⁴ La faculté de déguerpissement de l'emphytéote ne semble pas poser de difficulté devant les tribunaux, comme en témoigne un certain nombre de décisions. Par exemple, une décision du 22 mai 1595 rapporté par G. DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale...*, *op. cit.*, p. 203-204 ; un arrêt du parlement de Toulouse en date du 18 décembre 1597 rapporté par G. LOUËT, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, *op. cit.*, t. I, p. 629 ; un arrêt du parlement de Toulouse du 21 mars 1631 rapporté par Louët (*ibid.*) ; ou encore un arrêt du parlement de Rouen du 20 juin 1759, rapporté par D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 320.

⁵⁵⁵ C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Digeste de Justinien...*, *op. cit.*, t. I, p. 230.

⁵⁵⁶ En ce sens, A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 116, n. 3-4 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. II, p. 633 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, t. I, p. 97, n. 9.

le régime du bail emphytéotique, provoquant une dégradation des règles l'encadrant. Une telle évolution affecte tant les causes que les effets de l'extinction du bail emphytéotique.

B. Les effets de l'extinction encadrés par l'ancien droit

Les effets de l'extinction du bail emphytéotique sont largement étudiés dans les traités doctrinaux de l'époque moderne. Pour les auteurs, il s'agit essentiellement de répondre à des questions pragmatiques, souvent posées en justice, relatives au sort des améliorations, à la perception des fruits, à la restitution du fonds et enfin à la reconduction tacite.

Une question a particulièrement retenu l'attention des auteurs d'Ancien Régime : le sort réservé aux améliorations ou aux réparations réalisées par l'emphytéote au cours du contrat. L'emphytéote a-t-il le droit de retirer un profit quelconque de ces améliorations ou peut-il en être privé purement et simplement, en raison de l'obligation d'amélioration inhérente au bail emphytéotique ? Parmi les humanistes, la plupart considère que les améliorations apportées par l'emphytéote au fonds concédé ne peuvent être retirées car elles découlent de la nature même du contrat⁵⁵⁷. Les auteurs de droit coutumier apparaissent plus nuancés. Certains ont estimé que le critère de distinction était la faute⁵⁵⁸. Si une faute de l'emphytéote a mené à l'extinction du bail emphytéotique – par exemple, en cas de non-paiement pendant deux ou trois ans de la redevance – celui-ci perd le bénéfice des améliorations, auquel il aurait droit en principe. Pour Charles Loyseau, en l'absence de faute de l'emphytéote (arrivée du terme, déguerpissement...), une alternative s'ouvre à lui : soit il peut réclamer une somme d'argent en compensation, soit il peut retirer effectivement ses améliorations. Cette dernière hypothèse se réalise uniquement si les améliorations dont il est question sont séparables du fonds emphytéotique⁵⁵⁹. Claude de Ferrière apparaît plus mesuré et considère que seules les améliorations séparables du fonds emphytéotique peuvent être retirées par le preneur⁵⁶⁰. Charles Loyseau et Claude de Ferrière étayaient ce raisonnement, favorable à l'emphytéote, sur deux constitutions

⁵⁵⁷ Par exemple, J. CUJAS, *Opera omnia, op. cit.*, t. IX, p. 422 ; H. DONEAU, *Commentarium...*, *op. cit.*, p. 1271-1272, n. 20 ; A. MORNAC, *Antonii Mornacii...*, *op. cit.*, p. 1066-1067 ; A. FAVRE, *Codex Fabrianus...*, *op. cit.*, p. 492-493.

⁵⁵⁸ Par exemple, A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 20 ; C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 161-162, n. 7-9 ; B. AUTOMNE, *Commentaire sur la coutume générale de la ville de Bordeaux...*, *op. cit.*, p. 433 ; C. DE FERRIERE, *La jurisprudence des Nouvelles de Justinien...*, *op. cit.*, t. II, p. 494-495 ; G. ARGOU, *Institution au droit français, op. cit.*, t. II, p. 303-304.

⁵⁵⁹ Loyseau prend l'exemple d'une maison en bois qu'un emphytéote peut décider d'emporter lorsque le contrat arrive à son terme (C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 161-162, n. 7-9). La coutume de Bailleul le prévoit d'ailleurs expressément (rub. XVIII, art. 10, BR, t. I, p. 972).

⁵⁶⁰ C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, *op. cit.*, t. I, p. 565-566, n. 34.

impériales. Ils interprètent strictement la constitution de Justinien qui dispose qu'en cas de non-paiement pendant trois ans du canon emphytéotique, le preneur ne peut rien demander au titre des améliorations qu'il a apportées au fonds⁵⁶¹. Puis, ils combinent ce texte avec une constitution du même empereur encadrant la procédure d'aliénation du droit d'emphytéose⁵⁶² pour en déduire que l'emphytéote est libre de vendre les améliorations qu'il a effectuées sur le fonds. Ce n'est donc qu'en raison d'une faute de sa part qu'il peut être privé de ce droit. D'autres auteurs considèrent, au contraire, qu'il faut s'en tenir à l'esprit du bail emphytéotique, qui est un contrat dans lequel l'obligation d'améliorer est essentielle⁵⁶³. L'emphytéote est tenu d'améliorer le fonds qui lui a été concédé et n'est pas susceptible de retirer profit de ses améliorations, qui ne correspondent qu'à une bonne exécution du contrat. Ce courant interprète largement la deuxième constitution du titre du Code *De jure emphyteutico*, en estimant que les améliorations demeurent au profit du bailleur. Charles Du Moulin évoque une troisième voie dans laquelle l'équité vient tempérer les deux propositions précédentes⁵⁶⁴. Il propose un compromis selon lequel, en cas de faute de l'emphytéote au cours de l'exécution du contrat, il perd les « simples amendemens » mais non les « grosses améliorations » qui dépassent la nature de l'emphytéose. Ainsi, il suggère de se référer à la lettre du contrat en vue de déterminer l'étendue de l'obligation d'améliorer de l'emphytéote et ce qui est compris dans le champ de cette obligation est perdu pour l'emphytéote, tandis qu'il conserve ce qui l'outrepasse. Bien que soucieuse de préserver l'équité entre les parties, cette thèse contredit les sources de droit romain et n'a pas été reprise par la jurisprudence des arrêts. Les décisions judiciaires demeurent rigoureuses à l'égard de l'emphytéote, en considérant que le preneur n'est pas susceptible de retirer les améliorations du fonds ni d'en obtenir compensation. La jurisprudence du parlement de Paris apparaît constante sur ce point⁵⁶⁵. La cour souveraine

⁵⁶¹ C., 4, 66, 2 : « nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum quae emponemata dicuntur ».

⁵⁶² C., 4, 66, 3.

⁵⁶³ Par exemple, L. LE CARON, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 178 ; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 64, n. 9 et 11 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 356, n. 5.

⁵⁶⁴ C. DU MOULIN, *Opera quae extant omnia*, *op. cit.*, t. I, p. 166, n. 81. Le même auteur transpose d'ailleurs ses conclusions relatives aux améliorations de l'emphytéote aux augmentations et acquisitions du vassal : ID., *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes par M. Henrion de Pensey, avocat au Parlement*, Paris, Valade, 1773, p. 344-345.

⁵⁶⁵ En ce sens, voir un arrêt du 3 mars 1597, rapporté par G. LOUËT, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, *op. cit.*, t. I, p. 628-629 et J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à par jurisprudence actuelle*, *op. cit.*, t. VII, p. 545 ; un arrêt du 1^{er} mars 1603, rapporté par Denisart (*ibid.*) ; un arrêt du 26 avril 1627, rapporté par G. LOUËT, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, *op. cit.*, t. I, p. 629. Certains parlements de province sont parfois plus souples. Par exemple, le parlement de Toulouse dans un arrêt en date du 18 décembre 1597 (rapporté par J.-B. DENISART,

se fonde sur le fait que l'emphytéote n'ignore pas qu'il construit et améliore sur le fonds d'autrui, qui par définition ne lui appartient pas. Le preneur ne peut donc demander à être récompensé pour les améliorations qu'il apporte au fonds. Si la solution a le mérite de la simplicité et de la prévisibilité, elle fait peser sur l'emphytéote une charge importante. Gabriel Argou constate d'ailleurs que cette jurisprudence « est très rude, & contraire au sentiment de la plupart des Auteurs qui ont traité cette matière »⁵⁶⁶.

L'extinction du bail emphytéotique conduit également à examiner jusqu'à quand l'emphytéote est en droit de percevoir les fruits produits par le fonds concédé. Plus particulièrement, c'est le cas de la commise du fonds concédé qui suscite des interrogations. Pour les autres causes d'extinction, la date de fin du contrat coïncide logiquement avec le moment où l'emphytéote cesse de percevoir les fruits. En revanche, dans le cas de la commise, il s'agit de déterminer si le preneur doit cesser de percevoir les fruits à la date où la commise peut avoir lieu – c'est-à-dire au bout de trois ans sans paiement – ou à la date où le juge prononce effectivement la commise. Claude de Ferrière considère que les fruits appartiennent à l'emphytéote tant que la commise n'est pas prononcée par un juge⁵⁶⁷. Son raisonnement se fonde sur le caractère volontariste de la procédure : l'action en justice ne débute que si le bailleur en exprime la volonté du bailleur, qui doit être explicite et jamais présumée. L'auteur rejette l'argument s'appuyant sur la mauvaise foi du preneur en arguant qu'il demeure maître de la chose jusqu'à la déclaration du bailleur. En outre, il réfute tout effet rétroactif de la décision judiciaire car elle dépend de la volonté du seigneur direct qui pouvait faire preuve de diligence et saisir le juge dès l'arrivée du terme des trois ans.

Au terme du bail emphytéotique, le preneur est tenu de remettre la chose en bon état au bailleur. Les arrêts ainsi que les auteurs sont venus préciser la portée de cette obligation. Elle apparaît comme une conséquence logique de l'obligation d'améliorer inhérente au bail emphytéotique. C'est pourquoi il ne s'agit pas seulement pour l'emphytéote de restituer en bon état le fonds de terre qui lui a été confié mais également les bâtiments ou toute autre

Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à par jurisprudence actuelle, op. cit., t. VII, p. 545) permet à l'emphytéote d'emporter les améliorations lorsque cela est possible, en raison des travaux considérables qu'il a opérés sur le fonds concédé.

⁵⁶⁶ G. ARGOU, *Institution au droit françois, op. cit., t. II, p. 304.*

⁵⁶⁷ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien..., op. cit., t. I, p. 561-562, n. 20-22.*

construction que le contrat l'obligeait à édifier⁵⁶⁸. Toutefois, selon Claude de Ferrière, le juge peut exiger que les grosses réparations des immeubles sur lesquels le contrat porte soient effectuées par l'emphytéote mais l'auteur assouplit la rigueur de cette obligation en précisant que le preneur n'est tenu à aucune réparation pour les bâtiments auxquels il n'est pas obligé⁵⁶⁹. Il ne serait pas juste que sa libéralité lui porte préjudice. Par ailleurs, l'obligation de restitution de l'immeuble va de pair avec l'extinction des charges que le preneur a pu concéder sur le fonds. En d'autres termes, la fin de la jouissance de l'emphytéote sonne le glas des servitudes qu'il a constituées⁵⁷⁰ mais aussi des hypothèques⁵⁷¹.

Enfin, à l'époque moderne, il ne fait pas de doute que le bail emphytéotique ne peut être reconduit tacitement⁵⁷². Le cas le plus fréquent est celui dans lequel un emphytéote continue de jouir du fonds concédé à bail emphytéotique après le terme du contrat, sans opposition de la part du bailleur. Contrairement au louage ordinaire, le bail emphytéotique transfère au preneur un domaine utile, c'est-à-dire une forme de propriété sous l'Ancien Régime, et non un simple droit de jouissance. Or, tout transfert de propriété quel qu'il soit nécessite le consentement exprès des parties. C'est pourquoi la tacite reconduction ne peut avoir lieu pour le bail emphytéotique.

L'assouplissement des règles romaines encadrant le bail emphytéotique au cours de l'époque moderne met en évidence la coexistence de deux mouvements concomitants. D'une part, il est notable que les règles issues du droit romain relatives au contrat emphytéotique subissent une altération certaine au contact du droit coutumier et féodal, poursuivant ainsi le processus de naturalisation de ce contrat dans l'ancien droit. D'autre part, la condition de l'emphytéote s'en trouve renforcée : les droits du seigneur direct sur le fonds ont été progressivement, et en partie, limités au cours de l'époque moderne, affermissant par ricochet le droit d'emphytéose.

⁵⁶⁸ G. ARGOU, *Institution au droit françois*, op. cit., t. II, p. 304.

⁵⁶⁹ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, op. cit., p. 572-573, n. 47.

⁵⁷⁰ T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, op. cit., t. I, p. 474, n. 5551.

⁵⁷¹ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », loc. cit., p. 154.

⁵⁷² Voir par exemple, C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, op. cit., p. 569, n. 40.

Section 2 L'enrichissement du régime du bail emphytéotique par le droit commun coutumier

L'intégration du bail emphytéotique dans les coutumes rédigées a largement contribué à renouveler son régime juridique. En vue de compléter les dispositions lacunaires énoncées par le droit romain, certaines solutions du droit commun coutumier ont été appliquées au bail emphytéotique. Une telle transposition à une institution d'origine étrangère s'inscrit dans un processus visant à enrichir le régime juridique du contrat emphytéotique. Plus encore, l'application au bail emphytéotique de règles coutumières contribue à le naturaliser, c'est-à-dire à rendre ce contrat français, à l'ancrer pleinement dans l'ancien droit. En cela, le régime du bail emphytéotique n'est pas uniquement complété par l'ancien droit, il est entièrement absorbé par l'ordre juridique moderne. Une telle évolution de son régime juridique se manifeste dans deux directions principales : le bail à emphytéose apparaît constamment inséré dans l'organisation foncière d'Ancien Régime (§1) et, en matière successorale, les règles qui encadrent sa transmission découlent directement du droit coutumier (§2).

§. 1 L'insertion du bail emphytéotique dans l'organisation foncière d'Ancien Régime

Au Bas-Empire, l'étendue des droits de l'emphytéote est importante, « la plus large extension qu'ait reçue la location perpétuelle »⁵⁷³ selon Antoine Hajje. L'emphytéote détient la jouissance du fonds et, à ce titre, en acquiert les fruits⁵⁷⁴. De surcroît, il dispose d'un droit transmissible à cause de mort⁵⁷⁵ et entre vifs, susceptible d'être grevé d'hypothèque⁵⁷⁶ et de servitudes⁵⁷⁷. Pour défendre le droit d'emphytéose, diverses actions utiles, modelées sur les actions ouvertes au propriétaire sont accordées au preneur⁵⁷⁸.

⁵⁷³ A. HAJJE, *Étude sur les locations à long terme...*, op. cit., p. 143.

⁵⁷⁴ D. 22, 1, 25, 1 : « Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est ».

⁵⁷⁵ Il s'agit d'un droit héréditaire. Il peut notamment faire l'objet d'un legs, D. 30, 1, 71, 6 : « Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus quod in vectigalibus fundis habemus ».

⁵⁷⁶ D. 13, 7, 16, 2 : « Etiam vectigale praedium pignori dari potest : sed et superficarium : quia hodie utiles actiones superficariis dantur ».

⁵⁷⁷ D. 7, 4, 1, pr. : « Non solum uumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tutione praetoris. Proinde traditus quoque usufructu, item in fundo vectigali vel superficie, non jure contitutus, capitis minutione amittitur ».

⁵⁷⁸ R. SOTTY, « Les actions qualifiées d' "utiles" en droit romain classique », *Labeo*, t. 25, 1979, p. 139-162. Ainsi, l'emphytéote bénéficie d'une action en revendication (D., 7, 3, 1, 1 : « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem

L'emphytéote n'est cependant pas propriétaire au sens plein du terme – au sens romain – puisque son droit sur la chose reste en partie limité. Par exemple, il lui est interdit d'affranchir les esclaves du fonds qui lui a été concédé ; son *jus abutendi* est donc restreint. La difficulté vient du fait que l'emphytéote, comme le bailleur, est qualifié de *dominus* dans le *Corpus Juris Civilis*⁵⁷⁹, paradoxe que la doctrine moderne, reprenant la théorie de la division du domaine établie par les glossateurs, a résolu en considérant que « le bailleur et le preneur sont seigneurs par un domaine différent »⁵⁸⁰. Sous l'Ancien Régime, cette division du domaine conduit à envisager l'étendue des droits de l'emphytéote de façon imprécise puisqu'ils se dessinent en négatif de ceux du seigneur. En d'autres termes, l'emphytéote a la possibilité de jouir, d'user et de disposer comme il le souhaite du fonds emphytéotique, tant qu'il ne porte pas atteinte aux droits de son seigneur. En outre, l'étude des coutumes rédigées officiellement n'amène aucun éclaircissement, les sources se contentant de confirmer que l'emphytéote détient le domaine utile. Ce sont la doctrine et la jurisprudence qui viennent clarifier l'étendue des droits de l'emphytéote (A) ainsi qu'identifier les charges auxquelles il est astreint (B).

A. La fixation de l'étendue des droits de l'emphytéote

Lorsqu'il s'agit de distinguer l'étendue du domaine utile par rapport au domaine direct, les auteurs d'Ancien Régime proposent rarement une synthèse des droits de l'emphytéote et du bailleur. Ces droits sont énoncés de manière éparpillée dans les traités de droit romain ou de droit français et émergent à l'occasion de l'examen d'une matière particulière. Plus tardivement, certains auteurs influencés par le jusnaturalisme esquissent un début de réponse, notamment Robert-Joseph Pothier lorsqu'il explique que :

actionem adversus quenivis possessorem : sed et adversus ipsos municipes »). Il peut faire jouer l'action négatoire utile ainsi qu'une action confessoire utile (*D.*, 8, 1, 16). Il dispose aussi d'une action publicienne (*D.*, 6, 2, 12, 2 : « In vectigalibus, et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt »). Enfin, les interdits possessoires lui sont accordés (*D.* 6, 2, 12, 2 : « Possessor autem is accipiendus est, qui in agro, vel civitate rem soli possidet : aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur »).

⁵⁷⁹ Dans le Digeste, le bailleur apparaît comme pleinement propriétaire. Par exemple, *D.* 6, 3, 1, 1 : « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur *domini*, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quenivis possessorem : sed et adversus ipsos municipes ». Or dans le Code, l'emphytéote est à la fois qualifié de *possessor* : « Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, *possessor* intelligitur » (*D.* 2, 8, 15, 1) et de *dominus* : « quos commoditas privatae rei praediorum ad ea postulanda sollicitat, adeant tuae dignationis officium, et modum suae deliberationis indicent per libellos, certumque habeant, quod unaquaeque villa cum eo onere, vel forma, cui nunc habetur obnoxia, ad novi *domini* jura migrabit » (*C.*, 11, 65, 2). Nous soulignons. Sur cette ambivalence, voir notamment A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, « Les droits des particuliers sur les domaines impériaux... », *loc. cit.*, p. 311-328.

⁵⁸⁰ C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. II, p. 390.

« Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile ; comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnaître à [sic] seigneur celui qui en a le domaine direct »⁵⁸¹.

De ce partage des droits sur la chose entre le preneur utile et le seigneur direct, il ressort qu'une grande part est octroyée au premier, étant donné que les droits du détenteur du domaine direct sont restreints à la perception de redevances et à la reconnaissance de sa seigneurie. L'emphytéote agit ainsi comme s'il était propriétaire, tandis que le seigneur direct ne conserve qu'une infime parcelle de sa faculté initiale de disposer de la chose. L'étendue des droits de l'emphytéote peut s'appréhender à la fois de façon extrinsèque et intrinsèque, c'est-à-dire dans les relations avec les tiers mais aussi entre les parties au contrat. Dans ses relations avec les tiers, l'emphytéote agit à la manière d'un propriétaire, ce qui lui confère des droits considérables (1). Mais, cette étendue est bornée par la portion de droits réservée au bailleur, seigneur direct (2).

1. L'emphytéote, un propriétaire aux yeux des tiers

À l'époque moderne, aux yeux des tiers, l'emphytéote réunit les attributs du propriétaire. Titulaire d'un domaine utile, il détient un droit de jouissance, d'usage mais aussi de disposition.

Louis Le Caron explique que l'emphytéote « tient le lieu du propriétaire (...) ains iouyt de tous les droicts que seroit le vrai Seigneur »⁵⁸². Il prend la place du seigneur dans la mesure où il détient la jouissance du fonds emphytéotique, donc perçoit les fruits produits. Le paiement de la redevance lui assure, en contrepartie, la jouissance de l'immeuble et, tant qu'il s'acquitte de ce paiement ou que le contrat n'est pas arrivé à son terme, il agit

⁵⁸¹ R.-J. POTHIER, « Traité du droit de domaine de propriété », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 114. L'auteur poursuit en énumérant les droits du seigneur utile (*ibid.*, p. 114-115). Dans le même sens, Heineccius écrit : « Aujourd'hui les jurisconsultes divisent le domaine en *plein* et *moins plein* (ou utile). Le premier donne à la fois la faculté de disposer de la chose, d'en percevoir toute l'utilité, et la faculté de la revendiquer quand elle est perdue ; le second partage les mêmes droits entre le *maitre* (ou seigneur), auquel il reste quelque chose de la faculté de disposer, et que l'on nomme *seigneur direct*, et celui à qui appartient le droit de revendiquer et de tirer presque toute l'utilité de la chose, et que l'on nomme *propriétaire utile* » (J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, *op. cit.*, t. II, p. 32-33). Voir également, P. G. MICHAUX, *Les coutumes considérées comme loix de la nation dans son origine et dans son état actuel*, Paris, Merigot le jeune, 1783, p. 407-409.

⁵⁸² L. LE CARON dit CHARONDAS, *Responses...*, *op. cit.*, p. 43. L'auteur défend la même thèse dans ses *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 174. Claude de Ferrière formule une idée similaire en affirmant que l'emphytéote est « celui qui vient aux droits du propriétaire » (C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 227).

comme un propriétaire. La rente qu'il accepte de payer lui donne le droit de recueillir les fruits sur le fonds d'autrui.

Les feudistes se sont interrogés sur le fait de savoir si ce droit de jouissance s'étendait au droit de justice, autrement dit si le seigneur qui concède un fonds banal à bail emphytéotique transmet, par le même contrat, son pouvoir de justice. Cela revient à se demander si l'emphytéote peut exercer la banalité, c'est-à-dire une prérogative de puissance publique, un pouvoir de contraindre, défendre et prohiber. Cette question présente un intérêt pratique, en particulier pour les moulins qui font fréquemment l'objet de baux de longue durée. François de Boutaric estime qu'un tel pouvoir émane de la seigneurie, ce qui en fait un pouvoir personnel ne pouvant être vendu ou aliéné séparément du fief. Par conséquent, l'emphytéote n'est pas en capacité d'exercer le droit de justice⁵⁸³ et pour les mêmes raisons, ne peut exiger les corvées qui sont dues au seigneur⁵⁸⁴. Néanmoins, son droit de jouissance lui permet de bénéficier de l'augmentation par alluvion, ce que les auteurs d'Ancien Régime justifient par le raisonnement suivant. Ils remarquent, tout d'abord, que l'emphytéote supporte les risques de perte partielle du fonds, comme il est établi depuis le droit romain tardif dans une constitution de Zénon insérée dans le Code de Justinien⁵⁸⁵. Ils en déduisent qu'*a contrario* il doit pouvoir bénéficier de son accroissement⁵⁸⁶. En revanche, une question plus anecdotique a retenu leur attention : la propriété d'un trésor découvert sur le fonds emphytéotique doit-elle revenir à l'emphytéote, seigneur utile, ou au bailleur, seigneur direct⁵⁸⁷ ? Cujas accorde le bénéfice du trésor à l'emphytéote, pour les mêmes raisons que l'augmentation par alluvion⁵⁸⁸. Puisque l'emphytéote est considéré comme un propriétaire, il supporte les risques et les profits du fonds emphytéotique, tant que le contrat n'est pas éteint. Le domaine utile confère au preneur l'utilité de la chose, c'est pourquoi le trésor découvert sur le fonds concédé doit également lui revenir. D'autres semblent, au contraire, considérer que le trésor, n'étant ni un fruit, ni produit par l'exploitation du fonds, doit être attribué au véritable propriétaire⁵⁸⁹. Cependant, à la fin de l'Ancien Régime, ces divergences

⁵⁸³ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 380-381.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 414-415.

⁵⁸⁵ C., 4, 66, 1.

⁵⁸⁶ Cela ne suscite pas de débats. Voir par exemple, A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 15-16 ; A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 63, n. 3 ; C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 564, n. 29.

⁵⁸⁷ Sur le régime juridique du trésor en général, E. FRELON, « L'ancien droit du trésor aux temps modernes. Théorie et pratique privatistes (XVI^e-XVIII^e siècles) », *RHD*, t. 91, 2013/4, p. 689-706.

⁵⁸⁸ J. CUJAS, *Opera omnia*, *op. cit.*, t. II, p. 866. Dans le même sens, C. DE FERRIERE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 564, n. 29.

⁵⁸⁹ Voir A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 16-17.

d'opinions perdent de leur intérêt pratique. Il est alors généralement admis que le véritable propriétaire est le seigneur utile⁵⁹⁰. Dès lors, si l'on suit la logique de la deuxième conception jusqu'à son terme, le trésor reviendra à l'emphytéote, seigneur utile et, en conséquence, véritable propriétaire du fonds. Dans les deux cas, bien que le raisonnement diffère, la solution proposée par ces deux courants se rejoint, le désaccord ne portant que sur l'identité du « véritable propriétaire ».

En principe, l'emphytéote détient le droit d'user du fonds, comme il l'entend, à condition d'accomplir les charges prévues par le contrat. Au sein de l'organisation foncière d'Ancien Régime, il est donc celui à qui revient l'utilité de la chose et, par conséquent, la faculté de revendiquer la chose. Comme le remarque Robert-Joseph Pothier : « [i]l n'est pas nécessaire non plus, dans notre droit français, pour que nous ayons la revendication d'une chose, que nous en ayons le domaine direct ; il suffit que nous en ayons le domaine utile »⁵⁹¹. Considérer l'emphytéote comme le maître des utilités de l'immeuble concédé souligne d'ailleurs l'adaptation de ce contrat à l'organisation de la propriété foncière de l'époque moderne, dans laquelle chaque utilité de la chose peut être détenue par un possesseur différent. Un tel enchevêtrement de propriétés simultanées nécessite de délimiter précisément le droit de l'emphytéote. De ce fait, un point alimente la controverse entre les auteurs de doctrine, celui de déterminer si le preneur peut changer ou non la substance ou l'état du fonds. Alors que dans un louage ordinaire, le preneur n'a pas la faculté de changer la destination du fonds sans le consentement du bailleur, un courant doctrinal majoritaire estime que l'emphytéote le peut⁵⁹². En effet, ce qui est interdit à l'emphytéote, c'est de préjudicier à son bailleur en détériorant le fonds. S'il modifie la destination du fonds pour une culture plus rentable, il parvient ainsi à valoriser l'immeuble qui lui a été confié. Cette possibilité s'explique par la longue durée du bail emphytéotique, permettant un retour sur investissement avant l'extinction du bail. Plus précisément, Germain-Antoine Guyot remarque que dans le ressort du parlement de Toulouse, au regard

⁵⁹⁰ Voir *supra*, p. 84. *Contra* : F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, *op. cit.*, p. 331 : « Or, on a beau subtiliser, on a beau distinguer entre la propriété directe & la propriété utile, cette dernière propriété n'est que le droit de percevoir les fruits & n'est pas une véritable propriété : il n'y a de vraie propriété que celle du fonds ».

⁵⁹¹ R.-J. POTHIER, « De la propriété », *Œuvres*, *op. cit.*, p. 240. Voir également F. STURM, « La nature juridique de la *rei vindicatio* », *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, t. II, éd. R. FEENSTRA *et alii*, Amsterdam, J. C. Gieben, 1995, p. 505-512.

⁵⁹² C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 564-565, n. 31 ; F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 433-434 ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales*, *op. cit.*, t. IV, p. 478. *Contra* : B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrests notables du Parlement de Toulouse...*, *op. cit.*, p. 570-571.

du changement de destination du fonds, l'utilité publique prime sur l'intérêt du seigneur⁵⁹³. Il entend comme conforme à l'utilité publique le fait de transformer le fonds de manière à ce qu'il produise davantage, c'est-à-dire lorsque le changement de destination du fonds est commandé par la rentabilité économique et la productivité des terres. En ce sens, l'utilité publique rencontre souvent l'intérêt du seigneur, au moins à long terme, puisque ce dernier recouvrera ainsi son fonds valorisé. Cela va également de pair avec un renforcement des droits de l'emphytéote vis-à-vis du seigneur. Il apparaît dès lors que rien n'empêche l'emphytéote de modifier la substance de la chose emphytéotique, dans la mesure où il respecte son obligation de ne pas détériorer l'immeuble qui lui a été confié, corollaire de son obligation d'améliorer. L'étendue des changements qu'il est susceptible d'apporter dépend de la lettre du contrat, et surtout de l'immeuble, objet du contrat.

L'emphytéote possède également une assez grande latitude pour disposer du bien emphytéotique. Il a déjà été établi que, sous l'Ancien Régime, le preneur est susceptible de disposer et de transmettre son droit d'emphytéose sans consentement préalable du bailleur⁵⁹⁴. Il peut également constituer des sûretés sur son droit emphytéotique, voire sur le fonds lui-même. Autrement dit, le droit d'emphytéose peut être hypothéqué, tout comme la chose⁵⁹⁵. Le preneur peut également choisir de charger le fonds de servitudes⁵⁹⁶. Dans ce cas, à partir du moment où le droit d'emphytéose s'éteint, le droit réel ainsi établi par l'emphytéote prend fin également. À défaut, le seigneur direct devrait supporter des contraintes auxquelles il n'a pas consenti, ce qui lui porterait préjudice⁵⁹⁷.

⁵⁹³ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales*, op. cit., t. IV, p. 478-479 : « Cette note nous fait voir, qu'en ce Parlement on regarde les circonstances qui ont occasionné le changement de surface, parce que *l'utilité publique est préférable au droit du Seigneur* ; & il importe à la République, qu'un fonds qu'on a crû propre à porter grains quand on l'a pris sous la charge du champart, soit mis en vigne ou pâturage, s'il y est plus propre, & rapporte mieux, ce n'est pas là détériorer le fonds ». Nous soulignons.

⁵⁹⁴ Voir *supra*, p. 122 et s.

⁵⁹⁵ En ce sens, voir F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 145 ; L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, op. cit., p. 180 ; C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 12 ; J. BAQUET, *Traité de diverses questions...*, op. cit., t. I, p. 563 ; H. BASNAGE DE FRANQUESNEY, *Traité des hypothèques*, t. II, Rouen, Jean Lucas, 1687, p. 72.

⁵⁹⁶ Par exemple, F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 145 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, op. cit., t. I, p. 266-267 ; T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, op. cit., t. I, p. 474.

⁵⁹⁷ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, op. cit., t. I, p. 266-267. *Contra* : C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, op. cit., t. II, p. 287, n. 41 : Wolff considère que lorsque l'emphytéote a engagé le fonds emphytéotique, et non uniquement son droit d'emphytéose, le droit du créancier subsiste malgré l'extinction du droit d'emphytéose. Toutefois, une telle conception dénie au seigneur direct tout autre droit que celui de percevoir la redevance.

Au XVII^e siècle, les auteurs imprégnés par le courant jusnaturaliste précisent, de manière plus rigoureuse, l'étendue du domaine utile. Jean Domat explicite encore davantage le droit de l'emphytéote par rapport à celui du bailleur en affirmant que :

« le premier maître du fonds conserve son droit originaire de propriété, à la réserve de ce qu'il transmet à l'emphytéote ; & que l'emphytéote acquiert le droit de jouir & de disposer à la charge des droits réservés au maître du fonds »⁵⁹⁸.

L'auteur remarque qu'à défaut de convention contraire, le droit du bailleur est restreint à sa perception de la rente, vestige de sa propriété originaire. En dehors de cela, le preneur détient la plus grande liberté pour exercer son droit. La difficulté de circonscrire précisément les droits et obligations respectifs de l'emphytéote et du bailleur tient essentiellement à ce que le bail emphytéotique a été déraciné d'une organisation foncière romaine, et perçue comme unitaire par les juristes d'Ancien Régime⁵⁹⁹, pour se voir réinventé à travers le prisme des propriétés simultanées, à l'époque médiévale puis moderne. Le défi de l'étude du bail emphytéotique réside donc dans le fait de concilier deux conceptions de la propriété antagonistes. La solution proposée par la doctrine consiste à se tourner vers une fiction juridique⁶⁰⁰, en envisageant l'emphytéote « comme si » il était propriétaire, puisqu'il ne peut être qualifié de propriétaire au sens plein – c'est-à-dire au sens romain – du terme, en raison de son droit de disposition limité. En cela, cette

⁵⁹⁸ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 63, n. 6. On retrouve une analyse similaire de l'étendue du droit d'emphytéose chez Johann Gottlieb Heineccius qui explique que « comme l'emphytéote acquiert un domaine utile, il suit 4° qu'il acquiert tous les fruits et tous les avantages, même les trésors trouvés dans le fonds ; 5° qu'il a le droit d'imposer une servitude, de changer la forme du fond, pourvu qu'il ne le détériore pas, de l'hypothéquer, donner, échanger ; 6° qu'il peut aussi le vendre, pourvu qu'il en avertisse le propriétaire, au cas où celui-ci voudrait user de son droit de préférence ; 7° qu'il paye les impôts et les charges. Du même principe il suit 8° que l'emphytéote peut revendiquer le fonds contre tout possesseur, même contre le maître direct de l'emphytéose ; 9° qu'il peut le transférer à un autre, soit à titre universel, soit à titre particulier, avec cette différence cependant que le successeur particulier doit, à titre de los, le cinquantième du prix » (J.G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, *op. cit.*, t. III, p. 288-289, n. 935 et 936).

⁵⁹⁹ Ce point peut apparaître discutable dans la mesure où l'emphytéote est qualifiée de *dominus* dans le *Corpus Juris Civilis*. Certains spécialistes estiment qu'il s'agit peut-être d'une erreur ou d'une interpolation tardive (sur ce point, voir la synthèse de C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 265). Voir également le point de vue plus nuancé de A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, « Les droits des particuliers sur les domaines impériaux... », *loc. cit.*, p. 311-328.

⁶⁰⁰ La fiction peut être ainsi définie : « artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), “mensonge de la loi” (et bienfait de celle-ci) consistant à “faire comme si”, à supposer un fait contraire à la réalité en vue de produire un effet de droit » (*Vocabulaire juridique*, éd. G. CORNU, Paris, PUF, 2018, V° Fiction, p. 458). Sur les fictions dans l'ancien droit, voir D. DEROUSSIN, « L'ancien droit des fictions », *Les fictions en droit. Actes du colloque intitulé “Les artifices du droit : les fictions”*, éd. A.-B. CAIRE, Clermont-Ferrand, École de droit-Université d'Auvergne, 2015 (*Centre Michel de l'Hospital*), p. 23-69.

construction est susceptible de s'adapter à l'organisation foncière de l'Ancien Régime, dans laquelle le seigneur utile dispose de l'ensemble des utilités de la chose. Une telle approche contribue à renforcer les droits de l'emphytéote, jusqu'à délaisser la fiction juridique et le considérer, au XVIII^e siècle, comme le véritable propriétaire de l'immeuble. Cette analyse du bail emphytéotique démontre une compréhension du contrat réalisée à partir d'une conception féodale et coutumière de la propriété et conduisant, à terme, à une naturalisation de ce contrat.

2. Des limites aux droits de l'emphytéote dans ses rapports avec le bailleur

Si aux yeux des tiers, le preneur agit comme un propriétaire, en revanche, dans ses relations avec le bailleur, certaines limites peuvent venir encadrer les droits de l'emphytéote sur le fonds. Samuel von Pufendorf († 1694) précise que « le Maître de la chose n'en transfère pas la Propriété pleine & entière [de la chose] à l'emphytéote »⁶⁰¹ ce qui corrobore l'hypothèse selon laquelle l'emphytéote possède seulement un droit sur le « bien d'autrui »⁶⁰² et est donc subordonné au seigneur direct. En tant que simple possesseur de la chose d'autrui, l'emphytéote doit composer avec les droits du bailleur et voit notamment sa faculté de disposer du fond emphytéotique diminuée. La propriété de l'emphytéote apparaît alors toute relative ; il n'est propriétaire que relativement à un autre et non de manière absolue et *erga omnes*.

En premier lieu, l'emphytéote ne peut jamais prescrire le domaine direct⁶⁰³. La prescription trentenaire de droit commun ne joue pas y compris si l'emphytéote n'a jamais versé le canon emphytéotique. Une telle disposition s'explique par l'application du principe selon lequel on ne peut prescrire contre son titre. L'emphytéote n'étant que possesseur de la chose d'autrui, il ne peut opposer la prescription à son seigneur direct.

⁶⁰¹ S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, p. 639-640.

⁶⁰² *Ibidem*.

⁶⁰³ L. LE CARON dit CHARONDAS, *Responses...*, *op. cit.*, p. 204 ; A. DE PEYRUSSE, *Abrégé et sommaire des contrats d'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 45 ; B. D'ARGENTRÉ, *Coutumes générales du païs et duché de Bretagne...*, *op. cit.*, t. II, p. 106 ; ID., *Commentaire sur la coutume générale de la ville de Bordeaux...*, *op. cit.*, p. 424 ; J. THIERIOT, *L'esprit de la coutume de Troyes...*, *op. cit.*, p. 238 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. II, p. 434-435 ; G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, p. 305 ; D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, t. I, p. 111 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, t. I, p. 97, n. 8 ; B.-L. LE CAMUS D'HOULOUVE, *Coutumes du Boulonnois...*, *op. cit.*, t. II, p. 121-122 ; A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine*, *op. cit.*, p. 331 ; P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit françois...*, *op. cit.*, p. 242. Plus généralement, sur la prescription sous l'Ancien Régime, voir notamment D. DEROUSSIN, « *Praescriptione omnia iura tolluntur* : les prescriptions dans l'Ancien Droit Français », *Limitation and Prescription : A Comparative Legal History*, éd. H. DONDORP, D. IBBETSON, E. SCHRAGE, Berlin, Duncker & Humblot, 2019, p. 363-420.

Cependant, par exception, certaines provinces françaises appliquent un régime relatif à la prescription plus favorable à l'emphytéote. Par exemple, en Dauphiné, l'emphytéote bénéficie de la prescription centenaire ; il devient alors plein propriétaire de l'immeuble concédé à emphytéose au bout de cent ans⁶⁰⁴. Certains arrêts en jugent de même pour la Bourgogne⁶⁰⁵. Cette différence dans le régime de la prescription s'explique en ce que le bail emphytéotique est régi par de coutumes qui sont distinctes d'un ressort à un autre.

En second lieu, si l'emphytéote dispose d'un large droit de disposition sur l'emphytéose concédée, l'intérêt du bailleur doit être respecté. C'est pourquoi François de Boutaric estime que l'emphytéote peut parfaitement conclure une sous-emphytéose, c'est-à-dire charger un fonds déjà tenu à bail emphytéotique d'une emphytéose, mais en se conformant à certaines conditions⁶⁰⁶. En particulier, un tel contrat ne doit pas porter préjudice au bailleur ni être interdit expressément par le premier contrat emphytéotique. L'emphytéote demeure tenu de l'ensemble de ses obligations vis-à-vis du seigneur et la sous-emphytéose s'éteint, au plus tard, avec l'emphytéose initiale.

Enfin, et il s'agit d'une suite logique des limitations précédentes, l'emphytéote est tenu de reconnaître son seigneur direct⁶⁰⁷. Autrement dit, l'emphytéote ne peut dénier au bailleur son titre de seigneur direct, sous peine d'amende. L'appréhension de l'étendue du droit d'emphytéote et de ses limites prend en compte la division du domaine. La simultanéité des propriétés dicte ainsi les rapports entre l'emphytéote et son bailleur. À l'époque moderne, les droits de l'emphytéote fixés par la doctrine et la pratique témoignent de l'absorption du contrat emphytéotique par l'organisation foncière d'Ancien Régime. Un constat similaire s'impose pour les charges qui pèsent sur l'emphytéote.

⁶⁰⁴ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, t. I, p. 117 : « Mais comme la matière des Droits Seigneuriaux est conduite par la Coutume, je passe à celle de Dauphiné, où il est certain que l'Emphytéote prescrit la franchise du fonds par sa possession libre & paisible de cent ans. En sorte que le fonds reprend sa condition naturelle sans être sujet au Droit de cens, ny de Lods ; tant pour le passé que pour l'avenir ».

⁶⁰⁵ Par exemple, un arrêt du Parlement de Dijon du 21 mai 1653 (rapporté par F. PERRIER, *Arrests notables...*, *op. cit.*, t. II, p. 700), du 8 août 1668 ou encore du 23 mars 1672 (rapportés par G. LOUËT, *Recueil de plusieurs arrests notables du Parlement de Paris*, *op. cit.*, t. I, p. 630).

⁶⁰⁶ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 430-431. Dans le même sens, F.-I. DUNOD DE CHARNAGE, *Observations sur les titres des droits de justice...*, *op. cit.*, p. 169 ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, t. II, p. 288-289, n. 44-48. Le parlement d'Aix-en-Provence en juge de même dans un arrêt non daté rapporté par B. DEBÉZIEUX, *Arrests notables de la cour de Parlement de Provence*, *op. cit.*, p. 247-248.

⁶⁰⁷ En ce sens, L. LE CARON dit CHARONDAS, *Responses...*, *op. cit.*, p. 204 [Rép. CLXXIII] ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, t. II, p. 282, n. 18.

B. Les contreparties d'un droit d'emphytéose étendu

Les droits étendus de l'emphytéote ne vont pas sans contrepartie. Assimilé à un propriétaire, il est astreint à des charges qui dépassent largement celles d'un simple locataire. Il est notamment responsable de l'intégralité de l'entretien de la chose concédée à bail emphytéotique, mais il doit également faire face aux impositions, droits féodaux et seigneuriaux qui pèsent sur le fonds.

Tout d'abord, par le contrat, le preneur s'oblige à réaliser l'ensemble des réparations nécessaires à l'entretien de l'immeuble concédé, peu importe le montant des dépenses⁶⁰⁸. Il supporte donc seul, et sans pouvoir réclamer aucune aide de la part du seigneur, l'entretien de la chose, objet du contrat. Cette charge découle de l'obligation d'améliorer, inhérente au contrat emphytéotique et obligeant au minimum à conserver en bon état l'immeuble. L'emphytéote, détenteur d'un domaine utile, est logiquement tenu de l'ensemble des réparations qui concernent l'utilité de la chose⁶⁰⁹. Pour certains, cette obligation d'entretien, très contraignante pour le preneur, explique la modicité de la redevance généralement observée⁶¹⁰. Plus encore qu'une conséquence de l'obligation d'améliorer, Guy Coquille considère l'obligation d'entretien comme un droit commun aux tenures féodales, censuelles, bourdelières et plus largement aux baux de longue durée⁶¹¹. Loin d'apparaître comme un élément du régime spécifique du bail emphytéotique, l'auteur suggère qu'il s'agit d'une règle largement partagée et appartenant au droit commun coutumier. Dès lors, le bail emphytéotique d'origine romaine, est rapproché de baux de longue durée d'origine locale, inconnues du droit romain, au point d'être parfois confondu avec eux et, partant, absorbé dans l'ancien droit⁶¹².

En outre, le paiement des impôts ainsi que des droits féodaux et seigneuriaux qui pèsent sur le fonds demeurent à la charge de l'emphytéote. Concernant l'imposition, les humanistes soulignent que cette charge tire directement son origine d'une constitution de Justinien qui prévoit que l'acquittement des impositions publiques pèse sur le preneur à

⁶⁰⁸ Par exemple, T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 263 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, p. 98, n. 12.

⁶⁰⁹ C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. I, Paris, Brunet, 1769, p. 543.

⁶¹⁰ Par exemple, A. RISTON, *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine*, *op. cit.*, p. 331.

⁶¹¹ G. COQUILLE, *Conférence des coutumes de France, réduites en épitomés selon les titres du droit*, Paris, C. Besogne, 1642, p. 158-166.

⁶¹² Sur ce point, voir *infra*, p. 192 et s.

bail emphytéotique⁶¹³. La règle romaine est reprise par les auteurs humanistes, tels que Jean de Coras⁶¹⁴ ou Guillaume Maran⁶¹⁵, expliquant que le tribut est dû par le possesseur, c'est-à-dire par celui qui jouit de l'utilité de la chose et en perçoit les fruits. Jacques Cujas précise que la charge de la preuve de l'acquiescement de l'impôt pèse également sur l'emphytéote qui doit conserver et éventuellement exciper les quittances⁶¹⁶. Les auteurs de droit coutumier adaptent ce principe aux impôts perçus sous l'Ancien Régime. Pierre de L'Hommeau († v. 1600) synthétise cette obligation de la façon suivante : « le preneur de tels baux à longues années [baux emphytéotiques] étant réputé seigneur et propriétaire est obligé aux charges réelles et redevances ordinaires, auxquelles les héritages sont sujets, quoi qu'il n'en soit fait mention expresse par le bail »⁶¹⁷. Il s'agit aussi de l'opinion des jusnaturalistes⁶¹⁸. S'il est établi que l'emphytéote est tenu de s'acquiescer des impôts, encore faut-il déterminer de quels impôts il s'agit.

Sous l'Ancien Régime, le système fiscal du royaume repose tant sur les finances ordinaires que sur les finances extraordinaires. Ces dernières sont extérieures à ces développements puisqu'elles prennent la forme d'emprunts ou d'offices et non d'impositions directes. Parmi les finances ordinaires, le roi peut compter sur les recettes ordinaires, que constituent les revenus de son domaine, et les recettes extraordinaires qui se composent des impôts directs, comme la taille, et des impôts indirects comme la gabelle, les aides ou les traites. Relativement au bail emphytéotique, seuls les impôts directs revêtent une importance pratique. La taille, instaurée de façon permanente depuis une ordonnance de 1439, revêt deux formes principales : dans le Midi, la taille réelle pèse sur les terres roturières tandis que dans le Nord, la taille personnelle pèse sur les revenus des

⁶¹³ C., 4, 66, 2 : « In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis observari, et de rejectione ejus qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit ». Nous soulignons.

⁶¹⁴ J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani, De jure emphyteutico cum indice, op. cit.*, p. 18, n. 5 : « Quarum onera emphyteuta agnoscere tenentur, quia possessor est rei emphyteuticae, fructusque colligit ad sui utilitatem. Tributorum autem, caeterumque publicarum pensitationum onera, pertinent ad fructuarios & possessores ».

⁶¹⁵ G. MARAN, *Opera omnia, op. cit.*, p. 645 : « quod quidem dominium non erat nudum sed conjunctum cum utilitate stipendii vel tributi ».

⁶¹⁶ J. CUJAS, *Opera omnia, op. cit.*, t. IX, p. 421 : « Ut igitur dominus sit securus adversus fiscum, emphyteuticarius domino debet reddere fiscales apochas, quibus probare possit fisco soluta esse tributa : id est, pensionem annuam domino, & fiscales apochas reddere, quod si non faciat, expelletur fundo emphyteuticarius ».

⁶¹⁷ P. DE L'HOMMEAU, *Maximes générales du droit françois...*, *op. cit.*, p. 9, n. 171. Voir aussi A. DESPEISSES, *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 218, n. 9.

⁶¹⁸ Voir notamment, C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens, op. cit.*, p. 287, n. 39 ; J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, *op. cit.*, t. III, p. 288-289, n. 935.

roturiers⁶¹⁹. Selon la région considérée, c'est à l'un de ces impôts que l'emphytéote sera astreint. Dans les régions soumises à la taille personnelle, les fruits produits par le bien emphytéotique entrent dans le calcul de l'assiette de l'impôt de l'emphytéote. Cependant, le système arbitraire et peu précis de calcul de la taille personnelle, qui perdure toutefois jusqu'à la Révolution, conduit le pouvoir royal à privilégier la taille réelle, dès le XVII^e siècle⁶²⁰. En principe, la taille réelle ne touche pas les terres nobles mais uniquement les terres roturières⁶²¹. Or, Antoine Despeisses précise que « les Biens nobles deviennent roturiers & taillables lorsqu'ils sont baillés en emphytéose », y compris ceux qui appartiennent au roi ou à l'Église⁶²². Le fief a alors changé de nature : il n'est plus une concession à titre gratuit mais à titre onéreux en raison de la redevance annuelle que le seigneur direct percevait. Plus encore, les biens nobles concédés à bail emphytéotique demeurent roturiers s'ils sont rattachés au domaine direct par un acte volontaire du seigneur, c'est-à-dire par l'exercice du droit de prélation ou par confiscation⁶²³. Les seules exceptions admises sont l'hypothèse du déguerpissement de l'emphytéote et celle de la commise pour non-paiement de la redevance, à la condition qu'aucun repreneur ne se manifeste après la publicité d'usage⁶²⁴. Dans cette dernière hypothèse, la nécessité oblige le seigneur direct à réinvestir le fonds baillé à emphytéose, il est donc juste qu'il revienne à l'état dans lequel il était avant la concession. Il ne s'agit pas là d'un particularisme du bail emphytéotique mais bien d'une transposition d'une règle bien connue des baux à cens, qui permet accessoirement d'assujettir un nombre plus grand de terres à l'impôt⁶²⁵. Pour autant, le paiement de la taille réelle ne préserve pas l'emphytéote d'un éventuel cumul avec le droit de franc-fief si les conditions s'y prêtent⁶²⁶. Finalement, en principe, le paiement de la taille est dû par l'emphytéote, néanmoins, René Choppin remarque que des

⁶¹⁹ G. ARDANT, *Histoire de l'impôt*, t. I, Paris, Fayard, 1972, p. 238-239 et p. 342-343.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 377. Voir aussi la substitution de la taille personnelle à la taille réelle en Dauphiné, B. BONNIN, « La fiscalité monarchique en Dauphiné sous l'Ancien Régime : de la taille personnelle à la taille réelle. Parcellaires et péréquaire », *De l'estime au cadre en Europe. L'époque moderne*, éd. M. TOUZERY, Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2007, p. 517-520.

⁶²¹ G. FRÊCHE, « Compoix, propriété foncière, fiscalité et démographie historique en pays de taille réelle (XVI^e-XVIII^e siècles) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 18, 1971, p. 337-338.

⁶²² A. DESPEISSES, « Traité des tailles... », *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 324, n. 68-69. Cet auteur s'appuie sur une jurisprudence constante en la matière.

⁶²³ *Ibid.*, p. 325, n. 75-76.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 326, n. 79.

⁶²⁵ M. VIDAL, « Taille réelle et droit de franc-fief en Languedoc : cumul ou incompatibilité », *MSHDE*, t. 13, 1985, p. 197-198.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 195-196. Michel Vidal a montré que, dans certains cas, la taille réelle et le droit de franc-fief peuvent être dus cumulativement. Ainsi, ce cumul est possible faute de prouver la perte de la nobilité du fonds.

aménagements existent pour éviter une imposition trop élevée. Par exemple les terres baillées à emphytéose par le roi ou l'Église sont exemptées de taille⁶²⁷.

À partir de la fin du XVII^e siècle, des réformes sont entreprises en vue de rationaliser le système fiscal. Elles donnent lieu à l'établissement de nouveaux impôts, comme la capitation, le dixième ou le vingtième. Ces tentatives, bien qu'elles promettent d'encourager le défrichement des terres, se soldent toutefois par des résultats mitigés⁶²⁸.

Enfin, l'emphytéote demeure tenu de s'acquitter de l'ensemble des droits féodaux et seigneuriaux qui pèsent sur le fonds emphytéotique⁶²⁹. Il arrive que ces droits soient recensés dans un acte, appelé « aveu et dénombrement ». Le fondement de la légitimité du seigneur à exiger des droits seigneuriaux découle alors de la concession primitive du seigneur, qui donnerait lieu à une compensation, une redevance et ferait du tenancier un débiteur⁶³⁰. L'emphytéote n'est donc pas uniquement lié par les droits issus de la concession (lods et ventes, droit de quint, droit de champart...) mais, plus largement, par l'ensemble des droits seigneuriaux auxquels les habitants de la seigneurie sont tenus⁶³¹. Une étude exhaustive des droits seigneuriaux qui pèsent sur l'emphytéote n'apparaît pas envisageable, dans la mesure où ces droits varient fortement d'un territoire et d'une coutume à l'autre. De plus, un fonds de terre peut être dans la mouvance d'un seigneur, distinct du seigneur foncier, mais aussi dépendre de la justice d'un troisième seigneur. Les droits seigneuriaux diffèrent donc au cas par cas. Néanmoins, il est possible d'observer que, de la même façon que n'importe quel tenancier, l'emphytéote est obligé au paiement des droits seigneuriaux, ce qui témoigne de l'incorporation du bail emphytéotique dans l'ordre juridique moderne.

L'ensemble des règles coutumières, relatives aux charges qui pèsent sur l'emphytéote, montre la pleine intégration du bail emphytéotique dans l'organisation fiscale et foncière

⁶²⁷ R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », *Les œuvres, op. cit.*, t. III, p. 13-14.

⁶²⁸ Pour un aperçu global, M.-L. LEGAY, « L'État, les pouvoirs intermédiaires et la réforme cadastrale dans la France du XVIII^e siècle », *De l'estime au cadastre...*, *op. cit.*, p. 373-389 ; G. ARDANT, *Histoire de l'impôt, op. cit.*, t. II, p. 96-103. Voir aussi, en Alsace, L. TSCHAEN, « Le cadastre de la province d'Alsace (1760-1764). Initiative d'un intendant novateur », *De l'estime au cadastre...*, *op. cit.*, p. 120-123.

⁶²⁹ R. CHOPPIN, « Traité des privilèges... », *loc. cit.*, p. 85-86.

⁶³⁰ Sur cette justification, M. GRINBERG, *Écrire les coutumes...*, *op. cit.*, p. 21-25.

⁶³¹ Sur ce point, Denis de Salvaing de Boissieu met en évidence qu'il existe des droits, dont l'origine est difficilement explicable, qui ont été acceptés par la coutume : « y a des fiefs qui sont sujets à des devoirs bizarres, selon le caprice du seigneur dont ils sont procédés qui s'est trouvé d'humeur plaisante ou qui a creu de rendre son vassal plus soumis par des conditions extravagantes » (D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, p. 47).

d'Ancien Régime, puisqu'il est soumis aux mêmes charges que tout preneur à bail coutumier de longue durée. Tous ces éléments contribuent à opérer une naturalisation du régime du contrat emphytéotique. Les règles dérivant du droit commun coutumier infusent et imprègnent le régime du bail emphytéotique.

§. 2 *L'application du régime successoral coutumier*

Dans le droit romain tardif, la transmission successorale des droits du preneur à bail emphytéotique ecclésiastique est limitée aux descendants directs⁶³². En revanche, aucune règle successorale spécifique n'est prévue pour le bail emphytéotique ordinaire. Il est simplement précisé que le droit d'emphytéose est héréditaire⁶³³. Dès lors, à l'époque moderne, il n'est pas surprenant que les règles successorales issues du droit coutumier aient trouvé à s'appliquer au contrat emphytéotique ordinaire, dans la mesure où aucune règle d'origine romaine ne l'entravait. De surcroît, et en dépit de l'existence de textes romains, le droit coutumier influence aussi la transmission successorale des droits de l'emphytéote, concédés par une communauté ecclésiastique.

En matière successorale, l'étude des coutumes a donné lieu à de nombreux travaux qui ont identifié les principes encadrant la transmission du patrimoine à cause de mort⁶³⁴. L'abondance de travaux sur le sujet autorise à se borner à l'analyse des points débattus ou marquants qui émaillent les règles successorales applicables au bail emphytéotique. Dans les développements relatifs à ce contrat, il apparaît que les auteurs d'Ancien Régime ne donnent qu'une vision parcellaire de la succession du bail emphytéotique. Certaines questions, telles que l'ordre de dévolution, sont largement discutées tandis que d'autres sont entièrement passées sous silence, comme l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Ces lacunes dans l'étude du régime successoral du bail emphytéotique laissent penser que certains aspects seraient soumis, selon les contemporains, aux règles communes à tous les

⁶³² Nouvelles 7 et 120.

⁶³³ *Inst.*, 3, 25, 3 : « id est, ut quandium pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, euive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat ».

⁶³⁴ Parmi l'abondante bibliographie sur les successions, voir notamment : M. PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, *op. cit.* ; A. ZINK, *L'héritier de la maison. Géographie coutumière du Sud-Ouest de la France sous l'Ancien Régime*, Paris, 1993 ; L. MAYALI, *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées XII^e-XV^e siècles*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987 ; J. POUMARÈDE, *Les successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen Âge*, *op. cit.* ; J. BART, *Recherches sur l'histoire des successions ab intestat dans le droit du Duché de Bourgogne du XIII^e à la fin du XVI^e siècle (coutume et pratique)*, Paris, Société des Belles lettres, 1966 ; J. YVER, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, *op. cit.* ; J. DE LAPLANCHE, *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1925.

biens et fixées par les coutumes. Une telle analyse, bien que fragmentaire, permet de souligner une concordance notable entre les coutumes à tendance inégalitaire et les coutumes qui s'approprient le bail emphytéotique (A). Plus largement, les règles successorales qui encadrent la transmission du bail emphytéotique visent avant tout la préservation de l'intérêt familial (B).

A. Une concordance tenue entre inégalité successorale et bail emphytéotique

La superposition de la carte établie par Jean Yver représentant l'égalité entre les héritiers dans la France coutumière avec la carte des coutumes rédigées encadrant le bail emphytéotique révèle un recoupement : les coutumes qui évoquent le bail emphytéotique appartiennent en majorité à l'ensemble des coutumes préciputaires. Parmi les coutumes générales, c'est le cas de celle du Berry, d'Auvergne ou encore de Lorraine⁶³⁵. Ces coutumes, guidées par un esprit libéral, laissent une grande latitude au père de famille qui peut choisir d'avantager l'un de ses enfants dans la succession. Par ailleurs, sept coutumes qui connaissent le bail emphytéotique sont des coutumes d'option, c'est-à-dire que les établissements effectués par les parents à l'occasion du mariage de leurs enfants restent stables⁶³⁶. Enfin, seule la coutume de Chalons apparaît comme une coutume d'égalité stricte. À l'inverse, il a déjà été précisé que le bail emphytéotique ne se rencontre pas dans les coutumes de l'Ouest qui, au contraire, ont adopté un régime successoral égalitaire. En somme, mise à part celle de Chalons qui fait figure d'exception, les coutumes qui se sont appropriées le contrat emphytéotique offrent toutes la possibilité d'instaurer une certaine inégalité, plus ou moins importante, entre les héritiers. La difficulté consiste donc à déterminer si le fait de rencontrer le bail emphytéotique majoritairement dans des coutumes comportant un régime successoral inégalitaire se révèle une simple coïncidence ou si cette concordance trouve une explication.

⁶³⁵ En se fondant sur l'analyse proposée par Jean Yver, on constate que, parmi les vingt-trois coutumes qui utilisent l'expression de « bail emphytéotique », quatorze coutumes sont préciputaires. Parmi les coutumes du Centre, il s'agit de la coutume du Berry et ses coutumes filles de Bourges et Issoudun ainsi que de la coutume d'Auvergne. À l'Est, les coutumes de Lorraine, d'Épinal, de l'évêché de Metz, de l'évêché et du comté de Verdun mais aussi la coutume de Reims sont préciputaires. Au Nord, il en est de même pour les coutumes de Valenciennes et de Bailleul tandis que la coutume du baillage et comté d'Eu connaît un droit d'aînesse roturier. Dans le Sud-Ouest, les coutumes de Bordeaux et de Dax connaissent également des règles de succession inégalitaires. Voir J. YVER, *Égalité successorale entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, op. cit., notamment p. 222-225 sur les différents mouvements qui traversent les coutumes préciputaires.

⁶³⁶ Ces coutumes sont les suivantes : Blois, Meaux, Chauny, Thionville, Gorze, Chaumont et Troyes.

Bernard Derouet a suggéré qu'il existe, sous l'Ancien Régime, un lien entre les pratiques successorales et le rapport à la terre⁶³⁷. Selon lui, dans les régions où les règles successorales privilégient un héritage inégalitaire, une grande rigidité transparait dans l'organisation foncière. Il s'agit souvent de ressorts territoriaux où la rentabilité reste médiocre, en raison des difficultés techniques auxquelles les tenanciers sont confrontés. Les exploitations agricoles y sont de petite taille et sans lien de dépendance avec les autres. L'auteur estime que les conséquences de cette structure agricole rigide se manifestent, d'un point de vue successoral, par un héritage inégalitaire qui permet la viabilité de l'exploitation⁶³⁸. Au contraire, il considère que l'égalité successorale va de pair avec une mobilité plus grande des terres. Il s'appuie sur la notion de cycle familial pour montrer que l'exploitation évolue en même temps que les besoins de la famille à un moment donné. Ainsi, les plus grandes exploitations sont mises en valeur par des familles nombreuses, tandis que les petites exploitations sont occupées par des ménages sans enfants. En outre, des activités complémentaires viennent souvent compléter les revenus familiaux. Tous ces éléments conduisent Bernard Derouet à conclure que la mobilité des terres entraîne la possibilité d'opérer des partages égaux entre les enfants⁶³⁹.

Au regard du bail emphytéotique, ces considérations font sens. En effet, ce contrat coïncide avec une conception stable du rapport à la terre : l'emphytéote se voit concéder pour une longue durée une parcelle sur laquelle il dispose des droits les plus étendus. À l'origine, sa finalité consiste à mettre en valeur des terres incultes ou difficilement rentables. Constatant la présence du bail emphytéotique dans des coutumes successorales à tendance inégalitaire paraît cohérent. Un morcellement trop important des terres concédées à bail emphytéotique, qui résulterait de l'impossibilité de privilégier un héritier par rapport aux autres, pourrait, à l'inverse, conduire à l'incapacité pour les preneurs de poursuivre l'exploitation. Cela ne signifie pas que le bail emphytéotique est inconnu en dehors des ressorts des coutumes d'héritage inégalitaire, mais plutôt que ce mode d'organisation foncière apparaît moins adapté à l'esprit successoral prédominant.

Toutefois, il est difficile de trouver des points de convergence entre les diverses coutumes qui encadrent le bail emphytéotique car elles s'apparentent à des groupes de coutumes très divers. Il est, au mieux, possible de mettre en évidence un caractère plus communautaire qu'ailleurs dans certaines de ces coutumes, en particulier dans le Nord de

⁶³⁷ B. DEROUET, « Pratiques successorales et rapport à la terre : les sociétés paysannes d'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, t. 44, 1989/1, p. 176-178.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 182-185.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 185-190.

la France, la Lorraine et l'Alsace⁶⁴⁰. L'étude comparative de ces coutumes ne permet pas de dégager davantage de traits communs, d'autant plus qu'au moment de la rédaction, elles subissent des influences extérieures. Ainsi, Jean Yver a montré que les coutumes du Centre ont pris assez tardivement un caractère inégalitaire en matière successorale, tandis que le groupe vermandois tend à subir l'influence des coutumes d'option du groupe orléano-parisien⁶⁴¹. En Alsace, les changements politiques s'accompagnent de modifications du droit substantiel⁶⁴². Ces évolutions parallèles brouillent la lecture des coutumes et ne permettent pas de poursuivre plus loin la comparaison. En revanche, il est remarquable que les coutumes de l'Ouest qui font entièrement abstraction du bail emphytéotique rassemblent des caractères si peu en adéquation avec l'esprit du bail emphytéotique. Elles apparaissent comme des coutumes particulièrement féodalises, lignagères, égalitaires et archaïques⁶⁴³. Cette comparaison sommaire des tendances successorales donne à penser que l'organisation foncière offerte par le bail emphytéotique se révèle moins en accord avec une conception égalitaire de la succession. Néanmoins, il est également possible que l'emprise de la féodalité, plus prononcée dans les coutumes de l'Ouest, ait entravé l'implantation du bail emphytéotique dans ces régions. En conséquence, il demeure malaisé d'affirmer une corrélation entre l'existence du bail emphytéotique et la préférence pour un principe d'inégalité successorale. Il apparaît de manière plus claire que le régime successoral du bail emphytéotique vise la préservation de l'intérêt familial.

⁶⁴⁰ Les coutumes du groupe picard-wallon ont été analysées par Jean Yver qui conclue à un caractère communautaire de ces coutumes (J. YVER, « Les deux groupes de coutumes du Nord (Première partie) », *loc. cit.*, p. 220). Pour la Lorraine, voir J. COUDERT « L'ainesse roturière en Lorraine : les vicissitudes de la coutume de Void », *Droit privé et institutions régionales. Études offertes à Jean Yver*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 157. Pour l'Alsace, R. GANGHOFER, « Les régimes matrimoniaux du centre de l'Alsace aux XVI^e et XVII^e siècles », *Droit privé et institutions régionales...*, *op. cit.*, p. 267.

⁶⁴¹ J. YVER, *Égalité successorale...*, *op. cit.*, p. 222-223.

⁶⁴² Roland Ganghofer écrit que « le droit alsacien avait conservé les traces des différentes étapes parcourues au cours des âges et que l'on décèle dans chacune de ses institutions » (R. GANGHOFER, « La protection du mineur dans un droit au confluent des systèmes français et germanique : le droit alsacien », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. L'enfant, Deuxième partie : Europe médiévale et moderne*, t. XXXVI, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1976, p. 285).

⁶⁴³ J. YVER, « Les caractères originaux du groupe des coutumes de l'Ouest de la France », *loc. cit.*, p. 59 : « Telle nous apparaît, dans ses traits les plus généraux, la physionomie si marquée du groupe des Coutumes de l'Ouest : fortement féodalises, lignagères, très soucieuses d'une intégrité absolue dans la descente du patrimoine aux ayants droit, qu'il s'agisse de parts lourdement inégales chez les nobles ou strictement égales chez les roturiers ; coutumes rigides dans la réglementation, archaïques par leurs date précoce de cristallisation, et archaïsantes par leur esprit de conservation ».

B. La préservation de l'intérêt familial

Par son caractère héréditaire, le droit d'emphytéose est naturellement appelé à entrer dans la succession. Les sources coutumières fixent, çà et là, des règles éparses relatives à la place des droits de l'emphytéote dans la succession. Malgré des lacunes certaines, elles permettent de mettre en évidence l'esprit coutumier et féodal qui innerve la transmission successorale des droits de l'emphytéote. La doctrine se prête volontiers à l'analyse du volet technique de la matière, comblant ainsi le silence des coutumes. Pour l'essentiel, les dispositions coutumières venant compléter le régime successoral du bail emphytéotique visent à préserver l'intérêt familial⁶⁴⁴. L'intérêt des familles peut varier selon la condition des biens considérés (1) mais aussi selon la condition des personnes (2).

1. La condition des biens

À titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que le droit d'emphytéose appartient au patrimoine du preneur. L'article 65 de la coutume de Troyes précise d'ailleurs qu'il en est ainsi y compris lorsque le bail emphytéotique est conclu avec une clause de rachat : tant que le droit de rachat n'est pas mobilisé, le droit d'emphytéose est traité au même titre que les autres biens de l'emphytéote amenés à entrer dans la succession⁶⁴⁵. Plus précisément, le droit d'emphytéose constitue un bien immeuble du preneur. Ce caractère immobilier ne pose pas de difficulté particulière ; d'abord car il est affirmé par diverses coutumes⁶⁴⁶, ensuite car il est classique, dès le XIII^e siècle, de classer parmi les immeubles les rentes foncières qui découlent d'un bail à rente⁶⁴⁷. La valeur économique des immeubles, qui sont des biens perpétuels produisant des revenus, conduit à l'application de règles successorales spécifiques dans l'ancien droit. Le bail emphytéotique n'échappe pas à ces spécificités.

⁶⁴⁴ Plus largement, sur les politiques familiales sous l'Ancien Régime en matière immobilière, voir *Les mouvements longs des marchés immobiliers ruraux et urbains en Europe (XVI^e-XIX^e siècles)*, éd. M. DURBAN, P. SERVAIS, Louvain-la-Neuve, Academia, 1994.

⁶⁴⁵ BR, t. III, p. 244, tit. IV, art. 65 : « Héritages baillez à rente foncière ou amphytéosité [sic], à rachapt, sortissent nature d'héritages durant le temps qu'elle n'est point rachetée : en telle manière que si l'héritage est propre de l'un des conjoints, la rente demeurera propre à ses hoirs, si elle n'est point rachetée durant le mariage ».

⁶⁴⁶ Par exemple, l'article 28 de la coutume de Valenciennes (BR, t. II, p. 243) ou encore l'article 102 de la coutume du bailliage et comté d'Eu (BR, t. IV, p. 187).

⁶⁴⁷ M. PETOT, *Cours d'histoire du droit privé : Questions relatives au droit des successions*, Paris, Les Cours de droit, 1955-1956, p. 31.

Au premier chef, il convient de relever que la distinction coutumière entre les propres et les acquêts se trouve appliquée au droit d'emphytéose. Les coutumes de Chalons⁶⁴⁸, de l'évêché et du comté de Verdun⁶⁴⁹ et de Chauny⁶⁵⁰ prévoient, en des termes quasiment identiques, une présomption d'acquêts pour le droit de l'emphytéote. Schématiquement, les propres sont les biens sur lesquels le patrimoine de la famille s'appuie tandis que les acquêts sont les biens qui ont été acquis récemment. La qualité de propre est accordée à l'immeuble qui a été échu par succession et par conséquent, l'acquêt devient propre après une transmission successorale. À l'époque médiévale, en cas d'incertitude sur la qualité du bien, il était d'usage de présumer le bien propre mais cette présomption est renversée à l'époque moderne où les biens sont réputés acquêts jusqu'à preuve du contraire. Les trois coutumes précitées illustrent cette présomption nouvelle en faveur des acquêts. Elles s'appuient ainsi sur le droit commun coutumier selon lequel « tout bien est présumé acquêt (...) puisque la qualité de propre est accidentelle »⁶⁵¹, comme le rappelle François Bourjon. L'auteur prend ainsi le parti d'une règle établie depuis le XV^e siècle⁶⁵². L'application de la distinction entre propres et acquêts, typique du droit coutumier, à un contrat d'origine romaine comme le bail emphytéotique, témoigne de l'incorporation du régime successoral des droits de l'emphytéote au cadre coutumier. Les coutumes successorales viennent s'appliquer purement et simplement au droit d'emphytéose ce qui influe sur les règles de dévolution mais aussi sur l'acquisition de la succession.

⁶⁴⁸ BR, t. II, p. 483, art. 120 : « Héritages prins à surcens perpétuel, rente viagère, tiltre d'emphytéose, bail à longues années ou à louage, sont réputez acquests au preneur d'iceux. Et où tel preneur seroit marié au temps de ladite prinse, en ce cas la femme prend la moitié, ou les héritiers d'elle après son décès, aux charges toutefois & conditions apposées au contract sur ce passé. Et sans pour ce préjudicier aux bailleurs ou seigneurs directs ».

⁶⁴⁹ BR, t. II, p. 430, tit. VII, art. 7 : « Héritages pris à cens perpétuel, rente viagère, titre d'emphytéose, bail à longues années, sont réputez acquests au preneur d'iceux s'il n'est marié, auquel cas la femme y a la moitié, en laquelle les héritiers d'icelle succèdent aux charges & conditions apposées aux contracts sur ce passez, sans que telle division puisse faire préjudice aux bailleurs, & les seigneurs directs ».

⁶⁵⁰ BR, t. II, p. 680, tit. VI, art. 27 : « Tous héritages pris à surcens perpétuel, rente viagère, titre d'emphytéose & à louage sont tenus & réputez acquests à celui qui les prend pour luy seul, s'il n'est marié ; & pour luy & sa femme, s'il est marié ; en telle manière que les héritiers du preneur lui succéderont en ce, comme en héritage d'acquest, pour moitié, s'il décède premier, & sa veuve en l'autre moitié ; le tout sous les charges & conditions déclarées ès contracts sur ce faits, & sans préjudice au droit des bailleurs & propriétaires ». Cet article est identique à l'article 25, titre VI de l'ancienne coutume de Chauny.

⁶⁵¹ F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, op. cit., t. I, p. 411. Dans le même sens, J.-B. DE BURIDAN, *Coutumes de la cité et ville de Rheims...*, op. cit., p. 88.

⁶⁵² En particulier, voir A. LOISEL, *Institutes coutumières...*, op. cit., 1637, p. 37 [liv. II, tit. I, n. 14] ; P. DE RENUSSON, *Traité des propres réels, réputez réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit françois*, Paris, G. David, 1733, p. 85 ; D. LE BRUN, *Traité des successions*, Paris, Knapen, 1775, p. 140.

À l'époque moderne, malgré l'affermissement d'une présomption d'acquêts et le déclin du particularisme de la succession aux propres, le droit d'emphytéose, s'il a déjà fait l'objet d'une transmission successorale, n'est plus un acquêt mais un propre. Dans ces conditions, le droit coutumier vise à protéger le patrimoine du lignage, en particulier par l'application de l'adage *paterna paternis, materna maternis*. Jean Thieriot transpose cette maxime à la succession du bail emphytéotique, à l'occasion de son commentaire sur la coutume de Chaumont⁶⁵³. Dans le ressort de cette coutume, en l'absence de descendants, le droit d'emphytéose est attribué à la ligne paternelle ou maternelle selon sa provenance. Néanmoins, Thomas-Jules-Armand Cottereau souligne que si ce droit est le seul propre de la succession et s'il est prévu que le contrat emphytéotique s'achève au terme d'une durée inférieure à dix ans à la date de la succession, il y a lieu de subroger les acquêts aux propres⁶⁵⁴. À nouveau, la faveur pour les acquêts transparait. Les auteurs d'Ancien Régime apportent peu de précisions quant aux spécificités de la succession aux propres relativement au bail emphytéotique, ce qui suggère l'application des règles classiques du droit coutumier en la matière.

En comparaison avec les successions roturières, les successions aux fiefs présentent au moins une particularité majeure, celle d'actionner un droit d'aînesse. Les auteurs d'Ancien Régime ne semblent pas appliquer directement au bail emphytéotique les règles spécifiques aux successions féodales⁶⁵⁵. En revanche, ils s'intéressent aux diverses façons de privilégier l'aîné dans la succession au bail emphytéotique. Une telle préférence pour l'aîné peut notamment résulter d'une clause contractuelle⁶⁵⁶. En effet, il n'est pas rare, comme le souligne Louis Le Caron, que les cocontractants aient voulu « limiter les personnes auxquelles il vouloit iceluy estre transmis »⁶⁵⁷. Cette clause contractuelle permet

⁶⁵³ J. THIERIOT, *Principes de la coutume de Chaumont en Bassigny...*, *op. cit.*, p. 68. Voir également ID., *L'esprit de la coutume de Troyes...*, *op. cit.*, p. 98 et p. 354.

⁶⁵⁴ T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, *op. cit.*, t. V, p. 65.

⁶⁵⁵ Certains juristes font le parallèle entre la succession aux fiefs et les règles applicables au bail emphytéotique mais ils ne les assimilent pas. En ce sens, R. CHOPPIN, « Commentaire sur les Coustumes de la Prevosté et vicomté de Paris », *Les œuvres, op. cit.*, t. III, p. 62-64 ; L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes ou statuts par forme d'observations*, t. II, Paris, Guillaume Desprez, 1766, p. 380-381.

⁶⁵⁶ On en trouve diverses illustrations dans la jurisprudence. Par exemple, un arrêt du parlement de Paris de 1588, rapporté par J. DE MONTHOLON, *Arrests de la cour prononcez en robes rouges*, Paris, C. Cramoisy, 1622, p. 106-107.

⁶⁵⁷ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 176.

ainsi d'éviter un morcellement excessif du fonds concédé. Si l'aîné succède seul au bail emphytéotique, les puînés doivent être dédommagés de cette perte⁶⁵⁸.

Du point de vue des formalités qui doivent accompagner la transmission successorale du droit d'emphytéose, la différence apparaît plus nettement entre successions roturières et successions aux fiefs, même si les coutumes demeurent assez laconiques. Celle de Meaux⁶⁵⁹ exempte l'héritier d'une emphytéose concédée sur un fonds roturier de toute saisine tandis qu'à l'inverse, celle de Bordeaux⁶⁶⁰ oblige l'emphytéote à être reconnu et investi par le seigneur direct. La même coutume de Meaux précise, dans le cas de la succession d'un fief baillé à emphytéose, que « le seigneur féodal reçoi[t], si bon lui semble ledit emphytéote en foi et hommage »⁶⁶¹. À nouveau, ce sont les règles du droit commun coutumier, éventuellement neutralisées par la coutume spéciale locale, qui trouvent application, selon la nature du fonds (noble ou roturier). En d'autres termes, les mécanismes successoraux issus du droit coutumier sont, pour l'essentiel, appliqués tels quels au bail emphytéotique.

2. La condition des personnes

Le régime successoral applicable au bail emphytéotique dépend de la condition des personnes appelées à hériter. Les règles successorales découlent du droit coutumier et certaines questions soulèvent l'intérêt de la pratique judiciaire et de la doctrine de l'époque moderne.

En principe, la qualité d'héritier du droit d'emphytéose est réservée aux enfants légitimes du preneur. Cette règle provient de l'hostilité, largement développée à l'époque moderne, à l'encontre des enfants naturels⁶⁶². La majorité des auteurs affirment le principe

⁶⁵⁸ T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, op. cit., t. IV, p. 148.

⁶⁵⁹ BR, t. III, p. 398, tit. XXVII, art. 210 : « D'héritage baillé à tiltre d'emphytéose roturier à tousjours ne sont deuz au seigneur, dont sont tenus lesdits héritages roturiers aucuns lots et ventes, saisines ou désaisines ».

⁶⁶⁰ BR, t. IV, p. 898, tit. VIII, art. 85 : « Seront tenus lesdits tenanciers & emphytéotes, d'eux en faire investir, reconnoistre & esporler ; quoy que soit de faire diligence envers leurs Seigneurs de fief, s'ils se peuvent trouver en personne, ou en leur absence à leurs commis, s'ils ne les trouvent, aux maisons & lieux esquels ont accoustumé de payer leurs rentes ou devoirs ».

⁶⁶¹ BR, t. III, p. 395, tit. XXI, art. 171 : « De fief baillé *integraliter* en tiltre d'emphytéose à tousjours, en est deu profit au seigneur, dont il est mouvant : mais si le vassal bailleur leur réserve l'hommage dudit fief à luy, non parce qu'il n'y a point de mutation de personne en tant qu'il n'y a point démission de foy. Combien que le seigneur féodal ne reçoive, si bon ne luy semble, ledit emphytéote en foy et hommage ».

⁶⁶² Sur ce point, A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. L'enfant, Deuxième partie : Europe médiévale et moderne*, op. cit., p. 266-269 ; R. BARBARIN, *La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris du Concile de Trente à la Révolution française*, Mayenne, Imprimerie Floche, 1960, p. 11-12 et p. 117-119.

de l'exclusion de l'enfant naturel de la succession *ab intestat*. Une telle règle est transposée par certains au droit d'emphytéose. À la fin du XVI^e siècle, Louis Le Caron considère que « [n]e sont les enfans naturels, ou bastards compris en l'emphytéose soit Ecclésiastique ou séculière (...) encore qu'ils soyent legitimez, si ce n'est par subséquent mariage »⁶⁶³. Il admet cependant qu'il ne s'agit pas de l'opinion communément partagée. Au siècle suivant, Claude de Ferrière souligne que, par principe, les enfants non légitimes ne succèdent pas au bail emphytéotique mais, par exception, les termes du contrat peuvent tout de même le prévoir⁶⁶⁴.

Louis Le Caron a largement étudié l'ordre de dévolution successoral du droit d'emphytéose, notamment pour déterminer si tous les héritiers ou seuls les descendants de l'emphytéote sont appelés à la succession. L'auteur souligne que, dans le royaume de France, il faut distinguer entre deux types de baux emphytéotiques⁶⁶⁵. D'un côté, certains contrats sont conclus pour le preneur, ses enfants et ses descendants, ce qui sous-entend que seuls les descendants en ligne directe du preneur viennent à la succession et non les collatéraux, les ascendants voire les étrangers⁶⁶⁶. De l'autre côté, le bail emphytéotique peut être conclu pour le preneur et ses héritiers, ce qui suppose que les coutumes successorales trouvent pleinement à s'appliquer sans limitation. Une telle distinction laisse entendre qu'il est permis de borner la transmission du droit d'emphytéose par l'accord des cocontractants. Ce n'est qu'à défaut de clauses contractuelles relatives à la succession que le droit coutumier est utilisé. Pour établir qui est l'héritier, les auteurs et les juges se placent au jour de la mort du dernier emphytéote – non au jour du contrat – et recherchent le plus proche parent de celui-ci⁶⁶⁷. Louis Le Caron souligne ainsi que la succession des baux emphytéotiques relève du droit coutumier et non de dispositions particulières qui pourraient provenir de son origine romaine⁶⁶⁸.

⁶⁶³ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁶⁴ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 558, n. 9 et 10.

⁶⁶⁵ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁶⁶ Une illustration de ce type de baux emphytéotiques est donnée par un arrêt du parlement de Paris en date du 14 août 1522 (rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 48, n. 45). Dans cet arrêt, le bail emphytéotique avait été convenu pour l'emphytéote et ses enfants. Le neveu de l'emphytéote affirme avoir droit à la succession. La cour le déboute de sa demande au motif qu'il n'est pas appelé à la succession.

⁶⁶⁷ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 175 [Réponse LI]. Par exemple : voir un arrêt du parlement de Toulouse du 9 décembre 1721, rapporté par dans *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse contenant divers arrêts depuis l'année 1714 jusqu'en 1727*, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁶⁸ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 424 [Réponse XX], mais aussi p. 203-204 [Réponse XXXVIII].

Une autre question discutée est celle de savoir si le bail emphytéotique s'étend aux enfants d'un second lit. L'opinion doctrinale majoritaire tend vers une solution pragmatique, inspirée des décisions des juridictions⁶⁶⁹. En la matière, tous les enfants des conjoints ont qualité de successibles, qu'ils soient des enfants nés ou à naître dans le mariage ou des enfants d'un précédent mariage ou encore d'une union légitime postérieure⁶⁷⁰. Cette solution, qui apparaît établie au moins depuis Balde († 1400), est reprise par les commentateurs de droit romain, estimant que la nature du contrat d'emphytéose, et en particulier sa longue durée, implique la nécessité d'envisager la survivance du contrat à travers l'un des descendants. René Choppin relève qu'« on accomode les loix des fiefs à ce iugement naturel »⁶⁷¹. Pour appuyer son propos, il excipe une loi féodale prévoyant que les enfants issus de divers mariages d'une femme feudataire succèdent tous également au fief servant. L'auteur affirme que le parlement de Paris applique cette coutume féodale au bail emphytéotique, comblant ainsi son régime successoral.

Par ailleurs, les civilistes se sont interrogés sur le point de savoir si les femmes étaient susceptibles de succéder au bail emphytéotique. Les termes des contrats précisent souvent que le bail est conclu « pour le preneur et ses fils » et il est nécessaire de déterminer si cette expression doit être interprétée de façon restrictive ou non. Sur cette question, un consensus doctrinal est trouvé : il apparaît que les filles sont appelées à la succession du droit d'emphytéose⁶⁷². Selon Louis Le Caron, la raison en est que « le défaut des masles ne doit faire défaillir l'emphyteuse »⁶⁷³. Une telle solution concorde avec le droit coutumier par lequel, le plus souvent, les femmes peuvent prétendre à une part de la succession, à l'exception de certaines successions aux fiefs. Les coutumes de Chalons⁶⁷⁴, de l'évêché et du comté de Verdun⁶⁷⁵ et de Chauny⁶⁷⁶ semblent placer la femme mariée dans une position relativement favorable, puisque si le bail emphytéotique a été conclu

⁶⁶⁹ Pierre-Jacques Brillon rapporte plusieurs arrêts qui décident que les enfants d'un second lit peuvent succéder au bail emphytéotique et ils n'excluent pas les enfants d'un lit précédent. Voir les arrêts suivants : novembre 1531, 13 février 1545, 19 mars 1547 et 14 août 1549 (P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 48, n. 46-47).

⁶⁷⁰ En ce sens, L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 154 [Réponse LXII] et p. 387 [Réponse XX] ; R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », *loc. cit.*, p. 74, n. 1-2 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 559, n. 13.

⁶⁷¹ R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », *loc. cit.*, p. 74, n. 2.

⁶⁷² L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 175 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 557-558, n. 6 à 8.

⁶⁷³ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 335 [Réponse XIII].

⁶⁷⁴ BR, t. II, p. 483, art. 120.

⁶⁷⁵ BR, t. II, p. 430, tit. VII, art. 7.

⁶⁷⁶ BR, t. II, p. 680, tit. VI, art. 27. Cet article est identique à l'article 25, titre VI de l'ancienne coutume de Chauny.

pendant le mariage, l'épouse peut prétendre à la moitié du bien emphytéotique au décès de son conjoint, de même que ses descendants.

En outre, la question de la représentation semble tranchée par les juridictions à l'époque moderne. Selon Louis Le Caron, la jurisprudence des arrêts permet aux enfants de venir en représentation de leur père, comme pour tout autre bien de la succession⁶⁷⁷. Le mécanisme de la représentation est également admis pour les descendants de l'emphytéote par René Choppin, estimant qu'il s'agit là d'une transposition d'une règle issue du droit des fiefs au bail emphytéotique⁶⁷⁸. Son analyse est reprise par Gabriel Du Pineau⁶⁷⁹. Toutefois, Louis Le Caron précise que la loi du contrat doit primer. Il opère une distinction entre les situations où la représentation joue et les autres. Il différencie les contrats qui sont convenus pour « le preneur & ses enfans » de ceux qui sont concédés pour « la vie du preneur à de ses enfans »⁶⁸⁰. Dans le premier cas, le mécanisme de la représentation a lieu puisque les règles de dévolution ne sont pas limitées par une condition particulière. Dans le second cas, la représentation ne peut jouer car la succession est limitée aux enfants vivants ; le décès d'un des enfants avant celui de l'emphytéote dépouille alors ses descendants de toute prétention au bail emphytéotique.

En définitive, les règles de dévolution de la succession au bail emphytéotique sont celles du droit coutumier. La pratique judiciaire et la doctrine s'en sont inspirées pour compléter le régime successoral du contrat emphytéotique. Un héritier peut néanmoins contrarier cet ordre successoral en renonçant à la succession.

Les traités doctrinaux ne reviennent pas sur l'acceptation en tant que telle de la succession en matière de bail emphytéotique⁶⁸¹, ni sur l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. En absence de développements spécifiques, il est vraisemblable que les règles du droit coutumier trouvent à s'appliquer sans difficultés particulières. En revanche, certains auteurs s'attardent sur la faculté de renonciation de l'héritier au contrat. En principe et conformément au droit commun, l'héritier n'est pas forcé d'accepter la succession, il peut également y renoncer⁶⁸². Une question est soulevée : la renonciation à la

⁶⁷⁷ Louis Le Caron rapporte quatre arrêts du parlement de Paris en ce sens, L. LE CARON dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 203-204 [Réponse 38] et p. 424 [Réponse XX].

⁶⁷⁸ R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », *Les œuvres, op. cit.*, p. 95-96.

⁶⁷⁹ G. DU PINEAU, *Coutumes du pays et duché d'Anjou...*, *op. cit.*, p. 552-553.

⁶⁸⁰ L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁸¹ Claude Ignace Prohet rappelle cependant l'obligation de paiement qui pèse sur l'héritier qui accepte la succession (C. I. PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne...*, *op. cit.*, p. 188).

⁶⁸² Un tel principe est avéré et unanimement accepté dès le XIII^e siècle. Il est exprimé sous la forme d'un adage, repris dans l'article 316 de la nouvelle coutume de Paris : « Il ne se porte héritier qui ne veut ». Ce

succession entraîne-t-elle la renonciation au bail emphytéotique, lorsque l'héritier a été institué par le contrat ? En d'autres termes, il s'agit de déterminer si la succession au bail emphytéotique a lieu du fait du contrat initial ou du fait des règles de succession coutumières. En France, la réponse apportée à cette question semble faire consensus. Louis Le Caron⁶⁸³ comme Claude de Ferrière⁶⁸⁴ considèrent que les biens concédés à bail emphytéotique doivent être traités comme les autres biens de la succession. Par conséquent, l'héritier n'est pas appelé à la succession en vertu d'une clause contractuelle mais par le jeu des règles de dévolution coutumières, même lorsque le contrat prévoit que le droit est concédé au preneur et à ses enfants. En revanche, l'opinion d'Hugo Grotius est toute autre⁶⁸⁵. Il estime que la succession au droit d'emphytéose présente un caractère particulier car ce droit est fondé sur une convention conclue entre le propriétaire et l'emphytéote. Il faut cependant noter qu'Hugo Grotius utilise des exemples issus du droit privé pour démontrer le particularisme de la succession à la Couronne. Il envisage ainsi de transposer certains traits singuliers d'institutions du droit privé en vue d'établir que ces successions particulières ont l'avantage de former un ordre fixe qui évite toute contestation. Une telle analyse de la succession au bail emphytéotique n'a pas d'équivalent parmi les auteurs français. Toutefois, même avant Hugo Grotius, Louis Le Caron précise que, dans le cas où les enfants sont expressément appelés à la succession au bail emphytéotique par le contrat, la renonciation à la succession n'entraîne pas la renonciation à la succession au droit d'emphytéose, puisque dans cette hypothèse, les enfants viennent à la succession en vertu du contrat⁶⁸⁶.

droit de renonciation est résumé par M. PETOT, *Cours d'histoire du droit privé, op. cit.*, p. 52-63. Voir également trois arrêts du parlement de Paris du 18 avril 1576, 7 juillet 1576 et 29 mars 1608, rapportés par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 48, n. 59-60. Ces arrêts mettent en lumière la possibilité pour une fille de l'emphytéote de renoncer à la succession.

⁶⁸³ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Réponses...*, *op. cit.*, p. 424 : « l'enfant renonçant à la succession de son père ne peut rien prétendre de son chef à tel bail emphyteutique parce que le droict de succéder en iceluy se doit régler selon la forme de succéder es autres biens, qui se transmettent aux héritiers, & en sont exclus ceux qui répudient la succession ».

⁶⁸⁴ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Code de Justinien...*, *op. cit.*, p. 559, n. 14 : « la raison est que les héritages pris à bail emphytéotique se doivent régler selon la nature des autres biens, & qu'ainsi les enfans qui renoncent à la succession de leur père, n'y peuvent rien prétendre, ils appartiennent à ceux qui appréhendent sa succession ».

⁶⁸⁵ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix, op. cit.*, p. 340-341.

⁶⁸⁶ L. LE CARON dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 175 : « Parce qu'en France les biens emphytéotiques, comme les féodaux, sont réduits à la condition des autres héritages, les enfans qui ont renoncé à la succession de leur père, ne viendront à ses biens emphytéotiques non plus qu'aux autres (...). Il faut toutesfois entendre ce que ie dis, sinon que les enfans y soient expressément appelez, & comme substituez à leur père, en telle manière, que le bail soit faict au père, & après luy à ses enfans, car ces termes demonstrent que les enfans sont comprins & denomez en l'emphytéose de leur chef, pour y venir après leur père : comme aussi quand ils sont spécialement nommez au bail : & lors encores qu'ils ne soient héritiers de

En l'absence de tout héritier de l'emphytéote, la succession du droit d'emphytéose est vacante. Dans cette dernière hypothèse, le seigneur haut justicier peut alors se voir attribuer le droit d'emphytéose⁶⁸⁷. S'il est également le seigneur foncier, le domaine utile et le domaine direct se trouvent consolidés et le bail emphytéotique prend fin puisque le droit d'emphytéose retourne au bailleur. Au contraire, si ce sont deux personnes distinctes, le seigneur haut justicier devra payer le canon emphytéotique pour continuer de jouir du fonds concédé par le seigneur foncier.

Enfin, les canonistes ont réfléchi pour déterminer si des règles successorales particulières s'appliquaient au bail emphytéotique ecclésiastique. Les principales hésitations concernent la limitation de la dévolution aux seuls descendants directs. Sur le fondement des Nouvelles 7 et 120, le bail emphytéotique ecclésiastique était distingué par les auteurs médiévaux du bail emphytéotique ordinaire : l'emphytéose séculière se transmettait à tous les héritiers tandis que la transmission de l'emphytéose ecclésiastique était limitée aux descendants directs du preneur⁶⁸⁸. À l'époque moderne, cette limitation ne semble plus s'appliquer, même si les canonistes prennent soin de rappeler cette controverse⁶⁸⁹. La loi du contrat prédomine et les auteurs examinent si le contrat est conclu « pour le preneur et ses fils », auquel cas la succession au bail emphytéotique est limitée aux descendants directs, ou « pour le preneur et ses héritiers », ce qui n'exclut aucun héritier⁶⁹⁰. Seuls les enfants illégitimes ne peuvent prétendre à la succession⁶⁹¹. Le statut de clerc peut néanmoins venir bouleverser la succession au bail emphytéotique. Pour le montrer, Charles Févret étudie une affaire jugée par le parlement de Dijon en 1550⁶⁹². En l'espèce, un bail emphytéotique a été concédé à deux frères et l'un d'entre eux, au cours de l'exécution du contrat, entre dans les ordres. Il convient alors d'apprécier si le droit d'emphytéose est transmis par succession aux enfants du clerc. Charles Févret estime que « cette puissance paternelle [est] éteinte par le Monachisme ; & ainsi le père la perdant, il en devoit aussi perdre les effets ». Le clerc n'a donc pas pu transmettre son droit

leur père, ils emporteront l'emphytéose ». L'auteur fait sienne la solution d'un arrêt du parlement de Paris en date du 17 juillet 1557.

⁶⁸⁷ C. DE FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, *op. cit.*, t. II, p. 1139-1140.

⁶⁸⁸ Sur ce point, voir C. TISSERANT, *Emphytéose et fief...*, *op. cit.*, p. 293-296.

⁶⁸⁹ Par exemple, A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, *op. cit.*, p. 265-266, n. 234-235.

⁶⁹⁰ F. SCHMALZGRUEBER, *Jus canonicum universum*, *op. cit.*, p. 343-344, n. 120-121.

⁶⁹¹ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, *op. cit.*, p. 268, n. 249. En revanche, il est admis qu'une femme puisse succéder à un bail emphytéotique ecclésiastique : *ibid.*, p. 267, n. 244.

⁶⁹² C. FÉVRET, *Traité de l'abus...*, *op. cit.*, t. I, p. 397-398.

d'emphytéose qu'il a perdu en même temps que son entrée dans les ordres. Les canonistes s'accordent également sur le fait que l'emphytéote est susceptible de donner ou de léguer son droit, y compris sans le consentement du bailleur⁶⁹³. Pour cela, ils s'appuient sur leur interprétation des lois romaines, qui pourtant n'évoquent jamais la donation ou le legs. Anaklet Reiffenstuel met cependant en évidence une limite. Les églises et bénéfices ecclésiastiques ne peuvent faire l'objet d'une donation ou d'un legs, en application de la limitation générale posée pour les aliénations ecclésiastiques⁶⁹⁴. Mises à part les spécificités liées à la nature des biens ecclésiastiques, les règles successorales du bail emphytéotique ecclésiastique empruntent largement au droit coutumier. D'ailleurs, la matière successorale apparaît comme le pan du régime du bail emphytéotique ecclésiastique où l'influence de l'ancien droit est la plus sensible. Sur ces questions, ce contrat s'est vu entièrement dépouillé de son vernis romain.

En somme, plus encore que tout autre pan du régime du bail emphytéotique, le volet successoral puise aux droits coutumier et féodal. Leurs mécanismes lui apparaissent purement et simplement transposés, sans aucune référence au droit romain. En la matière, le contrat emphytéotique a été particulièrement « accoutumé », à tel point qu'il apparaît comme un contrat entièrement francisé. Dans ce domaine, l'absorption par l'ancien droit du régime du bail emphytéotique est frappante.

⁶⁹³ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, op. cit.*, p. 248-249, n. 179 et 182.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 249, n. 181.

CONCLUSION DE CHAPITRE

À l'époque moderne, le contrat emphytéotique fait l'objet d'une insertion dans l'ordre juridique français. Les auteurs tentent ainsi de fixer un régime, qui soit conforme aux principes irriguant le droit coutumier. D'abord, les règles issues du droit romain encadrant ce contrat sont progressivement altérées au contact du droit coutumier⁶⁹⁵. La répartition distributive des risques entre les parties, prévue par le droit romain, est alors réinterprétée et adaptée à l'esprit du droit coutumier. De la même façon, la procédure romaine d'aliénation du droit d'emphytéose est assouplie, au profit de l'emphytéote. Enfin, les règles romaines relatives à l'extinction du bail emphytéotique sont combinées avec celles de droit coutumier. Partant, le régime du bail emphytéotique est incorporé dans l'ancien droit. Ensuite, dans certaines matières, le droit coutumier se substitue aux anciennes règles romaines. En particulier, la transmission à cause de mort des droits de l'emphytéote obéit désormais aux règles coutumières de dévolution successorale. De même, les auteurs de doctrine identifient les droits et les obligations de l'emphytéote, à travers le prisme des propriétés simultanées. Une telle rationalisation de l'étendue du droit d'emphytéose, qui résulte de la réflexion doctrinale, n'existait pas en droit romain, où les droits et les devoirs de l'emphytéote formaient un ensemble épars. Ce mouvement de substitution du droit romain par le droit coutumier contribue à enrichir le régime du bail emphytéotique.

Concomitamment à l'insertion du bail emphytéotique dans l'ancien droit, un second mouvement se fait jour. Sous l'Ancien Régime, les droits de l'emphytéote se renforcent progressivement, au détriment du seigneur direct. Cette évolution accompagne la manière dont est envisagé l'emphytéote – et plus largement le propriétaire utile – à la fin du XVIII^e siècle, selon laquelle il est considéré comme le « véritable propriétaire » du fonds. Elle traduit aussi la restriction graduelle de la féodalité au cours de l'époque moderne, qui conduit à une limitation croissante des droits seigneuriaux. Si les cadres de pensée hérités de l'époque médiévale demeurent, ils apparaissent plutôt comme des moyens pour appréhender les relations juridiques que comme le reflet de réalités sociales.

⁶⁹⁵ Ces règles de droit romain sont exposées dans le Code de Justinien (C., 4, 66).

Titre II Le rayonnement du modèle emphytéotique dans l'ancien droit

Au XVI^e siècle, étudiant la question du bail emphytéotique, Charles Du Moulin n'hésite pas à affirmer : « verbum emphyteusis est aequivocum »⁶⁹⁶. De fait, à l'époque moderne, ce terme entretient bien des équivoques dans la mesure où il désigne tout à la fois un contrat et un modèle⁶⁹⁷. Il s'agit d'abord du contrat, d'origine romaine, reçu dans l'ancien droit, auquel l'empreinte du droit féodal et coutumier a été imprimée. Désormais considéré comme une location perpétuelle ou de longue durée, dans laquelle l'emphytéote détient un domaine utile, moyennant la mise en valeur ou l'amélioration de l'immeuble concédé, il se fonde dans l'organisation foncière d'Ancien Régime. Cependant, si l'expression de « bail emphytéotique » désigne bien le contrat tel qu'il est reçu dans l'ancien droit, elle est également susceptible d'être entendue dans un autre sens. Dans sa deuxième acception, elle renvoie à l'idée selon laquelle le bail emphytéotique constitue un modèle développé par la doctrine moderne, à partir duquel est compris et analysé l'ensemble des baux de longue durée⁶⁹⁸. Certains juristes du XIX^e siècle ont eu l'intuition de ces deux facettes du bail à emphytéose. Ainsi, Raymond-Théodore Troplong († 1869) affirme que « l'emphytéose [moderne] n'est pas seulement un contrat qui a pour but l'amélioration des terres stériles »⁶⁹⁹, tandis qu'Émile Pépin-Le Halleur († 1879) estime que le mot a été employé selon une acception détournée⁷⁰⁰. Éclairant ces formules sibyllines, Georges Tocilescu († 1909) note que « l'expression emphytéose fut souvent employée dans un sens

⁶⁹⁶ C. DU MOULIN, *Caroli Molinaei franciae et germaniae celeberrimi jurisconsulti...*, op. cit., t. I, p. 674 [Coutume de Paris, §LXXIII, n. 43].

⁶⁹⁷ Sur le modèle en droit, voir parmi beaucoup d'autres, S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS Éditions, 2014 (*Les voies du droit*) ; *Les modèles propriétaires. Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012 (*Actes & Colloques*) ; *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, éd. T. REVET, Paris, LGDJ, 2005 (*Bibliothèque de l'Institut André Tunc*, 6) ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991 (*Études juridiques comparatives*).

⁶⁹⁸ Sylvain Soleil propose la définition suivante du modèle juridique : « un système juridique type que l'on réduit à quelques traits majeurs et que l'on différencie des autres modèles, pour qu'il serve de référence et qu'il soit utile à l'étude et la comparaison » (S. SOLEIL, *Le modèle juridique français...*, op. cit., p. 7).

⁶⁹⁹ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage. Commentaire des titres VII et VIII du livre II du Code civil*, t. I, Paris, Charles Hingray, 1859, p. 131. L'auteur propose une deuxième définition plus large du bail emphytéotique : « c'est encore une convention par laquelle un propriétaire concède à perpétuité ou pour un long temps un terrain, même productif, à l'effet par le preneur, d'en jouir moyennant une modique redevance annuelle et de ne pouvoir en être privé par le concédant, qu'en cas de non-paiement du canon » (*ibidem*).

⁷⁰⁰ É. PÉPIN-LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 223.

fort vague et tout à fait général pour désigner toute location perpétuelle, soit à prix d'argent, comme le bail à cens et le bail à rente, soit à charge de service militaire comme le fief »⁷⁰¹.

Les deux sens de l'expression de « bail emphytéotique » ne se recoupent donc pas entièrement. Ils reposent néanmoins sur un paradigme spécifique, la division du domaine, qui constitue la conception théorique dominante de la propriété sous l'Ancien Régime⁷⁰². Dans ce cadre, le modèle emphytéotique est souvent conçu par la doctrine comme une notion de référence, qu'il est possible d'imiter ou de transposer à d'autres situations. Sous ce terme, il s'agit d'extraire une grille de lecture pour analyser et comparer la diversité des baux coutumiers et féodaux, qui se déploient sur l'ensemble du royaume de France. En tant que modèle, le bail emphytéotique constitue une construction purement doctrinale, à travers laquelle les auteurs s'efforcent de donner une forme de cohérence, voire d'unifier, les baux de longue durée⁷⁰³. Si une partie des auteurs d'Ancien Régime entreprend progressivement d'élaborer un modèle emphytéotique (**Chapitre 1**), ce dernier sera toutefois régulièrement mis à l'épreuve tout au long de l'époque moderne (**Chapitre 2**).

⁷⁰¹ G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁰² La notion de paradigme a été développée, dans le domaine des sciences dures, par Thomas Kuhn, pour lequel elle désigne « l'ensemble des croyances techniques et des méthodes partagées par une communauté scientifique » (T. S. KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, trad. L. MEYER, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2018 (*Champs sciences*), p. 284). Sur le paradigme en droit, voir notamment : M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2019 (*Nouvelle bibliothèque de thèses*, 185) ; F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, Montréal, Budapest, L'Harmattan, 2001 (*Logiques juridiques*).

⁷⁰³ Paolo Grossi définit les locations de longue durée de l'ancien droit à travers deux traits caractéristiques : la concession d'un droit de jouissance et la durée. Il écrit ainsi : « anche se su di un piano economico-sociale l'unico aspetto rilevante sia quello della concessione in godimento e della sua durata » (P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus...*, *op. cit.*, p. 36).

Chapitre 1 La construction doctrinale du modèle emphytéotique

À l'époque moderne, le bail emphytéotique a été reçu dans certaines coutumes officielles en tant que contrat, ce qui a conduit à des aménagements, voire des déformations, de la notion comme de son régime pour le conformer aux principes de droit coutumier. Concomitamment, à compter de la rédaction puis de la réformation des coutumes, les auteurs d'Ancien Régime apparaissent désireux de prolonger la simple comparaison des textes coutumiers⁷⁰⁴. Ils s'efforcent notamment de mettre en évidence les institutions typiquement françaises et de faire ressortir leurs caractéristiques. Cette démarche s'accompagne d'un mouvement très progressif de systématisation et d'unification du droit⁷⁰⁵. La doctrine a contribué à cette évolution en cherchant des outils destinés à conférer une plus grande cohérence au droit coutumier. Plus précisément, la multiplicité des baux de longue durée de la France d'Ancien Régime incite de nombreux auteurs à rechercher un référent objectif à partir duquel les ordonner. En ce sens, le bail emphytéotique est largement mobilisé par les juristes de l'époque moderne, même lorsqu'il n'a pas été reçu dans les coutumes officielles de leur ressort. Ils y trouvent des éléments dans lesquels puiser pour apporter davantage d'homogénéité à la catégorie des baux de longue durée. En conséquence, le rôle du bail emphytéotique s'en trouve amplifié. Plus qu'un simple contrat, il revêt une portée plus large.

Certains historiens ont considéré que le bail emphytéotique pouvait être qualifié de « moule à contrat » à compter du XIII^e siècle, au moins dans le Midi. Roland Viader considère ainsi que certains contrats, dont le bail à emphytéose, « ont plus ou moins servi

⁷⁰⁴ Sur les méthodes des auteurs d'Ancien Régime, parmi l'abondante bibliographie, voir notamment N. WAREMBOURG, *Guy Coquille et le droit français : Le droit commun coutumier dans la doctrine du XVI^e siècle*, th. droit, Lille, 2005 ; J.-L. THIREAU, « L'alliance des lois romaines avec le droit français », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. J. KRYNEN, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 3), p. 347-374 ; ID., « La doctrine civiliste avant le Code civil », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 13-51 ; ID., « Le comparatisme et la naissance du droit français », *loc. cit.*, p. 153-191 ; ID., « L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI^e siècle. Continuité ou rupture ? », *RHFD*, t. 2, 1985, p. 27-36.

⁷⁰⁵ Sur ce point, voir notamment A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », *Le Code civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, éd. Y. LEQUETTE, L. LEVENEUR, Paris, Dalloz, 2004, p. 77-86 ; J. GAUDEMET, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime », *La formazione storica del diritto moderno in Europa : atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Firenze 25-29 aprile 1973)*, t. I, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, p. 157-194 ; V. GUIZZI, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo, I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *loc. cit.*, p. 1-46 ; E. MEYNIAL, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », *Revue générale du droit*, 1903, p. 326-351 et p. 446-457.

de moules (...) aux créations de la période féodale »⁷⁰⁶. De la même façon, Gérard Giordanengo estime que, dans le royaume de Sicile, le bail à emphytéose s'impose comme un moule à contrat à la même période⁷⁰⁷. Par cette expression, les historiens désignent la forme de contracter la plus communément répandue, à une époque et en un lieu donnés⁷⁰⁸. Ils emploient cette expression dans le sens adopté par Charles-Edmond Bodin († 1939) à la fin du XIX^e siècle, pour désigner « une manière de contracter », de « réaliser tous les contrats sous cette forme »⁷⁰⁹.

De surcroît, certains auteurs d'Ancien Régime ne voient pas seulement le bail emphytéotique comme une façon de contracter mais aussi comme une notion de référence pour rendre compte de l'ensemble des concessions de longue durée. C'est d'ailleurs ce que souligne déjà Roland Viader à la fin du Moyen Âge lorsqu'il explique qu'« on a extrait de l'ensemble des tenures féodales un modèle idéal et honorable de la seigneurie foncière (la parcelle emphytéotique) »⁷¹⁰. Autrement dit, à côté du *contrat* emphytéotique, le *modèle* emphytéotique élaboré par une partie de la doctrine apparaît comme une version schématique du bail à emphytéose francisé, réduit à ses caractéristiques principales, pour constituer un outil d'étude des baux coutumiers et féodaux⁷¹¹. Ce travail doctrinal de comparaison et de compréhension des baux de longue durée met en évidence une certaine porosité entre ces différents contrats, qui se traduit par des emprunts ou des transferts. Il s'agit alors de déterminer de quelle façon, à l'époque moderne, une partie de la doctrine a

⁷⁰⁶ R. VIADER, « Les contrats agraires dans le sud de la France (X^e-XV^e siècles) », *Contratti agrari e rapporti di lavoro nell'Europa medievale. Atti del Convegno internazionale di studi Montalcino, 20-22 settembre 2001*, éd. A. CORTONESI, M. MONTANARI, A. NELLI, Bologna, Clueb, 2006, p. 232.

⁷⁰⁷ G. GIORDANENGO, « Les féodalités italiennes », *Les féodalités*, éd. J.-P. POLY, É. BOURNAZEL, Paris, PUF, 1998 (*Histoire générale des systèmes politiques*), p. 253.

⁷⁰⁸ D'autres formes de contracter ont ainsi pu être qualifiées de « moule à contrat » par les médiévistes. Ainsi, selon Hubert Richardot, dans les premiers temps de la féodalité, dans le Midi, l'hommage aurait rempli cette fonction de « moule commun (...) de tout engagement dont la contre-partie était nécessairement foncière » (H. RICHARDOT, « Le fief roturier à Toulouse au XII^e et XIII^e siècles », *loc. cit.*, p. 317-318). Pierre Petot dresse un constat équivalent pour les pays de coutumes (P. PETOT, « L'hommage servile, essai sur la nature juridique de l'hommage », *RHD*, 1927, p. 68-107). Dans une même optique, Gérard Giordanengo considère que la donation devient un véritable moule à contrat en Lombardie au cours du Haut Moyen-Âge (G. GIORDANENGO, « Les féodalités italiennes », *loc. cit.*, p. 216). Enfin, pour la fin de la période médiévale, d'autres moules à contrat ont été identifiés : le fief dans le Languedoc (H. RICHARDOT, « Le fief roturier à Toulouse au XII^e et XIII^e siècles », *loc. cit.*, p. 320), le bail à complant en Provence et le bail à acapte dans le Sud-Ouest (R. VIADER, « Les contrats agraires dans le sud de la France (X^e-XV^e siècles) », *loc. cit.*, p. 231-233 ; dans le même sens, mais sans utiliser l'expression voir, J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, *op. cit.*, p. 19).

⁷⁰⁹ Le doyen de la faculté de Rennes semble le premier à utiliser l'expression pour désigner la stipulation en droit romain. Voir C.-E. BODIN, *Plan du cours de droit romain professé à la faculté de Rennes*, t. II, Paris, Rennes, Arthur Rousseau, J. Plihon et L. Hervé, 1885, p. 14.

⁷¹⁰ R. VIADER, « Les contrats agraires dans le sud de la France (X^e-XV^e siècles) », *loc. cit.*, p. 236.

⁷¹¹ Sur les fonctions des modèles juridiques, voir S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, *op. cit.*, p. 7-8.

été amenée à définir le modèle emphytéotique (**Section 1**), avant de rechercher de quelles manières il a été utilisé par ces auteurs (**Section 2**).

Section 1 La définition du modèle

Sous l’Ancien Régime, le bail emphytéotique – outre sa fonction première de contrat autonome et distinct – constitue également un modèle des baux de longue durée pour certains auteurs. Ces derniers recherchent alors un point de repère pour les guider dans l’étude des multiples concessions de droit coutumier, très variables d’une région à l’autre. Or, le bail à emphytéose de l’époque moderne bénéficie de certains atouts qui le désigne comme référent tout indiqué de ce type de contrats. Dans la mesure où son étude est incluse dans l’enseignement du droit⁷¹², il est bien connu des auteurs de doctrine et offre ainsi la possibilité d’instaurer un dialogue entre eux, quelle que soit leur province d’origine. Bien que le bail emphytéotique soit reçu et réinterprété dans l’ancien droit, son encadrement par les compilations de Justinien demeure un objet d’étude pour les civilistes. Par conséquent, il devient un point de comparaison privilégié pour classer et ordonner les concessions de longue durée les unes par rapport aux autres. Cette manière d’appréhender le bail emphytéotique découle directement des méthodes employées par la doctrine moderne (§1). Une partie de ces auteurs use ainsi du modèle emphytéotique comme d’un point de référence à partir duquel penser les concessions coutumières. Dès lors, le bail emphytéotique apparaît comme le pivot de la réflexion doctrinale relative aux baux de longue durée (§2).

§. 1 Une compréhension du bail emphytéotique dépendante des méthodes utilisées

En matière contractuelle, la tradition romaine bénéficie d’une autorité dont les auteurs d’Ancien Régime tirent avantage. Dans ce domaine, le droit romain a laissé un héritage conséquent à partir duquel les emprunts sont fréquents⁷¹³. Plus que dans d’autres pans du

⁷¹² Parmi l’abondante bibliographie sur l’enseignement du droit à l’époque moderne, on renverra simplement à J.-L. THIREAU, « L’enseignement du droit et ses méthodes au XVI^e siècle. Continuité ou rupture ? », *loc. cit.*, p. 27-36 ; C. CHÊNE, *L’enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, Droz, 1982 (*Travaux d’histoire éthico-politique*, 39).

⁷¹³ On en trouve encore des traces aujourd’hui, comme le soulignent les articles suivants : P. MALAURIE, « Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l’Europe d’aujourd’hui », *JCP G*,

droit, le recours aux compilations de Justinien contribue à clarifier la diversité coutumière. En particulier, pour comprendre le bail emphytéotique francisé, la doctrine moderne réinterprète et actualise les classifications romaines, à l'aune des besoins de son temps (A). En outre, ces auteurs utilisent abondamment la méthode comparatiste pour déceler les ressemblances et les différences entre les baux coutumiers. À travers le prisme du bail emphytéotique, une telle méthode les conduit à exploiter les similarités des baux de longue durée (B).

A. L'actualisation des classifications romaines

À l'époque moderne, le bail emphytéotique a conservé son particularisme qui le distingue tant de la vente que du louage : il tend ainsi à s'émanciper de ses contrats voisins, avec lesquels il entretient une certaine proximité. Cette spécificité était déjà acquise en droit romain tardif, où le bail emphytéotique est considéré comme un contrat *sui generis*.

À la fin du v^e siècle, l'empereur Zénon apporte des éléments de réponse quant à la question, très débattue entre les jurisconsultes romains, de la nature du bail emphytéotique. Dans une constitution impériale promulguée entre 477 et 484, il précise, selon une formule restée célèbre, que le bail emphytéotique n'est ni une vente, ni un louage⁷¹⁴. Les textes de droit romain ne donnent pas davantage de précisions, toutefois, la spécificité du bail emphytéotique est affirmée, faisant ainsi disparaître la distinction entre *bail emphytéotique* et *vente emphytéotique* que connaît le début du Bas-Empire⁷¹⁵. Dans le dernier état du droit romain, le bail emphytéotique bouleverse les catégories juridiques et forme un type particulier de contrat, une troisième voie entre la vente et du louage. Dans cette perspective, il est envisagé dans une approche comparatiste et délimité par rapport et à partir de ses contrats voisins : l'*emptio-venditio* et la *locatio-conductio*. Ces derniers trouvent leur place parmi les quatre contrats consensuels traditionnellement identifiés dès l'époque classique. Le premier peut se définir comme une « opération par laquelle une personne (*venditor*) s'engage à assurer la jouissance paisible et utile d'une chose à une

2000, I, p. 246 ; J. CARBONNIER, « *Usus hodiernus pandectarum* », *Mélanges en l'honneur de Imre Zajtay*, éd. R. H. GRAVESON *et alii*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1982, p. 107-116.

⁷¹⁴ C., 4, 66, 1 : « *Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum* ».

⁷¹⁵ La différence entre les deux est parfois confuse. Dans la *vente emphytéotique*, l'emphytéote acquiert un droit perpétuel sur la chose. En contrepartie, il paie un prix lors de son entrée en jouissance et une redevance périodique pour conserver son droit. Dans le *bail emphytéotique*, l'emphytéote acquiert un droit de jouissance à long terme sur le fonds. Pour plus de précisions, A. HAJJE, *Étude sur les locations à long terme...*, *op. cit.*, p. 91-94.

autre (*emptor*) qui s'engage à en payer le prix »⁷¹⁶. Le second consiste en un contrat « dans lequel une personne met à la disposition d'une autre personne, pour un temps déterminé, une chose ou une industrie moyennant une rémunération »⁷¹⁷. Dans les deux cas, l'accord sur la chose et sur le prix est essentiel. Cependant, la chose vendue revient à l'acheteur pour une durée illimitée, tandis que la chose louée doit être retournée au bailleur à l'expiration de la durée prévue. D'un côté, le fonds emphytéotique a vocation, lui aussi, à faire retour au bailleur mais la durée du contrat excède largement celle d'une *locatio* classique. De l'autre, le preneur à bail emphytéotique verse une redevance, dont le montant est fixé à l'avance, et non une somme d'argent s'indexant sur la valeur du fonds⁷¹⁸. Cette approche du droit romain, qui fait du bail emphytéotique un contrat spécifique, différent de tout autre, se trouve reprise sous l'Ancien Régime.

Dès l'époque médiévale, la doctrine s'approprie la notion de bail emphytéotique. Plus encore, la fin du XV^e siècle et le début du XVI^e siècle marquent un renouveau du droit romain, où l'esprit humaniste invite à un réexamen des sources⁷¹⁹. Du point de vue de la forme, les nombreux traités rédigés au XVI^e siècle suivent souvent le plan des *Institutes* et lorsqu'ils évoquent le bail emphytéotique, c'est à l'occasion de l'examen successif des différents contrats nommés, après la vente et le louage ordinaire mais avant le contrat de société⁷²⁰. La forme même choisie démontre la proximité avec ces contrats voisins ; ils sont rapprochés du fait de leurs similitudes⁷²¹. Sur le modèle du droit romain tardo-impérial, les humanistes envisagent donc le bail emphytéotique à travers le prisme du droit des contrats, soit en tant que rapport entre deux individus, et non par celui du droit des

⁷¹⁶ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 221. Voir également P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 568 ; P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, op. cit., p. 519-521.

⁷¹⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2011 (*Objectif droit*), p. 82. Voir également P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 503 ; P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, op. cit., p. 573-574.

⁷¹⁸ Ce point est développé par : C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, op. cit., t. II, p. 281, n. 12.

⁷¹⁹ Sur la démarche des humanistes, voir parmi beaucoup d'autres, J.-L. THIREAU, « Humaniste (jurisprudence) », loc. cit., p. 795-800 et la bibliographie rappelée ; M. REULOS, « L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) au XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle », loc. cit., t. I, p. 281-288 ; F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 181-205.

⁷²⁰ *Inst.*, 3, 25, 3. Sur l'usage très répandu de ce plan chez les auteurs de doctrine des XVII^e et XVIII^e siècles, voir J.-L. THIREAU, « La coutume dans son ordre naturel, ou la doctrine coutumière saisie par le rationalisme », *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, éd. E. BURGAUD, Y. DELBREL, N. HAKIM, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 1029-1038.

⁷²¹ F. BAUDOIN, *Jurisprudentia romana et attica...*, op. cit., p. 730 : « Justinianus cum locatione & conductione his conjungit contractum emphyteuseos, qui habet aliquid simile : multa licet alioqui habeat dissimila, & plus quippiam sit quam simplex locatio-conductio ».

biens, c'est-à-dire comme un rapport entre un individu et un bien. Néanmoins, le droit romain conçu par les humanistes ne se confond pas avec celui du *Corpus Juris Civilis* ; ces auteurs puisent dans les sources romaines pour les interpréter à la lumière des besoins de leur temps⁷²². Si un certain nombre d'humanistes – comme Éguiner Baron⁷²³, François Connan⁷²⁴, Jean de Coras⁷²⁵, Jacques Cujas⁷²⁶ ou encore Hugues Doneau⁷²⁷ – reprennent la formule zénonienne et rappellent que le bail emphytéotique n'est ni un louage, ni une vente mais possède une nature particulière, l'interprétation et le raisonnement qu'ils proposent s'éloignent parfois significativement des textes romains. La branche historique du mouvement humaniste, absorbée par l'examen des racines des institutions françaises, s'intéresse peu à ces constructions doctrinales. À l'inverse, la branche systématique tente d'élaborer un système cohérent au sein duquel le bail emphytéotique trouve sa place entre la vente et le louage⁷²⁸. Il ne s'agit plus simplement d'affirmer la nature propre du contrat emphytéotique mais de la disséquer et de la démontrer. Par exemple, Éguiner Baron propose l'interprétation suivante : le bail emphytéotique réunit, d'une part, l'objet de la vente et, d'autre part, les prestations du locataire⁷²⁹. Cette formule synthétique résume en substance l'analyse, moins systématique, de François Connan. Ce dernier précise que le bail emphytéotique consiste en une transposition dans le droit des gens de l'aliénation parfaite de la vente alliée à la durée de la location⁷³⁰. Hugues Doneau ajoute qu'il ne peut

⁷²² Sur la méthode humaniste, entre rupture et continuité, voir notamment, X. PRÉVOST, « *Ius in artem redigere*. Ramisme et systématisme chez quelques jurisconsultes humanistes français (Coras, Doneau, Grégoire) », *RHD*, t. 97, 2019, p. 463-482 ; ID., « *Mos gallicus jura docendi*, La réforme humaniste de la formation des juristes », *loc. cit.*, p. 491-513 ; J.-L. THIREAU, « L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI^e siècle. Continuité ou rupture ? », *loc. cit.*, p. 27-36.

⁷²³ É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 440 : « Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur : lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem ».

⁷²⁴ F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consilarii Regii...*, *op. cit.*, p. 457.

⁷²⁵ J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani...*, *op. cit.*, p. 3 : « Quod autem Zenoniana lex propriam contractus emphyteuseos statuit naturam, fecit, non instituendo novum conventionis genus, sed invertum & confusum ab illis distinguendo, quibus cum omnino convenire videbatur. »

⁷²⁶ J. CUJAS, *Opera omnia...*, *op. cit.*, t. II, p. 308 : « Emphyteusis quoque licet proprium hunc contractum Zeno fecerit id est separatum ab emptione & a conductione, tamen similis est vel emptioni, vel conductioni ».

⁷²⁷ H. DONEAU, *Opera omnia...*, *op. cit.*, p. 1255-1256, n. 17 : « Revera enim neutrum est ; ut bene & ex natura rei, neget Zeno ius emphyteuticum conductionis aut alienationis, eoque emptionis titulis esse adiiciendum [...] Id praestitit Zenonis constitutio, quae eum contractum iubet & propriam naturam habere distinctam a locatione & venditione, & nihilominus firmum & ratum esse contractum ».

⁷²⁸ Sur la distinction entre ces deux branches de l'humanisme, voir dernièrement R. RAMIS-BARCELO, « La recepción de la obra de Rodolfo Agricola en los juristas (1500-1600) », *RHD*, t. 97, 2019/4, p. 443-482.

⁷²⁹ É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 441 : « materiae quidem emptionem-venditionem contrahi, operae autem locationem-conductionem ».

⁷³⁰ F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consilarii Regii...*, *op. cit.*, p. 457 : « Atque ita cum istos contractus in aliquo iure ponimus, hoc nimirum significamus, vim & obligationem eorum ab hoc aut illo iure manare. Quia vendere & emere neque iuris gentium est, neque civilis, sed venditionem hoc modo perfici, perfectamque contrahentes alligare etiam inuitos, iuris gentium est. Itemque in omnibus contractibus qui consensus totius orbis habent iuris auctoritatem : in quibus est locatio & conductio, cui emphyteusis

s'agir d'un louage puisqu'il y a tradition de la chose concédée pour parfaire la transmission d'un domaine et qu'il ne peut s'agir d'une vente dans laquelle le consentement n'a lieu que sur un unique prix⁷³¹.

Dans la continuité du mouvement humaniste, des représentants de l'École du droit naturel moderne s'inspirent de ces analyses du bail emphytéotique, à l'image de Johann Gottlieb Heineccius († 1741) qui met en avant le particularisme de ce contrat, en s'appuyant sur l'origine romaine du bail emphytéotique⁷³². Avant lui, Samuel von Pufendorf propose une analyse originale de la nature de cette institution. S'il n'est « ni une Vente, ni un Louage »⁷³³, le bail emphytéotique est « mêlé de Vente, & de Louage »⁷³⁴. Selon l'auteur, il s'agit d'un contrat mixte, c'est-à-dire d'un contrat dont les dispositions essentielles empruntent à des actes de nature différente. Le bail emphytéotique réalise ainsi la synthèse entre certains caractères substantiels de la vente – en l'occurrence le transfert d'une forme de propriété ou la maîtrise d'une chose – et du louage – le paiement régulier d'une redevance pendant une durée limitée ou non. Samuel von Pufendorf fait ainsi du bail emphytéotique une combinaison entre la vente et le louage. Cette classification s'appuie sur des contrats de base dont les caractères essentiels sont ensuite assemblés les uns avec les autres en vue de donner naissance à une nouvelle catégorie juridique. Une telle démarche qui fonctionne par analogie avec des contrats voisins s'inscrit également dans une perspective comparatiste. Samuel von Pufendorf en déduit une forme de gradation par laquelle ces trois contrats sont classés selon l'étendue des droits du preneur⁷³⁵. Ainsi, l'emphytéote possède un droit de jouissance qui n'est pas aussi plein et absolu que celui du propriétaire, mais plus étendu que celui du locataire ordinaire. Selon les termes du contrat, le bail emphytéotique se rapproche plus ou moins de l'un de ses deux contrats voisins. Sous l'Ancien Régime, l'emphytéote se voit transférer la jouissance du domaine utile, ce

iungenda est, cum nihil ipsa sit aliud quam in perpetuum, vel in bene longum tempus facta locatio : ut etiam si a Romanis primum inducta fuerit, attamen eiusmodi est, ut eam non minus quam locationem omnes gentes in morem perduxerint, & eam sibi ipsis communem fecerint ».

⁷³¹ H. DONEAU, *Opera omnia...*, *op. cit.*, p. 1255, n. 17 : « non est locatio, quia ex contractu emphyteutico id agitur ; ut, re tradita, detur emphyteutae in rem actio (...). Non est venditio, quia in venditione unum pretium statuitur, quod pro re tradita semel praestetur ; non pro singulorum annorum usu sua pensio, quod est proprium locationis ».

⁷³² J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, *op. cit.*, t. III, p. 284 : « Et quoiqu'elle [l'emphytéose] ait beaucoup d'affinité avec la vente et le louage, cependant elle n'a de ressemblance parfaite ni avec l'un, ni avec l'autre ; c'est pourquoi une constitution de Zénon en a fait un contrat particulier ».

⁷³³ S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. I, p. 639-640.

⁷³⁴ Plus précisément, Samuel von Pufendorf écrit : « Mais il y a encore des *Contracts Mixtes*, c'est-à-dire, où il entre deux actes de différente nature. (...) Le Bail d'*Emphytéose* semble mêlé de *Vente*, & de *Louage* ; quoi qu'une Loi (C., Lib. IV Tit. LXVI. *De jure Emphyteutico*, Leg. I) du Droit Romain en fasse une sorte particulière de Contract » (*Ibid.*, t. II, p. 28-29).

⁷³⁵ *Ibid.*, t. I, p. 639-640 : « le Maître de la chose n'en transfère par la Propriété pleine & entière à l'Emphytéote, & cependant celui-ci acquiert plus qu'il ne seroit, s'il prenoit à louage le bien de l'autre ».

qui le rapproche d'un propriétaire. De plus, il paie une redevance, généralement faible, en reconnaissance de la directe seigneuriale. Du fait de ces caractères, à l'époque moderne, le bail emphytéotique tend d'autant plus à ressembler au contrat de vente.

Au contraire, l'engouement pour la formule selon laquelle le bail emphytéotique ne serait ni une vente ni un louage se perd parmi les auteurs de droit français. Louis Le Caron n'hésite pas à critiquer les constitutions romaines, contestant que le bail emphytéotique constitue un contrat *sui generis* et estimant qu'il peut être assimilé à une vente⁷³⁶. Pour affirmer cela, il se fonde sur la source reine du droit français, la coutume⁷³⁷. Pour le reste, la doctrine ne soulève ce point qu'en de rares occasions. Seuls des feudistes, comme François de Boutaric⁷³⁸, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey⁷³⁹ ou Germain-Antoine Guyot⁷⁴⁰, distinguent encore le contrat emphytéotique de la vente et du louage. En outre, ils se contentent le plus souvent de rappeler les tenants et les aboutissants de l'emphytéose romaine sans davantage de précisions. L'objet de leur étude reste centré sur le contrat de fief. Dans cette optique, les développements relatifs au bail emphytéotique interviennent uniquement pour nourrir leur réflexion et soutenir l'édifice doctrinal qu'ils s'attachent à construire.

Le désintérêt des juristes français quant à la nature du bail emphytéotique se comprend au regard des transformations profondes qui ont affecté les contrats de vente et de louage à l'époque moderne. Ainsi, le caractère translatif de propriété du contrat de vente est discuté bien que la plupart des juristes demeurent fidèles à l'exigence de tradition pour parfaire la vente⁷⁴¹. La location de choses, absente durant le Haut Moyen-Âge, renaît avec la

⁷³⁶ L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Responses ou décisions du droict françois...*, *op. cit.*, p. 43, n. 76 : « Et quoy que l'Empereur Zénon ayt voulu faire une propre & spéciale espèce du contrat emphiteutique, toutesfois il tient beaucoup de la vendition, & (comme est écrit en aucunes coutumes) équipolle à vendition ». On trouve une formulation équivalente chez P. DE L'HOMMEAU, *Maximes générales du droit françois*, *op. cit.*, p. 9-10, n. 171 : « parce que ces baux équipollent à vente ». *Contra* : C. DE FERRIÈRE, *Introduction à la pratique...*, *op. cit.*, p. 96.

⁷³⁷ Dans certaines coutumes, on trouve reproduite la formule selon laquelle le bail emphytéotique fait partie des « contrats équipollents à vendition ». Par exemple, la coutume de Chaumont (art. 59, BR, t. III, p. 356).

⁷³⁸ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 424 : « L'empereur Justinien au Titre des Institutes de locatione & conductione, parle de l'Emphitéose comme d'un Contrat qui tient également du louage & de la vente ; & auquel par cette raison les Loix ont donné un nom propre & particulier, *talis contractus, qui a quibusdam locatio, a quibusdam venditio exisimabatur, lex zenoniana lata est que Emphiteuseos contractus propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus faciendam* ».

⁷³⁹ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 270 : « On inventa, du temps des empereurs, un contrat particulier qui fut appelé emphytéose [...]. L'empereur Zénon donna une forme certaine à ce contrat, & Justinien la confirma. Or, dans tous les contrats, qui n'étoient ni vente ni louage, on regardait le bailleur comme retenant toujours la propriété ».

⁷⁴⁰ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 423.

⁷⁴¹ Sur ces questions, voir *supra*, p. 71 et s.

redécouverte du droit romain, mais elle est concurrencée par les baux de longue durée d'origine féodale ou coutumière⁷⁴². Le développement massif des concessions de longue durée contribue à renforcer le détachement des juristes français à l'égard de cette classification contractuelle romaine. Dans le même temps, s'ils ne l'utilisent pas à outrance, ils ne s'en extraient pas non plus.

Finalement, deux facteurs sont susceptibles d'engendrer une éventuelle confusion entre vente, louage et bail emphytéotique : le prix et la durée. En effet, dans certains cas, des deniers d'entrée sont exigés lors de la conclusion d'un bail emphytéotique⁷⁴³. Cette pratique se confond avec le paiement d'un prix de vente. En outre, le bail emphytéotique peut être temporaire mais aussi perpétuel sous l'Ancien Régime⁷⁴⁴. Dès lors, un bail emphytéotique perpétuel conclu avec deniers d'entrée s'apparente fortement à un contrat de vente. À l'inverse, un bail emphytéotique limité à une dizaine d'années, sans deniers d'entrée, s'éloigne de la physionomie de la vente, pour se rapprocher de celle du bail ordinaire⁷⁴⁵. À cet égard, Lefèvre de La Planche propose une analyse paradoxale en estimant qu'il existe « deux emphytéoses, l'une par vente, l'autre par location »⁷⁴⁶. Cette distinction est déterminée par la présence ou l'absence de deniers d'entrée. Dans le premier cas, les caractéristiques de la vente, tant sur le prix, la chose ou le consentement, sont réunies. Dans le second cas, le bail emphytéotique prend l'aspect d'une simple location à longues années. Suivant ce raisonnement, le bail emphytéotique serait donc à la fois vente et louage et la qualification prédominante dépendrait des conditions de formation du contrat. Cette analyse n'est pas sans rappeler l'ancienne distinction romaine entre vente emphytéotique et louage emphytéotique⁷⁴⁷. Toutefois, elle se heurte au moins à un écueil :

⁷⁴² Voir par exemple, J.-L. GAY, « Au sujet des origines du contrat de location d'immeubles dans le comté de Bourgogne (XIII^e-XV^e siècle) », *MSHDB*, t. 47, 1990, p. 97-113.

⁷⁴³ Par exemple, dans une sentence du Châtelet du 2 juin 1783, il est question d'un bail emphytéotique conclu avec paiement d'un droit d'entrée (rapportée par J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, t. VII, p. 540).

⁷⁴⁴ Voir *supra*, p. 101 et s.

⁷⁴⁵ L'opinion selon laquelle le bail emphytéotique à temps est similaire en tous points à un bail à vie apparaît défendue par une partie de la doctrine d'Ancien Régime. Par exemple, É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien*, *op. cit.*, p. 710-711 ; F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, *op. cit.*, p. 332.

⁷⁴⁶ LEFEVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales...*, *op. cit.*, t. I, p. 245, note (a). Cette idée est également sous-jacente dans l'ouvrage suivant : P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit français, par la comparaison des dispositions des Loix Romaines...*, *op. cit.*, p. 180 et p. 292.

⁷⁴⁷ Sur ce point, A. HAJJE, *Études sur les locations à long terme...*, *op. cit.*, p. 135-136. Antoine Hajje explique que la vente emphytéotique est une concession accordée pour plusieurs générations, c'est-à-dire une vente de fait, au contraire du bail emphytéotique qui est une concession plus courte. Par exemple, une constitution de 377 fait référence à la vente emphytéotique (C., 11, 62, 5) tandis qu'une autre de 398 évoque le bail emphytéotique (C., 11, 62, 9).

elle oblige à penser une notion sans unité, qui serait à la fois une espèce particulière de vente et une espèce particulière du louage. Or, cela apparaît en complète contradiction avec l'opinion doctrinale majoritaire.

Il faut admettre que le bail emphytéotique revêt des formes disparates, censées recouvrir des situations juridiques extrêmement diverses. Il évolue donc au sein d'une vaste zone grise d'engagements emportant la concession plus ou moins importante d'un droit de jouissance sur un bien. À partir du XVII^e siècle, cette classification est clarifiée et le critère retenu est celui de l'étendue des droits concédés⁷⁴⁸ : les deux domaines – utile et direct – pour la vente, un « droit dans la chose » ou droit réel pour l'emphytéose, un droit personnel pour le louage.

B. La recherche de similitudes par la comparaison

La lecture des sources juridiques d'Ancien Régime donne à voir la multiplicité des baux de longue durée d'origine coutumière⁷⁴⁹. Ces concessions à long terme ou perpétuelles sont fondues dans l'organisation féodale de la société et il est systématique que des droits seigneuriaux ou des services féodaux leur soient attachés. Chaque région a développé un ou plusieurs contrats s'adaptant au mieux au mode de culture majoritaire, comme le bordelage en Nivernais, le bail à domaine congéable en Bretagne ou encore le bail héréditaire en Alsace⁷⁵⁰. À première vue, le bail emphytéotique ne se distingue guère au milieu de cette profusion de contrats de longue durée. Or, la doctrine de l'époque moderne réalise un comparatisme fouillé en vue de mettre en avant les points de convergence et de divergence de ces contrats et le bail emphytéotique n'échappe pas à cet examen. Si elle présente l'avantage d'identifier les caractères essentiels de chaque contrat, cette analyse comparative souligne également que le bail emphytéotique est largement concurrencé par les baux coutumiers. Il serait vain de vouloir proposer ici une étude exhaustive de cette multitude de baux à long terme. C'est pourquoi seules les principales tenures roturières

⁷⁴⁸ En particulier, R.-J. POTHIER, « Traité du contrat de louage », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 351, n. 288 ; J. BAQUET, « Traité de diverses questions... », *loc. cit.*, p. 598. Voir aussi *supra*, p. 79 et s.

⁷⁴⁹ Pour un aperçu des différents baux de longue durée en France, voir G. BÉAUR, « The Many Faces of Emphyteusis in France. An Overview, with a Case Study from the Meaux Region (1600-1800) », *Agrarian Change and Imperfect Property...*, *op. cit.*, p. 82-84.

⁷⁵⁰ Sur les différentes formes des tenures, voir P. OURLIAC, « Tenures et contrats agraires », *Atti del « Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario »*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 17-19.

comportant des points de contact avec le bail emphytéotique sont exposées dans la suite de ces développements.

Au-delà de chaque particularisme local, deux concessions de longue durée se distinguent particulièrement en raison de leur large diffusion sur l'ensemble du territoire français : le bail à cens et le bail à rente foncière. La doctrine n'a pas manqué de les confronter avec le bail à emphytéose.

Tout d'abord, le bail à cens est considéré par les auteurs comme l'un des contrats de droit coutumier qui partage le plus de traits communs avec le bail emphytéotique. Il s'agit d'un contrat par lequel « le propriétaire d'un héritage noble en transporte le domaine utile avec rétention du domaine direct, & d'une rente annuelle sous la dénomination de Cens & de droits seigneuriaux »⁷⁵¹. Il trouve son origine dans le droit coutumier, contrairement au bail emphytéotique, issu du droit savant. Le bail à cens apparaît symptomatique de l'enchevêtrement des droits sur les biens, caractéristique de l'ancienne organisation foncière. Comparant la censive et l'emphytéose, le feudiste François de Boutaric conclut pourtant que « l'essence et le fonds de ces deux Contrats sont absolument les mêmes »⁷⁵². Nombreux sont les auteurs qui partagent cette opinion⁷⁵³. Ainsi, selon eux, la seule différence vient de la nature des fonds transférés – un fonds noble pour le bail à cens, une tenure roturière pour le bail emphytéotique. Cela signifie également que des charges seigneuriales sont dues par le preneur – emphytéote comme censitaire – au bailleur. Or, il faut souligner, qu'*a priori* ces charges ne figurent pas dans un bail à emphytéose puisqu'il n'est pas un contrat féodal. Pour d'autres auteurs, la distinction entre les deux types de baux réside ailleurs. Ainsi, Charles Loyseau estime-t-il que si différence il y a, elle tient au montant de la redevance : le canon emphytéotique serait plus important que le cens⁷⁵⁴. Une telle affirmation ne semble pas reprise par d'autres juristes. Par ailleurs, Christian Wolff avance que la différence entre cens et emphytéose tient au fait que le censitaire dispose de la jouissance des domaines direct et utile alors que l'emphytéote demeure cantonné à la

⁷⁵¹ J.-N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. VIII, Paris, Panckoucke, 1776, V^o Cens, p. 150.

⁷⁵² F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux*, *op. cit.*, p. III.

⁷⁵³ A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 42, n. 3 ; C. FLEURY, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. I, p. 271-272 ; P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit françois...*, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁵⁴ C. LOYSEAU, « Du droit des offices », *loc. cit.*, p. 298. L'auteur nuance immédiatement après en admettant que le bail emphytéotique ou libellaire est nommé ainsi à cause de la « petitesse de redevance ».

jouissance du domaine utile⁷⁵⁵. Là encore, il apparaît qu'il s'agit d'une position doctrinale isolée.

Le bail à rente foncière, quant à lui, consiste en un contrat par lequel « le propriétaire aliène son fonds à la charge d'une Rente »⁷⁵⁶ soit à son profit, soit au profit d'un tiers. Plusieurs auteurs ont mis en évidence la proximité entre le bail emphytéotique et le bail à rente foncière⁷⁵⁷. Allant plus loin, Claude Pocquet de Livonnière évoque indifféremment le bail emphytéotique ou à rente⁷⁵⁸ tandis que Thomas-Jules-Armand Cottereau († 1809) écrit que « [l]orsqu'un bail à rente est fait pour 20, 50, 70 ou 99 ans, on l'appelle bail emphytéotique »⁷⁵⁹. Néanmoins, François Hervé précise que l'assimilation entre bail à rente et bail à emphytéose n'a lieu qu'à deux conditions cumulatives : d'une part, lorsque le contrat est conclu à perpétuité et, d'autre part, lorsque le bailleur est un roturier⁷⁶⁰. Au contraire, pour le bail à emphytéose temporaire, il estime qu'il n'existe « aucune ressemblance entre ces deux sortes de baux »⁷⁶¹ puisque le bail à rente entraîne transfert de propriété du fonds pour toujours à la différence du bail emphytéotique à temps. Du point de vue des droits de mutation, François Bourjon remarque que le bail à rente foncière est moins favorable que le bail emphytéotique⁷⁶².

En somme, au regard des spécificités de chaque contrat, ni le bail à rente foncière, ni le bail à cens ne sont réductibles au contrat emphytéotique. En revanche, certains baux d'application géographique plus restreinte pourraient s'y apparenter.

En Nivernais⁷⁶³, la concession de longue durée prend la forme du bordelage, qui, selon Guy Coquille, tient « de l'emphyté[o]se & de la main-morte servile »⁷⁶⁴. En d'autres termes, le bordelage s'analyse comme un bail à emphytéose mais comportant une obligation supplémentaire : l'impossibilité pour le preneur de quitter la tenure ou de la

⁷⁵⁵ C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁵⁶ J.-N. GUYOT, *Répertoire...*, *op. cit.*, t. LIII, V^{is} Rente foncière, p. 503.

⁷⁵⁷ C. FLEURY, *Institution au droit français*, *op. cit.*, p. 416-417 ; J.-L. HARCHER, *Traité des fiefs sur la coutume de Poitou*, *op. cit.*, t. I, p. 206 ; B.-L. MOLIÈRES-FONMAUR, *Traité des droits de lods et ventes...*, *op. cit.*, t. I, p. 97, n. 120.

⁷⁵⁸ C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 351-353.

⁷⁵⁹ T.-J.-A. COTTREAU, *Le droit général de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 474, n. 5548.

⁷⁶⁰ F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, *op. cit.*, t. II, p. 329 : « Dans le droit, on distingue l'emphytéose à perpétuité & l'emphytéose à temps. L'emphytéose à perpétuité est ou un vrai bail à cens, ou un vrai bail à rente, suivant que le bailleur est ou seigneur de fief, ou simple propriétaire de rotures ».

⁷⁶¹ *Ibid.* Dans le même sens, voir P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 269-270.

⁷⁶² F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 205.

⁷⁶³ Le Chapitre VI de la coutume de Nivernais est entièrement consacré au bordelage : BR, t. III, p. 1132-1134.

⁷⁶⁴ G. COQUILLE, « Institutions au droit des François », *loc. cit.*, t. I, p. 47.

démembrer sans le consentement du seigneur. Cette clause attache le preneur à sa terre et vise à éviter le morcellement à outrance des fonds. En outre, la commise est encourue en cas de non-paiement de la redevance pendant un délai continu de trois ans. La dureté de ces dispositions rapproche le bordelage du bail emphytéotique romain. À l'époque moderne, l'un des points d'accroche essentiels entre les deux institutions réside dans le fait que le bordelage conduit à une division du domaine, le domaine direct étant retenu par le seigneur et le domaine utile concédé au bordelier. Particulièrement répandu à partir du XVI^e siècle, ce type de tenures se retrouve également dans les coutumes d'Auvergne, de Troyes ou de Meaux⁷⁶⁵, qui connaissent aussi, au demeurant, la notion de bail emphytéotique. Il est délicat de trancher strictement entre bordelage et emphytéose d'autant que des auteurs les assimilent à la censive⁷⁶⁶, tandis que certains historiens les confondent⁷⁶⁷. Néanmoins, l'analyse de Guy Coquille fait apparaître le bail emphytéotique comme un instrument du raisonnement juridique, en ce sens qu'il offre un cadre d'interprétation intelligible par tous. En décomposant le bordelage entre bail emphytéotique et mainmorte servile, l'auteur explicite ce contrat en faisant appel à des institutions connues de tous. Le milieu juridique demeure homogène sous l'Ancien Régime⁷⁶⁸. Ainsi, dans le cas du bordelage, le recours au bail emphytéotique vient simplifier le propos. Nul besoin de développements inutiles, la référence au contrat emphytéotique rend intelligible un contrat pratiqué exclusivement localement.

En Basse-Bretagne, l'exploitation de la terre s'organise autour du bail à domaine congéable ou bail à covenant dont le régime n'est pourtant pas réglé par la coutume générale, mais par des coutumes locales, rédigées tardivement – à la fin du XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle – pour pallier ce vide. Dans l'usage de Broerec, ce contrat est qualifié d'« espèce de bail emphytéotique »⁷⁶⁹. Sommairement, le bail à domaine congéable consiste en un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage transfère au

⁷⁶⁵ Auvergne, ch. XXVII, BR, t. IV, p. 1186 ; Troyes, art. 59, BR, t. III, p. 243 ; A.C. Meaux, art. 153, BR, t. III, p. 577. Pour de plus amples développements, voir G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, op. cit., t. III, p. 426. Mais aussi : M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, t. II..., op. cit., p. 145-150.

⁷⁶⁶ G. ARGOU, *Institution au droit françois*, op. cit., t. I, p. 179 ; P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1812, t. I, V^o Bordelage, p. 836.

⁷⁶⁷ R. DE LESPINASSE, « Notice sur les redevances roturières du Nivernois appelées bordelages », *B.E.C.*, 1868, p. 140-151 ; E. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. IV, Paris, F. Pichon, 1891, p. 418 ; A. BOUCOMONT, *Des mainmortes personnelle et réelle en Nivernais*, Paris, L. Larose, 1896, p. 49.

⁷⁶⁸ Sur ce point, J.-L. THIREAU, « Le juriconsulte », *Droits*, t. 20, 1994, p. 21-30.

⁷⁶⁹ BR, t. IV, p. 414. Il faut souligner que certains auteurs rapprochent plutôt le bail à domaine congéable au contrat de superficie. Par exemple, B. D'ARGENTRÉ, *Coutumes générales du pais et duché de Bretagne...*, op. cit., t. II, p. 152. Sur ce point, voir R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, *Le droit de superficie. Des glossateurs aux premiers commentateurs du code civil (XII^e-XIX^e siècle)*, th. droit Paris II, 2018, p. 113-114.

preneur, appelé domanier, moyennant une redevance, la jouissance du tréfonds avec le droit de faire certaines améliorations et la propriété des édifices et superficies⁷⁷⁰. L'équilibre de ce contrat s'avère particulièrement rigoureux pour le preneur qui supporte la faculté perpétuelle du bailleur de le congédier. Pierre Hévin († 1692) remarque que « ni vendition, ni location, ni conduction, ni emphytéose, ni superficie, ni censive, il [le bail à domaine congéable] tenait quelque chose de tous ces contrats et différait de tous »⁷⁷¹. Il poursuit une finalité identique à celle du bail à emphytéose : la mise en valeur de terres incultes⁷⁷². Néanmoins, le domanier détient uniquement les droits convenantiers et s'il possède la jouissance du fonds, le domaine utile ne lui a pas été concédé⁷⁷³. Le seigneur foncier demeure donc seul propriétaire. Pourtant, Pierre Hévin voit dans ce contrat la « rétention d'une espèce de seigneurie foncière ou directe »⁷⁷⁴, donc une sorte de démembrement de la propriété en deux domaines, ce qui contribue à brouiller la frontière avec le bail emphytéotique.

Le bail à complant, contrat qui s'est particulièrement développé dans l'Ouest de la France et qui vise à revaloriser des terres incultes, a été souvent comparé au bail emphytéotique⁷⁷⁵. Selon Auguste-Marie Poullain-Duparc († 1782), il s'agit d'un « bail à perpétuité ou pour un temps limité, par lequel le propriétaire d'un héritage le transporte au preneur à la charge d'y planter des vignes, ou d'entretenir celles qui y sont plantées, de les cultiver en bon père de famille et de donner au bailleur la portion de vendange qui est stipulée par le contrat »⁷⁷⁶. Le bail à complant opère donc un transfert du domaine utile au preneur qui est alors investi d'une obligation d'amélioration du fonds concédé. Ce sont là deux points communs qu'il partage avec le bail emphytéotique. Gabriel Du Pineau, à

⁷⁷⁰ Pour de plus amples précisions, voir D. GAURIER, « Le *precarium* romain, la *tenancy at will* du droit foncier anglais et le bail à domaine congéable des “usements” bretons. Similitudes ou fausses ressemblances ? », *Le droit romain d'hier à aujourd'hui*. Collationes et oblationes. *Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, éd. M. BERLINGIN, A. RUELLE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 29-77 ; T. HAMON, « L'exploitation des terres agricoles en droit coutumier breton (XVI^e-XIX^e siècle), *Terre, Forêt et Droit : Actes des journées internationales d'histoire du droit (12-15 juin 2002)*, éd. C. DUGAS DE LA BOISSONNY, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2006, p. 273-318 ; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français...*, op. cit., p. 137-143 ; R. LE CERF, *Étude sur le domaine congéable ou bail à covenant*, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1872.

⁷⁷¹ P. HÉVIN, *Consultations et observations sur la coutume de Bretagne*, Rennes, Guillaume Vatar, 1734, p. 478.

⁷⁷² H. SÉE, *Les classes rurales en Bretagne du XVI^e siècle à la Révolution*, Brionne, Gérard Monfort, 1978, p. 266.

⁷⁷³ POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, op. cit., p. 234-235.

⁷⁷⁴ P. HEVIN, *Consultations et observations sur la coutume de Bretagne*, op. cit., p. 477.

⁷⁷⁵ Sur le bail à complant, voir R. GRAND, *Le contrat de complant depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, Sirey, 1917 ; R. BEUCHER, *Du bail à complant dans le département de Maine-et-Loire*, Paris, Jouve et Boyer, 1899 ; P.-A. MERLIN, *Répertoire...*, op. cit., t. II, V^o Complant, p. 674-675.

⁷⁷⁶ A.-M. POUILLAIN DU PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. III, Rennes, François Vatar, 1768, p. 40.

l'occasion de son commentaire sur l'article 160 de la coutume d'Anjou, souligne que le bail à complant « approche de l'emphytéose »⁷⁷⁷. Dans ses observations sur l'article 62 de la coutume de La Rochelle, l'auteur va plus loin et l'assimile au bail emphytéotique⁷⁷⁸. S'il est certain que ces deux contrats possèdent des ressemblances, certaines divergences empêchent de les confondre. D'abord, le bail à complant ne concerne que la culture de la vigne, son objet est donc restreint par rapport au bail emphytéotique qui peut porter sur n'importe quel type d'immeuble. Ensuite, le canon emphytéotique est fixé lors de la constitution du contrat, généralement sous la forme d'un montant fixe, au contraire de la redevance du bail à complant qui représente un pourcentage des fruits produits par le fonds concédé au cours de l'année écoulé. Enfin, le preneur à bail à complant est tenu par son contrat de ne pas changer la destination du fonds et d'aliéner son droit uniquement avec le consentement du bailleur. De son côté, à défaut de clauses contractuelles contraires, l'emphytéote demeure libre de telles obligations.

En Dauphiné, l'albergement (ou abergement) constitue la concession de terres la plus commune. Il est généralement défini de façon peu précise comme un contrat par lequel un individu remet un bien immobilier à l'albergataire moyennant certaines prestations, notamment le paiement périodique d'une redevance⁷⁷⁹. Dès lors, certains auteurs, comme Germain-Antoine Guyot, ont pu soutenir que ce contrat se confondrait avec un bail emphytéotique⁷⁸⁰. Toutefois, une étude menée par Gérard Chianéa a montré que l'albergement ne pouvait être assimilé au bail emphytéotique, ni dès son origine, ni au milieu du Moyen Âge sous l'influence de la renaissance du droit romain⁷⁸¹. En effet, selon lui, l'albergement s'apparente à un contrat coutumier qui préexistait au développement du bail emphytéotique à partir du XIII^e siècle. Gérard Chianéa considère que l'une des différences majeures est que le propriétaire direct conserve une directe seigneuriale sur l'immeuble albergé, contrairement au bailleur à emphytéose qui détient une directe privée.

⁷⁷⁷ G. DU PINEAU, *Coutumes du pays et duché d'Anjou...*, *op. cit.*, p. 312-313.

⁷⁷⁸ BR, t. IV, p. 860, art. 62, La Rochelle : « Tout homme ayant droit de complant, se peut emparer de son autorité privée, sans offense, des vignes sujettes audit complant, par deffaut de les faire tailler dedans la saint George ».

⁷⁷⁹ Cette définition est donnée par : P. DUPARC, « Les tenures en hébergement et en abergement », *B.E.C.*, t. 122, 1964, p. 9-10.

⁷⁸⁰ Il affirme ainsi parlant du bail emphytéotique : « en Dauphiné, on l'appelle albergement » (G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 424). Voir également, J.-B. BRILLON, *Dictionnaire des arrests...*, *op. cit.*, t. I, p. 87, V^o Albergement. Dans le même sens, Grand conseil, 12 septembre 1681, rapporté par C. BLONDEAU, G. GUÉRET, *Journal du Palais...*, *op. cit.*, t. II, p. 277.

⁷⁸¹ G. CHIANÉA, *La condition juridique des terres en Dauphiné au XVIII^e siècle (1700-1789)*, Paris, La Haye, Mouton, 1969 (*Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Grenoble. Collection du Centre de recherche d'histoire économique, sociale et institutionnelle. Série Histoire institutionnelle*, 2), p. 109-117. *Contra* : L. CHABRAND, *Étude sur Gui Pape (1404 ? – 1477)*, Paris, Sirey, 1912, p. 109-148.

En outre, il estime que si une partie de la doctrine a pu opérer un rapprochement théorique avec le bail emphytéotique, cette romanisation, loin d'être substantielle, est restée simplement superficielle, en altérant la terminologie mais non le régime juridique⁷⁸².

En Alsace, enfin, à partir du XVII^e siècle, le nombre des baux héréditaires connaît une croissance importante, en raison des reconstructions nécessaires à la suite de la guerre de Trente Ans⁷⁸³. Il en existe deux types principaux : les uns sont dits « de droit » (*Erblehn*) car ils ont été établis par un contrat exprès, les autres sont dits « de fait » (*Hoflehn*) puisqu'ils sont devenus héréditaires à la suite de plusieurs reconductions tacites⁷⁸⁴. Dans les deux cas, ces baux héréditaires n'opèrent aucun transfert de propriété, ni du domaine utile, ni du domaine direct⁷⁸⁵. En conséquence, malgré des abus de langage qui ont pu brouiller la frontière entre bail emphytéotique et bail héréditaire d'Alsace, ces contrats doivent être distingués. Cela étant, Wolfgang Dannhorn explique qu'à la fin de l'Ancien Régime une véritable fusion a eu lieu entre le bail emphytéotique romain et le bail héréditaire coutumier⁷⁸⁶. Ce mouvement conduit alors à l'émergence d'un nouveau contrat, profondément inspiré des traditions germaniques et dans lequel l'inspiration romaine demeure secondaire. Un tel contrat ne peut donc être réduit au bail emphytéotique, romain ou réinterprété par la doctrine de l'époque moderne.

Au regard de l'étude comparative qui vient d'être brièvement dressée, il apparaît qu'aucun bail à long terme d'origine coutumière ne recouvre parfaitement la notion de bail emphytéotique. La doctrine coutumière qui dresse ce bilan s'efforce de concilier ses aspirations et sa démarche. Tout d'abord, il s'agit pour ces auteurs de mettre en évidence l'originalité et la singularité du droit français. Pour cela, il est essentiel d'identifier des institutions spécifiquement françaises. Ce mouvement doctrinal d'émancipation par rapport au droit romain va de pair avec l'effort de rédaction puis de réformation des coutumes. Une fois ces sources à disposition, il devient possible de les analyser, de les comparer et

⁷⁸² G. CHIANÉA, *La condition juridique des terres en Dauphiné...*, *op. cit.*, p. 114-115.

⁷⁸³ A. ANTOINE, J.-M. BOEHLER, F. BRUMONT, *L'agriculture en Europe occidentale à l'époque moderne*, Paris, Belin, 2000 (*Histoire Belin sup*), p. 290-294.

⁷⁸⁴ Sur ce point, J.-M. BOEHLER, « *Erblehn and Hoflehn in Germanic Lands. Disguised Forms of Ownership ? The Alsatian Countryside in the Seventeenth and Eighteenth Centuries* », *Agrarian Change and Imperfect Property...*, *op. cit.*, p. 97-112 ; ID., « L'art d'être propriétaire sans l'être tout en l'étant. Pratiques emphytéotiques dans la campagne alsacienne aux XVII^e et XVIII^e siècles », *Revue d'Alsace*, t. 140, 2014, n. 13-19.

⁷⁸⁵ C.-G. KOCH, *Traité sur la nature des biens ruraux dans les deux départements du Rhin, ci-devant province d'Alsace*, Strasbourg, Imprimerie d'André Ulrich, 1797, p. 7.

⁷⁸⁶ W. DANNHORN, *Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe...*, *op. cit.*, p. 173-192.

d'en faire ressortir les traits les plus saillants⁷⁸⁷. Toutefois, les auteurs d'Ancien Régime demeurent tributaires de leurs méthodes⁷⁸⁸. Ainsi, dans le même temps, ils s'appuient largement sur le droit romain revisité pour expliquer ou classer les institutions proprement françaises qu'ils dégagent. Le droit romain n'est pas alors considéré comme une autorité dont les énoncés normatifs doivent impérativement être suivis. Les auteurs y voient davantage des solutions pertinentes qui peuvent guider leur recherche d'un droit français, dont la matière repose dans les coutumes. Par exemple, en comparant des baux de longue durée régionaux avec l'emphytéose, ils font émerger une classification de contrats spéciaux, systématisant un pan du droit privé français. Souvent mobilisé comme référence pour distinguer les concessions de longue durée, le bail emphytéotique apparaît comme un pivot de la réflexion doctrinale.

§. 2 *Le bail emphytéotique, pivot de la réflexion sur les concessions de longue durée*

Dès ses débuts, le bail emphytéotique fait l'objet d'une construction dogmatique. En particulier, son processus d'élaboration dans le droit romain tardif fait figure d'exception. Comme le souligne Rudolf von Jhering († 1892), la constitution de Zénon (C., 4, 66, 1), fixant la nature propre du bail emphytéotique et mettant fin à une incertitude catégorielle, fait état d'une « construction législative »⁷⁸⁹, alors même que l'effort de construction théorique demeure habituellement l'apanage de la *jurisprudencia*. Il s'agit alors pour les autorités impériales de faire coïncider une réalité sociale avec le contenu du droit. Plus tard, à l'époque médiévale, le bail emphytéotique apparaît comme un terrain de réflexion privilégié des glossateurs qui s'attachent à construire les notions de domaine direct et de domaine utile⁷⁹⁰. Simultanément, il leur sert aussi de référent pour penser la réalité foncière de leur temps, notamment la féodalité. Dans toutes ces hypothèses, ce n'est pas d'une manière empirique que le droit s'empare du bail emphytéotique mais plutôt parce qu'il fait l'objet d'une réflexion intellectuelle.

⁷⁸⁷ Voir notamment sur la méthode comparatiste de la doctrine française, J.-L. THIREAU, « L'alliance des lois romaines avec le droit français », *loc. cit.*, p. 347-374 ; ID., « Le comparatisme et la naissance du droit français », *loc. cit.*, p. 153-191. Ancien mais toujours utile, E. MEYNIAL, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France... », *loc. cit.*, p. 326-351 et p. 446-457.

⁷⁸⁸ Voir notamment, C. CHÈNE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit, 1679-1793*, *op. cit.*, p. 242-244, p. 271-277, p. 289-314.

⁷⁸⁹ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain...*, *op. cit.*, p. 61-62.

⁷⁹⁰ Sur ce point, voir parmi bien d'autres, R. FEENSTRA, « Les origines du *dominium utile* chez les Glossateurs ... », *loc. cit.*, p. 215-259.

À l'époque moderne, une partie des auteurs poursuit cette construction. En ce sens, le bail emphytéotique constitue le pivot de la réflexion développée sur les baux de longue durée. Ainsi, certains auteurs réfléchissent sur et à partir du bail emphytéotique pour éclairer cet ensemble confus de contrats⁷⁹¹. En effet, il remplit alors des critères qui le désignent comme un modèle (A). Une telle manière de concevoir le bail à emphytéose lui confère une place particulière parmi les baux de longue durée (B).

A. La mise en évidence des critères du modèle

Une partie des auteurs d'Ancien Régime a pu comprendre le bail emphytéotique comme un modèle, c'est-à-dire comme une notion abstraite de référence qu'il est possible d'imiter⁷⁹². Une telle définition entraîne deux séries de conséquences, qui permettent d'établir des critères d'existence d'un modèle. Premièrement, en tant que point de référence, le contrat en question constitue un lieu commun parmi la communauté des juristes : sa connaissance est amplement diffusée et ses caractéristiques sont connues et admises par tous⁷⁹³. L'importance de ce premier critère ne doit pas être sous-estimée puisque la connaissance largement partagée d'un contrat assure que la communauté des juristes comprenne immédiatement l'opération dont il est question. Ensuite, en tant que construction abstraite, il réunit les éléments caractéristiques d'une catégorie de contrats donnée. Instrument de réflexion, il forme une version simplifiée de l'objet d'étude. Il s'affranchit ainsi d'une trop grande complexité et constitue un squelette, une forme schématique visant à réaliser un ensemble d'opérations juridiques⁷⁹⁴. À l'époque moderne, en particulier aux XVII^e et XVIII^e siècles, certains auteurs apparaissent enclins à considérer le bail emphytéotique en tant que modèle des concessions de longue durée. La mise en évidence de ce modèle s'avère toutefois délicate, dans la mesure où l'appréciation que ces

⁷⁹¹ Sur la difficulté d'établir des classifications de contrats sous l'Ancien Régime, voir G. BÉAUR, « Contrats d'exploitation et système de contrats... », *loc. cit.*, p. 37-42.

⁷⁹² Sur la notion de modèle comme référence et imitation, voir en particulier, S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, *op. cit.*, p. 7-10. Cette définition est reprise par Nicolas Cornu-Thénard : N. CORNU-THÉNARD, « Le modèle romain du "corps de droit administratif" dans la pensée de Maurice Hauriou », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, t. 41, 2015, p. 210. Dans le même sens, T. REVET, « Présentation », *Code civil et modèles...*, *op. cit.*, p. IX.

⁷⁹³ En ce sens, Marie-Élodie Ancel souligne que le modèle doit être ancré dans la société et dans l'esprit juridique (M.-É. ANCEL, « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *Code civil et modèles...*, *op. cit.*, p. 306-307) et Thierry Revet explique qu'il est le « fruit d'une pensée homogène » (T. REVET, « Rapport de synthèse », *Code civil et modèles...*, *op. cit.*, p. 595).

⁷⁹⁴ Marie-Élodie Ancel affirme que le modèle est un objet dont la « dimension dépasse les questions de technique juridique » (M.-É. ANCEL, « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *Code civil et modèles...*, *op. cit.*, p. 286) et Thierry Revet met en évidence ses caractères d'universalité et d'adaptabilité (T. REVET, « Rapport de synthèse », *Code civil et modèles...*, *op. cit.*, p. 597).

auteurs portent sur le bail emphytéotique demeure parfois équivoque. Pour s'en rendre compte, il convient d'examiner les deux critères l'un après l'autre.

De prime abord, la question de la diffusion du bail emphytéotique peut susciter quelques difficultés dans la mesure où une partie de la doctrine semble, de façon étonnante, considérer que le contrat emphytéotique n'est présent qu'à la marge sur le territoire français à l'époque moderne⁷⁹⁵. Ainsi, dans les pays de coutumes, Claude de Ferrière souligne que :

« [l]e Contrat emphytéotique étoit autrefois en France très fréquent, nous avons même en cette Ville [Paris] un très grand nombre de maisons, dont l'emphytéose est près de sa fin, mais à présent les baux d'héritages à rentes inconnus dans le Droit Romain sont plus en usage »⁷⁹⁶.

De même, dans le Sud du royaume, Benoit-Léon Molières-Fonmaur remarque que :

« quoique dans les pays de Droit écrit, notre commerce avec le Droit Romain nous ait fait adopter les expressions d'emphytéose & de prélation, le vrai est pourtant qu'il n'y a point de véritable emphytéose parmi nous, mais seulement des baux à cens, comme dans la France Coutumière »⁷⁹⁷.

Selon ces auteurs, le bail emphytéotique serait donc d'usage limité dans la France d'Ancien Régime. Cependant, dans ces deux remarques, Claude de Ferrière et Benoit-Léon Molières-Fonmaur évoquent le bail emphytéotique romain et non le contrat naturalisé au contact du droit coutumier⁷⁹⁸. Ainsi, à la suite de l'assimilation du bail à emphytéose dans l'ancien droit, certains tiennent à différencier nettement le bail emphytéotique romain disparu du contrat pratiqué sur le territoire français. D'ailleurs, lorsque d'autres juristes envisagent le bail emphytéotique francisé, ils constatent qu'il est d'usage répandu,

⁷⁹⁵ Ce point a déjà été soulevé dans G. BÉAUR, « The Many Faces of Emphyteusis in France... », *loc. cit.*, p. 80-82.

⁷⁹⁶ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 229. Voir aussi J.-B. DE BURIDAN, *Coutumes de la cité et ville de Rheims...*, *op. cit.*, p. 283, n. 3 : « Aussi l'emphytéose n'est-elle plus guères en usage en France. L'on y use ordinairement d'une autre espèce de bail, qui est un contract du tout distinct » ; C. DU MOULIN, *Opera quae extant omnia...*, *op. cit.*, t. I, p. 1315, n. 29 et 36.

⁷⁹⁷ B.-L. MOLIÈRES-FONMAUR, *Traité des droits de lods et ventes...*, *op. cit.*, t. I, p. 97, n. 120.

⁷⁹⁸ Ainsi, Claude de Ferrière ajoute cette remarque juste après avoir précisé les conditions et les effets du bail emphytéotique en droit romain (C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 227-228). De même, Benoit-Léon Molières-Fonmaur développe son exposé en se fondant sur « la Loi Romaine » (B.-L. MOLIÈRES-FONMAUR, *Traité des droits de lods et ventes...*, *op. cit.*, t. I, p. 97, n. 120).

spécialement dans les pays de droit écrit⁷⁹⁹. Les décisions de justice attestent également de l'existence du bail emphytéotique dans l'ensemble du royaume de France, au Nord comme dans le Midi, tout au long de l'Ancien Régime⁸⁰⁰.

Dans tous les cas, le bail emphytéotique apparaît omniprésent dans les œuvres doctrinales, ce qui souligne la connaissance largement diffusée de ce contrat dans le milieu juridique. Les traités de droit romain, les œuvres des auteurs de droit coutumier ou les ouvrages des jusnaturalistes lui réservent, le plus souvent, des développements conséquents⁸⁰¹. Le bail emphytéotique se présente comme un thème récurrent de la réflexion doctrinale relative au droit des contrats et sa connaissance auprès des juristes modernes ne fait pas de doute⁸⁰².

Les éléments caractéristiques du bail emphytéotique, tel qu'il a été assimilé dans l'ancien droit, ont été précédemment identifiés⁸⁰³. En résumé, ce contrat opère une division du domaine pendant une longue durée, ce qui s'accompagne d'une obligation de délivrance pour le bailleur et d'obligations de paiement et d'amélioration pour l'emphytéote.

D'emblée, il faut signaler que les quatre premiers de ces caractères – division du domaine, longue durée, délivrance de l'immeuble et paiement du prix – sont partagés par la plupart des concessions de terres à long temps sans que cela ne pose de réels problèmes⁸⁰⁴. En premier lieu, les baux de longue durée ont pour effet de transférer le

⁷⁹⁹ En ce sens, Germain-Antoine Guyot affirme que « la vraie emphytéose est plus des Pays de Droit écrit, que pour les Pays coutumiers » (G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 325). De même, Antoine-Gaspard Boucher d'Argis considère que « [l']Emphytéose, ou Bail emphytéotique, qui est aussi fort usité dans les Campagnes, & surtout en pays de Droit écrit », avant de présenter les conditions et les effets du contrat francisé (A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, t. I, p. 96).

⁸⁰⁰ Par exemple, Grenoble 6 février 1448 (rapporté par P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, *op. cit.*, t. II, p. 47, n. 30) ; Paris, 14 août 1522 (rapporté par *ibid.*, p. 48, n. 45) ; Paris, 17 mars 1601 (rapporté par C. LE PRESTRE, *Questions notables de droit...*, *op. cit.*, t. I, p. 527, n. 26) ; Toulouse, 4 décembre 1634 (rapporté par S. D'OLIVE DU MESNIL, *Questions notables du droit décidées par divers arrêts de la Cour de parlement de Toulouse*, Toulouse, J.-D. Camusat, 1682, p. 348-350) ; Grand conseil, 21 août 1734 (rapporté par J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, t. VII, p. 546).

⁸⁰¹ Parmi beaucoup d'autres, voir par exemple, L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes ou Digestes...*, *op. cit.*, p. 172-180 ; A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 41-126 ; C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. I, p. 227-232 ; ID., *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 555 et s. ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 204-205, p. 280-282, p. 355-356, p. 1022-1024 ; J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 63-64 ; J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, t. III, p. 284-293 ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, t. II, p. 280-289.

⁸⁰² Dans le même sens, Gérard Bœaur conclut que, sous l'Ancien Régime, beaucoup de contrats sont considérés comme emphytéotiques, quand bien même ils n'en présenteraient pas toutes les caractéristiques (G. BÉAUR, « The Many Faces of Emphyteusis in France... », *loc. cit.*, p. 87-94).

⁸⁰³ Sur les caractéristiques propres au bail emphytéotique sous l'Ancien Régime, voir *supra*, p. 56 et s.

⁸⁰⁴ En ce sens, voir l'analyse de Paolo Grossi sur les locations de longue durée (P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus...*, *op. cit.*, *passim* et notamment p. 67).

domaine utile au preneur tandis que le domaine direct demeure la propriété du seigneur⁸⁰⁵. À la suite du développement de la théorie du double domaine par les glossateurs, ce point est généralement admis⁸⁰⁶. La division du domaine traduit l'organisation foncière d'Ancien Régime, où la simultanéité des propriétés est la norme et la propriété exclusive l'exception. En second lieu, la longue durée du bail emphytéotique s'avère largement partagé par les autres concessions de terres. Il s'agit d'un standard, un outil volontairement flou dont l'avantage réside justement dans sa plasticité : il permet une grande souplesse pour quantifier la durée effective d'un bail emphytéotique. Par définition, les concessions à long terme, quelles que soient leurs qualifications, ont vocation à perdurer pendant une durée suffisamment étendue⁸⁰⁷. Enfin, les obligations de délivrance et de paiement de la redevance ne constituent pas une difficulté particulière puisqu'elles coïncident nécessairement avec tout louage quel qu'il soit⁸⁰⁸.

En revanche, l'obligation d'amélioration mérite de plus amples précisions car, à première vue, elle ne se présente pas comme un caractère partagé par l'ensemble des baux de longue durée. Néanmoins, il faut rappeler que, sous l'Ancien Régime, cette obligation

⁸⁰⁵ En ce sens, *ibid.*, p. 267-301.

⁸⁰⁶ Sur l'adhésion générale à la division du domaine pour les rentes foncières, voir J. BAQUET, « Traité de diverses questions... », *loc. cit.*, t. I, p. 598, n. 10 ; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, t. I, p. 63, n. 3 et 6 ; C. FLEURY, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, p. 404 ; C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 351-353 ; R.-J. POTHIER, « De la communauté », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 77. Plus précisément : pour le bail à cens, F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. III ou encore P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 269-270 ; pour le bail à bordelage, G. COQUILLE, « Institutions au droit des françois », *loc. cit.*, p. 40 ; pour le bail à complant, G. DU PINEAU, *Coutumes du pays et duché d'Anjou...*, *op. cit.*, p. 312-313 ; pour le bail à acapte : Toulouse, 4 décembre 1634, rapporté par S. D'OLIVE DU MESNIL, *Questions notables du droit...*, *op. cit.*, p. 348-350 ; pour l'albergement : Grenoble, 4 septembre 1668, rapporté par J.-G. BASSET, *Plaidoyez de Maistre Jean Guy Basset, avocat consistorial au parlement de Grenoble. Ensemble divers arrests & reglemens du Conseil & dudit parlement, sur plusieurs notables questions es matières bénéficielles, civiles & criminelles*, Grenoble, Jacques Petit, 1668, p. 266.

⁸⁰⁷ À titre d'exemples, pour le bail à cens, L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 172 ; pour le bail à viage ou vicairie, C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 234-235 ; pour le bail à complant, *ibid.*, p. 455-456 ; pour le bail à bordelage et l'albergement, G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 423 et 424, n. 1 et 2.

⁸⁰⁸ La doctrine d'Ancien Régime admet unanimement cette obligation de délivrance, ces auteurs l'admettent généralement lorsqu'ils traitent de la saisie du fonds concédé : A. LOISEL, *Institutes coutumières...*, *op. cit.*, p. 92-102 ; G. DU PINEAU, *Coutumes du pays et duché d'Anjou...*, *op. cit.*, p. 1228-1229 ; A. DESPEISSES, *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 45-46 ; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, p. 63, n. 6 ; C. FLEURY, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. I, p. 268-270 ; R.-J. POTHIER, « Des champarts », *Œuvres*, *op. cit.*, p. 679. De la même façon, l'obligation pour le preneur de s'acquitter d'une redevance ne fait pas de doute. Ainsi, de façon générale pour les rentes foncières : J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel...*, *op. cit.*, p. 63, n. 7 ; C. DE FERRIÈRE, *Introduction à la pratique...*, p. 250 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, p. 98, n. 12. Plus particulièrement, pour le bail à cens, L. LE CARON, dit CHARONDAS, *Pandectes...*, *op. cit.*, p. 173 ou encore C. LOYSEAU, « Du droit des offices », *Les œuvres de Maistre Charles Loyseau...*, *op. cit.*, p. 298 ; pour le bail à bourdelage, G. COQUILLE, « Institutions au droit des François », *loc. cit.*, p. 47-48 ; pour le bail à viage ou vicairie, C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 234-235 ; pour la fieffe, Rouen, 4 juillet 1753 rapporté par D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 329-330.

d'amélioration imposée à l'emphytéote est interprétée de façon extensive : elle peut s'entendre comme une obligation positive de mise en valeur active du fonds concédé mais elle peut également se borner à une simple obligation négative de ne pas détériorer le fonds concédé⁸⁰⁹. Dans ce dernier cas, la préservation minimale de l'immeuble vise davantage à s'assurer du respect par l'emphytéote des intérêts du seigneur direct qu'à imposer un accroissement permanent de la valeur du fonds. Ainsi comprise, l'obligation d'amélioration tend vers le souci de garantir le droit du seigneur direct. Or, une telle garantie se retrouve couramment dans les concessions à long terme. Charles Loyseau affirme notamment à propos du bail à cens que le preneur détient le droit de disposer du fonds à sa guise tant « que l'on ne fait point de préjudice au Seigneur censier, quand l'héritage demeure en tel estat qu'il est assez suffisant pour lui paier annuellement son cens »⁸¹⁰. De la même façon, Guy Coquille soutient que « [l]e détenteur bordelier ne peut empirer les héritages »⁸¹¹. Claude Pocquet de Livonnière se montre plus exigeant au regard des baux à viage et à complant des coutumes de l'Ouest puisqu'il considère qu'une véritable obligation « de bâtir & d'améliorer » pèse sur le preneur⁸¹². Pareillement, un arrêt du parlement de Rouen en date du 20 juin 1759 souligne l'obligation d'amélioration qui pèse sur le fieffataire⁸¹³. Plus significatif encore, les terres concédées à bail de longue durée sont également assujetties à un certain nombre de droits seigneuriaux et, en particulier, au champart. Selon Pothier, le champart est « une redevance foncière, qui consiste en une certaine quotité des fruits qui se recueillent sur l'héritage qui en est chargé »⁸¹⁴. Pour les fonds qui sont sujets à champart, le preneur est obligé de cultiver la terre de manière à ce que le seigneur direct perçoive son dû. Indirectement, le possesseur d'immeubles soumis au champart se voit imposer une obligation, au minimum, de conservation et, au maximum, d'amélioration des terres⁸¹⁵. En conséquence, les fonds concédés à bail de longue durée sont habituellement chargés, explicitement par les termes du contrat ou implicitement par la coutume, d'une obligation plus ou moins étendue

⁸⁰⁹ Voir *supra*, p. 91 et s.

⁸¹⁰ C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 121. Dans le même sens, Antoine Loisel écrit : « Le propriétaire ne peut tellement empirer l'héritage redevable de cens, qu'il ne s'y puisse percevoir » (A. LOISEL, *Institutes coutumières...*, *op. cit.*, p. 99).

⁸¹¹ G. COQUILLE, « Institutions au droit des François », *loc. cit.*, p. 48.

⁸¹² C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 234. Guyot affirme également qu'une obligation d'amélioration est imposée au preneur à complant : G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 425-426, n. 5.

⁸¹³ Arrêt rapporté par D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 320.

⁸¹⁴ R.-J. POTHIER, « Des champarts », *loc. cit.*, p. 677.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 683. Dans le même sens, G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 480, n. 6.

d'améliorer le fonds en question. Partant, la dernière obligation essentielle du bail emphytéotique, l'obligation d'améliorer, se confond bien avec un trait commun à l'ensemble des baux de longue durée.

En somme, le bail emphytéotique présente ainsi la particularité de réunir les obligations – délivrance, paiement et amélioration – et les effets – division du domaine et longue durée – généralement partagés par les baux de longue durée. Pour autant, le particularisme de chaque bail local demeure préservé car rien n'empêche d'ajouter une ou plusieurs clauses complémentaires au modèle emphytéotique et de lui rendre ainsi sa spécificité. Dans cette optique, le modèle emphytéotique se présente comme un outil qui, par sa grande plasticité, peut s'ajuster aux spécificités des multiples concessions de longue durée de l'ancien droit. Dans le même temps, il ne faut pas perdre de vue que les auteurs d'Ancien Régime imposent, en lieu et place des opérations juridiques qui ont effectivement lieu, la représentation qu'ils s'en font, à travers le prisme du bail emphytéotique. Ainsi, en formant un pont entre des contrats analogues mais sans parenté historique, ce contrat fait, pour certains d'entre eux, figure de dénominateur commun. En raison des caractères inhérents au bail emphytéotique ainsi que de sa large diffusion dans le milieu juridique, ce contrat apparaît, au moins pour une partie de la doctrine d'Ancien Régime, comme un instrument qui lui permet d'ordonner les concessions de longue durée. Une telle grille de lecture vient à la fois simplifier l'analyse de baux d'origines diverses mais également, clarifier les classifications doctrinales, voire, à la marge, entraîner une unification progressive de la matière.

B. L'identification inachevée du bail emphytéotique à un genre des baux de longue durée

Dès la fin du Moyen Âge, la spécificité des baux de longue durée est progressivement prise en compte par la doctrine. Cette tendance se traduit notamment par l'émergence d'une catégorie des baux de longue durée, qui, selon Paolo Grossi, désigne l'ensemble des concessions qui emportent transfert d'un domaine utile⁸¹⁶. À l'époque moderne, les

⁸¹⁶ P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus...*, *op. cit.*, spécialement p. 267-301. Sur les typologies dégagées par la doctrine médiévale et leurs critiques, voir aussi F. ROUMY, « La contribution du droit canonique médiéval à l'élaboration d'une typologie des filiations dans les droits européens contemporains », *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 1 : Zivil- und Zivilprozessrecht*, éd. O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL, Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2009 (*Norm und Struktur*, 37/1), p. 265-287.

auteurs poursuivent cette réflexion : ils confrontent et mettent en avant les ressemblances entre les concessions de longue durée que connaît le droit français, contribuant ainsi à dégager une unité dans cette catégorie juridique. À l'occasion de cet exercice, il apparaît que le bail emphytéotique occupe une fonction pivot, qui le distingue peu à peu des autres contrats.

Conformément à cette démarche, dans la seconde moitié du XVI^e siècle, Guy Coquille identifie un droit commun aux baux de longue durée, qu'il isole dans des développements rassemblés sous le titre « De plusieurs droicts communs aux teneurs féodales, censuelles, bordelières, & autres »⁸¹⁷. Il répertorie alors les dispositions partagées par ce type de contrats et observe qu'il est systématiquement prévu une obligation de conservation des droits et des biens du seigneur ainsi qu'une obligation de paiement de la redevance, tout en opérant une division entre domaine utile et domaine direct. En outre, la longue durée inhérente à ces baux entraîne l'application d'un régime successoral spécifique. Enfin, ils connaissent des conditions similaires de cession du contrat et les charges qui pèsent sur le preneur sont identiques. Il faut souligner que Guy Coquille résout ces différentes questions de la même manière que ce qui a été fixé pour le bail à emphytéose. Toutefois, l'expression de « bail emphytéotique » n'apparaît pas dans son exposé. Il mobilise les constitutions romaines relatives à l'emphytéose mais il les considère comme un simple fondement juridique de ces principes généraux, complétant et appuyant les sources coutumières et judiciaires. Si le terme de bail emphytéotique se révèle le grand absent de ces développements, il reste qu'un régime particulier des baux de longue durée se distingue et, par conséquent, une catégorie propre à ces contrats. L'idée d'un « genre » des concessions de longue durée trouve ici un écho⁸¹⁸. À la même époque, Étienne Pasquier semble donner une signification plus large au bail emphytéotique, lorsqu'il définit simplement une concession *in emphyteusi* comme « une location qui se fait à longues années », avant d'évoquer la nature de « telles manières de baux »⁸¹⁹. Le bail à emphytéose est alors compris, non plus comme un contrat particulier, mais davantage comme un terme renvoyant à l'ensemble des baux de longue durée.

Au XVII^e siècle, le rôle du bail emphytéotique parmi les baux de longue durée connaît une modification timide. Certains auteurs, comme Antoine Despeisses, semblent admettre

⁸¹⁷ L'ensemble de ce titre apparaît dans G. COQUILLE, « Institutions au droit françois », *loc. cit.*, p. 48-50.

⁸¹⁸ Sur l'identification des catégories juridiques, M. XIFARAS, « Comment rendre le passé contemporain ? », *loc. cit.*, p. 27-32 ; M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *Les cahiers du droit*, t. 52, 2011, p. 351-378.

⁸¹⁹ É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian...*, *op. cit.*, p. 665.

une polysémie de l'expression de « bail emphytéotique ». Il évoque ainsi le bail emphytéotique dans son traité sur les droits seigneuriaux⁸²⁰. Cet ouvrage est organisé en un plan thématique selon les six titres suivants : le seigneur, les biens seigneuriaux, les fiefs, le bail à cens ou emphytéotique, la justice, les droits seigneuriaux. Dans le titre relatif au bail à cens ou emphytéotique, Antoine Despeisses étudie l'ensemble des concessions à caractère économique accordées sur un fonds de terre. Il regroupe sous cette appellation englobante l'ensemble hétéroclite des baux de longue durée qui est alors réuni en un unique genre. Selon l'analyse d'Antoine Despeisses, le bail emphytéotique n'apparaît toujours pas comme le représentant unique de cette catégorie des concessions à long terme. De fait, une certaine confusion persiste dans son exposé car le bail à cens est entièrement assimilé au bail emphytéotique. Néanmoins, au-delà de sa fonction contractuelle, le bail emphytéotique tend à jouer un rôle particulier et à s'imprégner d'une signification plus large. Le bail emphytéotique serait à la fois un contrat en tant que tel mais aussi un terme générique qui engloberait largement les baux de longue durée. En ce sens, le bail emphytéotique n'est plus considéré uniquement comme une espèce parmi les baux de longue durée, il est également envisagé comme outil catégoriel.

En s'appuyant sur le bail emphytéotique, certains auteurs esquissent un système dans lequel les baux coutumiers de longue durée sont différenciés des autres contrats mais également classés et ordonnés entre eux. Néanmoins, la cohérence de cet ordonnancement juridique demeure encore incertaine, avant que les méthodes rationalistes ne permettent de préciser la réflexion doctrinale.

L'étape décisive est franchie dans la seconde moitié du XVII^e siècle avec Jean Domat qui n'hésite pas à élever le bail emphytéotique au rang d'archétype des baux de longue durée et à tenir son régime juridique pour le droit commun qui leur est applicable. Il affirme ainsi :

« Comme la matière des baux emphytéotiques comprend les baux à cens, & autres espèces de rentes foncières, & que les conditions des Emphytéoses sont différentes, selon la diversité des concessions, & selon les coutumes, & les usages ; on ne doit pas entrer ici dans le détail de cette matière. Ainsi, on n'y mettra pas les règles du droit de lots & ventes, ni celles du droit de retrait ou retenue qu'a le Seigneur direct sur l'héritage sujet à son cens, & les autres règles qui sont différentes en divers lieux, ou autres que celles du Droit Romain. Mais on établira seulement les

⁸²⁰ A. DESPEISSES, *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 41-126.

principes généraux, qui sont tout ensemble & du Droit Romain, & de nôtre usage, qui s’observent dans toutes les coutumes, & qui sont les fondemens de la Jurisprudence de cette matière »⁸²¹.

La formule de Jean Domat est novatrice. Dans cette analyse, le bail emphytéotique fait le pont entre des baux de longue durée d’une grande diversité et permet ainsi de simplifier largement l’écheveau des concessions de terres dont le régime demeure parfois incertain. Pour Jean Domat, le bail emphytéotique dont il est question n’est pas le contrat romain mais plutôt celui qui a été absorbé et assimilé par l’ancien droit. En effet, c’est cette combinaison entre les principes coutumiers généraux et les dispositions adaptées du droit romain tardif qui autorise le contrat emphytéotique à remplir son rôle de dénominateur commun entre les très nombreuses concessions perpétuelles de l’ancien droit. Dans l’élaboration de son système juridique, Jean Domat identifie un droit commun des baux de longue durée, lequel s’aligne sur le régime du bail emphytéotique. Ce contrat devient un support de la systématisation et la rationalisation du droit qu’il recherche⁸²².

Une analyse similaire du rôle du bail emphytéotique se retrouve chez Johann Gottlieb Heineccius⁸²³, ce qui fait sens au regard de ses affinités avec l’École du droit naturel moderne. En revanche, il est plus difficile de mesurer l’influence de la conception de Jean Domat sur le reste de la doctrine française car aucun auteur n’exprime aussi clairement la double fonction du bail emphytéotique, à la fois comme contrat particulier et comme archétype de la catégorie juridique des baux de longue durée. Si les auteurs français font appel à la notion, ils ne précisent jamais le sens où ils l’entendent. Il demeure donc malaisé de distinguer les situations où le bail emphytéotique est envisagé comme un simple contrat ou comme la qualification d’un ensemble de contrats. Chez les auteurs de la fin du XVII^e siècle et du XVIII^e siècle, il reste toutefois possible de noter que l’expression de « bail

⁸²¹ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, p. 63. Nous soulignons.

⁸²² Sur la recherche de systématisation dans l’œuvre de Jean Domat : D. DEROUSSIN, « Domat, principes et règles du droit », *Mélanges en l’honneur du Professeur Nicole Dockès*, éd. L.-A. BARRIÈRE *et alii*, Paris, Éditions de la Mémoire du droit, 2018, p. 313-350 ; D. GILLES, « Claude-Joseph Ferrière et Jean Domat : Deux regards sur le droit romain », *Les représentations du droit romain en Europe aux temps modernes. Table ronde du C.E.R.H.I.I.P. Aix-en-Provence – 13 octobre 2006*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 133-173 ; F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. II, Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano, Giuffrè, 1987 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26), p. 53-80.

⁸²³ J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, *op. cit.*, t. II, p. 33 : « Ce domaine moins plein, ou utile, se divise en plusieurs espèces, le *fief*, l’*emphytéose*, le *droit de superficie* dans lesquels le domaine direct appartient au *seigneur du fief*, au *maître de l’emphytéose* et au *maître de la superficie* ; et le domaine utile appartient au *vassal*, à l’*emphytéote* et au *propriétaire de la superficie* ». L’auteur distingue ici trois façons de détenir un droit sur un fonds de terre : la concession à caractère militaire, la concession à caractère économique et la superficie. De nouveau, la concession à caractère économique est représentée par le bail emphytéotique.

emphytéotique » constitue souvent un terme générique englobant l'ensemble des baux de longue durée. Ainsi, au XVII^e siècle, le feudiste Pierre Hévin utilise le terme « emphytéose » pour désigner les baux de longue durée et les différencier ainsi des fiefs et des baux à ferme⁸²⁴. Une analyse similaire peut être identifiée dans les écrits de Gabriel Argou. Certes, il s'agit du contrat emphytéotique en tant que tel qui est ainsi désigné, mais l'expression recouvrirait également « les rentes foncières non rachetables, dans lesquelles il y a clause que le preneur sera tenu de faire des améliorations ou amendemens »⁸²⁵. Dans le même sens, Claude Pocquet de Livonnière assimile bail emphytéotique et « bail à loyer à longues années »⁸²⁶. Au siècle suivant, Michel Prévost de la Jannès († 1749)⁸²⁷ ou Robert-Joseph Pothier⁸²⁸ usent également de l'expression « bail emphytéotique » pour désigner plus largement toutes les concessions de longue durée. À la fin du XVIII^e siècle, Thomas-Jules-Armand Cottereau considère que « [l]orsqu'un bail à rente est fait pour 20, 50, 70 ou 99 ans, on l'appelle bail emphytéotique »⁸²⁹, soulignant par-là que ce contrat désigne, de façon générique, tout bail de longue durée. À la même époque, une analyse

⁸²⁴ Pierre Hévin remarque ainsi : « Mais ce n'est qu'au seul Seigneur féodal que cette amende [amende coutumière due par le vassal défectueux] peut être dûe, & par obreption & innovation on l'étend à toutes déclarations, même des domaniers ou convenanciers, qui ne sont qu'une espèce de Fermiers ou emphytéotes qui n'ont aucun droit dans le fond, mais seulement dans les superficies dont ils peuvent être expulsés par le Seigneur *ad libitum*, lorsqu'il trouve un autre Laboureur qui lui fait de meilleures conditions. On ne peut étendre les attributs du Fief & de l'obéissance féodale aux baux à ferme & emphytéoses » (P. HÉVIN, *Questions et observations concernant les matières féodales par rapport à la coutume de Bretagne*, Rennes, Guillaume Vatar, 1736, p. 314, n. 11).

⁸²⁵ G. ARGOU, *Institution au droit françois*, *op. cit.*, t. II, p. 303. On trouve des prémices de cette appréhension du bail emphytéotique comme terme générique recouvrant l'ensemble des baux de longue durée dans les écrits de Pierre de l'Hommeau mais de façon incidente à l'occasion de développements relatifs au retrait féodal (P. DE L'HOMMEAU, *Maximes générales du droit françois...*, *op. cit.*, p. 4, n. 163 et p. 10, n. 171). Voir également Jean Baquet qui réunit sous le vocable « emphytéose » l'ensemble des concessions roturières, par opposition avec le fief (J. BAQUET, « Traité de diverses questions décidées par les arrêts... », *loc. cit.*, t. I, p. 598, n. 11).

⁸²⁶ Il écrit ainsi : « Il n'est point dû de Lods & Ventes pour un Bail *emphytéotique*, ou pour un Bail à loyer à longues années » (C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 234). Souligné par l'auteur.

⁸²⁷ Il explique que : « Si le propriétaire d'un fonds sans l'aliéner, cède néanmoins à un autre le droit d'en jouir pendant sa vie, ou s'il s'en retient la jouissance pour lui-même en l'aliénant, c'est un droit réel qu'on appelle, *usufruit* ; s'il cédoit purement & simplement cet usufruit à perpétuité, l'*usufruit* alors ne pourroit plus être distingué de la propriété : mais si en le cédant ainsi, il se réserve sur l'héritage certains droits qu'on fût tenu d'acquiescer en reconnaissance de la propriété retenue, il la conserveroit par-là malgré l'aliénation par lui faite à perpétuité de la jouissance ; c'est ce qu'on appelle, *emphytéose* » (M. PRÉVOST DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française...*, *op. cit.*, t. I, p. 219). Souligné par l'auteur.

⁸²⁸ En ce sens, il précise : « La tacite reconduction n'a lieu qu'à l'égard des baux à loyer ou à ferme : elle n'a pas lieu à l'égard des baux à longues années. C'est pourquoi si l'emphytéote ou preneur a continué de jouir de l'héritage après l'expiration du bail, il doit être condamné à la restitution des fruits de l'héritage dont il a injustement continué la jouissance, et il ne sera pas reçu à offrir la rente telle qu'elle est portée par le bail » (R.-J. POTHIER, « Du louage », *loc. cit.*, p. 383, n. 370). Voir également *ibid.*, p. 351, n. 288 et ID., « De la communauté », *loc. cit.*, p. 77, n. 71.

⁸²⁹ T.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 474, n. 5548.

similaire est dressée par Pierre-Louis-Clause Gin († 1807)⁸³⁰. David Houard († 1802) va plus loin en désignant explicitement le bail emphytéotique comme le représentant d'un « genre » des baux de longue durée. Il écrit ainsi :

« Il est vrai que les baux à rentes & les fiefes Normandes diffèrent dans quelques-unes de leurs conditions, des contrats emphytéotiques, selon la diversité des Coutumes : ils diffèrent *tanquam genus a specie*, comme le genre de l'espèce ; mais la nature de ces différents contrats est la même, & ce sont les mêmes principes généraux qui servent de base à la Jurisprudence qui les régit »⁸³¹.

De la même façon, dans l'*Encyclopédie* de Denis Diderot († 1784) et Jean Le Rond d'Alembert († 1783), l'article « emphytéose », rédigé par Antoine-Gaspard Boucher d'Argis met en évidence à la fois un contrat emphytéotique, défini comme « un bail à longues années d'un héritage à la charge de le cultiver & améliorer », et un modèle emphytéotique, qui renvoie plus généralement à « une aliénation de la propriété utile au profit du preneur pendant tout le tems que doit durer le bail, la propriété directe demeurant réservée au bailleur »⁸³².

Il faut toutefois nuancer la portée du rôle du bail emphytéotique dans la doctrine d'Ancien Régime. Au XVI^e siècle, parmi les humanistes, c'est presque exclusivement en tant que contrat que le bail emphytéotique fait l'objet de développements doctrinaux, bien souvent à titre de curiosité historique⁸³³. Par la suite, aux XVII^e et XVIII^e siècles, une partie des auteurs continuent de l'envisager, dans leurs écrits, en tant que simple contrat, sans lui accorder une place particulière au sein des baux de longue durée⁸³⁴.

⁸³⁰ P.-L.-C. GIN, *Analyse raisonnée du droit français...*, *op. cit.*, p. 292 : « Le bail emphytéotique, ou à longues années, est considéré comme une mutation ».

⁸³¹ D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 319.

⁸³² A.-G. BOUCHER D'ARGIS, « Emphytéose », *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, éd. D. DIDEROT, J. LE ROND D'ALEMBERT, t. V, Paris, Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, 1755, p. 580-581. Voir aussi ID., *Code rural...*, *op. cit.*, p. 96, n. 6. Une telle approche s'inscrit d'ailleurs dans l'œuvre plus globale d'Antoine-Gaspard Boucher d'Argis qui s'est efforcé de proposer une systématisation du droit critique et historique. Sur ce point, S. LORTEAU, « La philosophie du droit systématique de l'encyclopédiste Antoine-Gaspard Boucher d'Argis », *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, t. 54, 2019, p. 147-164.

⁸³³ Par exemple, É. BARON, *Institutionum civilium...*, *op. cit.*, p. 440 ; F. CONNAN, *Francisci Connani Parisiensis Consiliarii...*, *op. cit.*, p. 456 ; J. CUJAS, *Opera omnia...*, *op. cit.*, t. IX, p. 415.

⁸³⁴ Par exemple, C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *Les œuvres...*, p. 14 ; C. FLEURY, *Institution au droit français*, *op. cit.*, t. I, p. 416-417 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France...*, *op. cit.*, t. I, p. 355-356. Certains feudistes apparaissent également réticents à l'idée de considérer le bail emphytéotique comme modèle. Sur ce point, voir *infra*, p. 242 et s.

La réflexion autour de la place du bail emphytéotique parmi les baux de longue durée apparaît comme un travail essentiellement doctrinal, amorcé au XVI^e siècle et véritablement développé à partir du siècle suivant⁸³⁵. Cependant, il est possible que les auteurs qui considèrent le bail emphytéotique comme un modèle se soient inspirés d'une habitude législative, qui consiste à conférer à l'expression de bail emphytéotique une portée générale dans les ordonnances royales. Il est vrai que certaines d'entre elles visent simplement à réglementer le bail emphytéotique en tant que contrat spécial. Par exemple, un édit du 4 avril 1540 interdit aux nobles et aux ecclésiastiques d'exploiter un fonds roturier en tant que concessionnaires, sous peine d'être redevables de la taille et de perdre leur privilège fiscal⁸³⁶. L'édit détaille les concessions concernées : le bail à ferme, le métayage, le bail à cens ou encore le bail emphytéotique⁸³⁷. Au milieu de cette énumération, ce dernier n'est envisagé que comme un simple contrat parmi d'autres, sans statut privilégié.

Néanmoins, un certain nombre d'actes royaux utilise l'expression de « bail emphytéotique » comme un terme générique pour englober un ensemble de baux de longue durée. Autrement dit, dans la législation royale, le bail emphytéotique est souvent utilisé comme modèle. Les exemples de l'adoption du modèle emphytéotique dans le vocabulaire du législateur ne manquent pas. En particulier, cet usage apparaît tout à fait net dans une déclaration de 1554 « qui permet le rachat des rentes emphytéotiques », terme générique qui embrasse le rachat :

« de tous cens, rentes foncières et autres droicts et devoirs constituez sur les maisons, jardins, marais et places assises ès villes et citez de notre royaume, et fauxbourgs, d'icelles, souz quelque nom et titre qu'elles ayent esté constituées, soit à personnes ecclésiastiques, corps, collèges, communautéz ou autres particuliers, nobles et roturiers »⁸³⁸.

⁸³⁵ Sur l'autorité de la doctrine d'Ancien Régime, J.-L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le Code civil », *loc. cit.*, p. 13-51.

⁸³⁶ *Édit défendant à tous gentilshommes, gens d'ordonnance, et ecclésiastiques, de tenir directement ou indirectement aucun ferme ou censive, sous peine d'être imposés à la taille comme les autres contribuables*, promulgué à Aumale, le 4 avril 1540 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XII, p. 671-672).

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 671 : « Et pour faire plaisir à plusieurs tenans d'eux aucunes terres à ferme, louage et muyage et titre d'emphytéose, déclarent qu'ils font labourer lesdites terres pour eux, combien qu'ils n'en prennent seulement que le prix de ladite ferme et louage, où ledit droict de muyage et d'emphytéose, nous frustrant par ce moyen desdits droicts d'imposition et huictiesme, à cause desdits vins ainsi achetez et vendus et de la taille, pour raison desdites terres, qu'ils craignent faire labourer pour eux : à quoy pour la conservation de nosdits droicts est besoin pourvoir ».

⁸³⁸ *Déclaration qui soumet au rachat les rentes emphytéotiques, nonobstant les clauses prohibées et autres*, promulguée à Offemont, le 27 mai 1554 et enregistrée au parlement de Paris le 18 juin 1554 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIII, p. 388).

Dans cette ordonnance, le bail emphytéotique est très largement compris comme l'ensemble des concessions de longue durée. Dans le même sens, Robert-Joseph Pothier mentionne une ordonnance de 1669 qui refuse le bénéfice de répit pour les redevances de baux emphytéotiques⁸³⁹. Il conclut qu'une telle disposition législative doit « s'étendre *a fortiori* aux cens et droits de fief »⁸⁴⁰. En effet, en tant que modèle, le bail emphytéotique apparaît comme un archétype des baux de longue durée.

Dans la déclaration de 1554 (comme dans l'ordonnance de 1669), la notion de bail emphytéotique semble inclure, de façon extrêmement large, l'ensemble des concessions de longue durée, qu'elles soient roturières ou nobles. Il s'avère toutefois que sous cette appellation les actes royaux visent, le plus souvent, les seuls baux roturiers. Il en est ainsi dans une déclaration de 1533 dans laquelle les concessions de terres roturières sont rassemblées sous le vocable de « terres en emphytéose »⁸⁴¹. De même, un édit de juin 1581 qui vise à encadrer l'enregistrement de tout acte créant ou modifiant un droit réel s'appuie sur le modèle emphytéotique pour englober toute concession roturière de longue durée⁸⁴². Dans ce texte, sont désignés ensemble tous les « baux à emphytéose, et tous autres contrats perpétuels et portans hypothèques », recouvrant ainsi l'ensemble des baux de longue durée roturiers. Ce mouvement se poursuit tout au long des XVII^e et XVIII^e siècles

⁸³⁹ R.-J. POTHIER, « Traité de procédure civile », *Œuvres, op. cit.*, p. 311. L'auteur évoque l'article 11, titre VI « Des Répits » de l'*Ordonnance pour la réformation de la justice, faisant la continuation de celle du mois d'avril 1667*, promulguée à Saint-Germain en août 1669 : « Aucuns répits ne seront accordés pour pensions, alimens, médicamens, loyers de maisons, moissons de grains, gages de domestiques, journées d'artisans et mercenaires, reliquats, de comptes de tutelle, dépôts nécessaires et maniement de deniers publics, lettres de change, marchandises prises sur l'étape, foires, marchés, halles, ports publics, poissons de mer, frais, sec et salé, cautions judiciaires, frais funéraires, arrérages de rentes foncières, et redevance des baux amphitéotiques [sic] » (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, t. XVIII, p. 360-361).

⁸⁴⁰ *Ibidem*.

⁸⁴¹ *Déclaration portant défense aux roturiers de chasser la grosse bête et le gibier*, promulguée à Toulouse le 6 août 1533 et enregistrée au parlement de Toulouse le 23 novembre 1533 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, t. XII, p. 380-382).

⁸⁴² *Édit de création d'un bureau de contrôle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*, promulgué à Blois en juin 1581 et enregistré en parlement le 4 juillet 1581 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, p. 493-499). Spécifiquement, l'ordonnance prévoit dans son premier article que : « toutes venditions, cessions, transports, permutations, constitutions de rente, partages, transactions, baux à emphytéose, et tous autres contrats perpétuels et portans hypothèques [...], seront préférés pour lesdits droits de propriété, seigneurie, hypothèque et réalité, à tous autres qui ne l'auront esté, combien qu'ils soient en datte précédente, et que les contractans eussent prins et fussent en possession des choses à eux cédées et transportées » (*ibid.*, p. 495) et dans son article 12 que : « pour régler du tout le fait dudít enregistrement, et ne rien laisser en arriére de ce qui sert pour l'acompissement de cestuy nostre édict, avons déclaré et déclarons que toutes venditions, eschanges, mariages, testamens, partages, transactions, constitutions de rente, baux perpétuels et à emphytéose, et autres contrats dessusdits, qui seront faits et passez tant és cours royaux que souz seaux royaux, que tous autres, cours, justices, et seaux inférieurs, seront enregistréz ainsi qu'il est dit cy dessus, sans aucune exception ne réservation : ne que l'on puisse prétendre lesdits contrats passez souz seaux inférieurs n'estre compris en ces présentes, pour n'estre passez par notaires sous seaux royaux » (*ibid.*, p. 499).

puisque le bail emphytéotique désigne généralement tout bail roturier de longue durée dans les actes royaux. En ce sens, il est possible de relever un édit de 1681 portant confirmation des ventes des petits domaines et autorisant de nouvelles aliénations, dans lequel sont assimilés les « baux emphytéoses et à longues années »⁸⁴³. Des expressions équivalentes se retrouvent également dans des lettres patentes de 1694 portant règlement sur la communauté de Saint-Cyr⁸⁴⁴, une déclaration de 1698 portant qu'il ne pourra être procédé à la vente des biens des officiers de terre et de mer pendant trois ans⁸⁴⁵, une déclaration de 1702 portant règlement général sur les lettres d'état⁸⁴⁶ ou encore deux déclarations – respectivement de 1762 et 1774 – interprétatives de l'édit de 1749 concernant les gens de mainmorte⁸⁴⁷.

Par l'usage de l'expression de « bail emphytéotique », le pouvoir royal n'entend donc pas uniquement régir un contrat particulier, mais plutôt un ensemble de baux de longue durée. Le roi, s'il a très tôt ambitionné de procéder à une unification du droit, s'est heurté à de nombreux obstacles qui l'ont empêché de concrétiser ses vues. Toutefois, à l'époque

⁸⁴³ Édit promulgué à Saint-Germain-en-Laye en décembre 1681 et enregistré au parlement de Paris le 23 décembre 1681, dans lequel on peut lire dans le préambule : « néanmoins les places, tant des anciens que nouveaux remparts, murs, fossés, contrescarpes et dehors de notre bonne ville de Paris, se trouvent la plupart possédés par divers particuliers, les uns en conséquence de baux emphytéoses et à longues années, qui leur ont été faits en divers temps par les prévôt des marchands et échevins de notredite ville... » (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIX, p. 371). Voir aussi p. 372.

⁸⁴⁴ Lettres patentes promulguées à Versailles le 3 mars 1694. Ces lettres patentes rappellent l'encadrement strict qui touche les biens des communautés ecclésiastiques en cas d'aliénation. Voir F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XX, p. 217.

⁸⁴⁵ Déclaration promulguée à Versailles le 1^{er} février 1698 et enregistrée au parlement de Rouen le 7 février 1698 : « N'entendons néanmoins que notre présente déclaration ait lieu pour des condamnations intervenues ou qui interviendront par arrêts ou sentences dont il n'y aura point d'appel, pour raison d'alimens, médicamens, nourriture, pensions viagères, arrérages de douaires, gages de domestiques, parties de marchands et ouvriers, journées d'artisans et de mercenaires, loyers de maison pour une année, paiement des reliquats de compte de tutelle, restitution de dépôts, paiement des réparations et des dommages et intérêts en matières criminelles, des lettres et billets de change tirés véritablement de place en place et dont ils auront effectivement reçu la valeur, arrérages de rentes foncières, redevances des baux emphytéotiques, frais funéraires, ni pour la surséance des poursuites contre les cautions qui peuvent être intervenues dans les emprunts qui ont été faits par lesdits officiers » (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XX, p. 307).

⁸⁴⁶ Déclaration promulguée le 23 décembre 1702 à Versailles et enregistrée au parlement de Paris le 5 janvier 1703. L'article 23 précise : « Voulons que les lettres d'état ne puissent empêcher les poursuites pour le paiement des légitimes des enfans puînés, pensions viagères, alimens, médicamens, loyers de maisons, gages de domestiques, journées d'artisans, reliquats de comptes de tutelle, dépôt nécessaire et maniement de deniers publics, lettres et billets de change, exécution des sociétés de commerce, cautions judiciaires, frais funéraires, arrérages de rentes seigneuriales et foncières, et redevances de baux emphytéotiques » (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XX, p. 427).

⁸⁴⁷ On peut lire dans la première déclaration promulguée le 20 juillet 1762 à l'article 4 : « N'entendons empêcher les gens de main-morte, de donner à baux emphytéotiques ou à longues années, les biens à eux appartenants, en observant les formalités en tels cas requises accoutumées, et lorsque lesdits gens de main-morte rentreront dans la jouissance desdits biens, à l'expiration de baux, ou faute de paiement des rentes et acquittements des charges y portées, ils ne seront tenus d'obtenir nos lettres patentes » (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XXII, p. 324). L'article 4 de la deuxième déclaration, promulguée le 26 mai 1774 à La Muette, est identique. Voir F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XXIII, p. 10.

moderne, à défaut de parvenir à unifier l'ancien droit, il lui est possible de garantir une plus grande sécurité des rapports juridiques et d'éclairer certains pans difficilement intelligibles du droit coutumier⁸⁴⁸. En particulier, recourir au modèle emphytéotique constitue un moyen commode d'apporter une certaine cohérence à l'ensemble foisonnant et confus des baux de longue durée. Du point de vue de la technique législative, il est possible de relever que cette notion offre un degré de généralisation avantageux pour faire l'économie d'une énumération fastidieuse et nécessairement incomplète de concessions spéciales. Laissant à la doctrine la tâche considérable d'inventorier chacune des espèces de baux de longue durée, le pouvoir royal use d'un terme générique représentant cette catégorie juridique pour légiférer efficacement. Il contribue alors à simplifier, en partie, un droit complexe

Enfin, il convient de souligner que le mouvement doctrinal, qui tend à attribuer au bail emphytéotique un rôle de pivot au sein des baux de longue durée, semble avoir eu de minces répercussions dans la pratique judiciaire. Certaines décisions du parlement de Toulouse font apparaître une acception large de l'expression de bail emphytéotique en englobant diverses concessions de longue durée et ce, de façon constante, aux XVII^e et XVIII^e siècles. Sont ainsi compris sous l'expression de bail emphytéotique un bail à acapte⁸⁴⁹, différentes rentes foncières⁸⁵⁰ ou encore un bail à cens⁸⁵¹. Ces décisions peuvent corroborer l'opinion doctrinale selon laquelle le bail emphytéotique serait devenu un modèle à partir duquel il devient aisé de trancher les litiges. Néanmoins, il faut se garder de surinterpréter ces arrêts et admettre qu'ils sont également susceptibles de souligner les imprécisions sémantiques fréquentes dans l'ancien droit. En effet, dans les pays de droit écrit, le bail emphytéotique est un contrat plus largement utilisé que dans les pays de coutumes et la préservation de cette notion explique la plus grande familiarité des juges du parlement de Toulouse avec l'expression⁸⁵². De plus, il ne s'agit pas d'un mouvement jurisprudentiel uniforme et la plupart des cours de justice continuent de considérer le bail

⁸⁴⁸ Sur ce point, A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, t. 148, 2004/4, notamment p. 1556-1557.

⁸⁴⁹ Toulouse, 4 décembre 1634, rapporté par S. D'OLIVE DU MESNIL, *Questions notables du droit...*, *op. cit.*, p. 348-350.

⁸⁵⁰ Toulouse, juin 1644 rapporté par S. D'OLIVE DU MESNIL, *Questions notables du droit...*, *op. cit.*, p. 352-353, note.

⁸⁵¹ Toulouse, 26 mai 1705, *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Jean-François Forest, 1702, p. 190-191.

⁸⁵² En ce sens, voir G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 325 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, t. I, p. 96.

emphytéotique uniquement en tant que contrat. Au premier rang, se trouve le parlement de Paris qui rappelle régulièrement la distinction entre le bail emphytéotique et les autres rentes foncières⁸⁵³.

En définitive, si la doctrine de l'époque moderne, et plus particulièrement à partir des XVII^e et XVIII^e siècles, parvient à isoler la catégorie juridique des baux de longue durée, elle peine encore, pour une partie d'entre elle, à lui donner une étiquette et une pleine autonomie. Pour certains, le modèle emphytéotique offre la possibilité de penser cette spécificité et de réunir la diversité coutumière sous un même vocable. C'est toutefois par l'emploi que les auteurs d'Ancien Régime en font que le modèle emphytéotique révèle ses diverses utilités.

Section 2 Les utilités du modèle

L'ancien droit, qui mêle les ordonnances royales, les coutumes, le droit romain réinterprété ainsi que la jurisprudence des arrêts, se caractérise par le pluralisme juridique⁸⁵⁴. Toutefois, sous l'Ancien Régime, le souci de sécurité juridique, de complétude, de simplification ou encore de perfectibilité du droit apparaît comme une préoccupation majeure des juristes mais aussi du pouvoir royal, trahissant l'aspiration à une harmonisation du droit⁸⁵⁵. Malgré des initiatives renouvelées tout au long de l'époque

⁸⁵³ Par exemple, Paris, 21 juillet 1685, rapporté par C. BLONDEAU, G. GUERET, *Journal du Palais...*, *op. cit.*, t. II, p. 546-559.

⁸⁵⁴ Ainsi présenté par Étienne Pasquier : « Maintenant il nous fault recognoistre en quoy gist et consiste le droict dont nous usons en la France. Et pouvons dire qu'il gist en quatre parties : la première, ès Ordonnances royaulx ; la seconde despend des Coustumes des diverses provinces ; la troisième, des maximes generalles que nous avons transplantées en France, non de tout le droict des Romains, mais d'une partie d'iceluy ; la quatriesme, des arrestz de chaque Parlement » (É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian...*, *op. cit.*, p. 30). Parmi l'abondante bibliographie sur l'hybridité et le pluralisme juridique dans l'ancien droit, voir notamment pour le cas français A. WIJFFELS, « Ancien Régime France : Legal Particularism under the Absolute Monarchy », *The Laws' Many Bodies. Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c1600-1900*, éd. S. P. DONLAN, D. HEIRBAUT, Berlin, Duncker & Humblot, 2015 (*Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, 32), p. 81-108.

⁸⁵⁵ Sur les tentatives d'unification du droit avant la Révolution, voir notamment *La Règle de l'unité ? Le juge et le droit dans la France moderne (XV^e-XVIII^e siècle)*, éd. P. ARABEYRE, O. PONCET, Paris, Classiques Garnier, 2019 (*Histoire du droit*, 5) ; A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *loc. cit.*, p. 1553-1567 ; V. AZIMI, « Une tentative d'unification du droit civil : le projet inédit de Laverdy et Langlois », *MSHDB*, t. 42, 1985, p. 123-156 ; F. FORTUNET, « De la réformation à la codification : remarques sur l'exposé des motifs », *MSHDB*, t. 42, 1985, p. 117-121 ; J. GAUDEMET, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », *loc. cit.*, p. 157-194 ; J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, Rousseau & Cie, 1929, spécialement p. 16-207 ; H. CAUVIÈRE, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, Paris, A. Rousseau, 1910, spécialement p. 5-55.

moderne, le processus d'unification reste imparfait et freine la modernisation de l'ordre juridique.

Dans la catégorie des baux de longue durée, pour atténuer cette absence d'unité juridique, un dénominateur commun se dégage : le bail emphytéotique. Il apparaît comme un contrat de référence, dont les conditions et les effets sont parfaitement connus des juristes. Ces derniers s'y réfèrent pour guider leur réflexion relative à l'organisation foncière. Le modèle emphytéotique offre un cadre technique d'interprétation de l'ancien droit des baux de longue durée (§1). À la suite de la réception du bail à emphytéose dans les coutumes, les règles l'encadrant ont été fixées⁸⁵⁶. En conséquence, il constitue une réponse pragmatique aux insuffisances de l'ancien droit (§2).

§. 1 Un cadre technique d'interprétation de l'ancien droit

À l'époque moderne, les auteurs de doctrine demeurent tributaires des techniques d'interprétation héritées de leurs prédécesseurs ; ils s'appuient notamment sur la recherche de la volonté du législateur, sur l'équité, sur l'usage ou encore sur le raisonnement par analogie⁸⁵⁷. Toutefois, les sources qui font l'objet de ces interprétations évoluent. En particulier, la rédaction des coutumes renouvelle le problème de leur connaissance et de leur compréhension. Au milieu de ces changements, le droit savant subsiste et reste fréquemment mobilisé en vue de préciser le droit coutumier. Les auteurs, par le biais de leurs interprétations, mettent la technique du bail emphytéotique au service de l'ancien droit. Ils s'efforcent, au moyen du modèle emphytéotique, d'éclairer les incertitudes du droit coutumier (A) mais également de trancher les différends judiciaires (B).

A. Éclairer les incertitudes du droit coutumier

Sous l'Ancien Régime, le bail emphytéotique, compris comme modèle, guide l'interprétation du droit coutumier relatif aux baux de longue durée, permettant ainsi d'éclaircir certaines incertitudes. Les auteurs se sont ainsi efforcés de répertorier et d'ordonner la multitude de concessions de longue durée d'origine coutumière. De cette

⁸⁵⁶ Voir *supra*, p. 111 et s.

⁸⁵⁷ Sur l'interprétation par analogie dans l'ancien droit, voir, parmi beaucoup d'autres, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *RHFD*, t. 10-11, 1990, p. 133-152 ; J.-L. THIREAU, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *loc. cit.*, p. 153-191 ; *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, éd. M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978 (*Collection générale*, 13).

façon, ils ont été en mesure de préciser le régime général des baux de longue durée mais aussi certains régimes spéciaux, à l'aide du modèle emphytéotique.

Tout d'abord, ce modèle sert de fondement juridique pour soutenir l'élaboration du régime de certaines concessions de longue durée. Antoine Despeisses en fournit une illustration à l'occasion de l'examen du montant des lods et ventes dû pour un louage de soixante ans⁸⁵⁸. Il considère que « par Coutume générale du Royaume »⁸⁵⁹, le droit de lods et ventes n'est jamais dû pour les louages, y compris pour les baux de longue durée. Toutefois, il ne se contente pas de cet unique fondement juridique, il prend soin d'appuyer son raisonnement sur la réinterprétation doctrinale d'une constitution romaine relative au bail emphytéotique (C., 4, 66, 3)⁸⁶⁰ ainsi que de citer un arrêt du parlement de Paris. En conséquence, le régime du bail emphytéotique, adossé aux textes romains réinterprétés à la lumière du droit coutumier, contribue à renforcer le droit français en construction, même s'il est mis en œuvre seulement à titre de fondement secondaire. De la même façon, Antoine Despeisses précise le mécanisme du retrait féodal à l'aide du droit de prélation de l'emphytéote⁸⁶¹. Il explique que le seigneur féodal qui souhaite user de son droit de retrait est tenu de verser l'intégralité du prix convenu avec l'acheteur, quand bien même la chose aurait depuis subi des dégradations. Au renfort de cette affirmation, l'auteur allègue une constitution de Justinien relative au droit de préemption du bailleur à emphytéose (C., 4, 66, 3) et la réinterprétation doctrinale dont elle a fait l'objet. En matière de baux de longue durée, le régime revisité du bail emphytéotique apparaît alors comme un fondement juridique valable pour asseoir les dispositions relatives aux baux de longue durée.

Le modèle emphytéotique contribue aussi à enrichir le régime général des concessions de longue durée. Ainsi, François Grimaudet évoque la situation dans laquelle le vassal ou le preneur à bail de longue durée – au sens large – renonce au bien qui lui a été concédé moyennant une compensation, en argent ou en nature, de la part du seigneur⁸⁶². Il s'agit alors de déterminer si cette opération juridique peut être comprise comme la résolution du premier contrat ou, au contraire, comme la conclusion d'un nouveau contrat. L'auteur distingue selon que la renonciation est à l'initiative du preneur ou du seigneur. Dans le

⁸⁵⁸ A. DESPEISSES, *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 87, n. 25. Il faut souligner que, selon les ressorts coutumiers, le paiement des lods et ventes varie fortement et que la doctrine peine à proposer une synthèse de la matière. Voir *supra*, p. 131 et s.

⁸⁵⁹ A. DESPEISSES, *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 87, n. 25.

⁸⁶⁰ Sur la relecture de cette constitution, voir *supra*, p. 120 et s.

⁸⁶¹ A. DESPEISSES, *Œuvres, op. cit.*, t. III, p. 101, n. 2.

⁸⁶² F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 145.

premier cas, le preneur exerce un droit découlant du premier contrat et conduisant à la résolution du bail par la consolidation des domaines utile et direct. Dans le second cas, le seigneur acquiert le domaine utile comme un tiers, c'est-à-dire par la conclusion d'un nouveau contrat. Or, cette hypothèse soulève une nouvelle interrogation : s'il y a formation d'un nouveau contrat, il faut encore déterminer si le lignager peut concurrencer le seigneur en exerçant sa faculté de retrait. Pour y répondre, François Grimaudet se réfère directement au régime du bail emphytéotique. Il commence par souligner que les solutions proposées par le droit commun et par la coutume divergent. En vertu du droit commun, le retrait lignager ne peut avoir lieu ainsi que l'attestent les opinions de Balde et de Jean Masuer relatives au bail emphytéotique. À l'inverse, selon la coutume, si la faculté de retrait du bailleur à emphytéose ne peut être exercée, le retrait lignager trouve à s'appliquer. Finalement, l'auteur rejette la première solution et fait prévaloir la coutume. À travers ce cas pratique, François Grimaudet utilise le modèle emphytéotique en vue de résoudre les conflits qui se présentent entre différentes normes, avant de les mettre en balance et de trancher. Son propos contribue à éclaircir le régime juridique des concessions de longue durée.

Dans la même optique, Guy Coquille observe que, lors de la vente d'un héritage tenu à bail de longue durée, des lods et ventes sont généralement dus, mais que les conditions et les modalités de paiement varient radicalement d'une coutume à l'autre⁸⁶³. En effet, la conférence des coutumes qu'il dresse met en évidence des divergences considérables entre les règles applicables à chaque concession locale. Pourtant, l'auteur parvient à trouver un facteur d'unité au cœur de ces disparités : il lie cette diversité constatée dans les modalités des lods et ventes à la pluralité des opinions des docteurs médiévaux sur la dernière loi au titre *De iure emphyteutico* du Code de Justinien (C., 4, 66, 3) qui encadre la procédure d'aliénation du droit d'emphytéose romain⁸⁶⁴. Guy Coquille explique alors qu'un principe, emprunté au régime du bail emphytéotique, commande l'ensemble de la matière et lui confère une certaine homogénéité. En ce sens, les lods et ventes sont dus au seigneur direct en contrepartie de l'approbation de la mutation d'hommes qui s'opère par l'aliénation⁸⁶⁵. Ainsi, ce principe apporte la cohérence nécessaire pour saisir l'esprit sous-tendant le

⁸⁶³ G. COQUILLE, *Institutions au droit des français*, op. cit., p. 40-41. L'analyse de Guy Coquille contredit celle d'Antoine Despeisses, citée plus haut, soulignant la difficulté pour la doctrine de donner une certaine cohérence au paiement du droit de lods et ventes.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 41 : « Cette diversité vient de la diversité des opinions des Docteurs sur la *l. fin. C. de iure emphyt.* ».

⁸⁶⁵ Il s'agit de la règle applicable au bail emphytéotique. Sur ce point, voir *supra*, p. 131 et s.

paiement des droits de lods et ventes. Au sein de la diversité coutumière, le modèle emphytéotique apparaît alors comme un facteur d'unité.

Ensuite, ce modèle permet d'explicitier certains points des régimes spéciaux de baux de longue durée d'origine coutumière. En effet, les juristes distinguent le régime général, celui du bail emphytéotique, et le régime spécial du bail local qu'ils étudient. À partir de là, ils sont en mesure de préciser un droit coutumier parfois confus. Plusieurs illustrations viennent appuyer cet usage du bail emphytéotique. En ce sens, François François († v. 1600) applique, dans le ressort de la coutume de Toulouse, les règles naturalisées encadrant la commise du fonds remis en emphytéose au contrat de fief⁸⁶⁶. Gabriel Du Pineau remarque que le bail à complant pratiqué en Anjou est susceptible de se couler dans le moule du bail à emphytéose⁸⁶⁷. Il en conclut que le régime du bail emphytéotique trouve alors à s'appliquer au bail à complant et, en particulier, il estime que le preneur à complant, à l'instar de l'emphytéote, peut hypothéquer le fonds qui lui a été concédé, dans la limite des droits du bailleur. En l'occurrence, le régime du bail emphytéotique est utilisé comme le régime commun des baux de longue durée, tels que le bail à complant, venant préciser les éventuelles incertitudes des règles coutumières. De la même façon, David Houard rapproche le contrat de fief, bail à rente spécifique à la coutume de Normandie, du bail emphytéotique. Il souligne alors que « la nature de ces différents contrats est la même, et ce sont les mêmes principes généraux qui servent de base à la jurisprudence qui les régit »⁸⁶⁸. Cette observation lui permet de mettre en évidence, d'une part, le régime général du bail emphytéotique et, d'autre part, le régime spécial du bail à fief. Ils diffèrent sur la question du déguerpissement : permise à l'emphytéote, la faculté de déguerpir est refusée au fieffataire. Si ces deux régimes ne coïncident pas exactement, en raison de certains particularismes du contrat de fief, celui du contrat emphytéotique peut suppléer et compléter le régime du premier, dans le silence des coutumes. Ces diverses

⁸⁶⁶ François François affirme ainsi que : « L'emphytéote qui déni tenir titre du seigneur direct, & se veut attribuer la propriété de l'héritage, qu'il tient à bail emphytéotique, sans en faire reconnaissance, ou intervertir la possession d'iceluy, n'est privé du fief, sinon condamné en amende, contre la commune disposition du droit Romain, dont les Constitutions pénales ne sont observées en France, mesme en Tholose, où la Coustume est expresse » (F. FRANÇOIS, *Observations des coutumes de Tholose, conférées au droit romain et coutumier de France*, Lyon, Barthélémy, Ancelon, 1615, p. 228).

⁸⁶⁷ G. DU PINEAU, *Coutumes du pays et duché d'Anjou...*, *op. cit.*, p. 312 : « De ce droit de complant parle la Coutume de la Rochelle, art. 62. Ce contract, qui approche de l'emphytéose, s'il emporte une aliénation perpétuelle, il transfère la Seigneurie ; de sorte que le preneur à complant peut hypothéquer le fonds qui lui a été donné à complant pour une constitution de rente hypothécaire, sans préjudice du droit du bailleur ».

⁸⁶⁸ D. HOUARD, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique et interprétatif de la Coutume de Normandie...*, *op. cit.*, p. 319.

illustrations doctrinales témoignent de ce que le bail emphytéotique, en offrant un cadre juridique efficace, dissipe les doutes qui perdurent dans l'application des baux de longue durée d'origine coutumière.

À l'époque moderne, le modèle emphytéotique se révèle pour une partie de la doctrine un instrument commode pour clarifier le droit coutumier. Il s'impose également comme un outil utilisé par les juridictions pour trancher les différends qu'elles ont à connaître.

B. Trancher les différends judiciaires

À l'occasion de litiges concernant les baux de longue durée, le modèle emphytéotique est souvent mobilisé pour soutenir le raisonnement du demandeur, du défendeur ou même des juges⁸⁶⁹. Deux usages du bail emphytéotique peuvent être principalement relevés : d'une part, il est employé comme fondement juridique par les juges et les parties, d'autre part, il permet de trancher efficacement les conflits de normes.

Assez classiquement, le modèle emphytéotique peut être utilisé par les parties à un procès, en vue de consolider leurs arguments. Par exemple, dans un arrêt rendu par le Conseil d'État du roi, en date du 12 septembre 1681, les juges doivent se prononcer sur le fait de savoir si les acquéreurs de biens ecclésiastiques par albergement perpétuel peuvent se pourvoir en garantie contre les vendeurs pour la taxe du huitième denier⁸⁷⁰. En l'espèce, en 1637, une communauté ecclésiastique donne à albergement perpétuel à une autre plusieurs fonds de terres, à la charge d'une pension annuelle de 500 livres. En 1675, une déclaration royale impose la taxe du huitième denier pour toutes les aliénations ecclésiastiques. Le preneur à bail refuse de s'acquitter de cette taxe, alléguant que celle-ci reste à la charge du bailleur puisque la lettre du contrat prévoit qu'ils sont « exempts de toutes sortes de charges imposées & à imposer par qui que ce soit, & telles qu'elles puissent estre »⁸⁷¹. Outre cette clause de garantie, il estime qu'il s'agit d'une charge extraordinaire à laquelle il ne peut être tenu. Pour le justifier, il s'appuie sur l'autorité des docteurs selon lesquels les charges ordinaires pèsent sur l'emphytéote mais non les charges

⁸⁶⁹ Sur le rôle du modèle romain dans la rhétorique des plaideurs, voir K. WEIDENFELD, « Le modèle romain dans la construction d'un droit public médiéval : "assimilations et distinctions fondamentales" devant la justice aux XIV^e et XV^e siècles », *RHD*, t. 81, 2003, p. 485-491.

⁸⁷⁰ Grand conseil, 12 septembre 1681, arrêt rapporté par C. BLONDEAU, G. GUÉRET, *Journal du Palais...*, *op. cit.*, t. II, p. 272-278.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 272.

extraordinaires. De l'autre côté, le bailleur souligne que le contrat d'albergement perpétuel peut être assimilé à un contrat de vente, c'est-à-dire à une aliénation véritable et non à un simple contrat emphytéotique. En cela, il profite essentiellement au preneur. Le bailleur ajoute que la création d'une taxe sur les possesseurs de terres ecclésiastiques s'apparente à un fait du prince, qu'il était impossible de prévoir à la date du contrat. Il affirme donc qu'il n'est pas raisonnable de lui imposer le paiement de la taxe en question. En somme, pour les parties, le litige se résume à déterminer si l'albergement perpétuel se rapproche davantage d'une vente ou d'un bail emphytéotique, afin d'en déduire sur qui pèse le paiement des taxes. Le Conseil d'État valide l'argumentation proposée par la défense. Dans cette espèce, l'argument tiré du bail emphytéotique permet de fonder le raisonnement de la défense, avant d'être repris en filigrane par la juridiction et soutenir ainsi sa décision. Toutefois, le preneur n'a pas formé le recours dans les délais qui lui étaient impartis. Par conséquent, « cet acquiescement volontaire produit (...) une fin de non-recevoir indubitable »⁸⁷². Ainsi, le Conseil d'État juge que le preneur est obligé de s'acquitter de la taxe du huitième denier, ce que l'arrêtiste considère comme une solution équitable.

De plus, certains arrêtistes utilisent le bail emphytéotique en vue d'explicitier une décision judiciaire. Notamment, le 11 juillet 1749, une affaire est soumise au parlement de Toulouse dans laquelle un seigneur direct a usé de son droit de retrait pour un fonds de terre dont le propriétaire utile a mis en vente son droit⁸⁷³. La question posée à la cour est la suivante : en cas de retrait féodal, le retrayant est-il tenu non seulement du prix du fonds immeuble mais également des meubles ? En l'espèce, la valeur du domaine tient davantage à l'aménagement des bâtiments et des jardins qu'au fonds de terre lui-même. En conséquence, le parlement a jugé que l'acheteur doit être entièrement indemnisé, en particulier du prix des meubles de la maison située sur le fonds. Néanmoins, l'arrêtiste souligne qu'il s'agit d'une solution qui nécessite des précisions. Raisonnant à partir de l'hypothèse du bail emphytéotique, il rappelle que « [l]e retrait féodal est une obligation étroite contractée par l'Emphytéote envers le Seigneur, de ne rien faire qui puisse le priver de la réunion du Domaine utile au direct »⁸⁷⁴. Le droit de retrait ne doit donc pas être entravé de quelque façon que ce soit par l'emphytéote, sans quoi il porterait préjudice au

⁸⁷² *Ibid.*, p. 276.

⁸⁷³ Toulouse, 11 juillet 1749, arrêt rapporté dans *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Jean-François Forest, 1735, p. 316-319.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 317.

seigneur. D'ailleurs, une grande partie de la doctrine se prononce en ce sens⁸⁷⁵. L'arrêstiste rappelle aussi qu'en principe le retrait féodal n'a pas lieu pour les meubles, sauf si l'acheteur n'aurait jamais conclu la vente de l'immeuble sans ces derniers, ce qui est le cas dans l'affaire jugée devant le parlement de Toulouse. En l'espèce, l'analyse du régime du bail emphytéotique permet, par analogie, d'explicitier le raisonnement de la juridiction. Sous l'Ancien Régime, la doctrine use donc du moule emphytéotique pour parvenir à une certaine uniformisation du droit coutumier en réformant les défauts de la coutume ; elle opère ainsi une synthèse du droit positif.

À l'époque moderne, malgré la volonté du pouvoir royal de limiter la multiplicité des instances créatrices de droit ou, au moins, de les encadrer, la fragmentation du droit entre des normes de valeur équivalente prévaut. Face au pluralisme juridique qui caractérise l'ancien droit, les juridictions relèvent inévitablement l'existence de conflits de normes, notamment en matière de baux de longue durée⁸⁷⁶. Les recueils d'arrêts mettent en évidence le rôle du bail emphytéotique dans la résolution des conflits de normes. Plusieurs cas de figures peuvent se présenter selon que le conflit met en jeu deux coutumes contraires, le principe d'équité, le droit romain ou encore un revirement jurisprudentiel.

Le modèle emphytéotique est d'abord susceptible de contribuer à résoudre un conflit opposant deux règles coutumières. Dans un arrêt du parlement de Paris rendu le 5 mars 1605, deux coutumes contraires sont avancées par les parties au soutien de leurs prétentions⁸⁷⁷. En l'espèce, le juge est invité à trancher le sort des créanciers hypothécaires en cas de commise du fief en raison de la félonie du vassal. Une sentence des présidiaux d'Angers du 8 novembre 1572 a prononcé la commise du fief pour la félonie du vassal qui a tué son seigneur. Malgré cette condamnation, la femme de ce vassal cherche à faire valoir ses droits sur son douaire et ses biens dotaux devant le parlement. Le parlement se contente de convoquer les héritiers du vassal et de renvoyer la décision à une date ultérieure. L'arrêstiste souligne la disparité des solutions rendues jusqu'alors en ce domaine et propose une solution intermédiaire. Pour cela, il s'appuie sur le régime du bail

⁸⁷⁵ L'arrêstiste cite ainsi les opinions de Louis Le Caron, Charles Du Moulin, Claude de Ferrière, Claude Pocquet de Livonnière, Guy Coquille, Antoine Despeisses, Georges Louet...

⁸⁷⁶ Sur les conflits de normes à l'époque médiévale et moderne, voir *La vie des normes, Savoirs en prisme*, t. 3, 2014 [en ligne : <https://savoirsenprisme.wordpress.com/numeros/n03-2014/>, consulté le 14 mars 2023]. Sur ces conflits en droit contemporain, *Les conflits horizontaux de normes. Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, éd. F. PÉRALDI LENEUF, S. SCHILLER, Paris, Mare & Martin, 2014 (*Collection Droit public*).

⁸⁷⁷ Paris, 5 mars 1605, rapporté par J. BRODEAU, *Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la cour de Parlement de Paris*, Paris, P. Rocolet et Jean Guignard, 1644, p. 175-179.

emphytéotique : il remarque que « si la chose baillée en emphytéose retourne au seigneur direct, non par le fait du tenancier mais d'ailleurs (...), en ce cas toutes les hypothèques créées par l'emphyteutaire, se résolvent et s'évanouissent »⁸⁷⁸. *A contrario*, la commise prononcée en raison de la faute de l'emphytéote autorise le maintien des hypothèques. En ce sens, l'arrêtiste suit la distinction, qu'il juge équitable, proposée par Du Moulin. Dans cette affaire, le raisonnement proposé par l'arrêtiste, plutôt que de favoriser une des deux coutumes mobilisées, apparaît comme une solution de compromis.

Une autre affaire tranchée le 11 septembre 1615 par le Grand Conseil de Malines met en jeu un conflit entre la coutume de Luxembourg et un principe général d'équité⁸⁷⁹. En l'espèce, le preneur d'un bail de longue durée est obligé, par la lettre du contrat, au paiement d'une redevance annuelle, mais également à l'exécution de corvées. Or, le seigneur a vendu le cheval avec lequel le preneur effectuait jusqu'alors ses corvées, ce qui l'a empêché de s'en acquitter. Sur le fondement de la coutume de Luxembourg, le seigneur demande devant les juges la résiliation du contrat. En défense, le preneur se fonde sur des arguments d'équité pour faire valoir ses droits et propose une compensation financière pour les corvées non exécutées. Au cours de la résolution du litige, le Grand Conseil souligne que la qualification du contrat demeure obscure mais se garde de trancher cette question. Il concède que la coutume de Luxembourg prévoit effectivement la déchéance du bail emphytéotique pour non-paiement pendant trois ans de la redevance⁸⁸⁰. Néanmoins, l'application de cette règle est tombée en désuétude au XVII^e siècle et elle a été remplacée par un principe général coutumier d'interdiction de porter préjudice aux droits du seigneur. Certains jurés estiment cette solution peu satisfaisante et, au regard des circonstances de l'espèce, considèrent qu'un principe d'équité devrait venir la tempérer, puisque le manquement du preneur découle du fait du seigneur. Cette opinion est suivie par le Grand Conseil qui rejette la demande en déchéance émanant du seigneur et ne lui accorde pas de dommages et intérêts. Alors que le jugement en équité est souvent contesté à l'époque moderne, les magistrats continuent pourtant régulièrement d'invoquer l'équité dans leurs décisions, comme dans cette affaire⁸⁸¹. En vertu de ce principe, le juge bénéficie d'une

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 178.

⁸⁷⁹ Grand conseil de Malines, 11 septembre 1615, arrêt rapporté dans A.-A. DUBOIS D'HERMAVILLE *et alii*, « Arrêts du conseil souverain de Malines recueillis par M. de Humayn », *Recueil d'arrêts du parlement de Flandres*, t. II, Lille, J.B. Henry, 1773, p. 3-6.

⁸⁸⁰ Cette règle n'apparaît pas dans les coutumes générales du pays de Luxembourg promulguées en 1623 (BR, t. II, p. 339-354).

⁸⁸¹ Plus largement sur le jugement en équité, voir notamment J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009 (*Bibliothèque des histoires*), p. 150-190 ; *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, éd. J.-M. CARBASSE,

certaine liberté d'initiative et d'action face à un ordre juridique défaillant. Dans cette affaire, sur la base de l'encadrement juridique du bail emphytéotique, l'équité offre une large marge de manœuvre au parlement dans son appréciation du conflit de normes, pour trancher le litige de la manière la plus juste possible.

Par ailleurs, un arrêt du parlement de Paris du 11 août 1634 met en évidence un autre type de conflit qui oppose la coutume de Paris au droit écrit. Deux habitants du Mâconnais ont échangé, en 1633, les droits réels qu'ils détenaient sur des fonds de terres. Le seigneur direct réclame le paiement de lods et de ventes, en raison de la mutation de propriété, ce que contestent les tenanciers. D'un côté, le demandeur souligne que le Mâconnais est situé en pays de droit écrit, ce qui conduit à suivre les règles applicables au bail emphytéotique et, en particulier, à imposer le paiement de lods et ventes. Ainsi, le seigneur tient pour frauduleux le comportement des tenanciers. De l'autre côté, ces derniers fondent également leurs prétentions sur le fait que le Mâconnais est régi par le droit écrit lequel, sur la matière des lods et ventes, suit la coutume de Paris qui prévoit qu'aucun droit de lods et ventes n'est dû en cas d'échange. Ils estiment qu'une telle règle est notoirement connue. L'avocat général s'efforce de clarifier le débat. Il met en avant l'absence de contestation du lieu du litige, qui se situe en pays de droit écrit, et il rejette alors l'application de la coutume de Paris dont le ressort territorial ne s'étend pas au Mâconnais. Pour déterminer si des lods et ventes sont dus ou non, il estime que la dernière loi du titre *De jure emphyteutico*, suivant laquelle un droit est dû pour toute mutation de propriété, est décisive⁸⁸². En principe, des lods et ventes doivent être acquittés, y compris en cas de permutation de fonds immobiliers. Dès lors, le régime du bail emphytéotique, réinterprété à la lumière des besoins de l'Ancien Régime, permet de résoudre le différend. Toutefois, dans cette espèce, le parlement de Paris décide d'ajourner l'affaire le temps de déterminer si un usage spécial va à l'encontre du droit romain. Il faut relever que, par la suite, deux ordonnances de 1673 et 1674 imposent le paiement de lods et ventes pour tout échange⁸⁸³. Malgré l'ajournement

L. DEPAMBOUR-TARRIDE, Paris, PUF, 1999 (*Droit et Justice*) et spécialement l'article J.-L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », p. 141-149 ; G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz, Sirey, 1960, p. 257-282.

⁸⁸² C., 4, 66, 3 : « Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent (quod usque ad praesens tempus perpetrari cognovimus), non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere ». Antoine Hajje estime qu'en droit romain le droit de *laudemium* est dû pour toute aliénation. Voir A. HAJJE, *Étude sur les locations à long terme et perpétuelle dans le monde romain*, op. cit., p. 147-148.

⁸⁸³ *Déclaration portant que les droits de quint, requint, lods et ventes et autres de mutation établis par les coutumes, seront payés pour les échanges contre rentes constituées, comme pour les ventes faites à prix d'argent, et que les échanges d'héritage à héritage en seront seuls exempts*, promulguée à Versailles le

de la décision, à travers cet arrêt, il est possible de constater qu'en cas de difficulté relativement à la nature des droits réels échangés, le réflexe des juristes consiste à se référer au modèle emphytéotique.

Enfin, l'arrêtiste Scipion Du Perier († 1667) donne une illustration des rapports entre la doctrine et la jurisprudence des arrêts à l'occasion de l'examen d'une décision contestée, en commentant un arrêt de la cour d'Aix du 26 mai 1643⁸⁸⁴. Dans cette affaire, dont les faits précis sont passés sous silence, il s'agit pour les juges de déterminer si le domaine direct peut être prescrit, d'une part, si le vassal a vendu à un tiers la chose emphytéotique sous l'apparence d'une propriété libre et allodiale et, d'autre part, si le vassal a accordé une reconnaissance à un tiers à l'insu du seigneur. Dans ces deux hypothèses, le raisonnement s'appuie sur des arguments identiques. Pour l'arrêtiste, la résolution du problème de droit se résume à déterminer si l'emphytéote possède pour autrui ou pour lui-même. Il se fonde pour cela sur le droit romain, l'opinion des docteurs ainsi que sur la jurisprudence des arrêts antérieure. Il en déduit que s'il possède pour autrui, l'emphytéote ne peut priver le seigneur direct de sa possession et, à l'inverse, s'il possède pour lui-même, il ne peut prescrire que ce qu'il possède, à savoir le domaine utile, tant que le seigneur direct n'est pas informé de la reconnaissance ou de la vente. Scipion Du Perier penche pour cette deuxième branche de l'alternative, notamment en convoquant l'opinion de Charles Du Moulin. Toutefois, il souligne que le parlement d'Aix a tranché en reconnaissant la prescription du domaine direct, renversant la solution jurisprudentielle suivie jusqu'alors. Bien que favorable à la solution ancienne, Scipion Du Perier tente de justifier ce revirement en proposant un tempérament dans deux cas : d'abord, lorsque la chose est d'une certaine valeur qui laisse supposer que le seigneur direct ne pouvait ignorer les opérations juridiques la concernant ; ensuite, lorsque la situation s'est prolongée pendant un « tems immémorial »⁸⁸⁵. Cette affaire met en évidence le renforcement des droits du preneur face au seigneur direct, mais souligne également les limites du modèle emphytéotique dans la résolution des conflits de normes. En effet, ce dernier reste tributaire du contenu que la doctrine veut bien lui conférer, ce qui peut entrer en contradiction avec la jurisprudence des arrêts.

20 mars 1673 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIX, p. 90 et s.) et *Édit portant que les contrats d'échanges paieront les mêmes droits que ceux de vente*, promulgué à Versailles en février 1674 (*ibid.*, p. 127 et s.).

⁸⁸⁴ Aix, 26 mai 1643, arrêt rapporté par S. DU PERIER, *Œuvres de Scipion Du Perier*, t. I, Avignon, Henri-Joseph Joly, 1759, p. 159-168.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 167.

Ces différentes illustrations mettent en évidence le rôle du modèle emphytéotique et ses limites dans la résolution des conflits de normes tranchés par les juridictions d'Ancien Régime. À travers l'usage de ce modèle, il est possible de constater que cet outil juridique leur offre un degré de technicité suffisant pour proposer une analyse précise du cas d'espèce mais également que les juges recherchent souvent une solution de compromis. Plus encore que de mettre à disposition des juristes un cadre technique d'interprétation des concessions de longue durée, le bail emphytéotique fournit également une réponse pragmatique aux insuffisances de l'ancien droit.

§. 2 *Une réponse pragmatique aux insuffisances de l'ancien droit*

En droit, la lacune existe dans deux hypothèses : lorsqu'une situation ne peut être réglée par les règles juridiques existantes (vraie lacune), ou bien lorsque la règle existante est considérée comme inopportune ou injuste (lacune fautive)⁸⁸⁶. Dans les deux cas, l'ordonnement juridique n'offre pas de solution satisfaisante au litige ou à l'opération juridique en question, ce qui soulève des difficultés du point de vue de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit⁸⁸⁷. Bien que reposant essentiellement sur la coutume, l'ancien droit connaît des insuffisances qu'il convient de compléter, soit à l'occasion d'un procès, soit dans le cadre d'une réflexion doctrinale. Le plus souvent, le raisonnement par analogie permet de pallier cette incomplétude et d'éliminer les lacunes. Pour la catégorie des concessions de longue durée, les juges et les auteurs peuvent s'appuyer sur le modèle emphytéotique pour combler à la fois les lacunes du droit féodal (A) et les lacunes du droit coutumier (B).

A. **Comblent les lacunes du droit féodal**

À l'époque moderne, le droit féodal n'échappe pas à l'influence de la relecture du bail emphytéotique par la doctrine. Le modèle emphytéotique offre la possibilité aux feudistes de combler d'éventuelles lacunes relatives aux concessions de droit féodal. À cet égard, ils procèdent de deux manières distinctes. D'un côté, ils se servent du bail emphytéotique comme d'un instrument technique qui leur permet une lecture simplifiée du contrat de fief.

⁸⁸⁶ Voir P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *Logique et Analyse*, t. 37, 1967, p. 57. Mais aussi, J. GILISSEN, « Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne », *Le problème des lacunes en droit*, éd. C. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 197-246.

⁸⁸⁷ Sur la distinction entre la lacune du droit et la lacune de l'ordonnement juridique, voir P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *loc. cit.*, p. 61.

D'un autre côté, plus classiquement, ils complètent le régime juridique applicable aux contrats de droit féodal et remplacent les dispositions devenues archaïques au fil du temps par celles du bail emphytéotique.

L'exemple du jeu de fief apparaît significatif de la façon dont les auteurs d'Ancien Régime usent du bail emphytéotique pour perfectionner les règles féodales en s'appuyant sur la technique juridique romaine⁸⁸⁸. Le jeu de fief est défini traditionnellement comme « la séparation du corps et du titre du fief qui s'opère par l'aliénation de ce même fief, avec la réserve de la foi, et l'imposition d'un devoir domanial et seigneurial »⁸⁸⁹. Autrement dit, le jeu de fief consiste en une aliénation du fonds par le vassal, qui demeure pourtant assujéti à son seigneur par un lien de dépendance. Sous l'impulsion de Charles Du Moulin qui constate un laxisme trop important à l'égard des règles du jeu de fief, des conditions plus strictes sont progressivement introduites dans les coutumes rédigées ou réformées pour ménager les intérêts du seigneur dominant⁸⁹⁰. À partir du XVI^e siècle, une distinction s'opère entre deux formes principales de jeu de fief : le jeu de fief parisien et le jeu de fief orléanais⁸⁹¹. Selon la première forme, le vassal peut disposer du fief de quelques manières que ce soit – inféodation ou bail à cens – jusqu'aux deux tiers de l'étendue du fonds⁸⁹². Selon la seconde forme, le vassal peut aliéner entièrement le fief mais uniquement par le biais d'un bail à cens⁸⁹³. À première vue, le bail emphytéotique ne participe donc pas du jeu de fief. Pourtant, la littérature féodale de l'époque moderne va utiliser cet outil juridique dans le but de préciser le mécanisme. Elle fonde son analyse sur l'interprétation de l'article 171 de la coutume de Meaux qui encadre le jeu de fief en ces termes :

⁸⁸⁸ Sur le jeu de fief, J. HUDAULT, « 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 et s. ; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. I, Paris, Éditions Cujas, 1972, p. 319-321.

⁸⁸⁹ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, t. VIII, V^{is} Jeu de fief, p. 646.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 650-651.

⁸⁹¹ Voir la synthèse de Pothier sur le jeu de fief : R.-J. POTHIER, « Traité des fiefs », *Œuvres, op. cit.*, t. IX, p. 813-822.

⁸⁹² Art. 51 Paris, BR, t. III, p. 34 : « Le vassal ne peut démembre son fief, au préjudice & sans le consentement de son seigneur, bien se peut jouer & disposer, & faire son profit des héritages, rentes ou cens estans dudit fief, sans payer profit au seigneur dominant, pourveu que l'aliénation n'excede les deux tiers, & qu'il en retienne la foy entière & quelque droict seigneurial & domanial sur ce qu'il aliène ».

⁸⁹³ Art. 7 Orléans, BR, t. III, p. 776 : « Un vassal peut bailler à cens, rente, ferme ou pension, son domaine à vies, à temps ou à toujours, en retenant à luy les foy et hommage ; & n'y a en ce faisant le seigneur de fief aucun profit. Toutesfois quand ledit fief chet en profit, le seigneur qui n'a consenty ne inféodé ledit bail, peut entièrement exploicter sondit fief. ».

« De fief baillé entièrement en titre d'emphytéose à toujours est du profit au seigneur dont il est mouvant, mais si le vassal bailleur réserve l'hommage dudit fief ce n'est pas du parce qu'il n'y a pas mutation de personne en tant qu'il n'y a pas démission de foi. Bien que le seigneur féodal reçoive, si bon ne lui semble ledit emphytéote en foi et hommage. »⁸⁹⁴

Cet article souligne que la coutume de Meaux s'apparente à un jeu de fief de type orléanais mais, dans la formulation, le bail à emphytéose est préféré au bail à cens. Le vassal est autorisé à concéder l'intégralité de son fief à bail emphytéotique, sans qu'il soit fait mention du bail à cens. Les commentateurs n'ont pas manqué de soulever cette singularité et d'en tirer toutes les conséquences.

En premier lieu, cette acception large du jeu de fief – malgré les limites établies par le droit coutumier – est l'occasion pour les feudistes de souligner la patrimonialité du fief et de rappeler ainsi les changements qui ont affecté ce contrat depuis la féodalité classique. Notamment, au XVII^e siècle, Denis de Salvaing de Boissieu compare la possibilité pour le vassal de se jouer de son fief à la libre aliénation du droit d'emphytéose⁸⁹⁵. Ce parallélisme entre le fief et le bail emphytéotique l'amène à préciser l'étendue des droits du vassal qui empiète au cours du temps sur les prérogatives du seigneur, dans un mouvement comparable à l'accroissement des droits de l'emphytéote. La patrimonialité du fief s'en trouve ainsi confortée. Au siècle suivant, François Hervé, avocat au parlement, met en évidence que la concession à emphytéose du fief ne transmet pas la qualité de vassal à l'emphytéote, à moins qu'il y ait démission de foi expresse⁸⁹⁶. Cet effet du bail emphytéotique, qui entraîne seulement le transfert du domaine utile, souligne que l'intérêt de ce contrat se situe relativement à la technique juridique et de l'utilité des biens, non du point de vue de l'organisation sociale. Ainsi, ce sont les rapports d'une personne avec ses biens et non les rapports entre les personnes qui sont envisagés. Dans le même temps, l'emploi du bail emphytéotique assure une certaine sécurité juridique en entravant la démission de foi tacite du vassal. Il forme donc un garde-fou qui prévient de tout transfert abusif de propriété qui porterait préjudice tant au seigneur qu'au vassal.

⁸⁹⁴ BR, t. III, p. 395.

⁸⁹⁵ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, op. cit., t. III, p. 149 : « Mais aujourd'hui que l'un [le fief] & l'autre [l'emphytéose] sont patrimoniaux, qu'ainsi le Vassal se peut jouer de son Fief jusques à démission de foi, l'Emphytéote du fonds emphytéotique, *salvo canone*, les Docteurs François estiment que le Vassal peut couper le bois de haute futaye contre la volonté du Seigneur, quoi que l'héritage féodal reçoive la diminution en sa valeur, & que les lods en soient moindres en cas de vente ».

⁸⁹⁶ F. HERVÉ, *Théorie des matières censuelles et féodales*, op. cit., p. 335-336.

En second lieu, d'autres auteurs comparent le mécanisme du jeu de fief prévu par la coutume de Meaux avec différentes coutumes et généralisent les suites de leurs analyses. Ainsi, au début du XVIII^e siècle, Claude Pocquet de Livonnière commente la coutume d'Anjou et note que son jeu de fief s'apparente au type parisien⁸⁹⁷. Toutefois, pour l'expliquer, il utilise la distinction posée par la coutume de Meaux entre l'inféodation et le bail emphytéotique. Il relève alors que le vassal peut se jouer de son fief, jusqu'au tiers, par inféodation mais aussi par bail emphytéotique. Par cette dernière expression, il désigne le bail à cens et plus largement l'ensemble des baux de longue durée qui opèrent un transfert du domaine utile⁸⁹⁸. Le contrat emphytéotique apparaît comme un dénominateur commun dans le cadre plus général de la conférence des coutumes, il permet aux commentateurs d'utiliser le même vocabulaire et les mêmes notions pour rapprocher ou distinguer ces sources. Au milieu du XVIII^e siècle, un exemple similaire est donné par Jean-Baptiste-Louis Harcher pour la coutume de Poitou⁸⁹⁹. Il montre que le vassal peut concéder son fief à bail emphytéotique jusqu'aux deux tiers sans démission de foi. En ce sens, le contrat emphytéotique contribue à éclaircir les divergences entre les coutumes ou, au contraire, à souligner leurs affinités. Communément utilisé pour mettre en œuvre le jeu de fief de type parisien comme orléanais, il recouvre sous la plume de certains auteurs toute autre concession de longue durée. À défaut de permettre de procéder à une unification complète des règles coutumières, il permet d'unifier le discours des juristes sur les objets juridiques qu'ils étudient.

Enfin, l'analyse des effets du jeu de fief conduit les feudistes à opérer des déductions d'ordre pratique. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey commence par souligner que cette aliénation donne éventuellement lieu au paiement de lods et des ventes au vassal, en fonction des règles applicables localement au

⁸⁹⁷ C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, op. cit., p. 351-353. L'article 210 de la coutume d'Anjou est rédigé en ces termes : « Semblablement si l'homme de foy avoit tant chargé sa terre de rentes, que icelles rentes excédassent la tierce partie du revenu de sa terre, le Seigneur suzerain aura foy & hommaige par despié de fié de chacun des acquéreurs ».

⁸⁹⁸ Dans la section relative au jeu de fief, Pocquet de Livonnière confond bail emphytéotique, bail à cens et bail à rente foncière. L'auteur précise ainsi que le vassal ne peut concéder son fief que dans la limite du tiers sans démission de foi et il ajoute « en ce cas celui qui se retient les deux tiers peut se réserver la mouvance ou féodale ou censive de la chose aliénée à son choix » (C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, op. cit., p. 353). Nous soulignons.

⁸⁹⁹ Il explique que : « si le vassal n'arrente que partie de son fief jusqu'aux deux tiers avec rétention de devoir, suivant l'art 30 de notre coutume, il n'y a pas de rachat, parce que c'est un cas où le vassal peut empirer le fief de son seigneur ; et il est permis par la coutume. Un vassal peut donc donner à emphytéose une partie de son fief au préjudice du suzerain pourvu qu'il retienne le chef d'hommage » (J.-B.-L. HARCHER, *Traité des fiefs sur la coutume de Poitou*, op. cit., p. 206-207).

bail emphytéotique⁹⁰⁰. En l'occurrence, le droit de lods et ventes n'est pas dû pour le contrat emphytéotique dans la coutume de Meaux⁹⁰¹. Au contraire, il note qu'en Dauphiné, où le jeu de fief obéit à des règles similaires à celles de la coutume de Meaux en ne l'autorisant que par le biais du bail à emphytéose, les lods et ventes sont dus chaque fois que des deniers d'entrée sont versés⁹⁰². Puis, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey rappelle que le bail emphytéotique ne compte pas parmi les mutations d'hommes, puisqu'il est conclu sans démission de foi de la part du vassal, le seigneur originaire n'a donc pas la possibilité d'exiger des droits de mutation (ni un droit de relief, ni les lods et ventes). Le feudiste comprend ce contrat au sens d'un modèle et englobe ainsi sous l'expression « bail emphytéotique » l'ensemble des baux de longue durée. En effet, il remarque que la coutume de Meaux ne permet le jeu de fief que par l'intermédiaire du bail emphytéotique qui « dans sa signification propre & originaire, n'est autre chose qu'un contrat de bail à rente »⁹⁰³. Poursuivant son raisonnement, il écarte le jeu de fief par inféodation et conclut que « les propriétaires de fief ne peuvent s'en jouer que par la voie du bail à cens »⁹⁰⁴. Il ne dit pas autre chose pour le Dauphiné : « En désignant le bail emphytéotique comme la seule manière de donner à cens (...) le vassal se contentera d'une rente annuelle »⁹⁰⁵. En définitive, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey utilise le bail emphytéotique comme un instrument de la technique juridique : il emprunte les règles de son régime juridique pour préciser le mécanisme du jeu de fief à la lumière du droit local et simplifier ou systématiser la question. Le recours au bail emphytéotique s'avère révélateur des efforts des auteurs pour ajuster et renouveler les principes d'un droit féodal mal compris et dépassé à l'époque moderne.

Si le modèle du bail emphytéotique contribue à homogénéiser le discours de la doctrine d'Ancien Régime relatif au droit féodal, il permet également d'engager un processus d'adaptation du régime juridique du contrat de fief. Cette opération ne consiste pas à transposer intégralement le régime du bail emphytéotique revisité au fief mais à lui

⁹⁰⁰ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales, op. cit.*, t. II, p. 409-410.

⁹⁰¹ Art. 210, BR, t. III, p. 398 : « D'héritages baillés à titre d'emphytéose roturier à toujours ne sont dus au seigneur, dont sont tenus lesdits héritages roturiers aucun lods et ventes, saisines ou désaisines ». Toutefois, il a déjà été souligné plus haut que le paiement du droit de lods et ventes varie largement d'un ressort coutumier à l'autre (voir *supra*, p. 131 et s.).

⁹⁰² P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales, op. cit.*, t. II, p. 467-468.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 410.

⁹⁰⁴ *Ibidem.*

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 468.

emprunter certaines dispositions pour remplacer des règles tombées en désuétude. Diverses illustrations proposées par la littérature féodale le mettent en évidence.

Dès le XVI^e siècle, Charles Du Moulin transpose au vassal le raisonnement qu'il a développé pour régler, au terme du contrat, le sort des améliorations apportées par l'emphytéote au fonds concédé⁹⁰⁶. Il distingue selon qu'il y a eu faute (félonie) du vassal ou non. En cas de faute du vassal, ce dernier ne peut prétendre à aucun droit sur les améliorations apportées au cours du contrat féodal. À l'inverse, en l'absence de faute, le seigneur devra tenir compte de ces améliorations et compenser par une indemnité cette perte. À travers cet exemple, il apparaît que Charles Du Moulin emprunte certaines règles qu'il a dégagées pour le bail emphytéotique en vue de préciser et compléter le régime du contrat féodal⁹⁰⁷. D'une façon similaire, au XVII^e siècle, Denis de Salvaing de Boissieu utilise le régime du bail emphytéotique pour régler la question de la prescription en matière de fief⁹⁰⁸. La difficulté consiste à déterminer si la prescription joue effectivement en faveur du vassal au détriment du seigneur direct ou si, à l'inverse, la directe seigneuriale ne peut être prescrite. Pour y répondre, Denis de Salvaing de Boissieu exhume deux fragments du Code de Justinien⁹⁰⁹ et s'appuie sur l'interprétation qu'en ont fait diverses autorités, comme Balde, Rofrerius ou encore Guillaume Durand († 1296). Ces docteurs ont conclu à partir de ces fragments que l'emphytéote ne peut jamais prescrire le domaine direct. Il en déduit que la solution valable pour l'emphytéote l'est également pour le vassal. À la fin du XVII^e siècle, Claude de Ferrière examine de la même manière la question de l'attribution du trésor. Il rappelle que l'opinion doctrinale majoritaire considère que le trésor trouvé sur un fond inféodé appartient au vassal⁹¹⁰. Pour justifier cette règle, il raisonne par analogie avec le bail emphytéotique. Il soutient que la règle est appliquée en emphytéose, avant de la

⁹⁰⁶ C. DU MOULIN, *Traité des fiefs...*, *op. cit.*, p. 344 : « Si le Fief servant est réuni à perpétuité au Fief dominant, le Seigneur direct profitera-t-il de toutes les augmentations, de toutes les acquisitions faites par son Vassal ? Il faut distinguer, si la réunion se fait par la félonie du Vassal, toutes les choses incorporées au Fief & qui en seront inséparables, (*inseparabilia nisi per sui permptionem*) appartiendront irrévocablement au Seigneur. Si au contraire cette réunion s'opère sans qu'il y ait du fait du Vassal, par exemple par l'extinction de la ligne à laquelle le Fief étoit affecté ; dans ce cas, point de réunion au profit du Seigneur dominant, & celui-ci sera obligé de tenir compte de toutes les améliorations du Fief au dernier Vassal, ou à ceux qui le représenteront. Ces principes s'appliquent naturellement à l'emphytéose ».

⁹⁰⁷ Sur les règles relatives aux améliorations dans le bail emphytéotique, voir *supra*, p. 146 et s.

⁹⁰⁸ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs...*, *op. cit.*, t. I, p. 111 et 113.

⁹⁰⁹ Il s'agit d'une constitution de Valens et Valentinien I^{er} de 365 (C., 7, 39, 2) et d'une constitution de Justin I^{er} datant du début du VI^e siècle (C., 7, 39, 7). Ces deux textes refusent au possesseur précaire le bénéfice de la prescription trentenaire au détriment du propriétaire.

⁹¹⁰ C. DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du Digeste...*, *op. cit.*, t. II, p. 392 : « Qu'un trésor trouvé dans un fond baillé à emphytéose ou à mouvance féodale, appartient au preneur ou au vassal, selon la plus commune opinion, parce que le domaine utile, & toute l'utilité qui se peut tirer de ce fond, leur appartient ». Sur ce point, voir E. FRELON, « L'ancien droit du trésor aux Temps Modernes... », *loc. cit.*, p. 789-806.

généraliser à tous les détenteurs d'un domaine utile. Notamment le vassal, titulaire du domaine utile, peut ainsi prétendre conserver le trésor.

Ces illustrations, qui pourraient être multipliées, montrent que le modèle du bail emphytéotique s'avère une ressource précieuse pour les feudistes lorsqu'il s'agit de préciser le régime applicable au contrat de fief ou, plus largement, de justifier les usages ancrés dans la pratique féodale.

Dans l'ensemble, le droit féodal bénéficie donc de la promotion du bail emphytéotique au rang de modèle dans la mesure où il est ainsi renouvelé en fonction des exigences de l'Ancien Régime, qui diffèrent passablement des contraintes propres à l'époque médiévale. Cette régénération s'opère sur les plans théorique et pratique. Du point de vue doctrinal, les auteurs trouvent avec le modèle du bail emphytéotique un moyen d'étudier le fief par le biais d'une même grille de lecture. De surcroît, de façon pragmatique, les lacunes du droit féodal sont comblées. Le modèle emphytéotique contribue également à combler les lacunes du droit coutumier.

B. Comblent les lacunes du droit coutumier

À l'époque moderne, de nombreux auteurs, défendant la spécificité d'un droit français, se montrent aussi soucieux d'identifier les contrats purement coutumiers que de préciser leurs régimes. Pour la plupart des baux de longue durée, une difficulté surgit : celle de combler les omissions d'un régime lacunaire. Le modèle emphytéotique apparaît comme un outil technique précieux pour la doctrine d'Ancien Régime qui n'hésite pas à transposer certaines règles issues du régime de ce contrat pour compléter les insuffisances du droit coutumier. Les juristes français s'attachent d'abord à parfaire les dispositions applicables aux concessions de longue durée locales. Le modèle emphytéotique participe également à soutenir tout un pan du droit coutumier, en contribuant à perfectionner le bail à rente et le bail à cens, considérés comme des contrats de droit commun par la doctrine.

La rédaction puis la réformation officielles des coutumes, initiées par le pouvoir royal, mais aussi la conférence des coutumes, à laquelle s'est livrée consécutivement la doctrine, ont mis en évidence d'importantes omissions dans les droits coutumiers locaux. En matière contractuelle, des dispositions éparses encadrent les concessions de longue durée, sans qu'un régime cohérent se fasse jour. Les auteurs s'efforcent de pallier cette difficulté, en

coulant au fil du temps les baux de longue durée locaux dans le moule du bail emphytéotique.

Ainsi, en Nivernais et en Bourbonnais, la règle controversée de la commise du fonds emphytéotique pour non-paiement pendant trois ans, issue du Code de Justinien⁹¹¹, trouve des applications, voire des extensions, à certains baux de longue durée. Guy Coquille souligne que cette disposition est transposée au bordelage⁹¹². Il soutient également que le bordelage emprunte les dispositions relatives à la cession du droit d'emphytéose, c'est-à-dire que la cession du droit du bordelier est possible, y compris sans le consentement du bailleur, bien que celui-ci conserve un droit de retenue⁹¹³. Ce faisant, Guy Coquille signale différents emprunts au bail emphytéotique, nécessaires pour parachever le régime du bordelage. Il convient toutefois de relever que le bail emphytéotique n'est pas l'unique contrat auquel il fait référence. Il renvoie aussi aux règles du bail à cens pour tout ce qui concerne le déguerpissement du preneur à bordelage, qui sont au demeurant similaires à celles du bail emphytéotique⁹¹⁴.

À la fin du XVII^e siècle, Claude de Ferrière propose un modèle de bail à cens et à rente emphytéotique à destination des notaires⁹¹⁵. La lecture des clauses contractuelles suggérées par Claude de Ferrière met en évidence le fait que le contrat ainsi conclu est essentiellement un bail à cens dans lequel la mention de « bail emphytéotique » autorise à ne pas préciser certaines obligations auxquelles les parties seront pourtant tenues. Ainsi, l'obligation d'amélioration est rappelée de manière succincte, en renvoyant au droit commun du bail emphytéotique pour le détail. Plus encore, aucune clause n'aborde la responsabilité des cocontractants en cas de dommages subis par le fonds concédé, étant entendu que le droit commun du bail emphytéotique trouve sans difficulté à s'appliquer. Dès lors, Claude de Ferrière reconnaît la valeur supplétive du régime francisé du bail emphytéotique.

⁹¹¹ C., 4, 66, 2.

⁹¹² G. COQUILLE, « Institutions au droit des françois », *loc. cit.*, p. 46 : « Si le bordelier qui a recogneu ou payé deux ans, cesse après de payer par trois ans, il perd son héritage par commise. Nivernois des bordelages, article 4.5.6.7. Ce qui a été tiré de l'emphyteuse, l. 2 C. de iure emphit. ».

⁹¹³ ID., « La coutume de Nivernois... », *loc. cit.*, p. 128 : « Selon l'établissement des emphyteuses : dont est beaucoup emprunté pour l'appliquer aux bordelages : le détenteur emphytéote ne pouvoit aliéner sans le congé du seigneur direct, ou sans réquisition, pour rendre le seigneur le premier refusant à peine de commise l. ult. C. de iure emphyt. Ce qui a été retenu par la Coutume de Bourbonnois, és bordelage & tailles réelles ».

⁹¹⁴ Ce point a été souligné *supra* p. 144 et s.

⁹¹⁵ C. DE FERRIÈRE, *La science parfaite des notaires...*, *op. cit.*, p. 253-255.

Au début du XVIII^e siècle, Claude Pocquet de Livonnière s'intéresse au paiement des lods et ventes pour les baux de longue durée en Anjou⁹¹⁶. À cette occasion, il rappelle qu'en droit français, le bail emphytéotique n'est pas soumis au droit de lods et ventes, à moins que des deniers d'entrée n'aient été payés. L'auteur cherche à déterminer si le même raisonnement est susceptible de s'appliquer à deux baux de longue durée largement répandus dans la région angevine : le bail à viage (ou vicairie) et le bail à complant. À l'égard du premier, il écarte le régime du contrat emphytéotique, en s'appuyant sur un article de la coutume d'Anjou et un autre de la coutume du Maine, qui exemptent la cession des baux à viage de tous droits féodaux⁹¹⁷. La disposition coutumière spéciale prime le droit romain revisité. En revanche, pour le bail à complant, il semble à l'auteur, dans l'hypothèse où des droits d'entrée ont été versés, « qu'on puisse inférer que le même droit [les lods et ventes] soit dû par identité de raison pour Bail emphytéotique »⁹¹⁸. Il note que l'article 170 de la coutume d'Anjou consacre cette règle, ce qu'il explique par l'analogie existante entre le bail à complant et le contrat emphytéotique. Néanmoins, il souligne que cette porosité entre le droit romain et le droit coutumier doit rester d'interprétation stricte et se cantonner à l'espèce particulière des baux à complant.

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, David Houard rapporte deux arrêts dans lesquels le parlement de Rouen use du régime du bail emphytéotique pour trancher des questions relatives au bail à fieffe⁹¹⁹. Dans un arrêt du 20 juin 1759, il s'agit pour la cour de déterminer qui du seigneur direct ou du fieffataire supporte la charge des risques au cours de l'exécution du contrat⁹²⁰. Pour trancher, le parlement rappelle la règle traditionnelle en matière de bail emphytéotique, selon laquelle les cas fortuits qui n'entraînent qu'une perte partielle de la chose concédée pèsent sur le preneur tandis que la perte totale est à la charge du bailleur⁹²¹. Le parlement en conclut qu'il en est de même pour le contrat de fieffe. De façon identique, dans un arrêt rendu par le même parlement le 26 août 1767, la cour aligne les droits du fieffataire sur ceux de l'emphytéote⁹²². Elle

⁹¹⁶ C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 234-235.

⁹¹⁷ Art. 402 Anjou, BR, t. IV, p. 572 : « En vendition de fructs d'héritages, posé qu'ils soient encore pendans : aussi en vendition de fructs ou pensions d'héritages, de douaires, de baillées à viage, ou autre usufruit, n'a ventes ne retraict. ». L'article 413 de la coutume générale des pays et comté du Maine est identique (BR, t. IV, p. 508).

⁹¹⁸ C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 235.

⁹¹⁹ Le bail à fieffe est une concession de longue durée spécifique à la Normandie. Sur le contrat de fieffe, voir F. BOUDJAABA, « Emphyteusis in Practice in Eighteenth-Century Normandy. Why Choose the Fieffe ? », *Agrarian Change and Imperfect Property...*, *op. cit.*, p. 113-131.

⁹²⁰ Rapporté par D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 320.

⁹²¹ Pour mémoire, cette règle découle du droit romain : C., 4, 66, 1.

⁹²² Rapporté par D. HOUARD, *Dictionnaire analytique...*, *op. cit.*, t. II, p. 332-333.

considère ainsi que tant que le fieffataire remplit les obligations prévues par le contrat, il bénéficie des droits les plus étendus, à condition de ne pas porter préjudice au bailleur. Tout comme l'emphytéote, il ne lui est pas permis de couper les arbres de haute futaie sans le consentement du seigneur direct car une telle action viendrait diminuer la valeur du fonds et indirectement porter atteinte au droit du bailleur.

En somme, il est possible de constater que, dans les régions les plus diverses, y compris dans lesquelles le bail emphytéotique n'a pas été reçu officiellement par les coutumes, certains auteurs font appel au cadre technique proposé par le bail emphytéotique pour soutenir leur raisonnement et préciser le régime lacunaire des baux de longue durée locaux. Le régime du bail à emphytéose, dont les dispositions ont été empruntées au droit romain avant d'être largement revisitées au contact du droit coutumier, offre ainsi un réservoir de règles permettant de suppléer le silence des coutumes.

Dans d'autres hypothèses, il ne s'agit pas seulement pour les auteurs de l'Ancien Régime de compléter les régimes lacunaires de certains baux locaux et spécifiques mais également d'enrichir les dispositions relatives au bail à cens ou au bail à rente.

Au XVII^e siècle, Henri Basnage de Franquesney († 1695) fait un emploi prudent de la notion de bail emphytéotique⁹²³. Il ne transpose pas purement et simplement le régime juridique du bail emphytéotique mais il recherche un fondement juridique légitime dans le droit romain. Par exemple, il indique que le droit du preneur d'un bail à rente peut être hypothéqué ; toutefois, l'hypothèque ainsi constituée ne dure que le temps du bail. Pour l'affirmer, il se fonde sur deux fragments du Digeste : une opinion du jurisconsulte romain Scaevola († v. 170) à propos d'un bail romain, l'*ager vectigalis*⁹²⁴ ainsi qu'un fragment de Gaius († v. 180)⁹²⁵. Le bail emphytéotique fait ici office d'intermédiaire. En effet, cette loi romaine a d'abord été appliquée, par analogie, au bail emphytéotique avant d'être étendue aux baux à rente dans un second temps, à nouveau grâce au même type de raisonnement.

⁹²³ H. BASNAGE DE FRANQUESNEY, *Traité des hypothèques, op. cit.*, t. II, p. 72 : « L'usufruit, les biens emphyteutiques, le bail à rente, les baux à longues années, peuvent estre hypothéquez *l. lex vectigalia D. de pign. l. tutor § fin. D. de pignor.* Mais l'hypothèque n'en dure qu'autant de temps que l'usufruit, l'emphytéose & ces autres droits subsistent ».

⁹²⁴ *D.*, 20, 1, 31 : « *Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat.* Postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est, an recte pignori datus est ? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesitum, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, *fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset ? Respondit, si ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse* ».

⁹²⁵ *D.*, 20, 6, 7, 4 : « *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata* ».

Au siècle suivant, de nombreux juristes soulignent les emprunts effectués à partir de règles relatives au bail emphytéotique, pour préciser le régime applicable au bail à cens. François de Boutaric rappelle que les lois romaines prévoient un partage de responsabilité entre le bailleur et l'emphytéote ; en cas de perte totale du fonds emphytéotique, l'emphytéote est déchargé de la rente tandis qu'en cas de perte partielle, il supporte l'ensemble des réparations sans pouvoir exiger de diminution du canon emphytéotique. Il souligne qu' « on l'observe de même à l'égard du Bail à Cens »⁹²⁶. Dans le même sens, Robert-Joseph Pothier soutient que lorsque le fonds concédé à bail à cens disparaît entièrement, notamment en cas d'occupation par des ennemis en temps de guerre, le censitaire est déchargé du paiement de la redevance, à l'instar de l'emphytéote⁹²⁷.

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, Antoine-Gaspard Boucher d'Argis ne dit pas autre chose pour les baux à rente et il n'hésite pas à poursuivre la comparaison⁹²⁸. Il considère notamment que les preneurs à rente ne peuvent demander de diminution de la redevance en cas de conditions climatiques malheureuses, en conformité avec les règles du modèle emphytéotique. De plus, il estime que l'ensemble des réparations demeure à la charge du preneur, qui peut se voir confisquer la chose emphytéotique en cas de non-paiement pendant une durée de trois ans de la redevance. En d'autres termes, Antoine-Gaspard Boucher d'Argis transpose trois règles typiques encadrant le contrat emphytéotique aux baux à rente, précisant par la même occasion leur régime juridique. À la même époque, Jean Thieriot, dans son commentaire de l'article 58 de la coutume de Chaumont, affirme que la commise emphytéotique s'applique largement à tous les baux à cens et à rente, c'est-à-dire à tous les baux de longue durée⁹²⁹.

⁹²⁶ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...*, *op. cit.*, p. 425.

⁹²⁷ R.-J. POTHIER, « Des cens », *Œuvres...*, *op. cit.*, p. 640 : « Quelle que soit la quotité du cens, le censitaire doit en être déchargé, si la chose vient à périr entièrement : c'est ce que les lois décident à l'égard du preneur à bail emphytéotique ; il faut regarder la chose comme périée lorsque les ennemis s'en sont emparés ».

⁹²⁸ A.-G. BOUCHER D'ARGIS, *Code rural...*, *op. cit.*, p. 97-98 : « X. (...) Le preneur à Rente, ni l'Emphitéote, ne peuvent demander de diminution de la Rente, sous prétexte de stérilité ; parce qu'ils ne sont pas de simples Fermiers ; mais de véritables Propriétaires. (...) »

XI. (...) Faute de paiement de la Rente pendant trois années, le Preneur à Rente & l'Emphitéote peuvent être dépossédés par le Bailleur. (...) »

XII. (...) Le Preneur à Rente, & l'Emphitéote, sont seuls tenus de toutes les réparations de leurs tems, soit grosses ou menues, & d'acquitter les charges réelles annuelles, telles que le Cens ».

⁹²⁹ J. THIERIOT, *Principes de la coutume de Chaumont en Bassigny...*, *op. cit.*, p. 336 : « Si les preneurs ou détenteurs d'aucuns héritages tenus en emphitéose ou accensivement sont défaillans de payer la charge & pension, par trois ans continuels, le Seigneur les peut contraindre, par Justice à lui laisser lesdits héritages, si après sommations faites de payer ladite pension ou charge d'emphitéose, sont refusans ou délayans de payer ».

Le modèle emphytéotique s'est imposé comme un outil précieux pour la doctrine d'Ancien Régime, permettant de combler le silence de la coutume relativement aux régimes des baux de longue durée. L'emploi de son régime tend à ériger les règles encadrant le bail emphytéotique en droit commun des concessions à long terme, ce qui contribue à compléter et simplifier l'ancien droit. En somme, le modèle emphytéotique forme une toile de fond sur laquelle les dispositions spéciales à chaque bail se superposent. Il constitue un instrument, participant à l'harmonisation de l'ancien droit.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Au cours de l'époque moderne, une deuxième facette du bail emphytéotique se fait jour : s'il constitue un contrat particulier assimilé par l'ancien droit, il s'affirme également comme un modèle pour les baux de longue durée coutumiers ou féodaux. En d'autres termes, pour certains auteurs, ce contrat apparaît comme une notion de référence pour étudier les concessions de longue durée. Bien connu dans le milieu juridique, le bail à emphytéose présente l'avantage de réunir les obligations et les effets communément partagés par les baux à long temps. En modernisant les classifications romaines, une partie des auteurs met en évidence la plasticité de ce contrat, qui évolue dans une troisième voie entre vente et louage. Dès lors, compte tenu de la méthode comparatiste des juristes de l'ancien droit, ce modèle se révèle un instrument adapté pour classer et ordonner le foisonnement de baux coutumiers et féodaux de l'ancien droit. À la fin de l'Ancien Régime (en particulier aux XVII^e et XVIII^e siècles), le bail emphytéotique apparaît également comme un outil venant au soutien de l'entreprise de systématisation amorcée par les auteurs. Même si ce mouvement vers un droit organisé en système n'est pas pleinement achevé à la veille de la Révolution, le recours au modèle emphytéotique permet de donner corps à la catégorie des baux de longue durée.

En outre, le modèle emphytéotique participe d'un mouvement plus large qui tend vers l'harmonisation, voire l'unification, du droit. En cela, il est utilisé à titre de *ratio scripta*. Le modèle emphytéotique constitue un guide d'interprétation – tant pour la doctrine que pour les juridictions ou encore pour le législateur royal –, qui permet de clarifier et de préciser les règles applicables aux baux de longue durée locaux. Dès lors, il permet également de combler les lacunes du droit féodal et coutumier. Par ces deux aspects, le recours au modèle emphytéotique entraîne une homogénéisation – relative – des règles applicables aux baux de longue durée.

La démarche d'identifier et de développer le bail emphytéotique comme modèle témoigne ainsi de l'inventivité des auteurs de la doctrine moderne, qui recherchent les moyens d'ordonner la matière juridique et dépasser le pluralisme.

Chapitre 2 Les mises à l'épreuve du modèle emphytéotique

Au cours de l'époque moderne, le modèle emphytéotique est mis à l'épreuve⁹³⁰. Les mises à l'épreuve proviennent d'abord de la tradition juridique, avant d'être amplifiées, durant le dernier siècle d'Ancien Régime, sous l'influence des Lumières⁹³¹.

Les premières contestations des fonctions du modèle emphytéotique sont de nature juridique et émanent des feudistes. Spécialistes de droit féodal, ces derniers font du contrat de fief le cœur de leurs réflexions. S'ils ne sont pas les seuls à confronter le fief et l'emphytéose⁹³², ils apparaissent toutefois moins enclins que les civilistes à considérer la seconde comme une « réplique » du premier⁹³³. En raison de leur objet d'étude, les feudistes, bien qu'ils prennent en considération le contrat emphytéotique, sont réticents à lui accorder une portée plus large. Dès lors, fief et emphytéose entrent en concurrence (**Section 1**).

Les mises à l'épreuve du modèle emphytéotique découlent également de la manière d'appréhender les relations entre le bailleur et le preneur. Trouvant ses racines au XVI^e siècle, un courant de pensée qui tend à affermir les droits du détenteur du domaine utile s'épanouit au XVIII^e siècle⁹³⁴. À la fin de l'Ancien Régime, la doctrine classique française qui soutient la valorisation des droits de l'exploitant converge avec les courants jusnaturalistes⁹³⁵. Ce mouvement conduit à renforcer les droits de l'emphytéote, au point

⁹³⁰ Gérard Béaur parle même d'un « contract in disgrace » et fait état de certaines remises en cause du bail emphytéotique sous l'Ancien Régime (G. BÉAUR, « The Many Faces of Emphyteusis in France... », *loc. cit.*, p. 76-80).

⁹³¹ Sur les Lumières et ses conséquences en droit privé, voir parmi l'abondante bibliographie X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française, du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Poitiers, DMM, 2015 ; A. NEGRI, « Valorisation du travail et destinée de la propriété individuelle dans le matérialisme des Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, 1992, p. 199-212 ; *Propriété et Révolution. Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, éd. G. KOUBI, Paris, Toulouse, Éditions du CNRS, Presses de l'Université de Toulouse 1, 1990.

⁹³² Voir, par exemple, C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.*, p. 161-162 ; F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 120 ; L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité...*, *op. cit.*, t. I, p. 597-601.

⁹³³ Louis Chabrand évoque le fait que certains historiens ont pu considérer l'emphytéose comme une « réplique roturière du fief militaire » (L. CHABRAND, *Étude sur Gui Pape*, *op. cit.*, p. 110). Par exemple, José Pinatel considère que l'emphytéose provençale était « une réplique du fief » (J. PINATEL, *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, *op. cit.*, p. 27 et p. 30).

⁹³⁴ Sur ce point, parmi l'abondante bibliographie, voir notamment D. VEILLON, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI^e au XVIII^e siècle », *loc. cit.*, p. 149-161 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 72-74 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 133-136.

⁹³⁵ Voir parmi beaucoup d'autres, É. GÉRAUD-LORCA, « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789) », *loc. cit.*, p. 53-76 ; P. GROSSI, « Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la

de le tenir pour le véritable propriétaire, au détriment du seigneur direct. Ce courant de pensée porte en germe les revendications d'affranchissement du bail lui-même. Paradoxalement, alors même qu'ils tendent à valoriser et protéger l'exploitant, les physiocrates font la critique du bail emphytéotique d'un point de vue économique (**Section 2**). À la veille de la Révolution, les réclamations provenant des cahiers de doléances de 1789 mettent en évidence une certaine ambivalence à l'égard du bail emphytéotique, jugé à la fois utile économiquement et représentatif des dérives féodales (**Section 3**).

Section 1 Les réticences des feudistes : la concurrence du fief

Les travaux réalisés ces cinquante dernières années ont proposé de multiples façons d'appréhender le fief⁹³⁶. Pour certains historiens, il faut restreindre sa définition à une acception exclusivement juridique, c'est-à-dire le comprendre comme un contrat conclu entre un seigneur et son vassal, à charge de contreparties spécifiques. Au contraire, d'autres donnent au fief une signification extensive, à la fois politique et institutionnelle. Le problème se pose de comprendre ce que ce mot signifie pour la doctrine d'Ancien Régime qui l'utilise et l'articule avec le bail emphytéotique.

Sous l'Ancien Régime, si l'on excepte les alleux, la seigneurie reste la cellule de base d'organisation de la propriété foncière⁹³⁷. Cette institution a perdu une grande partie de la dimension politique qui lui était acquise au Moyen-Âge mais elle demeure un relai essentiel dans les rapports sociaux et administratifs. C'est dans ce cadre institutionnel que, selon l'expression de Guyot, des « conventions remplies d'équivoques, & toutes

propriété 'moderna') », *Il dominio e le cose...*, *op. cit.*, p. 385-437 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987 (*Travaux de droit, d'économie, de sciences politiques, de sociologie et d'anthropologie*, 153) ; M. VILLEY, « Les fondateurs de l'École du droit naturel moderne au XVII^e siècle », *Archives de philosophie du droit*, t. 6, 1961, p. 73-105 ; P. HAZARD, *La pensée européenne au XVIII^e siècle*, Paris, Boivin & C^{ie}, 1946.

⁹³⁶ Sur ce point, voir la synthèse récente de C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 268-276. Parmi l'abondante bibliographie, voir notamment *Fiefs et féodalité dans l'Europe méridionale (Italie, France du Midi, Péninsule ibérique) ...*, *op. cit.* ; É. BOURNAZEL, J.-P. POLY, *La mutation féodale (X^e-XII^e siècle)*, Paris, PUF, 2004 (*Nouvelle Clio. L'histoire et ses problèmes*, 68) ; R. FOSSIER, *Enfance de l'Europe (X^e-XII^e siècle). Aspects économiques et sociaux*, Paris, PUF, 1982 (*Nouvelle Clio. L'histoire et ses problèmes*, 17), spécialement, t. I, p. 453-494 et t. II, p. 951-979 ; A. GUERREAU, *Le féodalisme. Un horizon théorique*, Paris, Le Sycomore, 1980.

⁹³⁷ Voir A. ANTOINE, « La seigneurie en France à l'époque moderne », *Noblesse française et noblesse polonaise. Mémoire, identité, culture XVI^e-XX^e siècles*, éd. M. FIGEAC, J. DUMANOWSKI, Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2006 (*Politiques et élites*), p. 207-225 ; G. BOYER, « De la conception du fief chez Dumoulin et des conséquences qu'il en tire », *loc. cit.*, p. 38-39. Sur les transformations de la seigneurie à la fin de la période médiévale et au début de l'époque moderne, voir M. BLOCH, *La société féodale...*, *op. cit.*, p. 383-389.

différentes les unes des autres »⁹³⁸ se forment. Ces conventions, nombreuses, peuvent être classées en deux types : les unes sont des concessions à caractère militaire – comme le fief – qui visent à assurer la sécurité d’une communauté, les autres sont des concessions à caractère économique – à l’image des baux de longue durée et, en particulier, du bail à emphytéose – dont l’objet est de garantir une exploitation efficace de la terre. *A priori*, le bail emphytéotique et le contrat de fief se distinguent donc sensiblement et l’éventuel risque de les confondre apparaît minime. Pourtant, dès la fin du Moyen Âge, ces deux contrats tendent à se rapprocher⁹³⁹. Au fil du temps, la notion et les règles encadrant le fief ont dû être adaptées aux réalités économiques, politiques et sociales. La doctrine d’Ancien Régime contribue à la modernisation du fief et une partie des auteurs mettent en évidence une certaine convergence entre les contrats de fief et d’emphytéose⁹⁴⁰. De telles analyses ont pu entretenir la confusion entre les deux notions, au moins dans les ouvrages de droit civil ou coutumier. En revanche, dans les traités de droit féodal, les auteurs, s’ils admettent certaines similitudes entre l’emphytéose et le fief, s’efforcent de différencier strictement les deux institutions.

Dès lors, une partie de la doctrine d’Ancien Régime élabore un modèle emphytéotique mais, dans le même temps, les auteurs s’intéressant au droit féodal continuent de réfléchir sur et à partir du contrat de fief. Ainsi, l’emphytéose et le fief coexistent comme outils de raisonnement⁹⁴¹. Les écrits doctrinaux relatifs au droit féodal laissent entrevoir la volonté de plusieurs feudistes de ne pas subsumer le fief sous le genre des baux de longue durée,

⁹³⁸ J.-N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. XXV, V° Fief, p. 4.

⁹³⁹ Ce rapprochement entre fief et emphytéose est esquissé par C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 339-346. Edmond Meynial, en défenseur du droit français, retourne la perspective en pensant les emphytéoses créées sur le modèle du fief : E. MEYNIAL, « Remarques sur les traits originaux de l’ancien droit privé français », *TVR*, 1923, p. 403.

⁹⁴⁰ Par le biais du raisonnement par analogie, les auteurs appliquent deux principes bien connus du raisonnement juridique pour identifier les similitudes et les divergences entre deux contrats : le principe selon lequel la différence de nature entraîne une différence de régime et inversement celui en vertu duquel toute identité de régime entraîne une identité de nature. Voir sur ce point, F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe “Différence de nature (égale) différence de régime” », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l’honneur de Jean-Louis Bergel*, éd. Chérot (Jean-Yves) et alii, Bruxelles, Bruylant, 2013 (*Penser le droit*, 20), p. 415-448 ; J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255-272.

⁹⁴¹ Sur le fief comme outil de raisonnement de la doctrine, voir en particulier, G. GIORDANENGO, *Le droit féodal dans les pays de droit écrit. L’exemple de la Provence et du Dauphiné. XII^e-début XIV^e siècle*, Rome, École française de Rome, 1988 (*Bibliothèques des écoles françaises d’Athènes et de Rome*, 266), p. 112-122 ; ID., « La féodalité », *La France médiévale*, éd. J. FAVIER, Paris, Fayard, 1983, spécialement p. 193 ; *Structures féodales et féodalisme dans l’Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècle). Bilan et perspectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la recherche scientifique et l’École française de Rome (Rome, 10-13 octobre 1978)*, Rome, École française de Rome, 1980 (*Collection de l’École française de Rome*, 44), spécialement les contributions de P. BONNASSIE, « Du Rhône à la Galice : genèse et modalités du régime féodal », p. 17-56 et de G. GIORDANENGO, « Vocabulaire et formulaires féodaux en Provence et en Dauphiné (XII^e-XIII^e siècles) », p. 85-107 ; H. RICHARDOT, « Le fief roturier à Toulouse au XII^e et XIII^e siècles », *loc. cit.*, p. 320.

représenté par le bail emphytéotique. Ce parti pris conduit les auteurs de droit féodal à affirmer la divergence des notions de bail emphytéotique et de fief (§1), ce que confirme la spécificité de chacun des régimes (§2).

§. 1 *La divergence persistante des notions*

Le fief est défini traditionnellement par Charles Du Moulin comme la concession gratuite et perpétuelle d'un immeuble, par laquelle un seigneur concède le domaine utile à un preneur – tout en retenant le domaine direct – sous condition de fidélité et à charge de services seigneuriaux⁹⁴². À la lecture de cette définition, il apparaît que le fief et l'emphytéose partagent des caractères communs, notamment en ce qu'ils consistent en une concession héréditaire d'un immeuble en vue de jouir du domaine utile. Néanmoins, en sus de ces éléments, la fidélité constitue l'essence du fief⁹⁴³. En effet, à l'origine, celui-ci consiste en une tenure militaire, un contrat synallagmatique qui engendre des obligations réciproques. Aux devoirs de fidélité, de service militaire (*auxilium*) et de conseil (*consilium*) du vassal répondent les obligations de protection et d'entretien du seigneur. Le contrat féodal crée ainsi non seulement un lien réel – la concession de fief – mais aussi un lien personnel entre le seigneur et son vassal. En raison de son caractère militaire, le fief est en principe une tenure noble qui requiert la fidélité tandis que l'obligation du vassal trouve sa cause dans le fait qu'il détient un fief du seigneur. En ce sens, le contrat féodal s'inscrit dans une organisation sociale hiérarchisée inhérente à la société d'Ancien Régime. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec le bail emphytéotique qui est dépouillé de ce jeu de dépendance personnelle entre les cocontractants. Il demeure un contrat à caractère purement économique, libéré *a priori* de toute relation de féodalité.

À la suite de Charles Du Moulin, certains auteurs, comme Jean de Coras⁹⁴⁴ ou Étienne Pasquier⁹⁴⁵, ont repris ces caractéristiques essentielles du fief, ce qui les conduit à rappeler que le bail à emphytéose est distinct du contrat de fief. Au XVII^e siècle, Pierre Hévin

⁹⁴² C. DU MOULIN, *Opera quae extant omnia...*, *op. cit.*, t. I, p. 46, n. 114 : « feudum est benevola, libera & perpetua concessio rei immobilis, vel aequipollentis, cum translatione utilis domini proprietate retenta, sub fidelitate & exhibitione servitorum ».

⁹⁴³ À propos des obligations réciproques induites par le contrat de fief, voir M. BLOCH, *La société féodale...*, *op. cit.*, p. 233-249 ; F. L. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité ?*, Paris, Tallandier, 2015 (*Texte*), p. 243-251.

⁹⁴⁴ J. DE CORAS, *In titulum codicis Justiniani...*, *op. cit.*, p. 4, n. 13 : « Feudum in primis, licet hoc habeat cum Emphyteusi commune, ut penes dantem dominium directum remaneat, vel eo tamen nomine differt, qui gratuitum est beneficium : nullam ideo pensionem annuam, nullumve canonem sperans, sed obsequium duntaxat personale ».

⁹⁴⁵ É. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien...*, *op. cit.*, p. 666 : « si l'emphytéose est une espèce d'aliénation, comme j'ay dict, laquelle n'a rien de commun avec la nature du fief ».

l'affirme à nouveau en précisant qu' « [o]n ne peut étendre les attributs du Fief & de l'obéissance féodale aux baux à ferme & emphytéoses »⁹⁴⁶. De la même façon, au siècle suivant, Louis Boullenois († 1762) mentionne que le fief et l'emphytéose « diffèrent presque en toute autre chose »⁹⁴⁷. La jurisprudence vient renforcer les raisonnements doctrinaux, par des arrêts s'attachant régulièrement à rappeler cette distinction⁹⁴⁸.

À travers ces illustrations, il apparaît que l'identité entre les deux institutions n'est pas parfaite et qu'il serait vain de chercher à les assimiler entièrement. En particulier, pour les auteurs qui traitent du droit féodal, le contrat de fief reste essentiel pour penser l'organisation sociale et foncière. La concession d'un fief s'accompagne d'une reconnaissance sociale dont ne bénéficie pas une simple tenure roturière⁹⁴⁹. Elle apparaît comme synonyme de prestige et symbolise l'autorité qui se rattache à un certain rang dans la hiérarchie sociale. Les feudistes en font d'ailleurs mention. Certains rappellent d'ailleurs le devoir d'obéissance qui découle du fief⁹⁵⁰ ou encore les prérogatives de puissance publique qui s'y attachent⁹⁵¹. La société d'Ancien Régime, en se construisant à partir des cadres féodaux, demeure tributaire de ses fondements et de ses modes de fonctionnement. Ainsi, le bail emphytéotique et le fief n'évoluent-ils pas exactement sur le même plan. D'un point de vue juridique, leurs conditions et leurs effets sont proches, si ce n'est similaires à l'époque moderne. Pourtant, le fief semble comporter pour les feudistes une dimension sociale qui fait défaut au bail emphytéotique. Ce dernier demeurerait alors cantonné à la sphère purement juridique, au contraire du fief. Par conséquent, si ces deux contrats présentent de nombreux points de convergence, ils ne se confondent pas entièrement.

⁹⁴⁶ P. HÉVIN *Questions et observations concernant les matières féodales...*, *op. cit.*, p. 314, n. 11.

⁹⁴⁷ L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix...*, *op. cit.*, p. 597.

⁹⁴⁸ Par exemple, Grenoble, 5 mars 1689, rapporté par G. PAPE, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape...*, *op. cit.*, p. 128 : « car l'emphytéose est opposée au fief » ; Toulouse, 14 août 1708, *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Jean-François Forest, 1702, p. 315 : « dans l'emphytéose, le seigneur n'y regarde que les profits, au lieu que dans les fiefs, le vassal ne doit que la foi & le serment. Dans l'emphytéose, le fonds est assujéti, ce qui fait que les prestations sont réelles, utiles & pécuniaires, au lieu que dans les fiefs, c'est la personne qui est assujéti ».

⁹⁴⁹ Voir notamment, R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue (1598-1789)*, Paris, PUF, 2005 (*Quadrige*), p. 382 et p. 423-425 ; G. BOYER, « De la conception du fief chez Dumoulin et des conséquences qu'il en tire », *loc. cit.*, p. 51 ; G. GIORDANENGO, *Le droit féodal dans les pays de droit écrit...*, *op. cit.*, p. 107 ; ID., « La féodalité », *loc. cit.*, p. 199.

⁹⁵⁰ Pierre Hévin évoque ainsi « l'obéissance féodale » (P. HÉVIN, *Questions et observations concernant les matières féodales...*, *op. cit.*, p. 314, n. 11) tandis que François de Boutaric remarque que le seigneur d'un fief peut sanctionner la « désobéissance » (F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales...*, *op. cit.*, p. 381).

⁹⁵¹ En ce sens, François de Boutaric ou Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey associent le fief à la « puissance publique » (F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales...*, *op. cit.*, p. 381 ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 15).

La frontière ainsi dressée n'empêche pas les comparaisons et la difficulté vient de ce que des auteurs de l'époque moderne – essentiellement de droit civil et coutumier – ne manquent pas de relever une analogie certaine entre les deux contrats. Au XVI^e siècle, François Le Douaren souligne que le droit transféré au vassal et celui de l'emphytéote sont équivalents et qu'ils bénéficient d'une action utile similaire⁹⁵². De même, Jacques Cujas note des points de convergence entre le fief, l'emphytéose, le libellaire et le précaire⁹⁵³. Selon son raisonnement, le fief et l'emphytéose ne seraient que des variantes du précaire. Il définit le précaire comme la « *cessio ususfructus rei immobilis* »⁹⁵⁴, ce qui l'amène à considérer le fief comme un précaire assorti d'une obligation de fidélité et de service tandis qu'il analyse le bail emphytéotique comme un précaire assorti d'une obligation d'améliorer⁹⁵⁵. En d'autres termes, en mettant en évidence une spécialisation progressive du précaire, Jacques Cujas identifie des contrats de fief et d'emphytéose qui continuent de partager une majorité de caractères communs. De plus, fidèle à la méthode humaniste, il trouve les racines historiques du fief dans les concessions romaines de longue durée⁹⁵⁶. Dans cette perspective, le fief serait un héritier du bail à emphytéose⁹⁵⁷. Dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, plus nuancé, considère que

⁹⁵² F. LE DOUAREN, « *In consuetudines feudorum commentarius* », *Francisci Duareni jurisconsulti celeberrimi opera omnia diligenter emendata & aucta opportunis notis*, t. IV, Lucae, Josephi Rocchii, 1768, p. 134-135, n. 2 : « Non enim dicimus, dominium transferri in beneficiarium ; sed tantum datur ei fundus fruendus : sicut dicitur de Emphyteusi. Sed Obertus ostendit in hoc capite, usumfructum in accipientem transire non tantum, sed ad ipsius etiam haeredes : ex quo intelligimus, usumfructum hic non esse, qui morte finitur : sed quasi dominium transferri in beneficiarium intelligitur : ita ut utilis ei actio competat, sicut emphyteutae ».

⁹⁵³ À l'époque moderne, dans le royaume de France, il n'existe pas de traces de l'existence de ces deux derniers contrats.

⁹⁵⁴ J. CUJAS, *Opera omnia*, *op. cit.*, t. II, p. 1208.

⁹⁵⁵ *Ibid.* : « *Precaria est cessio ususfructus rei immobilis, quae fit clerico ad tempus vel dum vixerit ea lege ut Ecclesiae ministerium exhibeat... Quid distet precaria a feudo et libellaria si quis quaerat, consulat definitiones : nam et feudi et libellariae definitionem tradidi supra. Qui ab emphyteusi, collata etiam emphyteuseos definitio cum definitione precariae, statim indicabit : emphyteusis est contractus, quo dominus praedii sui usumfructum in aliam transfert ea lege, ut id melius et cultius reddat constituta pensione certa. Feudo additur lex fidei et servitii, emphyteusi lex meliorationis ».*

⁹⁵⁶ *Ibid.*, t. II, p. 1201 : évoquant les concessions de longue durée et l'emphytéose, « Et si credamus antiquis feudorum conditoribus ». Sur la doctrine du fief de Cujas, voir X. PRÉVOST, *Jacques Cujas (1522-1590), Jurisconsulte humaniste*, *op. cit.*, p. 438-497 ; P. GROSSI, « *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica...* », *loc. cit.*, p. 234-246.

⁹⁵⁷ En cela, Jacques Cujas s'inscrit dans la continuité des glossateurs et canonistes médiévaux qui ont analysé le fief et l'emphytéose. Voir sur ce point, voir notamment R. FEENSTRA, « *Dominium utile est chimaera : Nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent)* », *TVR*, t. 3-4, 1966, p. 381-397 ; E. MEYNIAL, « *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé...* », *loc. cit.*, p. 453-461.

« l'emphytéose a fourni l'idée du droit des Fiefs »⁹⁵⁸, estimant que les deux contrats sont si proches qu'ils ont souvent été confondus. Effectivement, tout au long de l'époque moderne, certains auteurs utilisent indifféremment les termes d'« emphytéote » et de « vassal » comme synonymes⁹⁵⁹, ce qui suggère, outre l'incertitude sémantique, une proximité des deux statuts. Germain-Antoine Guyot considère même qu'« il y a une espèce de vassalité transférée » dans le cas d'une terre noble concédée à emphytéose⁹⁶⁰. Cette utilisation imprécise des termes se retrouve également dans les décisions de justice, dans lesquelles il n'est pas rare de qualifier de vassal un emphytéote et inversement⁹⁶¹. En dépit de ces confusions, ces deux contrats continuent à coexister sous l'Ancien Régime et le bail emphytéotique ne fait pas disparaître le fief.

Au sein de l'École du droit naturel moderne, Samuel von Pufendorf et Christian Wolff mettent également en évidence les ressemblances entre les deux institutions. Le premier affirme que la concession de fief consiste en un contrat mixte, mêlé de bail emphytéotique et de donation⁹⁶². En effet, Samuel von Pufendorf entend par « donation » le fait que la valeur économique de la terre ainsi concédée dépasse de loin le prix des services militaires auxquels est obligé le vassal. Les contreparties seraient si disproportionnées que le contrat mettrait en évidence un *animus donandi* de la part du seigneur. Cette analyse apparaît sans doute convaincante au XVII^e siècle, lorsque celui qui jouit du domaine utile est considéré comme un propriétaire. Néanmoins, elle ne reflète assurément pas le contrat féodal de la fin du Moyen Âge, où un certain nombre de services et devoirs importants incombaient au

⁹⁵⁸ C. DU MOULIN, *Traité des fiefs de Dumoulin*, *op. cit.*, p. 345, note 28. En particulier, la majorité de la doctrine considère que le droit de retrait est un prolongement du droit de prélation du bailleur à emphytéose, dans le droit romain tardif. Ce point est développé *supra*, p. 126 et s.

⁹⁵⁹ Par exemple, Favre rassemble les deux contrats dans un seul titre et confond parfois les deux notions (A. FAVRE, *Codex Fabrianus...*, *op. cit.*, p. 484). Mais aussi, C. LOYSEAU, « Traité du déguerpissement », *loc. cit.* p. 161-162 ; G. DU PINEAU, « Décisions de Charles du Moulin », *loc. cit.*, p. 1228-1229 ; P. DE CASENEUVE, *Le franc-allevé de la province de Languedoc...*, *op. cit.*, p. 101 ; C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Traité des fiefs*, *op. cit.*, p. 351-353 ; G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. IV, p. 479 ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 437.

⁹⁶⁰ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 424.

⁹⁶¹ Ce flottement sémantique se retrouve dans les décisions de divers parlements. Par exemple, Bordeaux, 17 février 1531, rapporté par N. BOHIER, *Boerii decisiones Burdegalenses...*, *op. cit.*, p. 200, n. 5 ; Paris, 7 septembre 1574, rapporté par J. BRODEAU, *Recueil d'aucuns notables arrêts donnez en la cour de Parlement de Paris*, *op. cit.*, p. 175-179 ; Toulouse, 26 mai 1705, *Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Jean-François Forest, 1702, p. 190-191.

⁹⁶² S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, p. 28-29 : « Dans un Contract Féodal, la concession du Fief est une espèce de Donation, parce que le Fief vaut beaucoup plus que les services militaires, auxquels le Vassal, qui en reçoit l'investiture, s'engage envers son Seigneur. (...) Que si le Fief est donné à la charge de quelque redevance, ou d'une certaine rente que le Vassal doit paier au Seigneur annuellement ; à cet égard le Contract tient du Bail d'Emphytéose. ».

vassal⁹⁶³. Par ailleurs, selon l'auteur, la nature du contrat de fief participe du bail emphytéotique. Sur ce point, il est rejoint par Christian Wolff⁹⁶⁴. Ces auteurs jusnaturalistes mettent en avant le fait que dans les deux contrats un fonds est concédé à charge d'une redevance qui doit être régulièrement acquittée. Ils font du paiement de la redevance un critère de rapprochement, en particulier car ils estiment que l'accord sur le montant du canon emphytéotique constitue une condition essentielle à la formation du contrat d'emphytéose. Il s'agit là d'une affirmation sujette à discussion⁹⁶⁵, toutefois, elle souligne le rapprochement des deux notions. Lorsqu'il y a redevance, la frontière entre fief et bail à emphytéose semble se fondre chez ces auteurs jusnaturalistes. Il ne s'agit pas d'une opinion partagée par tous. Au contraire, Johann Gottlieb Heineccius distingue strictement le contrat de fief et le bail emphytéotique, sans esquisser de rapprochement particulier entre les deux⁹⁶⁶.

Ainsi, la recherche des points de convergence entre le fief et le bail emphytéotique apparaît surtout comme l'œuvre des auteurs de droit civil ou de droit coutumier, même s'il arrive que quelques feudistes le soulignent également. Deux mouvements concomitants permettent d'expliquer les raisons pour lesquelles plusieurs auteurs constatent une convergence progressive des deux notions : d'une part, la patrimonialisation des fiefs, d'autre part, l'altération de la compréhension des institutions féodales à la fin de l'Ancien Régime.

D'abord, le fief de l'époque moderne n'a plus grande ressemblance avec le fief du Moyen Âge. Face au mouvement de patrimonialisation qui s'est amorcé très tôt⁹⁶⁷, le fief

⁹⁶³ Voir notamment, F. L. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité ?*, op. cit., p. 243-251 ; M. BLOCH, *La société féodale...*, op. cit., p. 233-249.

⁹⁶⁴ C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 298, n. 10 : « Si l'on convient en même temps du paiement d'une certaine redevance, l'emphytéose se trouve jointe à l'inféodation. ».

⁹⁶⁵ Sur ce point, voir *supra*, p. 96 et s.

⁹⁶⁶ J. G. HEINECCIUS, *Éléments du droit civil romain...*, op. cit., t. II, p. 33, n. 337 : « Ce domaine *moins plein*, ou *utile*, se divise en plusieurs espèces, le *fief*, l'*emphytéose*, le *droit de superficie* dans lesquels le domaine direct appartient au *seigneur du fief*, au *maître de l'emphytéose* et au *maître de la superficie* ; et le domaine utile appartient au *vassal*, à l'*emphytéote* et au *propriétaire de la superficie* ».

⁹⁶⁷ Joseph-Nicolas Guyot explique ce mouvement par le besoin de liquidités des seigneurs, qui connaît une croissance particulièrement importante avec les croisades, même s'il avait déjà été esquissé auparavant. Voir J.-N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, op. cit., t. XXVI, V° Franc-fief, p. 135-136. Les auteurs de l'époque moderne rappellent régulièrement le mouvement de patrimonialisation des fiefs. Voir, par exemple, F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, p. 120 : « Toutefois en France les fiefs sont tenus de la qualité des biens patrimoniaux, principalement pour le regard des aliénations » ; P. DE CASENEUVE, *Le franc-alleu de la province de Languedoc*, op. cit., p. 100-101 : « c'est à mon avis parce que les Fiefs ayant commencé environ ce temps-là d'être héréditaires, aussi bien que les Alleus ; & par ainsi passé en quelque façon dans la nature de l'Alleu » ; D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, op. cit., t. III, p. 149 : « aujourd'hui que l'un & l'autre [le fief et l'emphytéose] sont patrimoniaux » ; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*,

« tenure-salaire »⁹⁶⁸ a laissé la place au fief-propriété. Dès la seconde moitié du IX^e siècle, le seigneur a perdu la faculté de refuser l'investiture du fief à l'héritier du vassal sans motif sérieux et, par conséquent, le fief entre dans le patrimoine du vassal. Puis, au XII^e siècle, à moins d'une juste cause, le seigneur perd le droit de s'opposer à l'aliénation du fief par son vassal⁹⁶⁹. Dorénavant, le fief est accessible à tous grâce au droit de franc-fief et plus seulement aux individus issus de la noblesse. Cette évolution contribue à affaiblir le lien personnel qui est créé entre les parties au contrat et à affermir les droits du vassal⁹⁷⁰. En amoindissant le lien d'homme à homme, l'équilibre du contrat de fief en ressort transformé. Or, l'association entre le lien réel et le lien personnel traduisait l'essence du fief. En cas d'absence ou d'affaiblissement du lien personnel, la différence avec les concessions de longue durée à caractère économique s'amenuise⁹⁷¹. D'un autre côté, le bail emphytéotique tend à réunir les caractères typiques des baux de longue durée et à constituer une sorte d'archétype pour ces concessions. En conséquence, la mutation de l'institution féodale contribue à rapprocher le fief du bail emphytéotique.

Ensuite, le second mouvement expliquant ce rapprochement est la confusion qui a parfois pu être faite entre les différents types de fiefs par certains auteurs de la fin de l'époque moderne, éloignés des réalités féodales. Il s'avère que les terminologies les plus variées se sont largement développées : fief en l'air, fief d'honneur, fief censuel, fief noble, fief roturier, fief rural, franc fief...⁹⁷² Face à cette croissance exponentielle des catégories de la typologie des fiefs et alors même que la réalité de la société féodale ne perdure plus

op. cit., t. I, p. 7 : « Lorsque les fiefs commencèrent à devenir héréditaires, on ne vit que cette acception (...). Ainsi l'on disoit d'un fief possédé patrimoniallement, *tel fief que je tiens en aleu* » (souligné par l'auteur). Sur la patrimonialité des fiefs, voir parmi beaucoup d'autres S. STEINBERG, « "Au défaut des mâles" Genre, succession féodale et idéologie nobiliaire (France, XVI^e-XVII^e siècles) », *Annales HSS*, t. 67, 2012, p. 679-713 ; H. RICHARDOT, « Le fief roturier à Toulouse aux XII^e et XIII^e siècles », *loc. cit.*, p. 307-359 ; M. BLOCH, *La société féodale...*, *op. cit.*, p. 271-297. Voir également la synthèse de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 66-68.

⁹⁶⁸ M. BLOCH, *La société féodale...*, *op. cit.*, p. 233.

⁹⁶⁹ Ce point est entièrement acquis au XVII^e siècle. En particulier, Denis de Salvaing de Boissieu affirme : « Ce qui est indubitable dans la vraie nature du Fief & de l'emphytéose qui ne peuvent être aliénés que du consentement du Seigneur. Mais aujourd'hui que l'un & l'autre sont patrimoniaux, qu'ainsi le Vassal se peut jouer de son Fief jusques à démission de foi, l'Emphytéote du fonds emphytéotique, *salvo canone* » (D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, *op. cit.*, t. III, p. 149). Au XVIII^e siècle, Montesquieu, usant de raccourcis, écrit : « L'hérédité des fiefs et l'établissement général des arrière-fiefs éteignirent le gouvernement politique, et formèrent le gouvernement féodal » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. J. EHRARD, Éditions sociales, Paris, 1969 (*Les classiques du peuple*), p. 312 [Part. VI, Liv. XXXI, Ch. XXXII]).

⁹⁷⁰ P. GROSSI, « Ideologia e tecnica in una definizione giuridica ... », *loc. cit.*, spécialement p. 186-194 ; G. BOYER, « De la conception du fief chez Dumoulin et des conséquences qu'il en tire », *loc. cit.*, p. 40.

⁹⁷¹ Clément Tisserant souligne le balancement entre le renforcement du lien réel et le contrat de fief et l'existence de certains liens personnels dans les concessions économiques, comme le bail emphytéotique, à la fin du Moyen Âge dans le Midi (C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 342-344).

⁹⁷² Sur ce point, parmi l'abondante bibliographie, voir la synthèse de G. GIORDANENGO, « La féodalité », *loc. cit.*, p. 183-199.

qu'à travers l'inertie de ses structures, les auteurs d'Ancien Régime, qui ne traitent pas spécifiquement du droit féodal, en viennent parfois à confondre ces notions qu'ils n'expérimentent plus au quotidien. En particulier, le droit de franc-fief permet à tous d'accéder à la possession d'un fief. Plus encore, le vocabulaire varie selon les coutumes et se dessine alors « toute une vaste nébuleuse composée de francs-fiefs, très proches les uns du fief et d'autres de l'alleu »⁹⁷³. Néanmoins, le terme de fief franc désigne généralement une tenure noble exempte de tout ou partie des services (en particulier militaires) traditionnellement attachés au fief. En contrepartie, le vassal s'engage à s'acquitter régulièrement d'une compensation financière⁹⁷⁴. Dans le même ordre d'idées, la cour de Toulouse, le 12 mars 1738, décide qu'un fief rural est privé des honneurs et prérogatives des fiefs nobles⁹⁷⁵. Or, ce sont ceux-là même qui le distinguent strictement du bail emphytéotique. Dans les deux cas, la frontière avec le contrat d'emphytéose apparaît mince.

En somme, selon la matière considérée, les auteurs semblent avoir une approche différente du bail emphytéotique. Ils abordent la comparaison entre le fief et l'emphytéose avec des préoccupations différentes selon le pan du droit sur lequel porte leur analyse⁹⁷⁶. Le fief s'appuie sur le droit féodal tandis que le bail emphytéotique s'adosse au droit civil réinterprété à la lumière du droit coutumier. Dès lors, les auteurs prennent pour point de comparaison le contrat de fief lorsqu'ils évoquent des questions de droit féodal et le bail emphytéotique lorsqu'ils prennent en considération des concessions de droit coutumier. Ainsi, le fief conserve son autonomie par rapport au bail emphytéotique, ce qui est moins le cas pour les baux de longue durée à portée économique. Il n'est pas absorbé dans le genre des concessions de longue durée, dont le bail emphytéotique se présente comme l'archétype. De plus, la spécificité de chacun de leurs régimes demeure : ce qui a lieu en matière de fief ne s'applique pas toujours au bail emphytéotique et inversement.

⁹⁷³ H. RICHARDOT, « Francs-fiefs. Essai sur l'exemption totale ou partielle des services de fief », *RHD*, 1949, p. 257.

⁹⁷⁴ Pour une définition du franc fief dans le Sud-Est de la France : *ibid.*, p. 272.

⁹⁷⁵ Rapporté dans *Journal du Palais ou Recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, 1735, p. 135-137.

⁹⁷⁶ Sur ce point, voir les nuances apportées par C. TISSERANT, *Emphytéose et fief au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 340-342.

§. 2 *La réaffirmation de la spécificité des régimes*

En dépit de la volonté d'une grande partie de la doctrine de droit féodal de distinguer les notions de bail emphytéotique et de fief, il apparaît parfois malaisé d'identifier les règles propres à chacun de ces contrats. Plusieurs auteurs notent ainsi un rapprochement de leurs régimes respectifs, tout en admettant qu'il demeure inabouti.

Une telle ambiguïté tient sans doute à la diffusion dès le Moyen Âge de l'adage *De feudo ad emphyteusim valet argumentum*. Cette maxime, en sous-entendant une grande proximité entre le contrat de fief et le contrat emphytéotique, semble gommer les particularismes des régimes de ces deux contrats⁹⁷⁷. Un arrêt de la cour de Grenoble du 24 décembre 1456, rapporté par Guy Pape, illustre le recours à cette maxime. Dans cette affaire, la question est de savoir si la commise d'un fief a lieu en raison du non-paiement de la redevance pendant trois années. La cour remarque que la règle existe en droit romain pour le bail emphytéotique. Au surplus, elle souligne que le régime du bail emphytéotique a évolué sur cette question et qu'en Dauphiné, la commise emphytéotique n'a plus lieu. Plus largement, le seigneur direct, notamment le seigneur féodal, ne peut plus invoquer son droit de commise. Pour expliquer la logique de la cour qui s'appuie sur le régime du bail emphytéotique, Guy Pape affirme que « [p]resque tout ce qui se fait touchant les fiefs, se pratique aussi dans l'emphytéose »⁹⁷⁸.

De la même façon, et bien qu'il affirme son refus de confondre les contrats féodal et emphytéotique, Charles Du Moulin semble suivre cette méthode lorsqu'il s'interroge sur le sort des améliorations lors de la réunion du fief dominant et du fief servant⁹⁷⁹. Dans cette hypothèse, il distingue selon que la consolidation des domaines utile et direct a lieu en raison de la félonie du vassal ou sans manquement de sa part. Pour résoudre ce cas d'espèce, il s'appuie sur les règles qu'il a dégagées à propos du bail emphytéotique. Or, l'auteur estime qu'en cas de faute grave de l'emphytéote, il perd les améliorations qu'il a apportées au fonds pendant l'exécution du contrat. Elles sont alors incorporées au fonds emphytéotique. Charles Du Moulin assimile la félonie du vassal à la faute grave de l'emphytéote et en déduit une solution identique pour le fief. Il précise également que le régime du bail emphytéotique s'appliquerait de la même façon pour une faute légère ou une simple négligence du vassal, auquel cas l'emphytéote et le vassal pourront retirer les

⁹⁷⁷ Sur cet adage, L. CHABRAND, *Étude sur Gui Pape (1404 ? - 1477)*, *op. cit.*, p. 111.

⁹⁷⁸ Rapporté par G. PAPE, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape...*, *op. cit.*, p. 131. Dans le même sens, G. DU PINEAU, « Les plus célèbres disputes d'Argentré », *Coutumes du pays et duché d'Anjou...*, *op. cit.*, p. 1288-1289.

⁹⁷⁹ C. DU MOULIN, *Traité des fiefs de Dumoulin...*, *op. cit.*, p. 344-345.

améliorations. Par ce raisonnement, Charles Du Moulin contribue à renforcer l'identité de certaines règles applicables au contrat de fief et au contrat emphytéotique. Néanmoins, pour l'auteur, le droit romain ne doit pas faire l'objet d'une transposition systématique à la matière féodale, mais uniquement lorsque certains motifs le justifient, comme dans le cas rapporté⁹⁸⁰. Au XVI^e siècle, d'autres auteurs de doctrine mettent en évidence un rapprochement des règles applicables aux contrats de fief et d'emphytéose. François Grimaudet fait ainsi valoir des règles identiques pour ces deux contrats relativement au retrait lignager, quand bien même il les justifie par des fondements distincts⁹⁸¹. Dans le même sens, René Choppin fait état de certaines règles successorales équivalentes en matière de fief comme d'emphytéose⁹⁸².

Au XVII^e siècle, Denis de Salvaing de Boissieu souligne également les points de convergence entre les régimes des contrats de fief et d'emphytéose. Il cherche, par exemple, à déterminer s'il peut y avoir prescription du domaine direct du fief⁹⁸³. À cette occasion, il met en évidence l'équivalence entre les solutions applicables au bail emphytéotique et au contrat féodal. Il rappelle la règle identifiée par les docteurs de droit savant, à savoir que l'emphytéote ne peut prescrire le domaine direct. Or, il remarque également qu'en Dauphiné, la coutume générale, telle qu'elle s'est développée, s'est éloignée de cette interprétation doctrinale : il est d'usage d'admettre, dans ce ressort coutumier, que la prescription centenaire joue en faveur de l'emphytéote. Denis de Salvaing de Boissieu en déduit donc qu'il en est de même pour le vassal : la coutume prime le droit savant et la prescription centenaire du domaine direct peut avoir lieu. De la même manière, lorsqu'il précise les conditions dans lesquelles a lieu la commise du fief, il fait appel à la commise emphytéotique⁹⁸⁴. Il souligne alors l'identité de régime à l'égard de la commise entre le fief et le contrat emphytéotique en Dauphiné, une observation que François de Boutaric généralise, au siècle suivant, à l'ensemble du royaume de France⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ Pour plus de précisions sur l'influence du droit romain sur le droit féodal dans l'opinion de Du Moulin, voir G. BOYER, « De la conception du fief chez Dumoulin et des conséquences qu'il en tire », *loc. cit.*, p. 41-42.

⁹⁸¹ F. GRIMAUDET, « De la Paraphrase du Droit de Retrait lignager », *loc. cit.*, spécialement p. 120 et p. 145.

⁹⁸² Il souligne ainsi : « Celui qui est né ou conçu depuis le décès de son aïeul, succède au fief et à l'emphytéose à lui donné et à ses descendants en droite ligne, et n'est exclu pour le seigneur par commise du fief ou de l'emphytéose » (R. CHOPPIN, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », *loc. cit.*, p. 95-96).

⁹⁸³ D. DE SALVAING DE BOISSIEU, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, *op. cit.*, p. 111, p. 113 et p. 117.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 274-278.

⁹⁸⁵ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales...*, *op. cit.*, p. 425-426.

Louis Boullenois signale encore certaines ressemblances entre le bail emphytéotique et le fief, notamment en matière successorale⁹⁸⁶.

Certes, dans cette approche comparative, le bail emphytéotique est utilisé par les auteurs traitant du droit féodal pour approfondir leur compréhension du contrat de fief et préciser sa place parmi les autres contrats⁹⁸⁷. Toutefois, si, par le biais de cette méthode, certains tendent à harmoniser une partie des règles entre les deux contrats, ils se gardent de franchir le pas et de confondre les deux régimes. Les efforts de la doctrine d'Ancien Régime se sont, en partie, focalisés sur le point d'élaborer un système juridique, mais il faut s'abstenir d'y voir une construction systématique extrêmement rigide, dans la mesure où l'effort de systématisation reste rare et où il n'est pas partagé par tous. Une partie de la doctrine de droit féodal (mais aussi de droit coutumier ou civil) a pu concevoir seulement une similitude entre les régimes de la concession féodale et de la concession emphytéotique, c'est-à-dire un simple indice de la proximité des deux contrats sans aller jusqu'à bouleverser entièrement les catégories juridiques existantes. En effet, il est incontestable que ces contrats diffèrent sur certains points.

Une partie des feudistes tient d'ailleurs particulièrement à rappeler les divergences de régimes entre le bail emphytéotique et le contrat de fief. Déjà, Charles Du Moulin, dans son commentaire sur la coutume de Paris, réfute la maxime selon laquelle tout ce qui vaut pour l'emphytéose vaut pour le fief, prouvant ainsi l'attachement à la différenciation des deux notions⁹⁸⁸. François de Boutaric souligne que le droit de banalité qui revient au seigneur du fief ne peut être exercé par le bailleur d'un contrat emphytéotique⁹⁸⁹. De même, Germain-Antoine Guyot⁹⁹⁰ et Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey⁹⁹¹ précisent

⁹⁸⁶ L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois...*, *op. cit.*, spécialement t. I, p. 223-224 et t. II, p. 380-381.

⁹⁸⁷ Sur ce point, voir *supra*, p. 228 et s.

⁹⁸⁸ C. DU MOULIN, *Opera quae extant omnia...*, *op. cit.*, t. I, p. 165, n. 78-79.

⁹⁸⁹ F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales...*, *op. cit.*, p. 380 : « Soit que le droit de banalité dépende de la haute Justice, soit qu'il dépende du Fief, il ne peut être vendu, ou aliéné séparément de la Justice et du Fief ; & comme le bail à rente ou à emphytéose, contient aliénation, la banalité ne peut semblablement être ainsi aliénée, divisément, d'avec la justice & le Fief ».

⁹⁹⁰ G.-A. GUYOT, *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales...*, *op. cit.*, t. III, p. 425 : « le vassal, quoiqu'il soit dans la directe de son dominant, étant une fois investi, a toute la Seigneurie des héritages dont il se joue ; au contraire l'emphytéote preneur à cens, n'a aucune directe sur les héritages de sa prise, elle est restée entière pardevant son Seigneur, & conséquemment il ne peut se jouer pour se créer une Seigneurie ». On retrouve déjà cette réflexion dans H. BASNAGE DE FRANQUESNEY, *La coutume réformée du pays et duché de Normandie*, t. I, Rouen, Veuve Antoine Maury, Pierre Ferrand, 1694, p. 79-80.

⁹⁹¹ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, *op. cit.*, t. I, p. 15-17 : « Ce qui constitue la noblesse d'un héritage, c'est un titre de seigneurie ajouté à la propriété (...). Un fief est un héritage dans lequel la propriété est unie à la puissance publique (...). À la vérité le bail emphytéotique emporte de même

que la directe seigneuriale, soit le droit sur le domaine dont bénéficie le seigneur d'un fief, diffère entièrement de la directe emphytéotique, c'est-à-dire du droit que le bailleur conserve sur le fonds concédé. Dans le premier cas, le seigneur du fief détient une directe qui lui donne le droit d'exercer certaines prérogatives seigneuriales (notamment en matière judiciaire et fiscale). Dans le second cas, le bailleur à emphytéose conserve surtout le droit de réclamer la redevance prévue par le contrat. Il n'est pas étonnant que certains feudistes soient particulièrement réticents à rapprocher fief et bail emphytéotique. Ils sont d'autant plus enclins à mettre en évidence les divergences entre ces institutions que le cœur de leur réflexion porte sur le contrat féodal. L'étude du fief, centrale pour le droit féodal, reste incontournable. Sous l'Ancien Régime, les feudistes ne font pas abstraction du bail emphytéotique mais ils l'emploient au service de leur compréhension du droit féodal.

Ainsi, la comparaison effectuée par les feudistes entre fief et emphytéose ne consiste pas seulement à mettre en évidence les points communs entre ces deux contrats. Le bail emphytéotique comme le contrat de fief ont connu une certaine altération des règles qui les encadrent : le premier a été naturalisé français tandis que le second a vu les réalités économiques le rattraper. À l'époque moderne, l'aboutissement de ces mouvements concomitants conduit pourtant les auteurs à réaffirmer la spécificité des régimes de chacun de ces contrats. La confrontation entre le fief et le bail emphytéotique nourrit les réflexions doctrinales tant d'un point de vue théorique que pratique. À travers l'analyse des feudistes, le modèle emphytéotique est amené à cohabiter avec le contrat du fief. Les réticences des auteurs de droit féodal constituent une limite plus nette à la construction du modèle emphytéotique, que dans d'autres pans du droit. Au-delà de la technique juridique, il est aussi mis à l'épreuve par les physiocrates qui déploient, dans le cadre de leur critique économique, toute une réflexion sur les concessions de longue durée, dont le bail emphytéotique n'est pas absent.

Section 2 La critique physiocrate : une relecture économique

À partir de la fin du XVII^e siècle et le XVIII^e siècle, la pensée économique connaît de sensibles changements. La voix de certains penseurs et économistes s'élève pour critiquer le mercantilisme colbertien qui délaisse l'agriculture au profit de l'industrie et du

la séparation des deux domaines, & tout le monde peut donner à emphytéose un héritage tel qu'il soit, noble ou roturier (...). Il ne reste entre les mains du bailleur à emphytéose que la directe privée ».

commerce maritime⁹⁹². Le renouveau de la pensée économique s'intensifie avec le développement de l'école physiocrate à partir du XVIII^e siècle⁹⁹³. Les physiocrates placent l'agriculture au premier plan de leur système économique, en considérant qu'elle doit en être le moteur principal, ce qui les amène à rehausser la place du propriétaire tant du point de vue économique que politique. Ce bouillonnement intellectuel contribue à inspirer des réflexions nouvelles sur le bail emphytéotique. Néanmoins, les physiocrates, s'ils l'évoquent, ne développent pas une réflexion spécifique et homogène sur ce contrat et ne l'envisagent pas en tant que modèle. Ainsi, une partie d'entre eux exprime des réserves à l'encontre du bail emphytéotique (§1). En conséquence, leur approche conduit à obscurcir le statut de l'emphytéote, qui oscille entre simple locataire et propriétaire privilégié (§2).

§. 1 De sérieuses réserves à l'encontre du bail emphytéotique

La doctrine des physiocrates se construit, avant tout, en réponse à une situation agricole déplorable. Ainsi, une baisse considérable des revenus fonciers a été constatée entre 1670 et 1715⁹⁹⁴. Face à ce constat malheureux de l'état agricole du royaume de France, les physiocrates proposent un système nouveau, dont certaines solutions touchent directement à la conception du bail emphytéotique.

Tout d'abord, les physiocrates manifestent une faveur certaine pour les baux de longue durée. C'est en ce sens que Victor Riquetti de Mirabeau († 1789) écrit :

« J'ai dit qu'il falloit affectionner le colon aux campagnes, par les facilités de voisinage & d'exploitation, par la propriété, ou par ce qui lui ressemble, la permanence sur le même terroir. Dans les grands États qui comportent de trop grands propriétaires, & par conséquent des terres livrées à des fermiers, on a regardé comme un grand bien dans ceux du moins où l'on fait cas de

⁹⁹² En particulier, P. LE PESANT DE BOISGUILBERT, *Le Détail de la France, la cause de la diminution de ses biens, & la facilité du remède en fournissant en un mois, tout l'argent dont le Roi a besoin, & enrichissant tout le monde*, s.l., s.n., 1695 ; F. DE SALIGNAC DE LA MOTHE-FÉNELON, *Les Aventures de Télémaque*, Paris, veuve Claude Barbin, 1699 ; S. LE PRESTRE DE VAUBAN, *Projet d'une dixme royale : qui supprimant la taille, les aydes, les douanes d'une province à l'autre, les décimes du Clergé, les affaires extraordinaires ; & tous autres impôts onéreux & non volontaires : Et diminuant le prix du sel de moitié & plus, produiroit au Roy un revenu certain et suffisant, sans frais ; & sans être à charge à l'un de ses sujets plus qu'à l'autre, qui s'augmenteroit considérablement par la meilleure culture des terres*, s.l., s.n., 1707.

⁹⁹³ Sur les physiocrates, voir notamment A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, op. cit. ; C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, op. cit. ; P. STEINER, « Le projet physiocratique : théorie de la propriété et lien social », *Revue économique*, t. 38, 1987/6, p. 1111-1128 ; *Ordre, nature, propriété*, éd. G. KLOTZ, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (*Analyse, épistémologie, histoire économiques*, 28) ; *François Quesnay et la physiocratie*, éd. INED, Paris, PUF, 1958 ; G. WEULERSSE, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, Paris, Félix Alcan, 1910.

⁹⁹⁴ G. WEULERSSE, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, op. cit., t. I, p. 6 et p. 319.

l'Agriculture, de faciliter l'extension des baux, de manière que le fermier puisse s'affilier son champ. »⁹⁹⁵

Dans cet extrait, l'auteur lie la nécessité d'allonger les baux concédés par les propriétaires sur leurs terres à deux principes largement développés dans l'école physiocratique. D'une part, il insiste sur l'avantage que présente la continuité dans l'exploitation⁹⁹⁶. En d'autres termes, il s'agit de s'assurer de l'attachement du cultivateur à sa terre. Ce n'est qu'au terme d'une exploitation suffisamment longue que le preneur a les moyens de recueillir les fruits de son travail de façon raisonnée. À l'inverse, pour les physiocrates, les baux trop limités dans le temps conduisent à un épuisement des terres puisque le locataire, pour rentabiliser la concession qui lui est accordée, cultive le fonds sans égard pour sa conservation. D'autre part, le marquis de Mirabeau fait montre d'un certain individualisme lorsqu'il souligne que ce n'est que dans l'hypothèse où le preneur se considère comme le propriétaire du fonds concédé qu'il cherche à mettre en valeur au mieux les terres qui lui sont confiées⁹⁹⁷. Henry Pattullo († 1784), membre associé de la Société d'agriculture de Paris, se prononce également en faveur d'un allongement des baux, tout en développant un argument supplémentaire⁹⁹⁸. Il fait valoir qu'une organisation foncière fondée sur des baux de longue durée va de pair avec une amélioration des terres mais également, à terme, du rendement. Il explique que l'avantage des baux de longue durée réside dans le fait de pouvoir convenir de faire peser l'essentiel des risques sur le preneur tout en l'intéressant au profit qui en découle⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ V. R. MIRABEAU, *L'ami des hommes, ou Traité de la population*, t. III [5^e partie], Avignon, s.n., 1756-1760, p. 99. Cette opinion est largement partagée parmi les physiocrates : voir par exemple, L.-F.-H. DE MENON MARQUIS DE TURBILLY, *Mémoire sur les défrichemens*, Paris, veuve d'Houry, 1760, p. 302-303 ; *Journal économique*, 1762, p. 308-309.

⁹⁹⁶ Sur la place de l'agriculture chez les physiocrates, voir C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle...*, *op. cit.*, p. 236-245 ; P.-H. GOUTTE, « Évidence, ordre naturel et science économique dans l'œuvre de Quesnay », *Ordre, nature, propriété, op. cit.*, p. 119-126.

⁹⁹⁷ Sur l'individualisme agraire des physiocrates, voir C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle...*, *op. cit.*, p. 173-220 ; P. STEINER, « Le projet physiocratique... », *loc. cit.*, p. 1122 ; P. RETAT, « La jouissance physiocratique », *Ordre, nature, propriété, op. cit.*, p. 179-191. Voir également J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens, op. cit.*, p. 173-174.

⁹⁹⁸ H. PATTULLO, *Essai sur l'amélioration des terres*, Paris, Durand, 1758, p. 191-193.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 278-279 : « Sur la proposition de faire des Baux plus longs, on objecte que le Propriétaire renonceroit ainsi pour long tems à jouir de l'amélioration de sa terre, tandis qu'en laissant les choses sur l'ancien pied, il peut raisonnablement espérer de l'augmenter à chaque renouvellement de Bail ; qu'il n'y auroit donc que les Fermiers qui pussent trouver de l'avantage : mais si on veut qu'ils se chargent seuls de tous les frais & les risques d'améliorations considérables & inusitées, on ne peut les y engager que par des Baux assez longs pour qu'ils soient sûrs de retirer leurs avances, & de plus y espèrent un profit considérable. D'ailleurs il ne tient qu'au Propriétaire de faire lui-même ces avances, & d'affermir ensuite sa terre sur le pied de son amélioration ; ou s'il en charge le Fermier, de faire un long Bail dont les premières années restent à l'ancien prix, & dont les suivantes augmentent en une certaine proportion ».

À première vue, ces conceptions économiques et agricoles donnent à penser que le mouvement physiocratique pourrait profiter au bail emphytéotique, puisque ce contrat réunit les exigences de continuité, d'individualisme et d'amélioration mises en avant par ces économistes pour la bonne exploitation des terres. Or, les physiocrates apparaissent en réalité frileux vis-à-vis de ce contrat et émettent nombre de réserves à son encontre. Ces multiples récriminations font florès dans le *Journal économique*, dans lequel ces auteurs ne manquent pas, d'abord, de souligner que le canon emphytéotique est, en principe, fixé pour toute la durée du contrat, sans possibilité de réévaluation¹⁰⁰⁰. En conséquence, le bailleur n'est pas intéressé aux éventuels accroissements de revenus et ce, alors qu'il prend le risque de perdre son emphytéote si ce dernier décide d'user de sa faculté de déguerpissement. De plus, à leurs yeux, l'emphytéote se trouve dans une position peu enviable. En effet, il supporte seul toutes les charges en étant tenu du paiement de la redevance. Ainsi, la condition du simple locataire leur semble meilleure que celle de l'emphytéote. Enfin, si les physiocrates souhaitent favoriser les baux de longue durée, ils soutiennent davantage l'absolutisme et l'exclusivisme de la propriété¹⁰⁰¹. Dans cette optique, les droits de mutation exigés lors de la constitution ou la cession du bail emphytéotique leur apparaissent démesurés et à contre-emploi avec l'impératif de mise en valeur des terres. C'est pourquoi le *Journal économique* salue un arrêt du conseil du roi du 8 avril 1762 qui exempte de tout droit de mutation l'ensemble des baux conclus pour une

¹⁰⁰⁰ Par exemple, *Journal économique*, 1762, p. 309 : « dans le cas auquel le bien à faire valoir est pris en Bail emphytéotique, il en résulte des désavantages forcés, tant pour le Fermier ou preneur, que pour le Propriétaire. D'abord entre autres pertes que l'emphytéote a à supporter, il est tenu de toutes les réparations grosses & menues qui concernent l'utilité du fonds dont il s'est chargé : il est même tenu de toutes les charges réelles de ce fonds : comme de payer les cens pendant sa jouissance ; de plus les cas fortuits occasionnant stérilité entière, tombent tous en pure perte sur l'emphytéote, qui n'a point droit de requérir à raison de sa non jouissance, le retranchement de la rente qu'il est tenu de payer annuellement au Propriétaire de son emphytéose : ainsi sa condition est pire que celle du simple locataire. Enfin quant au Propriétaire, comme il est de principe que le preneur à Bail emphytéotique peut, en déguerpissant l'héritage qu'il tenoit, se faire décharger en Justice de la rente à laquelle il s'étoit obligé, en payant au Propriétaire les arrérages du passé avec le terme suivant, & satisfaisant aux charges & conditions portées par son Bail, & rendant ledit bien en tel état qu'il étoit lorsqu'il l'a pris, ou même en l'état où il s'étoit engagé de le mettre : & cela quoiqu'il se fut obligé personnellement à payer la redevance convenue, par une obligation générale sur tous ses biens : il s'ensuit que le Propriétaire, qui en donnant son fonds à emphytéose, a nécessairement transigé pour une redevance plus faible que le revenu ordinaire, se trouve lésé tant de cette partie qui diminue d'autant ses rentes annuelles, que parce qu'il se trouve en quelque sorte perpétuellement en risque de perdre son emphytéote, au cas que celui-ci veuille profiter du droit qu'il a de lui remettre son fonds ».

¹⁰⁰¹ Par exemple, voir P.-P. LEMERCIER DE LA RIVIERE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Londres, Jean Nourse, Desaint, 1767, p. 40. Il construit l'ordre social sur la base de la propriété et souligne que sa finalité réside « dans la plus grande abondance possible d'objets propres à nos jouissances, & dans la plus grande liberté possible d'en profiter ». À travers cette analyse, transparaît la volonté d'instaurer un droit de propriété absolu.

durée inférieure ou égale à vingt-sept ans¹⁰⁰². Auparavant, tout bail d'une durée supérieure à neuf ans était chargé par divers droits dus à l'administration royale. Le rédacteur de l'article exhorte les autres grands seigneurs à suivre le modèle du roi sur leurs propres domaines et favoriser ainsi les baux de longue durée. Une telle mesure affecte également le régime du bail emphytéotique, pour lequel le paiement de droits de mutation est alors assoupli¹⁰⁰³. L'école physiocratique voit, dans cet arrêt, un progrès permettant une meilleure valorisation des terres du royaume, à la fois pour « engager à défricher les terres vagues & incultes, mais encore à marner & améliorer celles, qui jusqu'ici ont demeuré dans un état de langueur »¹⁰⁰⁴. Malgré certains infléchissements du régime du bail emphytéotique au cours du XVIII^e siècle, les physiocrates conservent une posture critique à l'égard de ce contrat, lui préférant le louage ordinaire. Pourtant, bien qu'ils cherchent à s'affranchir des carcans de l'Ancien Régime, ils demeurent tributaires des cadres dans lesquels ils ont été formés.

Le regard réservé porté par les physiocrates ne nourrit pas la valeur de modèle du bail emphytéotique ; il tend davantage à l'évincer. Plus encore, un certain paradoxe résulte du système physiocrate : ces économistes entendent favoriser les baux de longue durée tout en refusant l'archétype de ceux-ci, le bail à emphytéose. Henry Pattullo avance une justification contextuelle de ce désaveu du contrat emphytéotique¹⁰⁰⁵. Il commence par remarquer que des baux à vie conclus avec deniers d'entrée, mais assortis d'une redevance modique sont largement répandus en Angleterre en vue de mettre en valeur les terres, contrats qui ressemblent étrangement à des baux emphytéotiques. Toutefois, il souligne immédiatement que « si ce calcul à vie est juste pour l'Angleterre, ainsi que l'expérience l'a confirmé, il ne seroit pas le même pour la France, où l'intérêt de l'argent est beaucoup plus haut, & le prix des terres, par conséquent, beaucoup moindre »¹⁰⁰⁶. Autrement dit, la situation économique du royaume de France n'offrirait pas le terreau adapté au bail emphytéotique. Pour Henry Pattullo, le bail emphytéotique ne doit donc pas être rejeté pour lui-même mais en raison des circonstances tenant à l'organisation foncière et économique du royaume. D'ailleurs, les physiocrates ne nient pas coûte que coûte l'intérêt du bail emphytéotique, notamment pour les biens des gens de mainmorte qui ne pourraient

¹⁰⁰² L'arrêt est reproduit dans son intégralité dans le *Journal économique* de 1762 : *ibid.*, p. 310-311. Le champ d'application de l'arrêt est restreint géographiquement aux « Généralités de Paris, Amiens, Soissons, Orléans, Bourges, Moulins, Lyon, Riom, Poitiers, la Rochelle, Limoges, Bordeaux, Tours, Auch, Champagne, Rouen, Caen & Alençon ».

¹⁰⁰³ Sur le paiement des droits de mutation par l'emphytéote, voir *supra* p. 131 et s.

¹⁰⁰⁴ *Journal économique*, 1762, p. 310.

¹⁰⁰⁵ H. PATTULLO, *Essai sur l'amélioration des terres*, *op. cit.*, p. 279-280.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 280.

autrement être exploités¹⁰⁰⁷. Néanmoins, ils estiment que le contrat emphytéotique ne constitue qu'une solution intermédiaire non souhaitable, entre une volonté de mettre en valeur des terres en friche et un rendement économique satisfaisant. Ainsi, « le remède que l'on y avait trouvé au moyen des Baux emphytéotiques ne faisait que diminuer le mal sans le faire cesser en entier »¹⁰⁰⁸. Soucieux de dégager un système économique optimal, ils n'entendent pas s'appuyer sur le bail emphytéotique, contrat qui leur paraît par trop archaïque. Au contraire, ils placent au centre de leur réflexion la figure du propriétaire, ce qui, en conséquence, les conduit à octroyer un statut ambigu à l'emphytéote.

§. 2 *Un statut ambigu de l'emphytéote*

Dans le système physiocrate, le propriétaire dispose d'une position avantageuse et valorisée. Les auteurs, en s'écartant en partie de la division traditionnelle en trois ordres, reconnaissent la prédominance des propriétaires fonciers, préparant l'avènement du citoyen-propriétaire¹⁰⁰⁹. Ils offrent ainsi une dimension politique à la propriété, en identifiant un nouveau critère, le paiement du cens, pour fonder la citoyenneté et la représentation¹⁰¹⁰. En somme, le propriétaire se voit gratifié d'attributions politiques car il a un intérêt à l'impôt. Assimilé à un propriétaire à l'époque moderne, l'emphytéote bénéficie-t-il de cette faveur enthousiaste pour la figure du propriétaire ? Quelle place lui est-il réservé par un courant de pensée qui, tout en valorisant la propriété, réprouve – du moins par la voix de certains de ses représentants – le contrat emphytéotique ? Il s'agit donc de déterminer à quelle classe – propriétaire ou cultivateur – est associé le preneur à emphytéose, selon le système proposé par les physiocrates¹⁰¹¹. À la lecture des réponses apportées par ces économistes, une certaine équivoque persiste quant à la place accordée à l'emphytéote.

¹⁰⁰⁷ *Journal économique*, 1762, p. 310 : « Nous sommes bien éloignés de mésestimer cette sorte d'acquisition [les baux emphytéotiques] qui a ses partisans, & qui a d'ailleurs l'avantage remettre en quelque manière dans le commerce les biens des gens de main morte ».

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁹ Sur l'avènement du citoyen propriétaire, A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, *op. cit.*, p. 212-227 ; C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 269-307.

¹⁰¹⁰ A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁰¹¹ Le tableau économique de Quesnay est organisé autour de trois classes : la classe productive, la classe stérile et la classe propriétaire. Les premiers produisent les richesses en cultivant la terre, les seconds façonnent les matières premières (artisans, manufacturiers, commerçants). Les derniers redistribuent les revenus issus de leurs terres. Voir F. QUESNAY, *Tableau oeconomicum*, s.l., s.n., 1759. Mais aussi J. R. BOUDEVILLE, « Les physiocrates et le circuit économique », *Revue d'économie politique*, t. 64, 1954/3, p. 458.

Lorsqu'il évoque la répartition des revenus entre les différents acteurs de production, le marquis de Mirabeau déclare que « [l]e produit net annuel des biens fonds (...) appartient à trois Propriétaires, au Souverain, au Possesseur du bien, & aux Décimateurs »¹⁰¹². Or, au XVIII^e siècle, pour l'opinion majoritaire, l'emphytéote, détenteur du domaine utile, apparaît davantage comme le possesseur du bien que ne l'est son bailleur¹⁰¹³. En conséquence, il retirerait les avantages économiques et politiques d'un véritable propriétaire. Pierre-Paul Lemerrier de la Rivière († 1801) vient néanmoins préciser cette opinion. Il commence par opérer une distinction entre propriétaire, rentier et fermier. Alors que le propriétaire est celui qui détient le droit de jouir du fonds et le fermier celui qui exploite le fonds¹⁰¹⁴, il explique que « [p]ar le terme de rentier nous entendons ceux qui sont acquéreurs d'un revenu fixe & annuel en argent »¹⁰¹⁵. Dès lors, le rentier se trouve, au même titre que le Souverain, co-propriétaire des fruits du fonds concédé. En appliquant le raisonnement de Pierre-Paul Lemerrier de la Rivière au bail emphytéotique, l'emphytéote peut être assimilé au fermier et le bailleur au rentier. Dès lors, le preneur à emphytéose, en tant que cultivateur, participe à la production de la richesse de l'État ce qui lui assure un statut élevé dans la hiérarchie physiocrate¹⁰¹⁶. Du reste, au cours de son analyse de l'impôt direct, l'auteur privilégie un paiement par celui qui détient les fruits du fonds. Il précise qu'« il est évident que les fonds qui appartiennent à l'impôt, ne peuvent se trouver que dans les mains des propriétaires fonciers, *ou plutôt des cultivateurs ou fermiers qui à cet égard les représentent* »¹⁰¹⁷. Il en conclut qu'il incombe aux cultivateurs de s'acquitter du paiement de l'impôt direct. Selon Pierre-Paul Lemerrier de la Rivière, l'impôt pèse donc sur celui qui exploite le fonds de terre, c'est-à-dire sur le propriétaire lorsqu'il l'exploite directement ou, dans le cas contraire, sur le preneur à bail qui joue alors le rôle d'un intermédiaire entre le bailleur et l'État. En ce sens, le statut de l'emphytéote, producteur de richesses et contributeur à l'impôt, s'en trouve réhaussé¹⁰¹⁸.

¹⁰¹² V. R. MIRABEAU, « Réponse à l'essai sur les ponts et chaussées, la voirie et les corvées », *L'ami des hommes...*, *op. cit.*, t. III, p. 157.

¹⁰¹³ Sur ce point, voir *supra*, p. 84.

¹⁰¹⁴ P.-P. LEMERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, *op. cit.*, p. 19 et p. 31.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 262.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 46 : « Qu'il est d'une nécessité absolue que la sûreté des récoltes soit payée à ceux qui la procurent ; & que le devoir de les protéger assure aux protecteurs le droit de les partager entre eux, les cultivateurs & les propriétaires fonciers ».

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 243. Nous soulignons.

¹⁰¹⁸ Sur l'idée que la jouissance fait la propriété dans la doctrine physiocrate, voir C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 196-204 ; P. RETAT, « La jouissance physiocratique », *loc. cit.*, p. 179-191.

Cette représentation favorable de l'emphytéote apparaît pourtant tempérée par d'autres économistes du mouvement physiocrate. Ainsi, Guillaume-François Le Trosne († 1780) soutient que le propriétaire foncier a droit à la majeure partie du produit de la récolte « comme ayant fait lui ou ses auteurs, les dépenses nécessaires pour mettre l'héritage en état d'être cultivé, & à la charge d'entretenir ces avances »¹⁰¹⁹. Or, dans le cadre du bail emphytéotique, l'emphytéote, davantage que le bailleur, est chargé de mettre en valeur l'immeuble concédé. En conséquence, le preneur à emphytéose se rapproche du propriétaire tel que décrit par Guillaume-François Le Trosne. Toutefois, il écrit également que « [l]'impôt ne doit donc pas être exigé des agens de la culture : ils ne doivent rien par la nature de leurs richesses, & il y a trop de danger de s'adresser à eux »¹⁰²⁰. Comme d'autres physiocrates, Guillaume-François Le Trosne estime qu'il ne faut pas entraver les cultivateurs, et en particulier l'emphytéote, qui valorisent véritablement le fonds¹⁰²¹. Cette opinion participe ainsi d'une volonté de protéger et d'encourager l'exploitant, ce qui conduit à le différencier du propriétaire¹⁰²². Nicolas Baudeau († 1792) propose une analyse similaire dans laquelle les emphytéotes sont considérés comme des cultivateurs au service de l'amélioration du fonds. Il estime que les propriétaires « sont chargés d'entretenir et réparer leurs héritages, que sa nature tendroit sans cesse à dégrader »¹⁰²³ et pour cela, ils font appel à des cultivateurs avec lesquels ils concluent un contrat d'exploitation à l'image du bail emphytéotique. La compensation de ces fermiers ou emphytéotes est assurée par les bénéfices qu'ils retirent de l'exécution du bail tandis que les propriétaires fonciers reçoivent l'ensemble des revenus du fonds concédé amputés des charges (impôts, paiement des cultivateurs, avances pour la valorisation du fonds...). Ainsi, au sein même du mouvement physiocrate, l'emphytéote semble déjouer les catégories : tour à tour cultivateur et propriétaire, il s'incorpore avec difficulté dans ce système.

¹⁰¹⁹ G.-F. LE TROSNE, *De l'ordre social, ouvrage suivi d'un traité élémentaire sur la valeur, l'argent, la circulation, l'industrie et le commerce intérieur et extérieur*, Paris, les frères De Bure, 1777, p. 323.

¹⁰²⁰ ID., *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt*, t. I, Basle, Pierre J. Duplain, 1788, p. 19.

¹⁰²¹ Il considère ainsi que « [l]a reproduction, seule matière de toutes les dépenses, se partage en deux parts, dont l'une ne peut être divertie de son emploi à la terre, sous peine de supprimer la reproduction qui doit en résulter » (*ibidem*) et en conclut que l'impôt doit peser uniquement sur le propriétaire à qui revient le produit net.

¹⁰²² Sur la protection du cultivateur dans la pensée physiocrate, voir notamment C. LARRÈRE, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle...*, *op. cit.*, p. 204-213 ; P. STEINER, « Le projet physiocratique... », *loc. cit.*, p. 1116.

¹⁰²³ N. BAUDEAU, *Première introduction à la philosophie économique ou Analyse des état policés, 1767*, éd. A. DUBOIS, Paris, Librairie Paul Geuthner, 1910 (*Collection des économistes et des réformateurs sociaux de la France*), p. 118.

Ce flottement dans l'appréhension du preneur à emphytéose découle de plusieurs facteurs. Bien que les physiocrates prônent une approche économique en rupture avec l'organisation d'Ancien Régime, ils demeurent héritiers des carcans institutionnels de leur siècle. Ainsi, leur appréhension de la propriété reste ambivalente. D'une part, ils embrassent le progrès de la conception unitaire de la propriété mais, d'autre part, ils continuent d'utiliser des notions renfermant les attributs de la propriété féodale.

D'un côté, l'essor de la propriété exclusive constitue un mouvement progressif et général au XVIII^e siècle, qui s'accompagne d'une déformation de la théorie du double domaine¹⁰²⁴. Les thèses physiocrates s'intègrent alors parfaitement dans cette critique de la propriété féodale qui freine le progrès et la production¹⁰²⁵. Or, le bail emphytéotique, réinterprété et absorbé dans l'ancien droit, se conforme à l'organisation foncière d'Ancien Régime, non à une logique unitaire de la propriété. Du reste, cette préférence envers la propriété exclusive se double d'une condamnation ferme des droits féodaux et seigneuriaux. En effet, ces surcharges financières qui pèsent sur les terres ne servent pas leur valorisation¹⁰²⁶. En particulier, René Louis de Voyer de Paulmy d'Argenson († 1756) défend la vision d'une société égalitaire, dépourvue de liens féodaux, considérant que « [p]our procurer l'abondance dans le royaume, il faudrait que *les terres ne fussent possédées que par ceux qui les cultivent* »¹⁰²⁷. Cette diatribe contre l'organisation féodale porte en elle les germes de l'idée, reprise à l'époque révolutionnaire, selon laquelle les emphytéotes devraient être déclarés propriétaires des biens qu'ils améliorent¹⁰²⁸. S'appuyant sur le droit naturel, le marquis d'Argenson soutient une organisation foncière délivrée des charges féodales qui mènera à abroger « cette funeste maxime de *Nulle terre sans seigneur* »¹⁰²⁹. De la même façon, le *Journal économique* plaide pour une abolition des droits féodaux, « cette multitude de rentes & de droits fonciers qui découragent &

¹⁰²⁴ Sur cette évolution, voir notamment É. GERAUD-LLORCA, « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789) », *loc. cit.*, p. 57-61.

¹⁰²⁵ G. WEULERSSE, *La physiocratie à l'aube de la Révolution : 1781-1792*, Paris, Éditions des Hautes Études en Sciences Sociales, 1985, p. 98-106.

¹⁰²⁶ Pour s'en convaincre, *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, t. VI, Paris, Liège, Panckoucke, Plomteux, 1786, p. 810, V^o Privilège : « De l'abus des *privilèges* naissent deux inconvénients fort considérables ; l'un, que la partie des citoyens la plus pauvre est toujours surchargée au-delà de ses forces : or, cette partie est cependant la plus véritablement utile à l'état, puisqu'elle est composée de ceux qui cultivent la terre, & procurent la subsistance aux ordres supérieurs ; l'autre inconvénient est que les *privilèges* dégoûtent les gens qui ont du talent & de l'éducation d'entrer dans les magistratures ou des professions qui exigent du travail & de l'application, & leur font préférer de petites charges & de petits emplois où il ne faut que de l'avidité, de l'intrigue, de la morgue pour se soutenir & en imposer au public ».

¹⁰²⁷ R. L. MARQUIS D'ARGENSON, *Mémoires et journal inédit du marquis d'Argenson, ministre des affaires étrangères sous Louis XV*, t. V, Paris, Jannet, 1858, p. 314.

¹⁰²⁸ Sur ce point, voir *infra*, p. 288 et s.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 316.

ruinent les colons, engourdissent & étouffent l'activité des propriétaires »¹⁰³⁰. Dans un mémoire du 2 avril 1769, publié en tant que tel dans le *Journal économique*, un avocat du roi, acquis à la pensée physiocrate, fustige le coût, qu'il juge exorbitant, des redevances acquittées en nature¹⁰³¹ et dénonce l'iniquité des droits féodaux¹⁰³². Néanmoins, cette condamnation des abus dérivant de l'organisation foncière d'Ancien Régime entre en conflit avec la méthode utilisée par l'école physiocrate qui continue paradoxalement de s'appuyer sur les vestiges de la propriété féodale pour construire son raisonnement.

En effet, certains indices laissent penser que les physiocrates restent tributaires des schémas ordinaires, dans la mesure où le poids de la propriété féodale persiste à guider en partie leur réflexion. Ils considèrent que la propriété et, plus précisément, les revenus qu'elle génère sont gage de respectabilité et d'honnêteté. Cependant, ils estiment impossible de trouver suffisamment de propriétaires qui répondent à ces critères en l'état de la société¹⁰³³. Par conséquent, ils admettent l'utilité des baux de longue durée pour pallier cette carence. Ils ne rejettent donc pas entièrement l'organisation foncière d'Ancien Régime construite sur un enchevêtrement de rentes foncières, qui leur permet à la fois de développer leur projet économique tout en faisant montre de pragmatisme. C'est d'ailleurs pourquoi le *Mémoire sur les municipalités*, rédigé sous l'influence d'Anne-Robert-Jacques Turgot († 1781), s'efforce d'intégrer les preneurs à rente dans le système fiscal et politique défendu par les physiocrates, en soulignant que :

« les rentes foncières, les champarts, les dîmes seigneuriales ou ecclésiastiques, étant des revenus de biens-fonds, devront donner voix à raison de leur produit, comme les terres mêmes qui paient ces rentes & ces redevances, dont il faudra défalquer, pour savoir sur quel pied les possesseurs du sol auront droit de voter »¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ *Journal économique*, 1769, p. 248.

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 247.

¹⁰³² *Ibid.*, p. 244-245 : « Ces rentes ou faussement foncières ou en les supposant même toutes foncières véritablement, sont si multipliées & si considérables sur un même héritage, que quand elles sont acquittées il ne reste rien au propriétaire ; les frais de labourage, le prix & transport des engrais, les gages des domestiques, les droits féodaux, les corvées, les impositions, la dixme prélevée, le cultivateur ne trouve pas dans ses travaux la subsistance ; seul il supporte les stérilités, les cas fortuits ».

¹⁰³³ G. WEULERSSE, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, op. cit., t. I, p. 407.

¹⁰³⁴ J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, P.-S. DUPONT DE NEMOURS, A.-R.-J. TURGOT, *Œuvres posthumes de M. Turgot, ou Mémoire de M. Turgot sur les administrations provinciales, mis en parallèle avec celui de M. Necker, suivi d'une Lettre sur ce plan et des Observations d'un républicain sur ces mémoires et en général sur le bien qu'on doit attendre de ces administrations dans les monarchies*, Lausanne, s. n., 1787, p. 50. Turgot ne fait pas, à proprement parler, partie du mouvement physiocrate car il s'en détache sur certains points. Néanmoins, son approche a l'avantage de mettre en évidence le fossé qui sépare l'idéal physiocrate et la société d'Ancien Régime.

À travers cette citation, transparaît la nécessité de transposer, et donc d'adapter, les principes physiocratiques à la société d'Ancien Régime. Au regard de la propriété, il apparaît impératif de régler le sort des propriétaires utiles par rapport aux propriétaires directs. Il semble ainsi difficile aux physiocrates de se départir entièrement de la simultanéité des propriétés, quand bien même ils jugent cette organisation foncière archaïque et dépassée. Dans ce cadre de pensée, appréhender le bail emphytéotique, compris comme un archétype des baux de longue durée, apparaît comme un exercice délicat. La portée de ce contrat en fait un instrument influent qui nécessite une attention approfondie dont le mouvement physiocrate ne peut faire l'économie. De ce point de vue, il est possible de comprendre l'équivoque de ces économistes à l'égard du statut de l'emphytéote, qui symbolise une organisation foncière dont ils tentent de s'extraire.

Toute l'ambivalence de la théorie physiocratique repose sur la confrontation de deux ordres¹⁰³⁵ : un ordre fondé sur une réalité sociale, héritage de l'organisation féodale, et un ordre naturel, qui lie le cultivateur et la terre qu'il possède. Or, la rencontre de ces deux conceptions antagonistes rend difficilement compte de l'état de la propriété à la fin de l'Ancien Régime. Dès lors, le rôle du bail emphytéotique demeure confus et difficile à appréhender, mettant à l'épreuve sa fonction de modèle. Sur le fond, de vives critiques sont émises par le mouvement physiocrate à l'égard du contrat emphytéotique, qui sont renforcées par la condamnation incisive de la féodalité au cours du XVIII^e siècle.

Section 3 L'ambivalence des cahiers de doléances de 1789 : entre intérêt économique et dérives féodales

À la fin de l'Ancien Régime, les critiques relatives à la féodalité deviennent récurrentes¹⁰³⁶. En effet, la multiplicité des intermédiaires qui interviennent dans l'organisation féodo-seigneuriale engendre un mille-feuille de droits, qui aboutit au

¹⁰³⁵ Cette ambivalence est mise en évidence par C. LARRÈRE, « Une philosophie de la propriété. Les physiocrates entre droit naturel et économie », *Fisiocrazia e proprietà terriera a cura di Manuela Albertone*, Napoli, Bibliopolis, 2004 (*Studi settecenteschi*, 24), p. 69. Voir également, ID., *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 204-213 ; S. LATOUCHE, « L'ordre naturel comme fondement imaginaire de la science sociale », *Ordre, nature, propriété*, *op. cit.*, p. 193-211.

¹⁰³⁶ Un exemple bien connu de ce phénomène est la brochure de Boncerf : P.-F. BONCERF, *Les inconvénients des droits féodaux. Ouvrage brûlé en 1776, en exécution de l'Arrêt du Parlement du 23 février, les Chambres assemblées, les Princes et Pairs y séant*, s.l., s.n., 1791. Sur la répartition de la propriété à la fin de l'Ancien Régime et ses conséquences, voir notamment G. LEFEBVRE, « Les recherches relatives à la répartition de la propriété et de l'exploitation foncière à la fin de l'Ancien Régime », *Revue d'histoire moderne*, t. 14, 1928, p. 103-130. Voir également la synthèse de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 174-176.

versement de diverses redevances au bien-fondé très souvent contesté. Les droits féodaux – expression englobant abusivement l’ensemble des droits seigneuriaux – sont particulièrement décriés¹⁰³⁷. Les cahiers de doléances de 1789 mettent en évidence les revendications du tiers-état sur ces questions.

Il faut garder à l’esprit les imprécisions sémantiques des cahiers de doléances. Il ressort de leur lecture que l’emphytéote est généralement envisagé comme un cultivateur assujéti au seigneur direct envers lequel il doit s’acquitter de divers droits et corvées. Pour autant, dans certains cahiers de doléances, l’emphytéote et le propriétaire semblent assimilés¹⁰³⁸. En ce sens, au contraire des laboureurs ou manouvriers qui constituent une paysannerie pauvre, le terme d’emphytéote y désignerait un paysan aisé. Il apparaît donc que la place de l’emphytéote dans le royaume de France n’est pas homogène. Dans certaines communautés, il peut bénéficier de terres riches et se présente comme un notable, tandis que dans d’autres cas, il s’est engagé à exploiter des terres incultes dont le rendement demeure médiocre ou insignifiant. Plus largement, cette observation issue des cahiers de doléances souligne les disparités qui émaillent le monde paysan d’Ancien Régime¹⁰³⁹. À la veille de la Révolution, la notion d’emphytéote recouvre donc des réalités économiques et sociales très diverses selon les régions et les circonstances.

Si les cahiers de doléances sont des sources à manier avec précaution, ils n’en demeurent pas moins des témoignages précieux permettant d’entrevoir l’état d’esprit des campagnes, notamment la manière dont est appréhendée la propriété, à la veille de la Révolution¹⁰⁴⁰. Le bail emphytéotique n’y est pas envisagé en tant que modèle. En cela, la perception du bail emphytéotique telle qu’elle ressort des cahiers de doléances tend à en restreindre la portée. C’est le contrat lui-même qui fait l’objet de critiques. Une certaine ambivalence ressort des revendications issues des cahiers de doléances. Dans la continuité des mouvements d’affermisssement des droits de l’exploitant, ces réclamations demandent

¹⁰³⁷ Sur l’expression « droits féodaux », J.-J. CLÈRE, « L’abolition des droits féodaux en France », *Cahiers d’histoire. Revue d’histoire critique*, t. 94-95, 2005, p. 135-136. Plus largement sur cette question, J.-J. CLÈRE, *Les paysans de la Haute-Marne et la Révolution française. Recherches sur les structures foncières de la communauté villageoise (1780-1825)*, Paris, Éditions du C.T.H.S., 1988, notamment p. 103-130 ; J. BASTIER, *La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse (1730-1790)*, Paris, Commission d’Histoire économique et sociale de la Révolution française, 1975 (*Mémoires et Documents*, 30).

¹⁰³⁸ Par exemple, dans le cahier de doléances de la ville de Montignac (Sénéchaussée du Périgord), *A.P.*, t. V, p. 346.

¹⁰³⁹ Sur l’hétérogénéité du monde paysan d’Ancien Régime, voir notamment J.-J. CLÈRE, *Les paysans de la Haute-Marne et la Révolution française...*, *op. cit.*, p. 60-72.

¹⁰⁴⁰ Sur les difficultés d’utilisation des cahiers de doléances, *Doléances. La plainte politique, voie de régulation des rapports gouvernés-gouvernants (XIII^e-XVIII^e siècle)*, *op. cit.*, p. 5-29 ; P. GRATEAU, *Les cahiers de doléances. Une relecture culturelle*, *op. cit.*, p. 11-29.

le rejet des charges imposées à l'emphytéote (§1). Dans le même temps, le contrat emphytéotique n'est pas condamné en lui-même et plusieurs cahiers de doléances lui reconnaissent une certaine utilité (§2).

§. 1 *Le rejet des charges imposées à l'emphytéote*

Les cahiers de doléances – surtout émanant du tiers-état – font état de l'importance des charges qui pèsent sur l'emphytéote. En dépit des justifications avancées par la noblesse, divers abus seigneuriaux sont signalés. Certaines revendications correspondent à des critiques plus générales à l'encontre des droits féodaux ou de l'impôt. D'autres portent plus spécifiquement sur l'emphytéote et réclament un renforcement de ses droits.

En premier lieu, une grande partie des doléances relatives à l'emphytéose se rattachent à des revendications plus larges, mettant l'accent sur le climat économique difficile auquel la population doit faire face. Plusieurs historiens ont toutefois souligné la nécessité de relativiser la crise qui aurait touché le XVIII^e siècle. S'il existe des difficultés économiques importantes en 1788-1789, la deuxième moitié du XVIII^e siècle apparaît comme une période faste. Néanmoins, cette prospérité économique s'appuie davantage sur l'industrie que sur l'agriculture, qui demeure un secteur stagnant¹⁰⁴¹. En outre, les cahiers de doléances ne constituent que « le reflet de l'opinion au printemps 1789 »¹⁰⁴² ; ils n'anticipent pas la Révolution à venir mais ils n'établissent pas non plus un bilan du siècle passé. Photographie d'un instant précis, ils donnent un aperçu des préoccupations de la population française au regard d'un contexte économique agricole préoccupant.

Une première question, l'impôt, fait l'objet de nombreuses récriminations émanant du tiers-état. Tout au long du XVIII^e siècle, le pouvoir royal s'est efforcé de réformer le système fiscal en multipliant les mesures, sans réussir à imposer de solution durable¹⁰⁴³. Le tiers-état de la juderie de Rivière-Verdun dresse ainsi un constat inquiétant de la situation des populations rurales qui ne peuvent plus « supporter tout accroissement d'impôt »¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹ Voir notamment J.-P. POUSSAU, « Le dynamisme de l'économie française sous Louis XVI », *Revue économique*, t. 40, 1989/6, p. 971.

¹⁰⁴² P. GRATEAU, *Les cahiers de doléances...*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁰⁴³ Sur ce point, G. ARDANT, *Histoire de l'impôt...*, *op. cit.*, t. II, p. 91-121.

¹⁰⁴⁴ Cahier du tiers-état de la juderie de Rivière-Verdun : « Vu le déni général où sont tombés les biens-fonds, la dépopulation des campagnes, l'impossibilité par le propriétaire de supporter tout accroissement d'impôt et la chute prochaine dont l'agriculture est menacée, admettre les emphytéotes à se racheter envers les seigneurs » (*A.P.*, t. V, p. 587). Dans le même sens, voir les doléances de la communauté de Lauris (Sénéchaussée d'Aix) : « La communauté expose en outre qu'étant asservie au despotisme féodal, et par

La communauté de Cuger souligne que la multiplication des impositions, en particulier de la taille et des lods et ventes, porte préjudice à la production agricole mais prive également le roi d'une partie de ses recettes fiscales, dans la mesure où elles restent entre les mains des seigneurs¹⁰⁴⁵. Si le tiers-état reconnaît la légitimité d'une partie des impôts imposés à l'emphytéote, il demande à ce qu'ils soient toujours justifiés et fondés en droit¹⁰⁴⁶. En définitive, les cahiers de doléances mettent en évidence une organisation fiscale qui entrave toute réforme agricole de fond en pénalisant l'investissement et la productivité. Les griefs recueillis à ce propos invitent à repenser ce système, en accord avec les évolutions sociales et politiques. D'ailleurs, pour diminuer la charge fiscale qui pèse sur eux, certains n'hésitent pas à demander au roi de « [f]aire payer tous ces seigneurs et religieux, qui n'ont rien payé jusqu'à présent »¹⁰⁴⁷. À l'inverse, des membres de la noblesse considèrent qu'ils ne doivent être assujettis à aucune imposition, puisqu'« en les [les fonds] recevant de la main du seigneur, l'emphytéote a accepté la condition d'en payer toutes les charges »¹⁰⁴⁸.

Les cahiers de doléances font également état de conflits d'intérêts fréquents dans les litiges tranchés par les justices seigneuriales ou royales : les intérêts des emphytéotes seraient mis à mal dans ces procès au bénéfice des intérêts du seigneur¹⁰⁴⁹. Certaines

conséquent soumise aux banalités, directe générale, elle gémit encore sous l'esclavage d'une taxe-cens particulière qui s'étend sur la majeure partie de son terroir. Taxe qui est fixée par les actes emphytéotiques et notamment par celui du 28 septembre 1646, au huitième des grains et légumes et au dixième des raisins, olives, noix et amandes ; telle est la stipulation de nos dernières reconnaissances. C'est la loi et l'usage » (*A.P.*, t. VI, p. 319).

¹⁰⁴⁵ « Et d'abord, la cense, quoiqu'elle ait pour base un titre légitime, est néanmoins injuste dans son effet, puisqu'elle est inextinguible, et qu'elle produit les droits de lods et de retrait. Cette hydre qu'elle enfante, en effarouchant ceux sur qui s'étend son empire, nuit aux affaires publiques et à l'intérêt du particulier, parce qu'il rend les ventes des fonds plus difficiles. (...) outre que la cense est une surcharge pour l'agriculture, qui est déjà, accablée sous le fardeau des impositions royales, elle est, dans bien des cas, un obstacle au paiement de ces mêmes impositions, s'il survient une grêle qui emporte les fruits, les seigneurs disant que les fonds emphytéotiques n'étant devenus taillables que par l'inféodation qu'ils en ont faite, la cens [sic] qu'ils y ont imposée est antérieure à la taille, et par conséquent qu'elle doit lui être préférée. Et la conséquence de ce système tend, dans le cas prévu, à priver le Roi de ses impositions » (Cahier de la communauté de Cuger (Sénéchaussée d'Aix), *A.P.*, t. VI, p. 274)

¹⁰⁴⁶ Voir notamment le cahier de la communauté d'Aubage (Sénéchaussée d'Aix) : « Art. 21. Que là où les directes ou servitudes inhérentes aux fiefs demeureront inextinguibles, audit cas le lod sera payé sur le prix de la valeur des baux emphytéotiques dont le seigneur justifiera » (*A.P.*, t. VI, p. 250) ; ou encore les doléances du Castelet dans le cahier de Digne (Sénéchaussée de Forcalquier) : « La communauté du Castelet (...) demande que les lods perçus par le seigneur, d'une vérité reconnue nulle par les parties, soient rendus aux particuliers sans que le seigneur puisse obliger les emphytéotes à obtenir un arrêt » (*A.P.*, t. III, p. 355).

¹⁰⁴⁷ Les habitants du Pin (Paris) entendent notamment faire contribuer à l'impôt « [I]es moines de Saint-Victor [qui] jouissent d'une ferme de 240 arpents de terre et bas prés, louée au sieur Larue, fermier et procureur fiscal du lieu, en bail emphytéotique » (*A.P.*, t. V, p. 24).

¹⁰⁴⁸ Cahier de la noblesse de la sénéchaussée de Carcassonne, *A.P.*, t. II, p. 530.

¹⁰⁴⁹ En ce sens, voir les doléances de la ville de Montignac (Sénéchaussée du Périgord) : « Que l'on fixe un terme au-delà duquel les rentes et droits seigneuriaux seront éteints par prescription ; c'est par un pareil règlement que l'on fera tarir une source féconde de procès et d'injustices, soit entre les seigneurs voisins, soit des seigneurs avec les emphytéotes, et qui viennent de la difficulté de vérifier les anciennes limites des possessions, des empiètements ou de la perte des titres d'affranchissements. Ce règlement sera aussi utile aux

juridictions ne trancheraient plus dans le sens du bien commun mais du bien d'un seul. La défiance et les soupçons de fraude qui entourent ces décisions rejaillissent nécessairement sur le seigneur dont la probité est contestée.

Une autre critique récurrente formulée dans les doléances relatives à l'emphytéose concerne les droits féodaux. En s'intégrant dans l'ancien droit et bien qu'il ne soit pas un contrat féodal, le bail emphytéotique a, en effet, adopté les traits les plus saillants de l'organisation foncière d'Ancien Régime, à l'instar des droits féodaux¹⁰⁵⁰. En 1789, les sollicitations des cahiers de doléances tendent à demander la suppression des charges seigneuriales et féodales qui ont été ajoutées au fil du temps¹⁰⁵¹. Les représentants du tiers-état soulignent notamment que les droits féodaux, réservés à l'origine aux concessions de droit féodal, ont été étendus arbitrairement aux autres concessions. Les bourgeois de la ville de Lyon affirment que de tels droits « ruinent en partie tous les emphytéotes »¹⁰⁵². Plusieurs membres du clergé s'associent à cette critique de l'inflation des droits seigneuriaux, auxquels certains de leurs biens sont soumis, considérant qu'il s'agit d'une atteinte injuste à la propriété¹⁰⁵³. Au contraire, une partie de la noblesse tente

seigneurs qu'aux censitaires » (*A.P.*, t. V, p. 346). Voir aussi celles des bourgeois de la ville de Lyon : « Art. 6. Sa Majesté est suppliée de donner pouvoir à toutes les justices royales des villes du royaume pour juger toutes les autres affaires en dernier ressort, ce qui arrêtera la voracité des gens de justice et empêcherait la ruine des citoyens, et d'accorder la révision des procès mal jugés depuis le rappel que Sa Majesté a fait de ses anciens parlements à son avènement au trône ; que plusieurs citoyens attendent de sa bonté et justice, ce qui prouvera le mal jugé de plusieurs procès décidés par son parlement de Paris qui juge, sans avoir égard aux titres produits aux procès, notamment en août dernier 1788, qu'ils ont condamné tous les habitants et bourgeois propriétaires du hameau de Vernay (...) de payer la dîme de onze la douzième à l'encontre d'une transaction passée dans le seizième siècle avec tous les seigneurs bénédictins de l'Isle-Barbe, qui fixa la dîme de seize la dix-septième, sans pouvoir jamais revenir à l'encontre de cette transaction par aucun titre postérieur que l'on peut faire ; *mais Messieurs, des parlements, qui sont tous seigneurs, quels titres que leur produisent les emphytéotes, ils sont toujours condamnés, quel bon doit qu'ils puissent avoir* » (*A.P.*, t. III, p. 619). Nous soulignons.

¹⁰⁵⁰ Sur les adaptations du régime du bail emphytéotique dans l'ancien droit, voir *supra*, p. 111 et s.

¹⁰⁵¹ Les représentants du tiers-état dans la sénéchaussée du Puy-en-Velay demande la suppression de « tous les droits insolites et non procédant du bail emphytéotique comme leude, banvin, garde, sauvegarde, porterage, clame, pulverage, tailles seigneuriales, corvées, banalité et tous autres droits de cette nature, tenant leur origine de la servitude personnelle » (*A.P.*, t. V, p. 469). De la même façon, les habitants de Mazargues (Sénéchaussée de Marseille) forment une critique virulente à l'égard des droits féodaux car « en confondant de simples emphytéotes avec des vassaux et hommes de son fief (...) est étendu indistinctement sur toutes les possessions des habitants qu'on soumet à la taxe, au cens, à la redevance de la poule grasse, etc., etc. » (*A.P.*, t. III, p. 714).

¹⁰⁵² Cahier des bourgeois de la ville de Lyon, *A.P.*, t. III, p. 619.

¹⁰⁵³ Voir notamment les revendications du clergé du bailliage de Meaux : « C'est une entrave de plus mise à la propriété. Tels sont les arrêts qui assujettissent à un nouveau droit d'amortissement les échanges, entre les ecclésiastiques, de biens déjà amortis. Tels sont enfin les arrêts qui ont autorisé la perception des droits de franc-fief et autres droits domaniaux accessoires, sur les baux emphytéotiques de quelques portions d'héritages situées dans l'étendue des seigneuries des gens de mainmorte. L'établissement de droits aussi injustes qu'onéreux au clergé n'est fondé sur aucune loi » (*A.P.*, t. III, p. 725).

de préserver le plus possible ses privilèges, voire réclame le rétablissement de certains droits à son profit¹⁰⁵⁴.

En somme, pour le tiers-état, se plier à cet ensemble de droits féodaux à la fin de l'Ancien Régime, ne s'impose plus comme une contrepartie proportionnée aux bienfaits censés être apportés par le seigneur¹⁰⁵⁵. Au déclin des institutions féodales se superpose un contexte économique préoccupant, ce qui explique l'accumulation des récriminations. Les doléances de la communauté de Saint-Julien-le-Montagnier apparaissent particulièrement révélatrices de cette situation intenable, en soulignant que :

« les droits féodaux sont, en général, odieux, oppressifs, contraires à la population, au commerce des biens dont les emphytéotes n'ont la libre disposition qu'en payant au seigneur un sixième du prix, et dont les acquéreurs ne sont pas même assurés dans leurs acquisitions par la cession arbitraire du droit de prélation, ce qui, en dernière analyse, tend à (...) ne laisser dans les communautés de campagnes, que des vassaux asservis à l'intérêt du seigneur plutôt qu'au bien public »¹⁰⁵⁶.

De telles doléances s'inscrivent dans la dénonciation du tiers-état face à ce qu'ils considèrent comme des abus répétés de la part des seigneurs¹⁰⁵⁷ ou de leurs représentants¹⁰⁵⁸. Finalement, l'accumulation des droits seigneuriaux connaît une telle

¹⁰⁵⁴ En ce sens, voir le cahier de la noblesse de la juderie de Rivière-Verdun dans lequel il est demandé que « l'arrêt du conseil du 17 mai 1786, qui casse l'arrêt du parlement du 19 mai 1781, relatif au droit d'échange, soit révoqué comme blessant également les propriétaires des emphytéotes et des seigneurs » (*A.P.*, t. V, p. 585). L'arrêt de parlement permettait au noble de percevoir des droits de mutations en cas de d'échange d'immeubles mais le conseil du roi de 1786 a mis fin à cette pratique. Sur le droit d'échange à la fin de l'Ancien Régime, voir J. NAGLE, « Un aspect de la propriété seigneuriale à Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles : les lods et ventes », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, t. 24, 1977/4, p. 575-576.

¹⁰⁵⁵ Il s'agit d'une critique récurrente dans le sillage de Boncerf. Voir la synthèse de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 175-176.

¹⁰⁵⁶ Cahier de la communauté de Saint-Julien-le-Montagnier (Sénéchaussée d'Aix), *A.P.*, t. VI, p. 416. Une même aspiration à la liberté de circulation des biens et des personnes se retrouve dans le cahier du tiers-état de la juderie de Rivière-Verdun qui s'insurge, au détour d'une plainte relative aux charges excessives qui pèsent sur l'emphytéote, contre les « devoirs féodaux personnels qui gênent la liberté des citoyens » (*A.P.*, t. V, p. 587).

¹⁰⁵⁷ Sur ce point, voir notamment les reproches adressés par la communauté de Gignac (Sénéchaussée d'Aix) à son seigneur : « Par les premiers baux emphytéotiques et autres, tous les seigneurs de Gignac ont accordé aux emphytéotes le droit et usage des bois et herbages de toutes les terres gastes avec cette réserve du surplus. Comme on ne peut donner une plus juste signification à ce surplus que celle de dire que le seigneur s'est réservé tous les bois et herbages que les habitants et leurs troupeaux ne pourront consommer, il sera aussi vrai de dire qu'au moment que les habitants manquent de bois et leurs troupeaux d'herbages, le seigneur n'a plus droit de vendre les bois ni les herbes. C'est cependant ce que fait le seigneur de Gignac, toutes les fois qu'il en a l'occasion » (*A.P.*, t. VI, p. 298).

¹⁰⁵⁸ Il s'agit de l'une des plaintes de la communauté de Puyvert (Sénéchaussée d'Aix) : « Cette communauté a toujours appartenu et appartient encore à des seigneurs grands et magnifiques, qui, vivant dans la capitale, étaient trop éloignés pour entendre les plaintes et les supplications de leurs vassaux. Leurs cœurs généreux

inflation que leurs excès sont condamnés, à tel point qu'une partie du tiers-état exige l'abolition pure et simple de l'ensemble des droits féodaux. À travers ces diverses protestations, le tiers-état demande, certes la limitation ou la suppression des droits féodaux, mais aussi la libre disposition des biens que ses membres exploitent, ce qui va de pair avec les réclamations visant à affermir les droits de l'emphytéote.

En second lieu, une autre série de doléances met en lumière plusieurs revendications qui tendent à renforcer les droits des preneurs à emphytéose. La première concerne la possibilité pour le seigneur de demander la reconnaissance de sa directe à l'emphytéote. Les actes de reconnaissance sont des transcriptions, des « déclarations de tenanciers énumérant, à la demande de leur seigneur, les droits versés à ce dernier »¹⁰⁵⁹. L'acte de reconnaissance constate un lien contractuel déjà établi entre l'emphytéote et le seigneur. Plus encore, il le restaure et le prolonge. L'établissement d'un tel acte nécessite l'application d'une procédure particulière. Par conséquent, chaque reconnaissance s'accompagne du paiement d'une certaine somme par l'emphytéote à destination de son propriétaire direct. Certains cahiers de doléances soulignent que des seigneurs abusent de ce droit et insistent sur le déséquilibre de la relation entre le seigneur et l'emphytéote¹⁰⁶⁰. D'un côté, le bailleur est autorisé à exiger autant de reconnaissances qu'il le souhaite. De l'autre, outre le prix dont le preneur doit s'acquitter, la perte du titre, quelles qu'en soient les circonstances, pèse lourdement sur l'emphytéote qui peine à rapporter la preuve de l'existence de son droit réel. La reconnaissance révèle la relation juridique de dépendance de l'emphytéote envers son seigneur, ce que condamnent les doléances du tiers-état. Pour pallier cela, plusieurs cahiers émanant du tiers-état proposent de limiter le nombre de reconnaissances aux frais de l'emphytéote¹⁰⁶¹. Il est toutefois important de nuancer ces

pouvaient-ils prévoir que leurs fermiers et préposés, abusant du crédit que donne, dans un petit lieu, l'agence ou la ferme, nuiraient à des emphytéoses, chercheraient à établir des abus (...) ? » (*A.P.*, t. VI, p. 387).

¹⁰⁵⁹ T. PÉCOUT, « Les actes de reconnaissances provençaux des XIII^e-XIV^e siècles : une source pour l'histoire du pouvoir seigneurial », *Le médiéviste devant ses sources*, éd. C. CAROZZI, H. TAVIANI-CAROZZI, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2004 (*Le temps de l'histoire*), p. 271.

¹⁰⁶⁰ Voir notamment, le cahier du tiers-état de la sénéchaussée de Draguignan où il est demandé que « le seigneur soit tenu de payer les reconnaissances qu'il exige des emphytéotes, et que tout vassal attaqué par son seigneur soit soutenu par la communauté, d'après l'avis rapporté de deux avocats » (*A.P.*, t. III, p. 262) ; le cahier du tiers-état de Saint-Sever (Sénéchaussée de Dax) qui propose que « les seigneurs ne [puissent] exiger des reconnaissances qu'à chaque mutation de seigneur, et que les emphytéotes soient autorisés à les consentir par une reconnaissance générale » (*A.P.*, t. III, p. 106) ; le cahier de la communauté de la Penne (Sénéchaussée d'Aix) qui réclame l'« affranchissement des cens et directes par le rachat, qui ne sera perçu que sur la représentation du titre emphytéotique, et non des reconnaissances » (*A.P.*, t. VI, p. 369).

¹⁰⁶¹ Ainsi, à Castelnaudary, on propose une reconnaissance aux frais de l'emphytéote tous les vingt-cinq ans (« Art. 2. Que les reconnaissances des droits seigneuriaux ne puissent être renouvelées aux frais de l'emphytéote que chaque vingt-cinq ans », Cahier du tiers-état de la sénéchaussée de Castelnaudary, *A.P.*,

doléances dans la mesure où des études ont montré que les emphytéotes ne manquent pas d'exploiter les failles de la gestion seigneuriale pour omettre de s'acquitter de certains droits¹⁰⁶². En tout état de cause, ce rejet des reconnaissances – qu'il soit excessif ou non – traduit la volonté des preneurs à bail de longue durée d'affermir leurs propriétés tout en limitant au maximum la mainmise des seigneurs fonciers. Certains ecclésiastiques ne s'y sont pas trompés. Les revendications du clergé de Chalon-sur-Saône sont révélatrices de leur volonté de limiter les droits de leurs emphytéotes. Ils réclament ainsi auprès du roi une loi pour que les baux emphytéotiques soient « sujets à la prescription trentenaire s'ils ne sont reconnus dans cet espace de temps »¹⁰⁶³.

Les cahiers de doléances expriment une autre exigence qui souligne un attachement de plus en plus prononcé à la propriété exclusive : l'extension du droit de rachat. Une telle requête est massivement exprimée par le tiers-état¹⁰⁶⁴ mais aussi par des membres du clergé¹⁰⁶⁵. Le prix du rachat serait alors fixé en s'appuyant sur une estimation établie par la

t. II, p. 560), à Pamiers tous les vingt-neuf ans (« Art. 2. Si la suppression des droits seigneuriaux éprouvait des difficultés, ou exigeait d'être renvoyée à temps plus favorables, qu'il soit ordonné que les reconnaissances, desdits seigneurs ne pourraient être renouvelées aux frais de l'emphytéote qu'à l'époque de vingt-neuf ans », Cahier du tiers-état de la sénéchaussée de Pamiers, *A.P.*, t. IV, p. 283), à Villeneuve-de-Berg tous les quarante ans (« 36° Ils demanderont que les reconnaissances féodales ne puissent être exigées des emphytéotes à leurs frais, et qu'une seule fois dans quarante ans, et que si les seigneurs féodaux désirent des reconnaissances plus fréquentes, elles ne leur soient consenties dans tous les genres de mutation qu'à leur propres frais », Cahier du tiers-état de la sénéchaussée de Villeneuve-de-Berg, *A.P.*, t. VI, p. 711) et au Puy-en-Velay tous les cinquante ans (« Art. 33. Que les seigneurs ne puissent faire renouveler leurs terriers aux dépens des emphytéotes que tous les cinquante ans, hors le cas de vente », Cahier du tiers-état de la sénéchaussée du Puy-en-Velay, *A.P.*, t. V, p. 469).

¹⁰⁶² G. BÉAUR, « Les rapports de propriété en France sous l'Ancien Régime et dans la Révolution. Transmission et circulation de la terre dans les campagnes françaises du XVI^e au XIX^e siècle », *Ruralité française et britannique, XIII^e-XX^e siècles. Approches comparées*, éd. N. VIVIER, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005 (*Histoire*), p. 190-191, n. 6-7.

¹⁰⁶³ Cahier du clergé du bailliage de Chalon-sur-Saône, *A.P.*, t. II, p. 602.

¹⁰⁶⁴ Notamment dans la sénéchaussée du Puy-en-Velay : « Art. 30. Liberté aux emphytéotes du rachat, par fiefs ou seigneuries, de tous autres droits de directe conciliée avec les droits légitimes de la propriété des seigneurs » (*A.P.*, t. V, p. 469) ; dans la communauté de la Penne (Sénéchaussée d'Aix) : « Affranchissement des cens et directes par le rachat, qui ne sera perçu que sur la représentation du titre emphytéotique » (*A.P.*, t. VI, p. 369) ; dans la communauté de Simiane (Sénéchaussée d'Aix) : « pour tous les fiefs de la province, il sera permis, soit aux communautés, soit aux particuliers, de racheter les directes sur le pied des baux emphytéotiques » (*A.P.*, t. VI, p. 425) ; dans la principauté de Dombes (Sénéchaussée de Trévoux) : « Qu'il soit permis à l'emphytéote de se racheter des cens et rentes foncières, sur le prix qui sera réglé et fixé par les États généraux » (*A.P.*, t. VI, p. 69) ; dans le bailliage de Dijon : « Art. 66... Qu'il sera également permis de racheter aussi, suivant le taux qui sera fixé par les États généraux, tous les cens simples et emphytéotiques dus de particulier à particulier, comme aussi, toujours suivant le même taux, toutes les dîmes inféodées » (*A.P.*, t. III, p. 134) ; dans la sénéchaussée de Marseille : « 10° Favoriser, autant qu'il sera possible, en respectant la propriété, tous les moyens d'affranchir les fonds de terre des cens et redevances emphytéotiques, ainsi que le rachat des rentes perpétuelles » (*A.P.*, t. III, p. 703).

¹⁰⁶⁵ En particulier, dans la province du Forez, le clergé demande de « [p]ermettre le rachat des droits emphytéotiques » (*A.P.*, t. III, p. 382).

loi ou des experts¹⁰⁶⁶. Il faut souligner que le pouvoir royal a tenté de généraliser le rachat des rentes foncières perpétuelles, tout au long de l'époque moderne, sans grand succès¹⁰⁶⁷. Cette réclamation issue des cahiers de doléances met en lumière la progression d'une conception exclusive et absolue de la propriété. Par l'exercice du droit de rachat, les emphytéotes espèrent se détacher du poids des cadres féodaux mais aussi se constituer une propriété pleine et entière, affranchie de la directe seigneuriale. En cela, le droit d'emphytéose se verrait renforcé et s'approcherait encore davantage d'un droit absolu et exclusif.

D'ailleurs, plusieurs cahiers de doléances suggèrent que l'emphytéote est reconnu comme un véritable propriétaire par les habitants. Dans les faits, les emphytéotes demeurent toutefois soumis à un certain nombre de droit, parfois jugés vexatoires et qui entravent leur entière liberté, ce qui explique leurs revendications. En ce sens, la communauté de Saint-Julien-le-Montagnier estime que l'exercice des droits féodaux sur les biens concédés à emphytéose « tend à dépouiller le malheureux propriétaire »¹⁰⁶⁸. De même, dans le cahier de Vincennes, les habitants demandent au roi de confirmer la concession à bail emphytéotique de maisons et, en contrepartie, ils s'engagent en tant que « propriétaires » à continuer de lui payer une redevance en reconnaissance de sa directe¹⁰⁶⁹. Il convient cependant de rappeler que d'autres cahiers de doléances du tiers-état n'évoquent l'emphytéote que comme un « possesseur »¹⁰⁷⁰.

D'une manière générale, il ressort des cahiers de doléances du tiers-état le souhait de renforcer les droits de l'emphytéote, titulaire du domaine utile, ce qui va à l'encontre des intérêts de la noblesse et du clergé. Cette tendance accompagne d'une réflexion plus large sur le droit de propriété, amorcée dès le siècle précédent. Les philosophes jusnaturalistes du XVII^e siècle ont cherché à lui conférer le statut de droit naturel, ce qui les a conduits à rechercher l'origine de la propriété¹⁰⁷¹. Des auteurs comme Hugo Grotius¹⁰⁷² ou Samuel

¹⁰⁶⁶ En ce sens, voir le cahier du tiers-état du bailliage secondaire d'Auxonne (Bailliage de Dijon) (*A.P.*, t. III, p. 144) ; le cahier des bourgeois de la ville de Lyon (*A.P.*, t. III, p. 619) ; le cahier de la principauté de Dombes (Sénéchaussée de Trévoux) (*A.P.*, t. VI, p. 69).

¹⁰⁶⁷ Par exemple, une déclaration *qui soumet au rachat les rentes emphytéotiques, nonobstant les clauses prohibées et autres* promulguée à Offemont le 27 mai 1554 et enregistrée au parlement de Paris le 18 juin 1554 (F.-A. ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois...*, *op. cit.*, t. XIII, p. 388-390).

¹⁰⁶⁸ Cahier de la communauté de Saint-Julien-le-Montagnier (Sénéchaussée d'Aix), *A.P.*, t. VI, p. 416.

¹⁰⁶⁹ Cahier de Vincennes (Paris), *A.P.*, t. V, p. 223.

¹⁰⁷⁰ Voir notamment le cahier du tiers-état de Digne (Sénéchaussée de Forcalquier), *A.P.*, t. III, p. 355 ; ou le cahier du tiers-état de la Sénéchaussée de Marseille, *A.P.*, t. III, p. 703.

¹⁰⁷¹ Pour une synthèse sur la réflexion sur l'état de nature et l'origine de la propriété privée, voir P. GARNSEY, *Penser la propriété...*, *op. cit.*, p. 165-207. Voir aussi sur le droit de propriété comme droit naturel, C. GUBET LAFAYE, « La naturalisation de l'appropriation privative », *Revue de philosophie économique*, t. 15, 2014/2, p. 35-68 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Propriété », *Dictionnaire de philosophie politique*,

von Pufendorf¹⁰⁷³ fondent, théoriquement, l'idée de propriété sur un contrat tacite ou explicite qui aurait précédé la première *occupatio*. Par ailleurs, selon la thèse lockienne, les droits des premiers occupants s'établissent sur une terre par le seul fait de la cultiver¹⁰⁷⁴. Au demeurant, au XVIII^e siècle, Thomas Rutherford († 1771) souligne que la théorie lockienne pourrait être utilisée pour défendre le droit de l'emphytéote contre celui du seigneur direct, même s'il doute qu'elle sera effectivement mise en pratique¹⁰⁷⁵. En somme, les discussions sont vives quant à l'origine de la propriété privée et plusieurs théories entrent en concurrence. À la suite de John Locke († 1704), plusieurs penseurs considèrent le droit de propriété comme un droit naturel et inviolable. À la fin de l'époque moderne, ces thèses ont été largement diffusées et ont infusé dans l'esprit du siècle¹⁰⁷⁶. Elles s'épanouissent dans un contexte favorable au renforcement de la propriété individuelle et exclusive. D'ailleurs, lorsqu'au milieu du siècle suivant, Alexis de Tocqueville († 1859) dresse le bilan des évolutions ayant transformé la société de la fin d'Ancien Régime, il remarque qu'en France « le paysan n'avait pas seulement cessé d'être

éd. P. RAYNAUD, S. RIALS, Paris, PUF, 1996, p. 503-508 ; ID., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, *op. cit.*, p. 199 et s. ; ID., « Du droit de Dieu au droit de l'homme... », *loc. cit.*, p. 17-31 ; M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », *Critique de la pensée juridique moderne. Douze autres essais*, Dalloz, Paris, 1976, p. 187-200 ; ID., « Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVII^e siècle (notes de lectures) », *loc. cit.*, p. 73-105. Parmi les manuels, voir également la synthèse de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 149-168.

¹⁰⁷² H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, t. I, p. 227 : « les Choses n'ont pas commencé à passer en propriété par un simple acte intérieur de l'Âme, puisque les autres ne pouvoient pas deviner ce que l'on vouloit s'approprier, pour s'en abstenir eux-mêmes, & que d'ailleurs plusieurs auroient pu vouloir en même tems une même chose : mais cela s'est fait par une convention, ou expresse, comme lors qu'on partageoit des choses qui étoient auparavant en commun ; ou tacite, comme quand on s'en emparoit. Car du moment qu'on ne voulut plus laisser les choses en commun, tous les Hommes furent censez & durent être censez avoir consenti, que chacun s'appropriât, par droit de premier Occupant, ce qui n'auroit pas été partagé ».

¹⁰⁷³ S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens...*, *op. cit.*, t. I, p. 577 : « Tout ce que fait la Loi Naturelle, c'est qu'elle nous conseille d'établir la Propriété, lorsque l'avantage de la Société Humaine le demande ; laissant d'ailleurs à la prudence des Hommes à examiner s'ils doivent rendre Propres toutes les choses, ou seulement quelques-unes, & s'ils doivent posséder ou séparément, ou par indivis, celles qu'ils s'approprient, abandonnant les autres au premier occupant, en sorte que personne ne puisse s'attribuer le droit d'en jouir seul. Sur ce pie[d]-là, le Droit Naturel autorise toutes les Conventions faites là-dessus entre les Hommes, à moins qu'elles ne renferment quelque chose de contradictoire, ou d'incompatible avec le repos de la Société. D'où je conclus, que la Propriété des Biens tire immédiatement son origine des Conventions Humaines ou expresses, ou tacites ».

¹⁰⁷⁴ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Imprimerie de Desveux, Royez, 1794-1795, p. 75 : « Autant d'arpens de terre qu'un homme peut labourer, semer, cultiver, et dont il peut consom[m]er les fruits pour son entretien, autant lui en appartient-il en propre. Par son travail, il rend ce bien-là son bien *particulier*, et le distingue de ce qui est *commun* à tous ».

¹⁰⁷⁵ T. RUTHERFORTH, *Institutes of natural law being the substance of a course of lectures on Grotius De Jure Belli et Pacis*, t. I, Cambridge, J. Bentham, 1754, p. 50-61.

¹⁰⁷⁶ Sur la diffusion de l'influence du jusnaturalisme sur la conception de la propriété à la fin de l'Ancien Régime, É. GÉRAUD-LLORCA, « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789) », *loc. cit.*, p. 62.

serf ; il était devenu *propriétaire foncier* »¹⁰⁷⁷. De la même façon, un observateur extérieur, Arthur Young († 1820), soutient qu'un tiers du sol de la France appartient en propre aux paysans¹⁰⁷⁸. Le complexe féodal qui s'organise autour d'une subordination du preneur à un seigneur qui détiendrait un domaine de supériorité apparaît dépassé. Les cahiers de doléances rédigés en 1789 ne prennent sans doute pas acte de l'ensemble de cette réflexion conduisant vers une propriété exclusive néanmoins, leurs rédacteurs ont sans doute été indirectement influencés par des courants de pensée largement diffusés à la veille de la Révolution.

Ainsi, si les cahiers de doléances ne remettent pas entièrement en cause la conception foncière d'Ancien Régime, ils en font ressortir les plus graves dysfonctionnements. Les solutions qui sont envisagées tendent à renforcer encore davantage les droits des emphytéotes, voire consacrer à leur profit un droit de propriété exclusif et absolu, en leur permettant notamment de racheter les droits seigneuriaux. Par ces revendications, une volonté de s'affranchir du contrat lui-même peut transparaître, tendant à mettre à l'épreuve le bail emphytéotique. Concomitamment, au-delà de des critiques des cadres d'Ancien Régime, les cahiers de doléances attirent aussi l'attention sur l'utilité du bail emphytéotique.

§. 2 *La reconnaissance de l'utilité du bail emphytéotique*

À côté des revendications qui réclament la suppression des droits féodaux ou sollicitent le renforcement des droits de l'emphytéote, une partie des cahiers de doléances souligne également l'intérêt que présente encore le bail emphytéotique à la veille de la Révolution. Il est ainsi possible de constater que la conclusion de nouveaux baux à emphytéose est souhaitée pour deux usages précis : la mise en valeur du domaine royal et l'exploitation des biens ecclésiastiques.

L'appel à valoriser davantage le domaine royal émane tant du tiers-état que de la noblesse ou du clergé. La ville de Saint-Sever demande que le roi « fasse rentrer tous les domaines de la couronne aliénés, pour les donner ensuite à bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans, ainsi que ceux qu'elle retient encore sous sa main, *ses plaisirs*

¹⁰⁷⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères, 1856, p. 35.

¹⁰⁷⁸ A. YOUNG, *Voyages en France*, trad. H. SÉE, Paris, Armand Colin, 1931 (*Les classiques de la Révolution française*), p. 21. Arthur Young (1741-1820), agronome britannique, a connu un certain succès en France grâce à la publication de ses *Voyages en France*. Ses ouvrages retracent ses séjours en France en 1787, 1788 et 1789-1790, témoignant de la situation agricole et politique à la fin de l'Ancien Régime.

exceptés »¹⁰⁷⁹. Les habitants de la ville proposent, dans cette hypothèse, de limiter les droits de l'emphytéote à couper les arbres, pour éviter qu'il n'appauvrisse le domaine royal¹⁰⁸⁰. Des réclamations équivalentes se retrouvent dans les cahiers du tiers-état de la ville de Meudon¹⁰⁸¹ et de Lille¹⁰⁸² ainsi que dans ceux du bailliage de Sens¹⁰⁸³ et de Vitry-le-François¹⁰⁸⁴. Une même requête émane de la noblesse à Sens¹⁰⁸⁵ ou encore du clergé à Vic¹⁰⁸⁶. Dans tous les cas, c'est une préoccupation pécuniaire qui incite les sujets du roi à suggérer un recours plus systématique au bail emphytéotique, ou éventuellement à d'autres concessions de longue durée. Par ce moyen, ils affirment que les revenus du domaine royal augmenteront significativement et ils espèrent ainsi diminuer d'autant la dette qui s'accumule. Cette incitation doit également être comprise en parallèle des doléances condamnant de trop lourdes impositions : plutôt que d'accroître l'impôt, ils incitent alors le roi à compter aussi et surtout sur une meilleure exploitation de son domaine. Indirectement, l'invitation à développer l'usage du bail emphytéotique pour la mise en valeur des terres détenues par le roi procède donc d'une remise en cause, plus générale, de la fiscalité trop accablante de la fin de l'Ancien Régime.

¹⁰⁷⁹ Cahier de la ville de Saint-Sever (Sénéchaussée de Bigorre), *A.P.*, t. II, p. 371. Souligné par l'auteur.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁸¹ « Art. 21. Avant de rien déterminer sur ce qui concerne les domaines du Roi, qui sont le patrimoine de la couronne, il serait nécessaire d'examiner si, au lieu de les vendre, de les aliéner, ou de les échanger, il ne serait pas plus avantageux de les donner à rente foncière ou à bail emphytéotique, selon leur valeur réelle ; à la charge d'en faire approuver les contrats par les États Généraux, et d'en laisser les revenus aux assemblées provinciales, qui en verseraient directement les deniers dans le trésor royal » (Cahier de la ville de Meudon (Paris), *A.P.*, t. VI, p. 708).

¹⁰⁸² « Art. 2. Aliénation de tous les fonds et tous les fonds domaniaux (à l'exception des forêts) par forme de baux emphytéotiques ou arrentements, dont la reconnaissance annuelle sera stipulée en grains et payable en argent sur le prix des prisées ordinaires » (Cahier de la gouvernance de Lille, *A.P.*, t. III, p. 533).

¹⁰⁸³ « Art. 2. Que les aliénations des domaines, à titre d'échange, soient scrupuleusement examinées, particulièrement celles faites dans les derniers temps, à l'effet de rentrer dans ceux de ces domaines dont l'échange aurait été préjudiciable à Sa Majesté.

Art. 3. Que cette rentrée, une fois effectuée, il soit procédé à l'aliénation de ces domaines, à titre de bail emphytéotique » (Cahier du tiers-état du bailliage de Sens, *A.P.*, t. V, p. 759).

¹⁰⁸⁴ « Art. 8. D'autoriser avec les États généraux la vente des domaines engagés ou non pour la liquidation de la dette publique, ou du moins à les louer à bail emphytéotique, de manière que le peuple puisse en profiter et les améliorer comme sa propriété » (Cahier du tiers-état du bailliage de Vitry-le-François, *A.P.*, t. VI, p. 216).

¹⁰⁸⁵ « Sans préjudicier aux lois qui établissent l'inaliénabilité des domaines, on insistera sur l'engagement de ces mêmes domaines à bail emphytéotique, pour anéantir les abus de la présente administration. Dans ces engagements seront comprises les forêts du Roi, sauf les réserves à déterminer dans lesdites forêts, et qui seront indiquées par la sagesse des États, afin d'assurer dans tous les temps les approvisionnements de la marine, sans nuire à la tranquillité des seigneurs engagistes, ainsi qu'aux droits de leurs propriétés emphytéotiques. Et le député insistera sur ce que la partie législative de cette aliénation étant attribuée aux cours souveraines compétences, l'exécution ainsi que les conditions de vente, soient confiées aux États provinciaux » (Cahier de la noblesse du bailliage de Sens, *A.P.*, t. V, p. 754).

¹⁰⁸⁶ « Art. 36. Selon le Compte de M. Necker, les domaines et bois rapportent à Sa Majesté 38 millions 100,000 livres. D'après les connaissances que l'on a de ceux situés dans la province, on croit pouvoir assurer que ces domaines et bois entre les mains de particuliers, rapporteraient annuellement près de 80 millions. Si Sa Majesté voulait bien y consentir, on pourrait les aliéner au moins pour le cours d'un bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans, et éteindre par ce moyen près de deux milliards de dettes » (Cahier du clergé de Vic (bailliage de Toul), *A.P.*, t. VI, p. 17).

Dans certains cahiers de doléances, le bail emphytéotique est aussi préconisé pour exploiter les fonds de terres détenues par des communautés ecclésiastiques. Sur cette question, les membres du clergé apparaissent particulièrement unis. Les textes canoniques prévoient déjà de lourdes solennités pour conclure un bail à emphytéose¹⁰⁸⁷. Pourtant, en 1789, les ecclésiastiques se prononcent en faveur d'un encadrement encore plus strict des aliénations des biens du clergé, en renforçant le contrôle de l'évêque¹⁰⁸⁸. En ce sens, le clergé de Beauvais explique que « la dotation des églises diminue, tous se plaignent des moyens sans cesse imaginés d'échapper à la surveillance du clergé et aux lois qui veillent à la conservation de ces biens ; les baux emphytéotiques, les baux à cens, les échanges, les ventes mêmes semblent pour ainsi dire tolérées »¹⁰⁸⁹. Le clergé du Nivernais précise que « [l]es lettres patentes, portant permission d'aliéner, s'obtiennent facilement au conseil » et que « les cours souveraines homologuent sans enquête, ou sur enquêtes fort légères, les actes d'arrentement, les baux emphytéotiques, les baux à cens, les échanges »¹⁰⁹⁰. Ainsi, les membres du clergé font front pour demander une plus grande protection de leurs biens, au nom de « l'intérêt commun »¹⁰⁹¹. Au contraire, quelques cahiers de doléances émanant du tiers-état réfutent un tel argument d'utilité publique et proposent d'obliger les communautés ecclésiastiques à valoriser leurs terres incultes par le biais d'un bail emphytéotique ou d'un autre bail à long terme¹⁰⁹². Ce désaccord s'adosse aussi sur un

¹⁰⁸⁷ Sur le détail de ces solennités, voir *supra*, p. 76 et s.

¹⁰⁸⁸ Ainsi, on peut lire dans le cahier du clergé de Chalon-sur-Saône que « [l]a dotation des églises diminue journellement, malgré la surveillance du clergé et les lois qui défendent d'en aliéner les biens, souvent les titulaires procèdent à des baux à cens ou emphytéotiques, à des échanges et ventes même, et obtiennent la sanction des tribunaux en les représentant comme avantageuses aux bénéficiaires ; pour prévenir les abus de ces aliénations qui peuvent être quelques fois utiles, le clergé demande que ces opérations ne soient admises à l'homologation qu'après avoir été vérifiées et consenties par l'évêque diocésain » (*A.P.*, t. III, p. 602). Dans le cahier du clergé d'Amiens, il est affirmé que « [l]es baux emphytéotiques, les échanges, les accensements sont des voies d'aliéner les biens ecclésiastiques dont le clergé demande la prescription » (*A.P.*, t. I, p. 734). De même, dans le cahier du clergé de la sénéchaussée de Riom, il est demandé « [q]ue l'aliénation des biens ecclésiastiques soit réprimée par une nouvelle loi qui interdise toute vente, et ne permette les échanges et les baux emphytéotiques que d'après l'examen le plus sévère et l'autorisation de l'ordre et des supérieurs respectifs » (*A.P.*, t. V, p. 562). Dans le cahier du clergé du bailliage de Verdun, une réclamation similaire est adressée au roi : « [q]u'il ne soit plus accordé de lettres patentes pour autoriser les mutations, baux emphytéotiques, baux à cens, échanges, ventes de biens, sans le consentement des évêques ; qu'il soit, sur cet objet important à la conservation des biens de l'Église, fait une loi qui soumette des arrangements si préjudiciables aux intérêts du clergé, à un examen sévère ; et que cette loi interdise surtout la voie des homologations simples aux cours souveraines » (*A.P.*, t. VI, p. 128).

¹⁰⁸⁹ Cahier du clergé du bailliage de Beauvais, *A.P.*, t. II, p. 289.

¹⁰⁹⁰ Cahier du clergé du bailliage de Nivernais, *A.P.*, t. IV, p. 252.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*.

¹⁰⁹² En ce sens, dans le cahier du tiers-état du bailliage de Nemours, le rédacteur écrit une véritable diatribe à l'encontre des communautés ecclésiastiques : « Il est donc sensible que le régime adopté pour les baux des biens des bénéficiaires est nuisible à la société. L'administration de leurs autres biens qui ne sont point affermés, n'est pas plus favorable à l'utilité publique. Ils ont une quantité immense de bruyères et de terres en friche, qu'il serait très essentiel de planter en bois. Le tiers-état du bailliage de Nemours voudrait qu'on les obligeât de les planter, ou de les accenser, ou de les donner à bail emphytéotique à des citoyens laborieux qui

certain anticléricalisme. Dans le cadre d'une agriculture de subsistance, le délaissement des terres apparaît inconcevable aux cultivateurs. Sans nécessairement reprendre à leur compte une des propositions des physiocrates pour consolider l'agriculture – proposition par laquelle ils admettaient l'utilité du bail emphytéotique pour mettre en valeur les terres des gens de mainmortes –, ils lui font écho¹⁰⁹³. Au demeurant, l'esprit du contrat emphytéotique se prête à de telles demandes, puisqu'il est pensé dans le but d'améliorer les immeubles.

En définitive, à la veille de la Révolution, la condamnation de l'immixtion des seigneurs dans la gestion des fonds concédés aux emphytéotes, comme la volonté de renforcer l'exclusivisme du droit des preneurs à bail, marque un rejet, plus général, d'un cadre féodal inadapté aux besoins politiques, sociaux et économiques, ce qui présage des mutations profondes qui vont bouleverser la propriété foncière. Si le modèle emphytéotique est absent de ces revendications, le bail emphytéotique n'est pas condamné en lui-même. Au contraire, les cahiers de doléances – surtout ceux qui émanent du tiers-état – rappellent son intérêt dans la mise en valeur des terres et incitent à développer son usage pour l'exploitation du domaine royal ou des biens d'Église.

s'obligeraient à la plantation » (*A.P.*, t. IV, p. 156). Dans le même sens, le tiers-état de la sénéchaussée du Maine apparaît moins virulent : « Art. 5. Que le clergé et tous gens de mainmorte soient autorisés à aliéner à perpétuité leurs fiefs, droits en dépendant, seigneuries et droits honorifiques, sans tomber en dénier de fief, pour le prix être employé au remboursement de leurs dettes, ou colloqué sur les caisses provinciales. À l'égard de leurs domaines, qu'ils puissent les vendre à perpétuité, échanger, donner à beaux (sic) emphytéotiques, ou à perpétuité, avec de simples formalités qui seront réglées par les États généraux, au lieu de formalités coûteuses employées jusqu'à présent pour de pareilles aliénations antérieures, sans donner ouverture, pour l'avenir, à aucun droit bursal de confirmation dans la propriété des biens acquis des mainmortes » (*A.P.*, t. III, p. 644-645). *Contra* : voir le cahier de doléances des magistrats de la ville de Valenciennes qui propose de laisser toute latitude aux communautés ecclésiastiques pour disposer de leurs biens sans contrôle de l'État : « Art. 13. Permettre aux mainmortes de donner leur argent à cours de rente aux particuliers et d'échanger leurs biens, les donner en emphytéose et en arrentement sans autorisation des cours souveraines, et qu'elles puissent bâtir sans être assujetties aux lettres d'octroi ni au droit d'amortissement » (*A.P.*, t. VI, p. 97).

¹⁰⁹³ Sur ce point, voir *supra*, p. 259.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Au cours de l'époque moderne, le modèle emphytéotique connaît plusieurs mises à l'épreuve, qui s'inscrivent dans des perspectives juridiques mais aussi économiques, ou encore politiques et sociales. Elles résultent notamment de courants de pensée qui valorisent les droits de l'exploitant.

Une première mise à l'épreuve du modèle emphytéotique émane des feudistes et s'ancre dans la tradition juridique. S'ils admettent l'existence de nombreuses similitudes entre le fief et l'emphytéose, ils concluent à une simple convergence des notions et de leurs régimes mais non une assimilation. La confrontation entre les contrats de fief et d'emphytéose menée par les feudistes met en lumière la manière dont l'objet d'étude pèse sur la démarche des juristes. Ainsi, là où les auteurs de droit coutumier raisonnent sur et à partir du bail emphytéotique pour envisager les baux de longue durée, les spécialistes de droit féodal prennent pour point de départ de leur analyse le contrat de fief. Sans en faire abstraction, le bail emphytéotique n'apparaît néanmoins pas au cœur de leur réflexion. Dès lors, fief et emphytéose coexistent en tant qu'instruments de raisonnement dans les traités de droit féodal.

Durant le dernier siècle de l'Ancien Régime, sous l'influence des Lumières, le bail emphytéotique est réexaminé à l'aune du renouveau de la pensée économique et politique. Que ce soit par le biais du développement du projet économique des physiocrates ou par le truchement de doléances qui donnent le pouls du climat politique et social, les revendications relatives au bail emphytéotique manifestent la condamnation du régime féodo-seigneurial et témoignent de la remise en cause, non du bail emphytéotique, mais de ses usages. Dans le même temps, de tels reproches soulignent l'inadéquation, à la veille de la Révolution, entre la construction abstraite de la simultanéité des propriétés et la situation concrète dans laquelle le seigneur utile est considéré comme un plein propriétaire. En d'autres termes, fait et droit sont en porte-à-faux à la fin de l'Ancien Régime, ce qui laisse présager de transformations profondes de l'ordre juridique pour les mettre en concordance. Dans ces conditions, le bail emphytéotique, en tant que modèle, cristallise les critiques car il apparaît comme un archétype réunissant les traits caractéristiques d'une organisation foncière en déclin.

CONCLUSION DE PARTIE

Sous l'Ancien Régime, le bail emphytéotique s'enracine dans les sources de l'ancien droit. Le passage du contrat revisité par les docteurs médiévaux vers un bail emphytéotique naturalisé s'opère principalement par son insertion dans les coutumes officielles et par l'intérêt que lui porte la doctrine moderne. Le bail emphytéotique assimilé par l'ancien droit se présente d'abord comme un contrat et ensuite comme un modèle.

D'abord, il s'implante dans certaines coutumes à l'occasion de leur rédaction officielle ou de leur réformation. L'assimilation de ce contrat par le droit coutumier a alors lieu au prix d'altérations tant de sa notion que de son régime. Désormais, le bail emphytéotique désigne le contrat par lequel un bailleur concède à long temps ou à perpétuité le domaine utile d'un immeuble à l'emphytéote, à charge pour ce dernier de s'acquitter d'une redevance périodique et d'entretenir, voire d'améliorer, le bien concédé. De surcroît, le renouvellement du bail emphytéotique à la lumière des principes irrigant le droit coutumier se traduit par un renforcement, de plus en plus marqué, des droits du preneur au détriment du seigneur. À la veille de la Révolution, l'emphytéote, en tant que seigneur utile, est considéré comme le véritable propriétaire du fonds. En outre, la comparaison entre le bail emphytéotique et les baux de longue durée coutumiers et féodaux, effectuée par la doctrine, conduit à identifier des points de contact entre ces différents contrats. Une certaine porosité entre les régimes applicables à ces baux à long temps transparait, révélant la pénétration de certaines règles issues du droit romain réinterprété dans le droit coutumier et, à l'inverse, l'immixtion de règles coutumières dans le régime du bail emphytéotique.

Ensuite, certains auteurs modernes – surtout aux XVII^e et XVIII^e siècles - s'emparent du bail emphytéotique et tentent de l'utiliser, comme un outil, pour comparer et classer les baux de longue durée d'origine locale. Il est alors envisagé comme une construction intellectuelle et fait office de modèle. Il est perçu, par une partie de la doctrine, comme un contrat type de référence qui sert de grille de compréhension des autres concessions de longue durée et à partir de laquelle il devient possible de combler les lacunes des droits coutumier et féodal. Cette manière d'appréhender le bail emphytéotique n'est cependant pas partagée par tous les auteurs et certains, notamment les feudistes, apparaissent plus réservés à l'égard de ce contrat. En raison de cette place particulière parmi les concessions de longue durée, le bail emphytéotique cristallise les critiques tant politiques, qu'économiques et sociales à la fin de l'Ancien Régime.

Ainsi, l'enracinement du bail emphytéotique dans l'ancien droit, en tant que contrat comme en tant que modèle, participe d'un mouvement plus général vers l'unification du droit, qui trouve son aboutissement avec la Révolution française. Toutefois, le changement de paradigme dans la conception de la propriété, initiée à partir de la période révolutionnaire, annonce des obstacles entravant la refondation du bail emphytéotique à l'aune du droit contemporain.

PARTIE II LA REFONDATION DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE À L'AUNE DU DROIT CONTEMPORAIN

La volonté affichée des révolutionnaires de « faire table rase du passé » augure de nombreuses transformations¹⁰⁹⁴. L'une d'entre elles, et non des moindres, se traduit par le passage d'un ordre juridique ancien vers un nouvel ordre juridique¹⁰⁹⁵. Plus précisément, à un ordre juridique ancien, pluraliste et coutumier, fondé sur la volonté divine et la tradition¹⁰⁹⁶ se substitue un nouvel ordre juridique légicentré. En matière de droit civil, cette rupture avec l'Ancien Régime doit être nuancée puisque le droit révolutionnaire ne le transforme pas totalement¹⁰⁹⁷. Néanmoins, la législation de la période révolutionnaire pose une partie des jalons qui mèneront aux principes consacrés par le droit codifié. Nonobstant ce balancement entre rupture et continuité, en droit des biens, elle inaugure des bouleversements dans les sources du droit mais aussi dans son contenu, qui justifie de parler d'un nouvel ordre juridique.

Considérée comme une « révolution des propriétaires », la Révolution française transforme durablement l'organisation foncière¹⁰⁹⁸. Le droit de propriété subit ainsi

¹⁰⁹⁴ À propos de cette expression et des nuances à y apporter, voir J.-C. MARTIN, *Idées reçues sur la Révolution française*, Paris, Le Cavalier bleu, 2021 (*Idées reçues*), p. 67-71. Sur les changements en matière de pensée juridique et de philosophie du droit entraînés par la Révolution française, voir H. J. BERMAN, *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, trad. A. WUIFFELS, *Droit et Révolution. L'impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Paris, Fayard, 2010 (*Les quarante piliers. Série matériaux*), p. 44-47.

¹⁰⁹⁵ La notion d'ordre juridique est ici comprise au sens où l'a définie Charles Leben : « ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine » (C. LEBEN, « Ordre juridique », *loc. cit.*, p. 1113). Sur la transition d'un ordre juridique à un autre, voir C. GRZEGORCZYK, « Ordre juridique comme réalité », *loc. cit.*, p. 115-117 ; N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, *op. cit.*, p. 137 ; M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 168-174.

¹⁰⁹⁶ En ce sens, F. DI DONATO, « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus*, t. 21, 2013, n. 19-23 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003 (*Léviathan*), p. 175-182.

¹⁰⁹⁷ Sur ce point, voir J.-L. HALPÉRIN, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *loc. cit.*, p. 136. Voir aussi J. BART, « Le droit privé de la Révolution ou la régénération de la société par la loi », *Le Temps des constitutions (actes du colloque organisé par la Commission franco-américaine d'échanges universitaires et culturels)*, Paris, Focus, 1988, p. 37-43.

¹⁰⁹⁸ M. DORIGNY, « Propriété (Droit de) », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. A. SOBOUL, Paris, PUF, 2006 (*Quadrige*), p. 869-870. Voir également D. R. KELLEY, B. G. SMITH,

d'importantes modifications qui affectent, par ricochet, le contrat emphytéotique. Dans la sphère publique, il est élevé au rang de droit de l'homme, dans la mesure où il est qualifié de droit naturel, imprescriptible, inviolable ou encore sacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (articles 2 et 17)¹⁰⁹⁹. En ce sens, il peut être considéré comme un droit politique, consacré par les déclarations des droits et exercé par un citoyen¹¹⁰⁰. Dans la sphère civile, il est désormais pensé comme un rapport individuel et exclusif qu'entretient une personne sur une chose¹¹⁰¹. Le droit de propriété est entendu à la fois dans un sens objectif et comme droit subjectif. Ces deux facettes cohabitent et forment l'arrière-plan intellectuel dans lequel les juristes tentent de refonder le bail emphytéotique, à l'aune des nouveaux principes qui irriguent le droit contemporain.

Dans ce contexte, divergent à bien des égards de l'ancien droit, « l'emphytéose porte les stigmates d'un certain embarras »¹¹⁰² que les juristes ont du mal à dissiper. Réinterprété pour se fondre dans l'organisation foncière de l'Ancien Régime, la transposition dans un système où prédomine une conception exclusive de la propriété nécessite plus que de simples aménagements du bail emphytéotique. De ce fait, les incertitudes entourant ce contrat perdurent tout au long du XIX^e siècle, jusqu'à ce que la loi du 25 juin 1902 ne vienne y mettre fin. Une telle confusion tient d'abord à la remise en cause des fondements substantiels du bail emphytéotique (**Titre 1**) et ensuite à la reconstruction de son régime (**Titre 2**).

« What Was Property ? Legal Dimensions of the Social Question in France (1789-1848) », *Proceedings of the American Philosophical Society*, t. 128, 1984, p. 200-230.

¹⁰⁹⁹ La propriété est garantie par l'article 2 (« 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 ») et l'article 17 (« La propriété 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 »). Nous soulignons. Sur les racines historiques de l'article 17, voir G. SICARD, « Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Propriété et Révolution...*, *op. cit.*, p. 17-26.

¹¹⁰⁰ Sur cet aspect, voir notamment L. SERMET, « Propriété (Droit de -) et biens », *Dictionnaire des droits de l'homme*, éd. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii*, Paris, PUF, 2008, p. 645-649 ; P. GARNSEY, *Penser la propriété...*, *op. cit.*, p. 263-267 ; S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 344-345 ; M. SUEL, « 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 », *RDP*, 1974, p. 1295-1318.

¹¹⁰¹ Au sein de l'immense bibliographie, voir l'ouvrage classique de M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, *op. cit.*

¹¹⁰² M. VIDAL, « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 265.

Titre I La remise en cause des fondements substantiels

Sous l'Ancien Régime, le bail emphytéotique désigne une location perpétuelle ou de longue durée dans laquelle le preneur, détenteur du domaine utile, est chargé de mettre en valeur ou d'améliorer le fonds concédé. Or, à compter de la Révolution française, la perpétuité du bail comme la division du domaine sont proscrites car elles apparaissent intrinsèquement liées à la féodalité¹¹⁰³. Dès la nuit du 4 août 1789, les députés révolutionnaires entreprennent de démanteler le régime féodal¹¹⁰⁴. L'année suivante, un décret du 15 mars 1790 signe l'abandon de la division du domaine¹¹⁰⁵ tandis que la loi des 18-29 décembre 1790 relative au rachat des rentes foncières abolit les baux perpétuels¹¹⁰⁶. Au-delà de la dimension juridique, de tels changements emportent également des implications politiques, sociales et économiques qui les rendent difficiles à appliquer¹¹⁰⁷. Ces mesures tendent à desservir les baux de longue durée, à tel point que Gérard Béaur évoque une simple « survivance » du bail à long terme après 1789¹¹⁰⁸.

À la suite des mesures révolutionnaires, le bail emphytéotique est désormais restreint dans sa durée et examiné à travers le prisme d'un droit de propriété exclusif et unitaire. Par-là, le bail à emphytéose, réinterprété par les penseurs de l'ancien droit et absorbé dans l'organisation foncière d'Ancien Régime, voit ses fondements remis en cause. La première difficulté réside dans sa durée. En effet, à la période révolutionnaire puis tout au long du XIX^e siècle, la perpétuité est généralement perçue comme un trait distinctif de ce contrat¹¹⁰⁹. Au nom de l'affranchissement des personnes et des terres, le bail

¹¹⁰³ Sur les différentes acceptions du terme « féodalité », voir J. GALLET, « Féodalité », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, éd. L. BÉLY, Paris, PUF, 2010 (*Quadrige*), p. 540-541.

¹¹⁰⁴ G.-R. IKNI, « Nuit du 4 août », *Dictionnaire de la Révolution*, *op. cit.*, p. 791-792.

¹¹⁰⁵ Sur l'évolution de la conception dominante de la propriété de l'ancien droit au droit contemporain, voir notamment A.-M. PATAULT, « Propriété (Droit de) », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1253-1259 ; J. GALLET, « Domaine direct/Domaine utile », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, *op. cit.*, p. 417-418.

¹¹⁰⁶ Sur le lien entre les locations perpétuelles et l'assujettissement des personnes et des biens, voir la synthèse de F. FORTUNET, « Baux », *Dictionnaire de la Révolution*, *op. cit.*, p. 100-101.

¹¹⁰⁷ Pour un aperçu de ces difficultés, voir notamment, A. SOBOUL, « Survivances "féodales" dans la société rurale du XIX^e siècle », *Annales E.S.C.*, t. 23, 1968, p. 965-986.

¹¹⁰⁸ G. BÉAUR, « L'accession à la propriété en 1789 », *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, Paris, ADEF, 1991, p. 25. L'auteur ajoute que : « La Révolution n'a pas bouleversé le paysage foncier, mais elle a accéléré un processus déjà en route sous l'Ancien Régime » (*ibid.*, p. 29). Voir également, J.-L. ORMIÈRES, « L'incidence de la Révolution française sur les baux ruraux », *Exploiter la Terre....*, *op. cit.*, p. 379-386.

¹¹⁰⁹ Par exemple, A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, Paris, G. Thorel, 1851, p. 46, n. 70 : « Dans l'ancienne jurisprudence, l'emphytéose était souvent consentie à perpétuité, et alors le bail emphytéotique se rapprochait beaucoup du bail à rente perpétuelle » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VIII, Paris, Bruxelles, A. Durand, Pedone-Lauriel, Bruylant-Christophe & Comp., 1869, p. 419, n. 345 : « Les anciens auteurs parlent d'ordinaire de l'emphytéose comme d'un droit perpétuel ». Pourtant, le caractère perpétuel du bail

emphytéotique fait l'objet de critiques virulentes, qui convergent pour rejeter la perpétuité du bail à emphytéose (**Chapitre 1**). La seconde difficulté tient à ce que le bail emphytéotique opère un cisaillement de la propriété entre le domaine utile et le domaine direct. Un tel effet du contrat va à l'encontre de l'affirmation d'un droit de propriété exclusif et individuel. Il apparaît alors nécessaire de repenser le bail à emphytéose pour le conformer à l'esprit du droit contemporain. Toutefois, réinventer ce contrat s'avère malaisé, tant les juristes peinent à s'affranchir de la division du domaine (**Chapitre 2**).

emphytéotique fait l'objet d'une remise en cause sous l'Ancien Régime. Pour nuancer, voir *supra*, p. 101 et s.

Chapitre 1 Le rejet catégorique de la perpétuité

Avec la Révolution, les rapports entre temps et droit évoluent¹¹¹⁰. Ainsi, tentés de faire table rase du passé, les révolutionnaires s'efforcent de prendre de la distance avec la tradition pour régénérer le droit et partant, le corps social. Délaissant le pluralisme juridique symptomatique de l'ancien droit, c'est par le truchement de la loi que les artisans de l'ordre juridique contemporain proposent de rompre avec le passé¹¹¹¹. Toutefois, il s'agit moins d'abandonner toute référence à la tradition que de la revisiter, de la critiquer pour parfaire le système juridique¹¹¹². En matière contractuelle, l'une des condamnations les plus virulentes formulées contre l'ancien droit réside dans la critique de la perpétuité des baux de longue durée, notamment du bail emphytéotique. En effet, si, ainsi que l'écrit Ripert « [c]ontracter c'est prévoir » et que « [l]e contrat est une entreprise sur l'avenir »¹¹¹³, les juristes postrévolutionnaires n'entendent pas permettre à des personnes privées de disposer du temps futur comme bon leur semble. Participant d'une volonté d'anéantir les vestiges de l'organisation féodale, il n'est pas question d'autoriser qu'un contrat emporte un engagement perpétuel qui assujettirait une partie à l'autre, quand bien même une telle clause aurait été librement acceptée par les cocontractants¹¹¹⁴. En somme, la liberté du propriétaire ne peut être exercée jusqu'à remettre en cause la propriété telle qu'elle est alors conçue, à savoir comme un droit exclusif et individuel. Le rapport au

¹¹¹⁰ Sur les rapports entre temps et droit à partir de la période révolutionnaire, voir notamment F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 174-178 et p. 224-228 ; A. CABANIS, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 171-183, réimpr. ID., *Mélanges en hommage à André Cabanis*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2015 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 20), p. 481-491. D'une façon plus générale, sur ces rapports voir aussi M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013 ; P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 1-58.

¹¹¹¹ À propos de la tension entre tradition et modernité à la période révolutionnaire, François Ost précise la valeur de la loi en tant qu'instrument de gouvernement : « Loin de se contenter de gérer le social au jour le jour, une telle loi a ce double effet, propre à toute rupture révolutionnaire, de rompre avec un passé, jugé corrompu et dévoyé, et de fonder un ordre nouveau porteur d'une nouvelle mémoire » (F. OST, *le temps du droit*, *op. cit.*, p. 224).

¹¹¹² Il existe bien une remise en cause de la tradition (notamment en 1793-1794) mais elle n'apparaît pas toujours nettement. Voir J.-L. HALPÉRIN, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *loc. cit.*, p. 135-151.

¹¹¹³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 2014 (*Anthologie du droit*), p. 151, n. 84.

¹¹¹⁴ Sur la perpétuité des contrats et l'aliénation qui en découle, F. OST, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *Annales de droit de Louvain*, t. 59, 1999/1, p. 20 ; J. POUMARÈDE, « De la difficulté de penser la propriété (1789-1793) », *Propriété et Révolution*, éd. G. KOUBI, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 1991, p. 27-42 ; M. GARAUDE, *La Révolution et la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 257-276.

temps s'est inversé : là où la perpétuité apparaissait gage de stabilité sous l'Ancien Régime, elle est désormais marquée du sceau du soupçon et de la méfiance. En conséquence, à partir de la Révolution, l'impératif de rompre avec une féodalité qui entraverait tant les biens que les personnes conduit à un rejet catégorique de la perpétuité du bail emphytéotique (**Section 1**). Toutefois, en droit des contrats, la tension entre la volonté de se dégager de toute entrave et la nécessité de pérenniser les relations juridiques demeure constante¹¹¹⁵. Remettre en cause l'un des fondements substantiels du bail à emphytéose dans l'ancien droit¹¹¹⁶, la faculté de contracter à perpétuité, fragilise ce contrat et met sa survie en danger (**Section 2**).

Section 1 Expurger le bail emphytéotique de la féodalité

La féodalité comporte à la fois une dimension politique et sociale¹¹¹⁷. Elle rejaillit autant au niveau étatique, par le biais d'un ensemble d'institutions organisées à partir de rapports hiérarchiques de vassalité, qu'au niveau individuel, en s'appuyant sur des liens de dépendance d'homme à homme. Le droit du Moyen-Âge puis d'Ancien Régime a été façonné sur la base des rapports féodaux, ce qui se répercute par ricochet sur les règles encadrant le droit des personnes, le droit des biens ou même le droit des contrats. C'est en tout cas de cette façon que les juristes de la fin du XVIII^e siècle et du début du siècle suivant perçoivent le droit qui les a précédés. Ainsi, dans le *Répertoire Dalloz*, à l'article « Féodalité », il est affirmé que « [l]'histoire de la féodalité se lie, chez nous, à celle de la propriété, et les questions qu'elle fait naître encore parmi nous se rapportent uniquement à cette dernière »¹¹¹⁸. Cette observation rappelle que les liens féodaux dépassent le seul fonctionnement de l'État et se retrouvent au fondement des relations entre les sujets de droit, notamment dans leurs rapports aux biens. Féodalité et propriété étant jusque-là intimement liées, les séparer procède d'une difficulté toute particulière. Pourtant, à partir de la Révolution, le besoin de rompre avec l'organisation foncière d'Ancien Régime

¹¹¹⁵ Sur cette tension entre besoin de liberté et désir de sécurité, voir J.-F. BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, th. droit Toulouse, 1977, p. 253-257.

¹¹¹⁶ Il faut préciser que, dans l'ancien droit, la perpétuité ne constitue pas, en elle-même, un élément essentiel du bail à emphytéose. En revanche, la *possibilité* de contracter un bail emphytéotique perpétuel forme un élément irréductible de ce contrat sur lequel s'accordent les sources (voir *supra*, p. 101 et s.).

¹¹¹⁷ Sur ces deux dimensions, voir l'article ancien mais toujours utile : A. SOBOUL, « La Révolution française et la "féodalité" », *AHRF*, t. 193, 1968, p. 292.

¹¹¹⁸ D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, t. XXIV, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1845, V^o Féodalité, p. 713-714.

devient impérieux et il apparaît nécessaire d'expurger les baux emphytéotiques de tout élément féodal. Cette entreprise d'épuration est d'abord engagée par le législateur (§1), avant que d'être poursuivie par la jurisprudence (§2).

§. 1 *L'épuration engagée par le législateur*

Dès la nuit du 4 août 1789, les révolutionnaires affichent l'ambition d'abolir le régime féodal¹¹¹⁹. Jean-Jacques Clère souligne cependant que cette abolition repose sur « une contradiction insurmontable », puisque le décret voté cette nuit-là entend tout à la fois détruire l'organisation féodale et préserver certains droits des seigneurs¹¹²⁰. En somme, il ne s'agit encore que d'une ligne directrice de la politique menée par les révolutionnaires et plusieurs lois sont nécessaires pour parachever le processus¹¹²¹. Dans cette optique, trois actes législatifs particulièrement importants sont votés. D'abord, un décret des 15-28 mars 1790 distingue la féodalité dominante, dont les droits sont abolis, de la féodalité contractante, dont les droits sont susceptibles de rachat. Appartiennent à cette deuxième catégorie « toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, denrées ou fruits de la terre servis sous la dénomination de cens, censives, surcens, capcasal, rentes féodales, seigneuriales et *emphytéotiques*, champart, tasque, terrage, arrage, agrier, comptant, soeté, dîmes inféodées, ou sous toute autre dénomination quelconque »¹¹²². Par-là, le législateur révolutionnaire fait droit à une demande souvent exprimée dans les cahiers de doléances de 1789¹¹²³. Ensuite, en supprimant la distinction entre domaine éminent et domaine utile par un décret des 25-28 août 1792, la Législative consacre une propriété unitaire et continue de se délester des vestiges de la féodalité¹¹²⁴.

¹¹¹⁹ Le début de l'article 1^{er} du décret du 4 août 1789 dispose que : « L'assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. I, p. 33).

¹¹²⁰ J.-J. CLÈRE, « L'abolition des droits féodaux en France », *loc. cit.*, p. 140, n. 19.

¹¹²¹ Sur l'ensemble du processus législatif, voir notamment J.-J. CLÈRE, « L'abolition des droits féodaux en France », *loc. cit.*, p. 135-157 ; D. R. KELLY, B. G. SMITH, « What Was Property ? Legal Dimensions of the Social Question in France (1789-1848) », *loc. cit.*, p. 203-212 ; M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 167-245. Voir également, ancien mais toujours utile, P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, Classiques Garnier, 1998 (*La Bibliothèque des Lettres*) [texte de l'édition de Paris, 1898], p. 85-153. Ces différents actes législatifs sont également rappelés dans D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...*, *op. cit.*, t. XXVIII, V^{is} Propriété féodale, p. 332-351.

¹¹²² Tit. III, art. 2, 1^o (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. I, p. 120-121). Nous soulignons. En outre, un décret des 3-9 mai 1790 vient organiser le rachat de ces droits (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. I, p. 163-168) et l'instruction du 15 juin 1791 consacre une interprétation restrictive du décret des 15-28 mars 1791 (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. III, p. 23-28).

¹¹²³ Sur ce point, voir *supra*, p. 272 et s.

¹¹²⁴ En particulier, l'article 5 précise : « Tous les droits féodaux ou censuels utiles, toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, denrées ou fruits de la terre, servis sous la

Enfin, la Convention met définitivement fin au système féodal par un décret du 17 juillet 1793 qui supprime sans indemnité tout droit issu d'un contrat féodal¹¹²⁵.

L'ensemble de cette législation transforme indirectement le bail emphytéotique et donne lieu à une délicate refondation de ce contrat. Au-delà du mouvement général d'abolition de la féodalité, le droit intermédiaire comporte toute une série d'actes législatifs qui encadrent spécifiquement le bail emphytéotique. Cette législation conforte une éviction sans appel de tout élément féodal (A), éviction que confirment, par la suite, les projets de Code civil (B).

A. Une éviction sans appel par la législation révolutionnaire

À l'époque révolutionnaire, le législateur s'empare rapidement de la question des baux de longue durée et, surtout, de leur éventuelle perpétuité. Le rejet des baux perpétuels découle de plusieurs motifs¹¹²⁶. La perpétuité est avant tout condamnée au nom du principe de la libre circulation des terres¹¹²⁷. En entravant le droit de propriété, les baux perpétuels desserviraient le développement économique. Cette volonté d'affranchissement des terres constitue un leitmotiv des lois qui concernent la propriété foncière et plus encore les baux ruraux. Par exemple, dès le premier article du décret du 28 septembre – 6 octobre 1791, abusivement appelé Code rural de 1791, il est précisé que :

« Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent : ainsi, toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi, et, envers la nation, qu'aux contributions

dénomination de cens, censives, surcens, capcasal, rentes seigneuriales et emphytéotiques, champart, tasque, terrage, arrage, agrier, complant, soète, dîmes inféodées, en tant qu'elles tiennent de la nature des redevances féodales ou censuelles, et conservées indéfiniment par l'art. 2 du tit. 3 du décret du 15 mars 1790 [...] sont abolis sans indemnité, à moins qu'ils ne soient justifiés avoir pour cause une concession primitive de fonds, laquelle cause ne pourra être établie, qu'autant qu'elle se trouvera clairement énoncée dans l'acte primordial d'inféodation, d'acensement ou de bail à cens, qui devra être rapporté » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. IV, p. 355).

¹¹²⁵ L'article 1^{er} du décret du 17 juillet 1793 dispose que : « Toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, fixes, et casuels, même ceux consacrés par le décret du 26 août dernier, sont supprimés sans indemnité » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. VI, p. 19).

¹¹²⁶ Sur ces différents motifs, voir notamment M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, op. cit., p. 257-275. Voir également R. BLAUFARB, « Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux : le débat sur les rentes foncières, 1789-1811 », *AHRF*, t. 359, 2010, p. 119-140.

¹¹²⁷ Sur les liens entre propriété et liberté, le doyen Carbonnier remarque que : « [c]e fut une des idées-forces de la Révolution que de construire la propriété comme une garantie des libertés – plus précisément de construire la propriété individuelle comme une garantie (une « sûreté » et un môle de « résistance ») pour la liberté individuelle » (J. CARBONNIER, « Le droit de propriété dans la vision révolutionnaire », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014 (*Anthologie du Droit*), p. 345). Voir également, P.-Y. CHICOT, « Droit positif et sacré : l'exemple du droit de propriété inspiré de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Les annales de droit*, t. 8, 2014, p. 41-43 ; Y. BOSC, « Liberté et propriété. Sur l'économie politique et le républicanisme de Condorcet », *AHRF*, t. 366, 2011/4, p. 59-63.

publiques établies par le Corps-Législatif et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable indemnité »¹¹²⁸.

En outre, la perpétuité des baux est perçue comme une caractéristique de la féodalité, dont la suppression s'impose dans le nouvel ordre juridique en construction. Ainsi, intimement liée à la revendication d'un principe de liberté ainsi qu'à la « déféodalisation » entreprise par les révolutionnaires, la question de la perpétuité est l'une des priorités du législateur, si bien qu'en l'espace de deux années, en 1790 et 1791, pas moins de cinq lois concernant expressément le bail emphytéotique et sa durée sont votées.

D'abord, l'article 1^{er} de la loi des 18-29 décembre 1790 relative au rachat des rentes foncières pose une des mesures phares en abolissant les rentes foncières perpétuelles, tout en tolérant le bail emphytéotique temporaire, c'est-à-dire limité à une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans¹¹²⁹. Bien que la perpétuité ne fût pas une caractéristique essentielle du bail à emphytéose sous l'ancien droit¹¹³⁰, son abolition est présentée comme incontournable pour refonder ce contrat à la lumière des nouveaux principes.

Suivent deux décrets, des 19 mars-6 avril 1791 et des 18-27 avril 1791, qui encadrent les baux emphytéotiques conclus par les corps, communautés et bénéficiaires¹¹³¹. Deux lignes directrices ressortent de ces textes : d'une part, ils fixent des mesures transitoires pour les baux conclus avant 1789, d'autre part, ils durcissent les formalités de constitution des baux emphytéotiques ecclésiastiques. Dorénavant, ces derniers doivent prendre la forme de lettres patentes enregistrées ou de contrats homologués par le juge, à peine de nullité (article 1^{er}). Dans le même sens, des experts sont nommés pour estimer le revenu des baux emphytéotiques (article 15). Ces textes ont été adoptés à la suite de difficultés qui

¹¹²⁸ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. III, p. 376. Nous soulignons. Il convient également de souligner que le Code rural ne contient aucune disposition spécifique relative au bail emphytéotique, sans doute car d'autres actes législatifs particuliers viennent l'encadrer.

¹¹²⁹ Article 1^{er} de la loi des 18-29 décembre 1790 : « Toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, de quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur origine, à quelques personnes qu'elles soient dues, gens de main-morte, domaine, apanagiste, ordre de Malte, même les rentes de dons et legs pour cause pie ou de fondation, seront rachetables ; les champarts de toute espèce et sous toute dénomination le seront pareillement au taux qui sera ci-après fixé. Il est défendu de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, *sans préjudice des baux à rente ou emphytéose, et non perpétuels, qui seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous*, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. II, p. 105). Nous soulignons. Troplong affirme d'ailleurs que cette durée de 99 ans était la durée habituelle des baux emphytéotiques ecclésiastiques, sous l'Ancien Régime (R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 141, n. 37).

¹¹³⁰ Sur ce point, voir *supra*, p. 101 et s.

¹¹³¹ Ces deux décrets sont reproduits respectivement dans *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. II, p. 265-266 et p. 320-323.

se sont élevées lors de l'exécution de contrats entre des bénéficiaires et des personnes privées. Dans ces affaires, un particulier prêtait une somme d'argent à un bénéficiaire, qui était chargé de conclure des baux emphytéotiques et de reverser les redevances à son cocontractant. À la suite de diverses réclamations, l'Assemblée nationale précise, dans ces deux textes législatifs, que ces contrats « ne sont point dans le cas d'être exécutés par la nation »¹¹³² et encadre, de manière plus stricte, les baux de longue durée conclus par des ecclésiastiques, pour éviter ce type de fraude. Le législateur n'entend pas, par le biais de ces deux décrets, proposer une législation entièrement nouvelle relative aux baux emphytéotiques ecclésiastiques, mais plutôt parer au plus pressé, en adaptant certaines règles héritées de l'ancien droit à l'esprit révolutionnaire¹¹³³.

Dans la même optique, un décret des 23 juillet-12 septembre 1791 tente de résoudre le problème posé par le rachat des droits découlant des baux à emphytéose conclus avec l'État. Les articles 3 et 20 précisent que les aliénations du domaine de l'État faites par contrats emphytéotiques ne sont remboursées qu'à proportion du temps déjà couru et les améliorations qu'à proportion de la plus-value qu'elles apportent au moment de la résiliation¹¹³⁴.

Enfin, un décret des 15 septembre-16 octobre 1791 est entièrement consacré à l'encadrement des baux emphytéotiques. Le rapport sur ce texte, réalisé par François Denis Tronchet († 1806), au nom du Comité féodal, est présenté devant l'Assemblée nationale, le 15 septembre 1791. Cette séance est l'occasion de préciser la volonté du législateur quant à la perpétuité des baux¹¹³⁵. François Denis Tronchet commence par opérer une stricte distinction entre les baux emphytéotiques temporaires et perpétuels. En cas de perpétuité,

¹¹³² *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. II, p. 323.

¹¹³³ Sur les tensions entre pouvoir politique et religion au cours de la période révolutionnaire, voir notamment C. DOUSSET, « Entre tolérance et violence : la Révolution française et la question religieuse », *Religions, pouvoir et violence*, éd. P. CABANEL, M. BERTRAND, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2004 (*Tempus*), p. 137-150. Plus largement sur les rapports entre religion et politique à partir de la Révolution, voir entre autres L. JAUME, *Le religieux et le politique dans la Révolution française. L'idée de régénération*, Paris, PUF, 2015 (*Léviathan*) ; J.-O. BOUDON, *Religion et politique en France depuis 1789*, Paris, Armand Colin, 2007 (*Cursus*).

¹¹³⁴ Art. 3 : « Si lesdites aliénations ont été faites par baux emphytéotiques ou à longues années, les finances ou deniers d'entrée ne seront remboursés qu'à proportion du temps qui sera retranché de la jouissance des aliénataires » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. III, p. 134).

Art. 20 : « Les impenses et améliorations faites dans les mêmes biens, seront remboursées jusqu'à concurrence de ce dont ils s'en trouveront augmentés de valeur au temps de la résiliation ; néanmoins les engagistes n'auront droit qu'aux impenses qu'ils auront été dûment autorisés à faire, soit par le contrat, soit postérieurement, avec clause expresse de remboursement ; et celles faites par les emphytéotes et baillistes à temps, ne seront remboursées que dans les proportions fixées par les articles 3 et 4 pour les finances principales » (*ibid.*, p. 135).

¹¹³⁵ Rapport reproduit dans *Archives parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787-1799)*, t. XXX [Du 28 août au 17 septembre 1791], Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1888, p. 648-652.

« la charge fixe et annuelle du fonds devient la charge personnelle du preneur qui a acquis une propriété perpétuelle »¹¹³⁶. Au contraire, en cas de bail temporaire, le preneur est « réputé propriétaire pour toute la durée du bail [...] mais il n'a qu'une propriété résoluble »¹¹³⁷. En conséquence, il s'ensuit « une différence essentielle dans l'effet que la servitude féodale produit relativement au bailleur et au preneur personnellement »¹¹³⁸. À partir de cette distinction, François Denis Tronchet justifie la suppression de la perpétuité des baux ainsi que les modalités de rachat proposées par le comité féodal. Selon le rapporteur, la ligne directrice de la législation révolutionnaire relative au droit des biens poursuit un objectif, « la libération des terres », et « c'est à cet objet que doivent tendre toutes [l]es lois et tous [l]es règlements »¹¹³⁹.

Ainsi, la prohibition de la perpétuité des baux prend sa source dans un idéal de liberté individuelle qui fonde la faculté de chacun d'acquérir ou de conserver des biens. En cela, l'affranchissement des personnes va de pair avec l'affranchissement des terres : pour éviter l'assujettissement des personnes, il est nécessaire de préserver les propriétés foncières de tout lien de dépendance et de toute charge. La perpétuité des engagements apparaît comme un obstacle à la libre circulation des propriétés et, par voie de conséquence, une entrave à la liberté des personnes. Dans l'esprit du législateur révolutionnaire, le principe de liberté et le droit de propriété demeurent donc étroitement imbriqués. D'ailleurs, le décret des 15 septembre-16 octobre 1791 s'inscrit dans cette conception. Il convient de préciser que, si le rapport de François Denis Tronchet apporte de précieuses précisions quant à l'esprit dont procède cet acte législatif, ce dernier ne vise pas tant à réinventer le contrat emphytéotique pour le conformer aux principes révolutionnaires, qu'à envisager les différentes possibilités de rachat qui s'offrent à l'emphytéote. Le décret énumère successivement les modalités de rachat pour les fonds concédés à ou par des particuliers (section 1) et celles pour les fonds concédés à ou par des communautés ecclésiastiques (section 2). En encadrant précisément le rachat des droits fixes et casuels des fonds concédés à bail emphytéotique, le législateur entend se doter des moyens pour appliquer les principes qui ont été énoncés au début de la Révolution mais il ne transforme pas la notion même de ce contrat ou son régime. Il le refonde sur la base des nouveaux principes, en particulier la liberté.

¹¹³⁶ *Ibid.*, p. 649.

¹¹³⁷ *Ibidem.*

¹¹³⁸ *Ibidem.*

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 651.

À la suite de cette vague législative de 1790 et 1791, certains points relatifs au bail à emphytéose font l'objet d'une clarification par le législateur. En particulier, la loi du 9 messidor an III (27 juin 1795)¹¹⁴⁰ – confirmée par la loi du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798)¹¹⁴¹ – encadrant le régime hypothécaire, énumère le droit d'emphytéose parmi les droits susceptibles d'hypothèque.

Il faut également signaler qu'un arrêté du conseil des Cinq-Cents, en date du 22 fructidor an IV (8 septembre 1796), se prononce sur le besoin de maintenir « par une disposition formelle, les détenteurs à titre d'emphytéose dans la jouissance de leurs baux »¹¹⁴². Le conseil estime que la loi d'avril 1791 a explicitement confirmé l'existence de ce contrat dans le nouvel ordre juridique. Il serait donc inutile d'adopter une disposition formelle supplémentaire pour le rappeler. Toutefois, la nécessité pour le conseil d'affirmer clairement le maintien du bail emphytéotique malgré les bouleversements révolutionnaires témoigne de la position précaire de ce contrat à partir de 1790. Cet arrêté préfigure les controverses sur son existence qui émaillent la première moitié du XIX^e siècle¹¹⁴³.

Enfin, à la marge, les biens concédés à bail emphytéotique n'ont pas échappé aux difficultés relatives à la vente des biens nationaux. Dès 1789, l'Assemblée nationale fait droit aux revendications qui s'élevaient dans certains cahiers de doléances et autorise la division des biens des communautés ecclésiastiques ainsi que du domaine de la Couronne, dans le but de les redistribuer aux paysans¹¹⁴⁴. La législation abondante concernant la vente des biens nationaux met en évidence une tension entre les intérêts financiers de l'État et la préoccupation de redistribuer les terres pour favoriser l'essor des petits propriétaires¹¹⁴⁵. Dans ce contexte, il était inévitable que certaines dispositions viennent encadrer la vente des biens concédés à bail emphytéotique. L'articulation de deux textes législatifs pose des

¹¹⁴⁰ Art. 5 : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° La propriété des biens territoriaux étant dans le commerce ou pouvant être aliénés, de leurs accessoires inhérents ou établis à perpétuelle demeure, ensemble des fruits non recueillis, des bois non coupés et des servitudes foncières ; 2° L'usufruit des mêmes biens résultant des baux emphytéotiques, lorsqu'il reste encore vingt-cinq ans de jouissance » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. VIII, p. 152).

¹¹⁴¹ Art. 6 : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° Les biens territoriaux transmissibles ensemble leurs accessoires inhérents ; 2° L'usufruit ainsi que la jouissance, à titre d'emphytéose, des mêmes biens, pour le temps de leur durée », (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 14).

¹¹⁴² L'arrêté est reproduit dans D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...*, *op. cit.*, t. XXX, V^{is} Louage emphytéotique, p. 582.

¹¹⁴³ Ces discussions sont développées *infra*, p. 318 et s.

¹¹⁴⁴ Pour un bilan factuel sur la vente des biens nationaux, voir B. BODINIER, « La vente des biens nationaux : essai de synthèse », *AHRF*, t. 315, 1999, p. 7-19. Ancien mais toujours utile, voir également, P. SAGNAC, « Les ventes de biens nationaux d'après des recueils de documents et des travaux récents », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, 1905/10, p. 737-775 ; ID., *La législation civile de la Révolution française...*, *op. cit.*, p. 154-190.

¹¹⁴⁵ Sur ce point, voir É. TEYSSIER, « La vente des biens nationaux et la question agraire, aspects législatifs et politiques, 1789-1795 », *Rives nord-méditerranéennes*, t. 5, 2000, p. 45-62.

difficultés : la loi du 14 ventôse an VII (4 mars 1799) ajourne la vente des biens emphytéotiques dans son article 33¹¹⁴⁶, avant que la loi du 18 messidor an VII (6 juillet 1799) n'ordonne l'aliénation des biens nationaux tenus par bail à vie et à emphytéose mais sans abroger explicitement le texte précédent¹¹⁴⁷. Les particuliers cherchent alors à savoir auprès des juridictions si les biens nationaux concédés à bail emphytéotique peuvent finalement être aliénés ou non. Il faut attendre 1806 pour que l'articulation entre ces deux textes législatifs révolutionnaires soit éclaircie. Le Conseil d'État, dans un avis des 7 et 11 juin 1806, considère que de tels biens peuvent effectivement être aliénés. Il déclare qu'il « suffit, pour établir un droit nouveau, qu'une loi contienne une disposition contraire à celle renfermée dans une loi antérieure, encore que la loi dernière en date ne fasse pas une mention expresse de celle qui l'a précédée »¹¹⁴⁸. Le Conseil d'État prend également soin de préciser les modalités pratiques d'estimation du prix et de mise en vente de ces biens¹¹⁴⁹.

À plusieurs égards, le contenu du droit intermédiaire est révélateur des transformations que connaît le bail emphytéotique, à la suite des bouleversements révolutionnaires.

Avant tout, ces textes législatifs soulignent l'existence et le maintien du contrat emphytéotique dans le droit positif. Seul le bail emphytéotique perpétuel a été supprimé en 1790 tandis que le bail emphytéotique temporaire demeure. Par la suite, aucune abolition explicite de ce contrat ne peut être relevée. Au contraire, en admettant expressément le maintien du contrat emphytéotique en 1796, le conseil des Cinq-Cents affirme la compatibilité de ce contrat avec l'esprit du droit intermédiaire, le législateur révolutionnaire s'étant essentiellement contenté d'affranchir les terres des droits féodaux qui les grevaient. Rapidement, la jurisprudence admet que les lois d'abolition de la féodalité ne s'appliquent pas aux baux emphytéotiques temporaires, qui sont préservés¹¹⁵⁰. C'est également ainsi que la majorité de la doctrine du XIX^e siècle comprend ces lois

¹¹⁴⁶ L'article 33 dispose que : « Il n'est rien statué ni préjugé par la présente : 1° Sur les concessions faites à vie seulement, ou pour un temps déterminé, soit par baux emphytéotiques, soit par baux à cens ou à rente ; 2° Sur les concessions de terrains, à quelque titre que ce soit, faites dans les colonies françaises des deux Indes ; 3° Sur la nature des îles, îlots et attérissemens formés dans le sein des fleuves et rivières navigables, non plus que des alluvions y relatives, ni des lais et relais de la mer. Il sera statué sur ces divers objets par des résolutions particulières » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 172).

¹¹⁴⁷ En particulier, l'article 1^{er} dispose que : « Les rentes emphytéotiques ou à vie appartenant à la République, ensemble la nue-propriété des biens qui en sont l'objet, seront aliénées conformément à la loi du 18-27 avril 1791, et sous les modifications ci-après » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 276).

¹¹⁴⁸ CE avis, 7-11 juin 1806, S. 1805, II, p. 405.

¹¹⁴⁹ Pour une application de ces modalités, voir par exemple, Civ., 29 mai 1837, *Préfet du Haut-Rhin c. Keller*, D. 1837, I, p. 355.

¹¹⁵⁰ Par exemple, Req., 29 thermidor an XI, *Demailly*, S. 1802, I, p. 17.

révolutionnaires¹¹⁵¹. Victor-Napoléon Marcadé († 1854) écrit que « les lois de 1789 et 1790 [...] ont seulement voulu affranchir les personnes et les biens, rendre les unes à une complète indépendance, les autres à la libre circulation du commerce » mais elles ne visent pas à prohiber les baux à emphytéose temporaire¹¹⁵². De la même façon, Alexandre Duranton († 1866) souligne que, sous l'empire du droit intermédiaire, on a pu continuer de « créer de véritables emphytéoses »¹¹⁵³. En définitive, les révolutionnaires restent relativement mesurés à l'égard de ce contrat et il n'est jamais question de le supprimer purement et simplement¹¹⁵⁴.

Ensuite, la lecture des lois révolutionnaires met en évidence le fait que le législateur se soucie moins d'encadrer le régime du bail emphytéotique dans le nouvel ordre juridique que de l'expurger de tout élément féodal. De ce fait, il s'attache essentiellement à interdire la perpétuité des baux emphytéotiques et, par voie de conséquence, à organiser les conditions de son rachat¹¹⁵⁵. Pour le reste, le silence du législateur révolutionnaire donne à penser que les autres caractéristiques du contrat sont conservées et continuent de s'appliquer. Il est d'ailleurs significatif que le caractère perpétuel du bail emphytéotique constitue une des priorités du législateur. Au cours de ce processus de « déféodalisation », il entend se défaire de tout « signe politique de l'institution féodale »¹¹⁵⁶ plutôt que de

¹¹⁵¹ Par exemple, J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, t. II, Dijon, Victor Lagier, 1839, p. 320 ; J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières, suivant l'ordre de Pothier et d'après les principes de la législation nouvelle ; ouvrage où sont discutées les principales questions relatives aux privilèges et hypothèques*, Paris, J.-J. Blaise, Deschamps, Les Auteurs, 1828, p. 24-26 ; A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, t. II, p. 46 ; A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. II, Paris, E. Plon et C^{ie}, 1881-1889, p. 407 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage....*, *op. cit.*, t. I, p. 159 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae*, t. II, Paris, Marchal et Billard, 1897-1922, p. 644 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires de biens ruraux et d'usines, des fermiers, des colons partiaires, métayers et chepteliers*, Paris, Mansut, 1848, p. 304 ; É. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, t. I, Paris, Ernest Thorin, 1869, p. 564 ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage, Livre III, Titre VIII du Code civil*, t. I, Paris, A. Durand, Pedone-Lauriel, 1891, p. 18-20, n. 10.

¹¹⁵² V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité, résumé après le commentaire de chaque titre*, t. II, Paris, Delamotte fils et C^{ie}, 1886, p. 365, n. 358.

¹¹⁵³ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, Paris, Alex-Gobelet, 1828, p. 68, n. 78.

¹¹⁵⁴ Ce n'est pas le cas de tous les baux de longue durée. Par exemple, on peut noter que le bail à domaine congéable a été aboli par un décret du 27 août-7 septembre 1792 (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. IV, p. 371-372).

¹¹⁵⁵ Selon Aubry et Rau, l'intention du législateur révolutionnaire peut s'analyser de la façon suivante : « En résumé, les législateurs de 1790 et de l'an II autorisèrent, par une sorte d'expropriation légale au profit des détenteurs, le rachat de toutes les redevances et rentes établies à perpétuité, par cela seul qu'elles étaient dues en vertu de titres conférant à ces détenteurs une jouissance perpétuelle, et quelle que fût d'ailleurs la nature des droits qui, d'après la convention ou l'usage, étaient réservés ou censés réservés par les bailleurs » (C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil....*, *op. cit.*, t. II, p. 641).

¹¹⁵⁶ P. FÉRAL, « Arrentements perpétuels baux de métayage et à cheptel en Gascogne du XVI^e au XVIII^e siècle », *Les revenus de la terre. Complant, champart, métayage, en Europe occidentale (IX^e-*

repenser le régime du bail emphytéotique. C'est en ce sens que la question de la perpétuité du contrat doit être envisagée. La propriété est désormais comprise comme un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », un « droit inviolable et sacré », au sens de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹¹⁵⁷. L'inspiration lockienne, qui préside à la rédaction de la déclaration, fonde le droit de propriété sur le principe de liberté¹¹⁵⁸. Les répercussions de cette philosophie politique se retrouvent dans la façon d'envisager les baux de longue durée. C'est dans le but de libérer les individus, c'est-à-dire de les délier de tout lien de dépendance, que la perpétuité des baux est refusée. Pour cela, en vue de compenser la perte d'une redevance perpétuelle pour le bailleur, des modalités de rachat sont prévues en détail dans les lois révolutionnaires. Il faut cependant noter qu'en pratique, il n'est pas rare que le prix du rachat ne soit finalement jamais versé¹¹⁵⁹. Ainsi, le caractère perpétuel des baux de longue durée en général, et du contrat emphytéotique en particulier, cristallise le rejet de la féodalité au cours de la période révolutionnaire. Constituant l'une des voies de « déféodalisation », cet abandon apparaît particulièrement symbolique, alors même que, sur le fonds, la physionomie du contrat emphytéotique change peu. Une nouvelle règle d'ordre public semble alors émerger du droit intermédiaire : la prohibition des baux perpétuels¹¹⁶⁰. Un tel principe s'avère confirmé dans les projets de Code civil.

B. Une condamnation confirmée dans les projets de Code civil

Les différents projets de Code civil qui ont été proposés à la fin du XVIII^e siècle font apparaître de façon flagrante le rejet de la féodalité, notamment à travers la prohibition des baux perpétuels. Même si ces projets n'ont finalement pas abouti, ils constituent un indicateur des discussions et des choix législatifs entrepris pour bâtir un nouvel ordre juridique, mais aussi des soubresauts politiques ayant émaillé la période révolutionnaire.

XVIII^e siècles), éd. C. HIGOUNET, Toulouse, Presses universitaires du Midi, Comité départemental du tourisme du Gers, 1987 (*Flaran*, 7), n. 18.

¹¹⁵⁷ Voir les articles 2 et 17. Sur la propriété en tant que droit de l'homme, voir P. GARNSEY, *Penser la propriété...*, *op. cit.*, p. 237-267.

¹¹⁵⁸ Sur l'influence lockienne, voir S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 379-383.

¹¹⁵⁹ G. BEAUR, « Révolution et redistribution des richesses dans les campagnes : mythe ou réalité ? », *AHRF*, t. 352, 2008, p. 221-224.

¹¹⁶⁰ La question de la perpétuité des engagements demeure d'actualité, comme en témoignent : J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p. 251-262 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437-458.

Ce sont donc des témoignages essentiels des tendances législatives et des tensions inhérentes à la refondation du bail emphytéotique. Il est ainsi possible de s'appuyer sur les trois projets présentés par Jean-Jacques Régis de Cambacérès († 1824) (respectivement en 1793, 1794 et 1796) ainsi que le projet présenté par Jean-Ignace Jacqueminot († 1813) en 1799.

Jean-Jacques Régis de Cambacérès présente un premier projet devant la Convention le 9 août 1793. Il est rappelé, dans le titre premier « Division générale des biens » du livre II, que les droits féodaux sont abolis¹¹⁶¹. Dans le titre concernant le louage, l'article 4 consacre la prohibition des baux perpétuels en affirmant que : « Nul ne peut engager ses services à *perpétuité* ; cette stipulation, contraire à la liberté naturelle des hommes, n'est point avouée par la loi »¹¹⁶². Le projet précise également quelques articles plus loin que : « Le bail à rente foncière perpétuelle est moins un louage qu'une aliénation, dès qu'il n'y a point de terme pour en reprendre la possession »¹¹⁶³. Conçu dans une perspective révolutionnaire, ce premier projet multiplie les injonctions entérinant le rejet de la féodalité, en particulier à travers l'abandon de la perpétuité des engagements. Il s'agit alors, pour les rédacteurs, d'insister sur la protection du droit de propriété, en tant que droit subjectif et exclusif, et sur la défense de la liberté des terres et des personnes. Pour cela, ils se fondent explicitement sur le droit naturel, lequel permettrait de régénérer le droit des biens et des contrats¹¹⁶⁴. Présenté devant la Convention, le projet de 1793 s'est vu reprocher sa longueur, sa complexité mais aussi sa technicité, avant d'être abandonné à la suite de diverses tensions entre les factions politiques en présence¹¹⁶⁵.

En dépit de cet échec, l'année suivante, Jean-Jacques Régis de Cambacérès propose un deuxième projet de Code civil, plus bref et plus radical que le précédent. Dans ce texte dont les dispositions ont un caractère beaucoup général et laconique, seuls les principes

¹¹⁶¹ Liv. II, Tit. 1, art. 22 : « Il n'y a plus de droits féodaux ni censuels », (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, op. cit., t. I, p. 39).

¹¹⁶² Liv. III, Tit. 4, art. 4 (*ibid.*, p. 78).

¹¹⁶³ Liv. III, Tit. 4, art. 27 (*ibid.*, p. 80).

¹¹⁶⁴ Sur l'influence du droit naturel dans le premier projet de Cambacérès, voir J. BOUDON, « Les projets de code civil "de Cambacérès" et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, t. 39, 2004/1, p. 91-106 ; J.-L. HALPÉRIN, « Le codificateur au travail, Cambacérès et ses sources », *Cambacérès, fondateur de la justice moderne. Actes du colloque tenu à Montpellier*, éd. L. CHATEL DE BRANCON, Saint-Remy-en-l'Eau, Éditions Monelle Hayot, 2001, p. 155 ; P. LOGORAS-FLAVIGNY, « Cambacérès et Locke », *AHRF*, t. 307, 1997, p. 108-111.

¹¹⁶⁵ Sur les critiques et l'échec du projet de 1793, voir notamment J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, t. I, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 39-40 ; J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992 (*Histoires*), p. 131-141.

essentiels du droit sont énoncés. Il est rappelé que la rente foncière, toujours rachetable¹¹⁶⁶, « n'est due par le détenteur du fonds qu'à cause du fonds même, et il peut toujours s'en décharger pour l'avenir, en abandonnant le fonds »¹¹⁶⁷. L'article 210 affirme à nouveau la prohibition des louages perpétuels¹¹⁶⁸. Malgré des formulations plus ramassées, la substance du droit n'a pas été modifiée : la perpétuité des baux, donc du contrat emphytéotique, demeure interdite. L'esprit de ce second projet de Code civil demeure proche de celui qui a présidé au premier projet. Toutefois, l'encadrement du droit de propriété semble plus abouti et s'appuie, de façon plus nette, sur un individualisme grandissant¹¹⁶⁹. Cette philosophie libérale rejaillit d'ailleurs sur le droit des contrats dans son ensemble. Cependant, en inadéquation avec l'esprit de 1794 et ses fluctuations politiques, le second projet se solde également par un échec.

Enfin, en 1796, Jean-Jacques Régis de Cambacérès propose un troisième et dernier projet de Code civil¹¹⁷⁰. Dans l'exposé des motifs, le député prolonge la critique de la perpétuité des baux à rente en énonçant que : « [l]e décret du 18 décembre 1790 permettait de stipuler l'irrédimibilité des rentes foncières pendant quatre-vingt-dix-neuf ans. Nous pensons qu'il convient de restreindre à dix ans l'exercice de cette faculté »¹¹⁷¹. À l'occasion du titre relatif au louage, est rappelé en note le décret du 18 décembre 1790 limitant à quatre-vingt-dix-neuf ans les baux à emphytéose¹¹⁷². En écho, l'article 874 consacre la prohibition des baux perpétuels¹¹⁷³. Plus restrictif encore, l'article 877 prévoit une durée maximale de neuf ans pour les baux concernant les fonds de terre des mineurs et des femmes mariées¹¹⁷⁴. De plus, si la durée du bail n'est pas déterminée, l'article 878 le présume concédé « pour trois ans, s'il s'agit de terres partagées en trois soles ou saisons » et « pour un an, s'il s'agit de tout autre fonds »¹¹⁷⁵. Ce dernier projet apparaît

¹¹⁶⁶ Art. 87 : « Elle [la rente foncière] est essentiellement rachetable » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, op. cit., t. I, p. 118).

¹¹⁶⁷ Art. 86 (*ibidem*).

¹¹⁶⁸ Art. 210 : « Nul ne peut engager ses services à perpétuité » (*ibid.*, p. 130).

¹¹⁶⁹ À propos de l'« individualisme possessif » du second projet de Cambacérès, voir J. BART, « L'individu et ses droits », *La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil [actes du séminaire, Paris, 1989]*, éd. I. THÉRY, C. BIET, Paris, Imprimerie nationale Centre Georges Pompidou, 1989, p. 351 et s. Plus largement, sur l'élaboration du projet de 1794, voir J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil, op. cit.*, p. 205-214 ; J.-F. NIORT, *Homo civilis...*, op. cit., t. I, p. 41-42.

¹¹⁷⁰ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, op. cit., t. I, p. 140.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 164. Ainsi, l'article 495 énonce que : « La rente foncière est essentiellement rachetable. Il ne peut être stipulé de clause contraire à la faculté de rachat, à moins qu'elle ne soit limitée à dix ans » (*ibid.*, p. 254).

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 296.

¹¹⁷³ Art. 874 : « Nul ne peut engager ses services à perpétuité » (*ibidem*).

¹¹⁷⁴ Art. 877, al. 2 : « À l'égard des biens des mineurs, et des femmes communes en biens, les baux ne peuvent excéder neuf ans pour les fonds de terre, et six ans pour les maisons et les usines » (*ibid.*, p. 297).

¹¹⁷⁵ *Ibidem*.

particulièrement sévère au regard de la durée des baux en général et, en particulier, des baux emphytéotiques. L'insertion de telles dispositions dans le troisième projet suggère que la crainte du retour à la féodalité était, sans doute, encore présente dans les esprits. Plus précis, plus technique, ce dernier projet de Jean-Jacques Régis de Cambacérès, s'il demeure du point de vue des principes qui guident le droit des biens et des contrats dans la continuité des projets antérieurs, attribue au droit de propriété une place de premier plan¹¹⁷⁶. Une fois de plus, le projet de 1796 ne parvient pas à apporter la stabilité nécessaire à un Directoire malmené par de nombreux sursauts politiques¹¹⁷⁷.

Il faut souligner que, dans les trois projets présentés par Jean-Jacques Régis de Cambacérès, aucun n'évoque explicitement le bail emphytéotique. Ce contrat est purement et simplement passé sous silence, sans trace d'explication dans les exposés des motifs ou les travaux préparatoires qui nous sont parvenus. Il est difficile de déterminer s'il s'agit d'un oubli, peu probable, du rédacteur ou si, dans son esprit, ce contrat était définitivement abandonné ou bien, au contraire, suffisamment encadré par la législation déjà adoptée par les assemblées. En tout état de cause, le contrat de bail emphytéotique n'apparaît qu'entre les lignes, essentiellement à l'occasion de l'interdiction sans cesse renouvelée des droits féodaux¹¹⁷⁸. Sur ce point au moins, Jean-Jacques Régis de Cambacérès et les rédacteurs qui l'ont épaulé s'inscrivent dans la droite ligne de la législation révolutionnaire qui les a précédés.

Parmi les projets de Code civil, seul celui présenté par Jean-Ignace Jacqueminot à la commission du Conseil des Cinq-Cents, le 30 frimaire an VIII (21 décembre 1799), contient un article qui encadre explicitement un aspect particulier du bail emphytéotique. L'article 55 alinéa 1^{er} du projet est rédigé comme suit :

¹¹⁷⁶ Sur l'esprit du projet de 1796, J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil, op. cit.*, p. 231-250 ; J.-F. NIORT, *Homo civilis...*, *op. cit.*, t. I, p. 42-44.

¹¹⁷⁷ Sur ce point, voir J.-R. SURATTEAU, « Coups d'État du directoire (Les) », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. A. SOBOUL *et alii*, Paris, PUF, 2006, p. 300-306 et la bibliographie indiquée.

¹¹⁷⁸ Jean-Louis Halpérin estime que sa formation a pu contribuer à développer chez Cambacérès un rejet de la féodalité puisqu'« [i]l n'est pas impossible que Cambacérès ait retiré de l'enseignement de Serres une orientation légèrement anti-féodale [...]. Cette vision [...] pourrait s'expliquer par le poids plus léger de la féodalité en Languedoc » (J.-L. HALPÉRIN, « Le codificateur au travail, Cambacérès et ses sources », *loc. cit.*, p. 164).

« Les donations d'immeubles, d'usufruit, de *jouissance à titre d'emphytéose*, et d'autres droits susceptibles d'hypothèque, doivent être transcrites aux registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés »¹¹⁷⁹.

En classant indirectement le droit d'emphytéose parmi les droits susceptibles d'hypothèques, cet article semble faire écho à la loi du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798)¹¹⁸⁰. Une telle concordance entre ces deux textes n'apparaît pas anormale, dans la mesure où Jean-Ignace Jacqueminot a participé à l'élaboration de chacun d'eux¹¹⁸¹. En filigrane, cette disposition rappelle également l'existence du contrat emphytéotique, qui jusque-là demeurait absent de tous les projets de Code civil. L'admission du bail emphytéotique s'inscrit toutefois dans la démarche des rédacteurs de ce quatrième projet. Au cours de son élaboration, le comité de rédaction s'efforce d'explorer une troisième voie, qui réunirait les principes révolutionnaires mais aussi certaines règles issues de l'ancien droit, espérant susciter par ce compromis un large mouvement d'adhésion¹¹⁸². De surcroît, l'article 55 du projet de 1799 souligne la volonté répétée de protéger le droit de propriété, en instaurant une transcription dans un registre de l'ensemble des droits susceptibles d'hypothèques. Cet article fait néanmoins figure d'exception et aucune autre disposition n'encadre le bail à emphytéose, laissant peut-être le soin à des lois spéciales de préciser la notion et le régime de ce contrat, mais mettant aussi en évidence l'incomplétude du projet Jacqueminot.

Ces quatre projets, s'ils suivent et subissent les évolutions politiques, donnent également à voir des pistes de réflexion sur l'appréhension des baux de longue durée durant cette période. Malgré un climat politique peu favorable à l'élaboration d'un Code civil¹¹⁸³, ils mettent en évidence des invariants, au premier rang desquels se trouve

¹¹⁷⁹ Nous soulignons. L'article est reproduit dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, t. I, p. 376-377.

¹¹⁸⁰ Pour rappel, l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII dispose : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° Les biens territoriaux transmissibles ensemble leurs accessoires inhérents ; 2° L'usufruit ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose des mêmes biens, pour le temps de leur durée » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 14).

¹¹⁸¹ Indépendamment de la préparation d'un Code civil, Jean-Ignace Jacqueminot a participé à l'élaboration d'un Code hypothécaire, dont la loi du 11 brumaire an VII forme une partie. Pour davantage de détails, voir U. BELLAGAMBA, « Les tentatives de réforme hypothécaire de la fin de l'Ancien Régime jusqu'au Code civil (1771-1804) », *MSHDB*, t. 62, 2005, p. 165-203 ; J. BOUINEAU, « Une limite du droit romain sous la Révolution, la première loi du 11 brumaire an VII sur l'hypothèque », *Méditerranées*, t. 5, 1995, p. 51-74.

¹¹⁸² Sur l'élaboration du projet Jacqueminot et son échec, voir notamment J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 257-258 ; J.-F. NIORT, *Homo civilis...*, *op. cit.*, t. I, p. 45.

¹¹⁸³ Sur les liens entre climat politique et élaboration d'un Code civil, J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 135-136, p. 214 et p. 231-232.

l'éradication de toute référence au complexe féodal. En ce qui concerne le bail à emphytéose, cela se traduit notamment par l'abandon de la perpétuité, qui apparaît dans l'esprit révolutionnaire comme l'une des marques infamantes de la féodalité. Si le bail emphytéotique semble être maintenu dans les quatre projets de Code civil, il n'en est toutefois pas de même dans le Code civil lui-même¹¹⁸⁴. Déjà, avant que le codificateur napoléonien ne fasse ce choix, la jurisprudence avait entamé de son côté de « déféodaliser » le bail emphytéotique.

§. 2 *La traque poursuivie par la jurisprudence*

Sous l'Ancien Régime, la perpétuité du bail emphytéotique était considérée comme une garantie de stabilité et de sécurité juridique tant pour le preneur, qui était alors assuré de pouvoir récolter les fruits de son travail pendant de longues années, que pour le bailleur, qui recevait une redevance régulière et l'assurance de la mise en valeur de ses terres. La valorisation croissante d'un droit de propriété exclusif et absolu a pourtant bouleversé ce rapport de force. Les transformations de l'organisation foncière conduisent à renouveler la perception du temps dans le droit civil¹¹⁸⁵. Même si « une aspiration à la longue durée »¹¹⁸⁶ constitue l'un des moteurs de la vie juridique, la protection de certains principes, en particulier la conception unitaire de la propriété, peut conduire à entraver cette dynamique. Dans le but d'empêcher la résurgence des droits féodaux, les juridictions de la fin du XVIII^e et du XIX^e siècle se risquent alors à de subtiles distinctions pour reconnaître les baux emphytéotiques entachés de féodalité de ceux qui échappent à ces stigmates. Elles traquent dans les clauses contractuelles un vice de féodalité, c'est-à-dire toute anomalie qui suggère les traces de la féodalité et altère durablement le contrat. En d'autres termes, il s'agit d'anéantir toute relation de dépendance entre un bailleur et un emphytéote. Parmi un large faisceau d'indices, la perpétuité s'impose comme une indication sérieuse pour caractériser le vice de féodalité (A). Cette condamnation systématique du caractère perpétuel du bail emphytéotique entraîne des conséquences profondes sur ce contrat, en opérant une « déféodalisation » forcée, nécessaire à son intégration dans le nouvel ordre juridique (B).

¹¹⁸⁴ La question du bail emphytéotique dans la codification napoléonienne est développée *infra*, p. 319 et s.

¹¹⁸⁵ Sur l'évolution de la perception du temps en droit entre la fin de l'Ancien Régime et le Code civil, voir notamment A. CABANIS, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *loc. cit.*, p. 483 et s.

¹¹⁸⁶ P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *loc. cit.*, p. 21. Sur les situations de droit civil qui tendent à dépasser la durée de la vie humaine, *ibid.*, p. 21-26.

A. Caractériser le vice de féodalité à partir de la perpétuité

Dès la période révolutionnaire et jusqu'au premier tiers du XIX^e siècle, dans le but d'éradiquer tout vestige du système féodal, les juridictions ont élaboré un raisonnement déductif rigoureux, dans lequel la perpétuité joue un rôle pivot. De cette façon, elles ont précisé le champ d'application de la législation révolutionnaire abolissant la féodalité (1), avant d'instaurer un double filtre affinant ainsi l'analyse des cas d'espèces qui leur sont soumis (2).

1. La détermination du champ d'application de la loi

Face au foisonnement de la législation révolutionnaire relative au bail emphytéotique, les juges se sont efforcés d'en préciser le champ d'application. Un jugement du Tribunal de cassation du 14 ventôse an VII (4 mars 1799) amorce la réflexion¹¹⁸⁷. En l'espèce, le tribunal civil des Ardennes avait saisi le Corps législatif en référé pour déterminer si « un bail emphytéotique, à titre de bail et rente seigneuriale » a été supprimé par la loi du 17 juillet 1793, abolissant les droits féodaux. Le Tribunal de cassation, suivant le réquisitoire du commissaire du gouvernement, considère que « la loi du 17 juillet 1793 est conçue en termes clairs et précis ; qu'elle embrasse dans sa généralité toute redevance infectée du vice de féodalité ». Il conclut que le référé est sans objet, le tribunal de première instance s'étant rendu coupable de déni de justice et d'excès de pouvoir. Il estime de manière péremptoire qu'un tel bail est entaché de féodalité, sans faire valoir les indices qui lui permettent de l'affirmer. La motivation embarrassée de ce jugement révèle pourtant la nécessité d'adopter une solution durable, transparente et compréhensible pour caractériser la féodalité d'un contrat, dans le but d'assurer la transition entre les ordres juridiques ancien et nouveau. Les décisions de jurisprudence des années qui suivent s'emploient à préciser l'étendue de ce vice de féodalité.

Dans une première décision rendue le 29 thermidor an XI (17 août 1803) par le Tribunal de cassation, la durée du bail à emphytéose apparaît comme la clé de voûte du raisonnement des juges. Dans cette affaire, un moulin et les terres qui l'entourent ont été concédés à bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans en 1770, moyennant 500 livres de redevance annuelle. L'emphytéote s'est acquitté pendant plusieurs années de cette redevance, avant de refuser de la verser. Il se fonde sur la loi du 17 juillet 1793 et les décrets du 2 octobre 1793, 7 ventôse et 29 floréal an II (25 février et 18 mai 1794) qui

¹¹⁸⁷ Civ., 14 ventôse an VII, S. 1800, I, p. 202.

abolissent l'ensemble des droits féodaux et les rentes marquées par la féodalité. Il souligne que, selon les termes du contrat, le seigneur conserve la « foi et hommage », que des droits de mutation sont dus en cas d'aliénation du droit d'emphytéose et qu'à défaut du paiement de la redevance pendant trois années consécutives le seigneur peut réclamer la résiliation du bail. Pour le preneur, il s'agit de trois indices qui prouvent que le bail emphytéotique est pour partie féodal. De plus, il estime que le montant de la redevance en constitue une indication supplémentaire car il ne correspondrait pas à la concession de terres mais au droit de prendre vent qui constitue un droit féodal. Au contraire, le bailleur demande le paiement des redevances non versées ainsi que la résiliation du contrat. En première instance, le tribunal du Pas-de-Calais tranche le litige en faveur de l'emphytéote mais la Cour de Douai infirme ce jugement et ordonne l'exécution du bail emphytéotique « à l'exception des clauses relatives aux lods et ventes, et autres droits féodaux »¹¹⁸⁸. Le Tribunal de cassation rejette le pourvoi, sans rebondir sur les moyens des parties mais en considérant que « les lois invoquées ne sont nullement applicables à l'espèce actuelle »¹¹⁸⁹ car les lois abolissant la féodalité ne portent pas sur le bail emphytéotique temporaire. En d'autres termes, dès lors qu'il n'est pas perpétuel, le contrat continue de lier les parties et d'exister, une fois retirés les éléments féodaux qui le composent, notamment les droits de lods et ventes ou la réserve de foi et hommage.

Une décision du 10 brumaire an XII (2 novembre 1803) vient préciser davantage le champ d'application des lois abolissant la féodalité, en confirmant qu'elles s'appliquent aux baux emphytéotiques perpétuels¹¹⁹⁰. Le raisonnement du Tribunal de cassation est révélateur de la compréhension qu'ont les juges de cette question. En l'espèce, en 1789, deux commissaires du gouvernement ont concédé à un individu des moulins ainsi que des terres, situés sur le domaine public, moyennant une redevance annuelle et perpétuelle et avec l'obligation d'effectuer l'ensemble des réparations ainsi que quelques constructions. Le preneur ne s'est jamais acquitté de la redevance mais a payé un quart du prix de l'immeuble à l'administration fiscale en l'an VII. En conséquence, un arrêté du préfet du département de la Loire du 25 fructidor an VIII (12 septembre 1800) a confirmé son titre de possession. Le litige oppose la régie qui entend obtenir le paiement des redevances et le preneur qui estime que ce droit est aboli au même titre que l'ensemble des droits féodaux. Ainsi, le Tribunal de cassation est sollicité sur le point de déterminer la nature et le sort de

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ Cass., 29 thermidor an XI, *Demailly*, S. 1802, I, p. 17.

¹¹⁹⁰ Civ., 10 brumaire an XII, *La Régie c. Tête-Noir-Lafayette*, S. 1803, I, p. 46.

la rente. Il se range à l'avis du commissaire du gouvernement Philippe-Antoine Merlin de Douai († 1838) qui place « l'intérêt majeur de la cause dans l'examen de la question de savoir à qui doit profiter l'abolition des rentes féodales »¹¹⁹¹. La juridiction commence par affirmer que la suppression des droits féodaux profite, avant tout, aux propriétaires. Elle ajoute que le droit du propriétaire est absolu, c'est-à-dire « irrévocable et non précaire », donc perpétuel. Néanmoins, ces deux éléments ne permettent pas de déterminer qui de l'emphytéote perpétuel ou de l'État doit être considéré comme propriétaire du fonds en question. Pour poursuivre son raisonnement, le Tribunal de cassation s'appuie sur deux décisions : l'arrêt précédemment cité du 29 thermidor an XI (17 août 1803) ainsi qu'un arrêt du 11 fructidor an XI (29 août 1803)¹¹⁹². Ces deux décisions paraissent peu indiquées pour résoudre le litige, dans la mesure où elles refusent le bénéfice des lois abolissant la féodalité à des emphytéotes temporaires et n'évoquent pas l'emphytéote perpétuel. Le tribunal de cassation conclut pourtant, sur le fondement de ces deux arrêts, que :

« la première de ces lois [la loi du 17 juillet 1793] n'a aboli les rentes foncières créées avec mélange de féodalité, que dans le cas de *concession perpétuelle* des fonds, et où les concessionnaires en seraient dès lors devenus réellement *propriétaires* »¹¹⁹³.

En l'espèce, les moulins situés sur le domaine de la Couronne sont inaliénables. Le preneur à bail emphytéotique, même perpétuel, ne peut donc être assimilé à un propriétaire, car il ne peut être considéré comme un possesseur irrévocable. Bien que la juridiction rende une décision sans doute orientée par des considérations politiques, eu égard au particularisme de l'espèce, il n'en demeure pas moins qu'elle propose une analyse affinée du vice de féodalité. Cet arrêt prolonge ainsi la ligne jurisprudentielle amorcée précédemment, en affirmant que la perpétuité des baux emphytéotique constitue une condition *sine qua non* pour l'application des lois abolissant les droits féodaux, puisque l'emphytéote, détenteur d'un droit absolu et perpétuel, peut alors éventuellement être assimilé à un propriétaire.

Le Conseil d'État confirme et consolide cette décision par deux avis de 1808 et 1810¹¹⁹⁴. À la suite de la promulgation du Code civil, cette jurisprudence perdure. Les

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁹² L'arrêt n'est pas rapporté dans le *Sirey* de 1802 mais sa substance est rappelée dans les conclusions du commissaire de gouvernement, Merlin de Douai (*ibidem*).

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 53. Souligné par le recueil.

¹¹⁹⁴ CE avis, 1^{er} mars 1808, *S.* 1808, II, p. 134 : « à l'égard des redevances créées par des emphytéoses perpétuelles, elles doivent être considérées comme abolies, toutes les fois que, des titres y relatifs, il résulte

juridictions refusent ainsi d'étendre le champ d'application de la législation abolissant la féodalité au bail emphytéotique temporaire et persistent à le restreindre au seul bail emphytéotique perpétuel¹¹⁹⁵.

Toutefois, il faut ajouter qu'un cas de figure particulier, tenant à l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, s'est présenté devant la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 janvier 1842¹¹⁹⁶. Il s'agissait de déterminer si un bail emphytéotique perpétuel, concédé en 1792 par les ducs de Wurtemberg, dans la principauté de Montbéliard, territoire du Saint-Empire romain germanique, pouvait être résilié sur la base des lois de 1790 et 1793. En effet, la principauté de Montbéliard avait été réunie au territoire français par le traité du 20 thermidor an IV (7 août 1796). Dès lors, en 1842, à la date de la décision de la chambre civile de la Cour de cassation, les fonds concédés sont situés sur le domaine de l'État français. La juridiction souligne, d'abord, qu'il s'agit d'une concession faite par un prince souverain, dans un pays allodial, c'est-à-dire dans lequel les terres sont en principe libres de tout droit de sujétion. Elle en déduit que le contrat emphytéotique en question n'est pas atteint par les lois abolissant la féodalité, à moins que certaines clauses ne soient incompatibles avec l'ordre juridique français. Par conséquent, le bail emphytéotique perpétuel constitué par un prince souverain sur son domaine constitue une forme d'exception à l'interprétation judiciaire des lois abolissant la féodalité. Il s'agit cependant d'un cas qui se présente de manière exceptionnelle et dont la solution n'a pas vocation à être étendue.

En outre, il est également nécessaire de préciser à partir de quand un bail emphytéotique est considéré comme perpétuel ou demeure simplement temporaire. Le *Répertoire Dalloz* évoque cette difficulté en ces termes : « La perpétuité comporte-t-elle nécessairement l'infini dans le temps ? N'est-ce pas, au contraire, d'une perpétuité relative et conforme à la condition essentiellement périssable des choses humaines qu'il faut entendre celle qui emporte transmission de propriété ? »¹¹⁹⁷. Il est souvent ardu de répondre à ces questions et

que ces redevances sont, ou récognitives de la seigneurie directe réservée par le bailleur, ou mélangées de droits récognitifs de cette seigneurie, et qu'en tout autre cas, les redevances sont maintenues » ; confirmé par un avis du Conseil d'État du 15 septembre 1810 (S. 1811, II, p. 31).

¹¹⁹⁵ Par exemple, voir quatre arrêts rendus par la chambre civile les 4, 5 et 18 juillet 1809, *Salomon c. Belot*, *Thevenot c. Montaudon*, *Morel c. Welter et Lecomte*, *Chariatte c. Bechaux* (S. 1809, I, p. 387, p. 391, p. 392 et p. 393) ainsi qu'un arrêt de la Cour impériale de Rouen du 1^{er} août 1811, *L'Hospice de Rouen c. Pelletier* (S. 1812, II, p. 76).

¹¹⁹⁶ Voir Civ., 10 janvier 1842, *Préfet du Doubs c. Boigeol*, D. 1842, I, p. 5.

¹¹⁹⁷ D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...*, *op. cit.*, t. XXXVIII, Vis Propriété féodale, p. 397, n. 273. D'ailleurs, il s'agit d'une question récurrente déjà évoquée sous

les décisions de justice traduisent davantage une casuistique sophistiquée qu'un système méthodique. Est ainsi considéré perpétuel un bail emphytéotique concédé pour le preneur et ses descendants en ligne directe seulement, même si le contrat peut effectivement prendre fin à l'extinction de la lignée¹¹⁹⁸. À l'inverse, un bail emphytéotique est jugé temporaire s'il est conclu pour quatre-vingt-dix-neuf ans au maximum ou pour trois générations¹¹⁹⁹. Dans ce dernier cas, le contrat se prolonge « jusqu'à extinction de la troisième génération, comprenant les arrières-petits-enfants du preneur »¹²⁰⁰, ce qui signifie qu'il perdure jusqu'à ce que tous les membres de la dernière génération aient cessé d'exister et non pas jusqu'au décès du premier d'entre eux. Cette distinction entre les baux emphytéotiques perpétuel et temporaire s'inspire largement de la pratique d'Ancien Régime qui se prononçait déjà en ce sens¹²⁰¹.

Enfin, il faut attendre un arrêt du 15 décembre 1824 pour que la Cour de cassation précise la sanction encourue en cas de constitution d'un bail emphytéotique perpétuel après la promulgation de la loi de 1790¹²⁰². En l'espèce, une prairie et une forêt ont été concédées à bail emphytéotique perpétuel en 1792. En 1820, le bailleur demande la nullité du contrat, ce qui lui est accordé par la Cour de Colmar en 1821. Au contraire, le preneur avance que la loi des 18-29 décembre 1790 n'impose pas une telle sanction. Au visa de l'article 1^{er} de cette loi et de l'article 530 du Code civil, la Cour de cassation concède

l'Ancien Régime mais l'auteur juge que « [I]es anciens jurisconsultes enseignaient sur ce point une doctrine confuse et qu'il serait impossible de résumer ».

¹¹⁹⁸ Voir notamment Civ., 12 nivôse an XII, *Anthès c. Veissenhoffer*, S. 1803, I, p. 115 mais aussi Rouen, 18 décembre 1849, *Lescuyer c. Vasse et autres*, D. 1852, II, p. 148, S. 1850, II, p. 149 ; Civ., 6 janvier 1852, *Lescuyer et préfet de la Seine-Inférieure c. Vasse et autres*, D. 1852, I, p. 250. Cette solution est rappelée dans V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., p. 393 ; H.-F. RIVIÈRE et alii, *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, t. XXIX, Paris, A. Chevalier-Marescq, E. Plon, Nourrit et C^{ie}, 1898, V^o Emphytéose, n. 102-104, p. 643. François Laurent a une position plus nuancée sur ce point : il estime que « la cour de cassation est allée trop loin en décidant [...] que tous les baux faits pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans sont réputés faits à perpétuité » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 449-450). Néanmoins, il s'agit d'une opinion isolée.

¹¹⁹⁹ Une partie de la doctrine considère aussi que quatre-vingt-dix-neuf ans est le « terme extrême de la vie humaine », au-delà duquel commence la perpétuité (J.-B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. I, Dijon, Paris, Victor Lagier, 1823, p. 321, n. 285 et *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., t. I, p. 408-409, n. 331-332). Dans le même sens, A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code*, op. cit., t. IV, p. 640, n. 663 ; A.-M. DU CAURROY, E. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., t. II, p. 148, n. 223).

¹²⁰⁰ Angers, 6 mars 1830, *Robineau c. les hospices d'Angers*, S. 1830, II, p. 184. Confirmé par Angers, 21 août 1851, *Héritiers Lefort et Boisdrion c. Hospices de Saumur*, D. 1852, II, p. 17, S. 1851, II, p. 673. Dans ces arrêts, la juridiction se fonde sur l'article 1156 du Code civil qui dispose : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

¹²⁰¹ Voir *supra*, p. 101 et s.

¹²⁰² Civ., 15 décembre 1824, *Hergott-Levieux c. dame Schauenbourg*, D. 1825, I, p. 96, S. 1825, I, p. 290.

qu'aucun texte législatif ne prononce la nullité des contrats emphytéotiques perpétuels¹²⁰³. Elle déclare alors qu'« il résulte uniquement de cette prohibition [des rentes perpétuelles] que, lorsque des rentes sont créées à perpétuité, les débiteurs peuvent néanmoins, malgré cette clause, user de la faculté de rachat ». En conséquence, elle casse l'arrêt de la Cour de Colmar pour absence de base légale et violation de la loi. Ainsi, malgré l'interdiction des baux perpétuels dès 1790, un bail emphytéotique consenti à perpétuité ne peut être annulé mais seulement faire l'objet d'un rachat¹²⁰⁴. Une telle décision met en exergue la confrontation entre deux principes irrigant le Code civil de 1804 : la liberté contractuelle et l'exclusivisme de la propriété. Pour les concilier, le juge propose alors une solution intermédiaire dans laquelle il préserve la liberté des parties de contracter, tout en garantissant l'absolutisme du droit de propriété. La jurisprudence se montre alors plus libérale que ne le laissait présager la législation révolutionnaire. En laissant le choix aux parties de procéder au rachat, le juge semble infléchir la règle d'ordre public révolutionnaire qui interdit la perpétuité. Pragmatique, il construit une jurisprudence subtile, qui ne se contente pas de démanteler le système féodal, mais cherche aussi à assurer la cohérence du nouvel ordre contractuel. Cette préoccupation transparaît également dans la mise en place d'un double filtre qui offre la possibilité de condamner efficacement le vice de féodalité.

2. L'instauration d'un double-filtre

Le champ d'application des lois abolissant la féodalité étant ainsi précisé, il est possible de remarquer que la perpétuité tient une place particulière parmi les caractères identifiés comme féodaux à la suite de la Révolution. Les juridictions mettent en place un système de double-filtre pour identifier de façon objective et équitable les baux portant l'empreinte de la féodalité¹²⁰⁵. Dans un premier temps, elles en vérifient la durée : si le contrat est limité

¹²⁰³ L'article 530 dispose que « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans ; toute stipulation contraire est nulle ».

¹²⁰⁴ Cette solution est également adoptée par la majorité de la doctrine : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 69, n. 78 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 159 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 449. *Contra* : L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage...*, op. cit., t. I, p. 53, n. 37. L'auteur considère que le bail constitué pour une durée supérieure à 99 ans sera simplement réduit à cette durée maximale.

¹²⁰⁵ Un commentateur de la fin du XIX^e siècle résume l'approche de la jurisprudence de la façon suivante : « En vertu de ces principes généraux, l'emphytéose à durée illimitée ou perpétuelle s'est, de plein droit, transformée au profit de l'emphytéote et, par conséquent, de ses ayants droit, en une propriété véritable, par

dans le temps, il ne peut être entaché de féodalité, mais s'il est perpétuel, il l'est éventuellement. Le cas échéant, elles affinent leur analyse dans un second temps en décortiquant les clauses contractuelles et n'annulent que celles entachées de féodalité. En s'astreignant à ce contrôle délicat, les juges tentent de garantir une certaine stabilité des contrats.

La perpétuité constitue ainsi le premier indice, condition nécessaire mais insuffisante, pour conclure à la mise en évidence d'un vice de féodalité, ce que sous-entendait déjà la décision du 10 brumaire an XII¹²⁰⁶. Plus nettement encore, la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juillet 1809, affirme que : « toutes redevances emphytéotiques établies à perpétuité par des titres qui portent *en même temps*, soit des droits de lods et ventes à chaque mutation, soit réserve de seigneurie directe sont [...] comprises dans l'abolition de la féodalité »¹²⁰⁷. Pour résilier un bail emphytéotique, les juridictions examinent, en premier lieu, son éventuel caractère perpétuel avant, en second lieu, de rechercher un ou plusieurs autres indices de la féodalité. Ainsi, la perpétuité apparaît comme la première marque de la féodalité et un premier critère dans le processus de « déféodalisation » des concessions de longue durée¹²⁰⁸. Il semble d'ailleurs que cette méthode du double filtre soit systématiquement suivie par les juridictions. En effet, il est de l'avis du plus grand nombre que perpétuité et féodalité entretiennent des liens étroits, voire consubstantiels. En ce sens, Jules Le Berquier († 1886), avocat au barreau de Paris, estime, dans une consultation rédigée en 1845, qu'« un grand principe nous est apparu au seuil même de la législation moderne, le principe de l'affranchissement du sol : plus de charges perpétuelles pour la propriété ! »¹²⁰⁹. C'est ainsi qu'il interprète la nuit du 4 août 1789, ajoutant : « plus de féodalité, plus de rentes foncières, limitation de la durée des contrats ayant pour objet le sol devenu et proclamé libre ». Pour sa part, Ernest Désiré Glasson († 1907) souligne que

la suppression des redevances [...]. Il n'en était ainsi toutefois qu'à une condition que la formule de l'arrêt, trop générale, ne fait pas ressortir. C'est que cette emphytéose présentât le caractère d'une *concession féodale*. Elle ne l'avait pas toujours [...]. Si l'emphytéose apparaît comme un simple droit de propriété privée ou de famille, *non entaché de féodalité*, les redevances stipulées au profit du seigneur n'étaient pas supprimées de plein droit » (voir note (1) sous Req., 8 mars 1897, *Section communale de Saint-Martin et commune du Born c. consorts Maliges*, D. 1897, I, p. 457).

¹²⁰⁶ Civ., 10 brumaire an XII, *La Régie c. Tête-Noir-Lafayette*, S. 1803, I, p. 46, citée précédemment.

¹²⁰⁷ Civ., 4 juillet 1809, *Salomon c. Belot*, S. 1809, I, p. 390. Nous soulignons.

¹²⁰⁸ On retrouve cette analyse dans le *Répertoire Dalloz* où il est précisé qu'« il n'existait de rentes véritablement féodales qu'autant qu'elles étaient *perpétuelles*, parce que toute concession temporaire ne constituait pas le concessionnaire propriétaire, et laissait, au contraire, le domaine réel aux mains du concédant » (D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...*, *op. cit.*, t. XXXVIII, V^{is} Propriété féodale, p. 396, n. 269). Souligné par le recueil.

¹²⁰⁹ Cette consultation est rapportée en partie dans la note sous Civ., 6 janvier 1852, *Lescuyer et préfet de la Seine-Inférieure c. Vasse et autres*, S. 1852, I, p. 125.

les baux perpétuels dès lors qu'ils n'étaient pas entachés de féodalité, n'étaient pas en substance contraires à l'ordre juridique nouveau¹²¹⁰. Pourtant, le législateur révolutionnaire a préféré les supprimer purement et simplement. Il s'agit donc davantage d'un choix politique que d'une nécessité juridique, dans la mesure où cela traduit la connotation – voire la contamination – féodale dont pâtit la perpétuité dans l'esprit révolutionnaire. Le caractère perpétuel d'un contrat va donc bien au-delà d'une simple durée, mais porte en lui la perspective d'un rapport de dépendance.

Après avoir vérifié la perpétuité du bail emphytéotique, pour confirmer s'il est ou non entaché de féodalité, les juridictions s'appuient sur un faisceau d'indices. Comme le souligne la Cour royale de Colmar, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1814, les droits que comporte un bail emphytéotique ne constituent pas, par principe, des droits féodaux¹²¹¹. Nécessaire, cette deuxième étape du raisonnement des juges vise à s'assurer que le contrat est effectivement marqué du sceau de la féodalité. Sont ainsi considérés comme des marques de la féodalité les droits seigneuriaux et les droits féodaux (au sens strict, c'est-à-dire les droits qui découlent du contrat de fief). Les premiers comprennent un ensemble éclectique de droits comme le droit de retrait (ou droit de prélation)¹²¹², le droit de lods et ventes¹²¹³, le droit de relief¹²¹⁴ ou encore des droits spéciaux selon les régions¹²¹⁵. Les seconds sont révélés par une clause de fidélité, de foi et hommage¹²¹⁶ ou encore par une

¹²¹⁰ E. D. GLASSON, *Éléments du droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, op. cit., t. I, p. 280-282, n. 104.

¹²¹¹ Voir Colmar, 1^{er} juillet 1814, *Diemer c. Ville de Strasbourg*, S. 1814, II, p. 457. Cet arrêt prend acte de la jurisprudence de la Cour de cassation qui précise : « Que la défense à Schneider [l'emphytéote] de vendre sans l'agrément de l'évêque [le bailleur], ainsi que le droit de celui-ci de recevoir des laudèmes en cas de vente, ou de retirer l'héritage, sont des droits ordinaires appartenant aux bailleurs à titre emphytéotique ; qu'ils ne peuvent faire dégénérer l'emphytéose en inféodation ou accensement, lorsque le bailleur n'a stipulé ni devoirs ni réserves appartenant uniquement à la féodalité, et qu'aussi la Cour de Colmar n'a-t-elle pas jugé que ces stipulations fussent féodales ou mêlées de féodalité » (Civ., 8 février 1814, *Patocky c. Schneider*, S. 1814, I, p. 255).

¹²¹² Jugé, par exemple, dans Civ., 12 nivose an XII, *Anthès c. Veissenhoffer*, S. 1803, I, p. 115.

¹²¹³ Jugé dans Civ., 30 mai 1809, *Delmasse c. Réculot*, S. 1810, I, p. 256 : « Qu'il suffit que les droits de lods et ventes, et autres que le bailleur a établis, ou qu'il s'est fait reconnaître, soient contraires à la liberté et aux avantages de l'allodialité et de la franchise que les lois précitées ont eus pour objet [lois du 25 août 1792 et du 17 juillet 1793] ; que les droits réservés par le propriétaire de la rente soient les mêmes et qu'ils produisent les mêmes effets que les droits féodaux qui ont été abolis, pour que les principes qui ont déterminé cette abolition, soient applicables à ladite rente ». Jugé de la même façon dans Civ., 4 juillet 1809, *Salomon c. Belot*, S. 1809, I, p. 387.

¹²¹⁴ Par exemple, Civ., 18 juillet 1809, *Chariatte c. Bechaux*, S. 1809, I, p. 393 : « les emphytéoses perpétuelles [...], établies avec stipulation des droits de consentement aux mutations par ventes des droits de relief, et des peines de commise, sont comprises dans l'abolition de la féodalité ».

¹²¹⁵ Par exemple, le droit d'herbage en Provence : Nîmes, 27 juillet 1857, *Monty et Jourdan c. Commune de Belvezet*, S. 1857, II, p. 686 ; Civ., 24 mars 1875, *Comte de Darnius c. Mas et consorts*, D. 1875, I, p. 197, S. 1875, I, p. 314.

¹²¹⁶ Jugé dans Civ., 10 février 1806, *Hertzeis c. La Régie*, S. 1805, I, p. 186.

inféodation explicite¹²¹⁷. À l'inverse, d'autres indices ne suffisent pas à caractériser la féodalité. En particulier, les expressions de « mouvance », « directe », ou encore « fief » employées dans un contrat de concession emphytéotique n'impliquent pas, par elles-mêmes, la féodalité¹²¹⁸. Les juridictions estiment que la signification de ces termes a évolué depuis l'époque féodale, à tel point qu'ils recouvrent souvent d'autres réalités que leur sens premier. De la même façon, selon une jurisprudence constante, le fait que le bailleur soit un seigneur n'est généralement pas un caractère déterminant pour juger de la féodalité d'une rente¹²¹⁹. Ce faisceau d'indices doit permettre de distinguer le bail emphytéotique mêlé de féodalité et celui qui ne l'est pas. Enfin, la jurisprudence précise que les actes confirmatifs ou recognitifs ultérieurs à la constitution du bail emphytéotique ne modifient pas la nature de la rente, puisqu'ils n'ont aucun effet s'ils ajoutent des obligations féodales supplémentaires¹²²⁰.

Le raisonnement en deux temps mené par les juridictions, qui vérifient, en premier lieu, le caractère perpétuel du bail emphytéotique avant de chercher, en second lieu, à déceler les signes de la féodalité, doit permettre de caractériser le vice de féodalité. Dans ce cas, lorsque le bail emphytéotique est perpétuel et entaché de féodalité, les juridictions fixent une sanction sévère pour le bailleur : la suppression de la rente au profit de l'emphytéote¹²²¹. D'ailleurs, une telle sanction se distingue de celle prononcée pour un bail emphytéotique seulement perpétuel en vertu duquel une simple faculté de rachat est ouverte à l'emphytéote¹²²². Par cette gradation des sanctions qui condamne moins durement le bail perpétuel que le bail considéré comme féodal, la préoccupation première

¹²¹⁷ Voir Civ., 10 juillet 1810, *Réquisitoire de M. le procureur général c. Villot et Cerise*, S. 1810, I, p. 346.

¹²¹⁸ Voir Pau, 14 août 1828, *Carro d'Algay c. Agnès*, D. 1829, II, p. 106, S. 1828, II, p. 276 ou encore Req., 3 juin 1835, *Souchal c. Héritiers Bidon-de-Villemonteix*, D. 1835, I, p. 235.

¹²¹⁹ Par exemple, dans un arrêt du 30 mai 1809, *Delmasse c. Réculot*, (S. 1810, I, p. 255), la Cour de cassation se dispense d'examiner le statut du bailleur « puisqu'il résulte de la qualification des droits attachés à la rente, qu'il s'était réservé une directe sur les fonds par lui concédés » (*ibid.*, p. 256). Dans d'autres décisions, malgré le fait que le bailleur soit le seigneur de la région, cela n'influe pas sur la décision rendue : Civ., 10 juillet 1810, *Réquisitoire de M. le procureur général c. Villot et Cerise*, S. 1810, I, p. 346 ; Req., 14 juillet 1814, *Bertrand c. Nassau-Saarbruck*, S. 1816, I, p. 57 ; Pau, 14 août 1828, *Carro d'Algay c. Agnès*, D. 1829, II, p. 106, S. 1828, II, p. 276 ; Req., 16 avril 1838, *Plasse, Coutaud et consorts c. Terrion*, D. 1838, I, p. 214, S. 1838, I, p. 448 ; Req., 18 juillet 1839, *Marquis de Panisse c. Arnaud*, D. 1839, I, p. 338, S. 1839, I, p. 954 ; Civ., 24 mars 1875, *Comte de Darnius c. Mas et consorts*, D. 1875, I, p. 197, S. 1875, I, p. 314.

¹²²⁰ Req., 14 juillet 1814, *Bertrand c. Nassau-Saarbruck*, S. 1816, I, p. 57 mais aussi Civ., 16 avril 1828, *Dorel c. époux Vercasson*, D. 1828, I, p. 225.

¹²²¹ En ce sens, voir Civ., 12 nivose an XII, *Anthès c. Veissenhoffer*, S. 1803, I, p. 115 ; Civ., 30 mai 1809, *Delmasse c. Réculot*, S. 1810, I, p. 256 ; Civ., 4 juillet 1809, *Salomon c. Belot*, S. 1809, I, p. 387 ; Civ., 18 juillet 1809, *Chariatte c. Bechaux*, S. 1809, I, p. 393 ; Civ., 10 juillet 1810, *Réquisitoire de M. le procureur général c. Villot et Cerise*, S. 1810, I, p. 346 ; Civ., 24 mars 1875, *Comte de Darnius c. Mas et consorts*, D. 1875, I, p. 197, S. 1875, I, p. 314.

¹²²² Voir *supra*, p. 308.

des juridictions reste davantage de rompre avec les cadres d'Ancien Régime que de prohiber à tout prix la perpétuité des baux.

Malgré le fourmillement d'indices trahissant la féodalité qu'il est possible de faire valoir en justice, il peut toutefois être difficile en pratique d'apporter effectivement la preuve d'un mélange de féodalité. En particulier, en pays de franc-alleu, autrement dit dans les régions où prévalait sous l'ancien droit la maxime « nul seigneur sans titre », il existe une présomption d'emphytéose et non de cens, ce qui conduit à faire peser la charge de la preuve de l'imprégnation féodale sur le preneur¹²²³. Il s'agit de la ligne jurisprudentielle principale mais il faut toutefois signaler que sur cette question les solutions de la Cour de cassation présentent quelques contradictions¹²²⁴. De plus, et conformément au droit commun, pour apporter la preuve de la féodalité de la concession emphytéotique, il est possible pour le demandeur de s'appuyer sur le titre ou, à défaut, de mettre en évidence une « possession paisible, publique et non interrompue depuis un temps plus que suffisant pour prescrire »¹²²⁵, preuve qu'il n'est pas toujours aisé de rapporter.

Parmi les arrêts recensés ci-dessus et qui intéressent le sort du bail emphytéotique à la suite de l'abolition du système féodal, plus d'un quart ont été rendus avant 1810 et la moitié avant 1820. Durant ce premier quart de siècle, il s'agit essentiellement pour les juridictions d'identifier les rentes qui tombent sous le coup des lois supprimant la féodalité. Par conséquent, ces questions ont pour l'essentiel été réglées au début du XIX^e siècle, même si quelques affaires éparses continuent de surgir jusqu'en 1901.

B. « Déféodaliser » le bail emphytéotique

Les lois révolutionnaires suscitent nombre de questions relatives à la nature du bail emphytéotique dans le nouvel ordre juridique et l'encadrement de sa durée se présente comme un révélateur des transformations du bail à emphytéose par rapport à l'Ancien Régime. Alors qu'il n'a jamais été considéré comme un contrat féodal dans l'ancien droit, il est, à compter de la Révolution, étroitement lié à l'abolition de la féodalité. Partant, la

¹²²³ Voir Req., 14 juillet 1814, *Bertrand c. Nassau-Saarbruck*, S. 1816, I, p. 57. Mais aussi Req., 16 avril 1838, *Plasse, Coutaud et consorts c. Terrion*, D. 1838, I, p. 214, S. 1838, I, p. 448.

¹²²⁴ Le détail de cette jurisprudence a été étudié dans D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, *op. cit.*, t. XXXVIII, V^{is} Propriété féodale, p. 373-374, n. 167-169.

¹²²⁵ Jugé à propos d'un bail emphytéotique : Civ., 24 mars 1875, *Comte de Darnius c. Mas et consorts*, D. 1875, I, p. 198, S. 1875, I, p. 315.

« déféodalisation » artificielle et forcée subie par le bail emphytéotique emporte deux séries de conséquences.

En premier lieu, la jurisprudence, secondée par la doctrine, entreprend de distinguer strictement les baux emphytéotiques temporaire et perpétuel. Cette différence est expressément consacrée par un arrêt de la Cour impériale de Rouen, en date du 1^{er} août 1811¹²²⁶. En l'espèce, en juin 1789, l'ordre de Malte a concédé à bail emphytéotique un immeuble situé à Rouen pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans et moyennant 1500 livres de rente. Après plusieurs changements de bailleur, le bail revient aux hospices civils de Rouen en 1807 qui somment le preneur de s'acquitter du canon emphytéotique. L'emphytéote refuse en arguant de la suppression de sa redevance, « étant entachée de féodalité »¹²²⁷. Avant de se prononcer sur la nature de la rente en question, la Cour de Rouen, dans son attendu de principe, affirme « qu'il a toujours existé en France deux sortes d'emphytéose ; l'emphytéose à titre perpétuel, et l'emphytéose à temps limité ». Si cette affirmation sert son raisonnement, elle reste toutefois contestable dans la mesure où, sous l'Ancien Régime, les expressions de baux emphytéotiques temporaire et perpétuel sont utilisées mais n'impliquent pas des régimes différents¹²²⁸. Dans un second temps, la Cour de Rouen ajoute que « la jurisprudence des arrêts fondés sur la distinction des emphytéoses perpétuelles et temporaires a constamment maintenu les rentes, quoique qualifiées seigneuriales, qui se sont trouvées être le prix d'une concession faite à titre d'emphytéose à temps limité »¹²²⁹. La juridiction pose une différenciation entre deux types de baux emphytéotiques, soulignant par-là des disparités de régimes.

Une telle analyse est renforcée par une ordonnance du Conseil d'État du 5 août 1829¹²³⁰. Dans cette affaire, il s'agit de décider si l'indemnité accordée pour les biens-fonds confisqués et aliénés en exécution des lois sur les émigrés est due pour un bail emphytéotique de soixante-treize ans. Le Conseil d'État s'appuie explicitement sur la distinction entre les baux emphytéotiques temporaire et perpétuel pour trancher le litige. Il estime que le premier ne transfère pas la propriété au preneur, contrairement au second. C'est pourquoi, en l'espèce, l'indemnité n'est pas due pour un simple droit de jouissance

¹²²⁶ Rouen, 1er août 1811, *L'Hospice de Rouen c. Pelletier*, S. 1812, II, p. 76.

¹²²⁷ *Ibidem*.

¹²²⁸ Voir *supra*, p. 101 et s. De plus, dans les *Pandectes françaises*, on peut lire que « [l]a distinction entre l'emphytéose perpétuelle et l'emphytéose temporaire fut faite par les lois de la Révolution » (H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V° Emphytéose, p. 637, n. 17), ce qui infirme l'assertion de la Cour de Rouen.

¹²²⁹ Rouen, 1er août 1811, *L'Hospice de Rouen c. Pelletier*, S. 1812, II, p. 76.

¹²³⁰ CE, 5 août 1829, *Héritiers Mesnard*, S. 1829, I, p. 240.

temporaire. À nouveau, les baux emphytéotiques temporaire et perpétuel font l'objet d'un traitement différent dans les règles qui leur sont applicables. Ainsi, il ressort de ces deux décisions que la notion de bail emphytéotique connaît une sorte de dédoublement qui trace une ligne de partage entre deux contrats : l'un perpétuel et l'autre temporaire¹²³¹. Dès lors, à la différence de l'ancien droit, la limitation maximale de la durée à quatre-vingt-dix-neuf ans permet de les différencier, selon qu'ils contreviennent ou non à l'ordre public. Une telle distinction permet également de justifier la suppression du premier par le droit intermédiaire et, dans le même temps, la préservation du second.

En second lieu, la « déféodalisation » du bail emphytéotique par la jurisprudence fait écho à deux arguments principaux avancés par les auteurs du XIX^e siècle pour justifier la limitation de la durée du bail emphytéotique¹²³².

L'une des justifications récurrentes consiste à s'appuyer sur l'idée selon laquelle l'étendue des droits de l'emphytéote n'est pas compatible avec la perpétuité¹²³³. Les auteurs de doctrine soulignent une limite intrinsèque à la nature même du contrat. Certains d'entre eux ont alors considéré qu'un droit d'emphytéose perpétuel s'apparentait à « une véritable destruction de la propriété » et que le bail emphytéotique perpétuel devait être assimilé à « une aliénation complète »¹²³⁴. L'emphytéote temporaire dispose d'un droit de jouissance important et qui rappelle l'usufruit, au contraire de l'emphytéote perpétuel qui

¹²³¹ Dans le même sens, J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 20-22 ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire ou commentaire sur le XVIII^e titre du livre III du Code civil relatif aux privilèges et hypothèques ; contenant les décisions ministérielles, la jurisprudence de la cour de cassation et les arrêts et jugements des cours et tribunaux du royaume ; suivi des formules et bordereaux nécessaires pour les inscriptions*, t. I, Paris, Nève, 1833, p. 318 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 159. *Contra* : Guillaume-Jean Favard de Langlade confond le bail emphytéotique temporaire et perpétuel (G.-J. FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire de la législation du notariat*, t. I, Paris, F. Didot, 1829, V^o Hypothèques, p. 509).

¹²³² Plus largement, ces arguments forment le socle du raisonnement des auteurs de la doctrine de l'Exégèse défavorable à la perpétuité des droits réels. Par exemple, sur l'usufruit, voir L. PFISTER, « Jouir perpétuellement de la chose d'autrui, "une idée sauvage" ? Sur la durée des droits réels dans la doctrine du XIX^e siècle », *Tribonien*, t. 5, 2020, p. 12-15. Au contraire, il faut se souvenir que, sous l'Ancien Régime, le renouvellement du contrat de bail emphytéotique, à partir de la réappropriation des sources romaines, conduit à considérer la perpétuité comme un caractère habituel – mais non essentiel – de ce contrat. Sur la remise en cause du caractère perpétuel du bail emphytéotique, voir *supra*, p. 101 et s.

¹²³³ Moins le droit réel démembré entrave le droit du propriétaire, plus longue peut être sa durée. Voir en ce sens, L. PFISTER, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *RDC*, 2013/4, n. 21.

¹²³⁴ A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, *op. cit.*, t. II, p. 406, n. 378 bis. Dans le même sens, J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 23 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 70, n. 79 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 159. De surcroît, il convient de souligner que corrélativement, la doctrine érige la perpétuité en l'un des caractères du droit de propriété. À ce sujet, voir l'article classique de M. VIDAL, « La propriété dans l'École de l'Exégèse en France », *Quaderni fiorentini*, 1978, p. 37. Voir également M. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité de la propriété. Étude de sociologie juridique et de droit positif*, Paris, Sirey, 1933.

détient l'immeuble « à titre de propriétaire »¹²³⁵. Dans le droit contemporain, le bail emphytéotique « tient un milieu entre la vente et le bail »¹²³⁶, c'est pourquoi il ne peut avoir pour effet d'aliéner entièrement et complètement l'immeuble, sous peine d'être confondu avec une vente véritable. À l'inverse, si ce contrat est limité dans le temps, il peut s'apparenter à une sorte de bail par lequel le preneur jouit d'un droit particulièrement étendu¹²³⁷. Autrement dit, dans le droit contemporain, si le bail emphytéotique était perpétuel, il se confondrait avec une vente en raison de l'importance des droits de l'emphytéote. Par conséquent, la perpétuité constitue une limite intrinsèque.

Elle se présente également comme une limite extrinsèque, du fait de son incompatibilité avec le nouvel ordre juridique et politique. En effet, la prohibition de la perpétuité des baux emphytéotiques apparaît comme une limite d'ordre public, dans la mesure où demeure ancrée la crainte d'une résurgence éventuelle du double domaine et, concomitamment, d'un retour à un supposé rapport de dépendance qui lierait l'emphytéote au bailleur. Alexandre Duranton relève déjà que le caractère perpétuel du bail emphytéotique est contraire à l'ordre public¹²³⁸. François Laurent († 1887) ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « la loi permet de déroger à toutes ses dispositions, sauf celle qui concerne la durée de l'emphytéose »¹²³⁹. Plus précisément, la perpétuité contrevient au principe de liberté du sol¹²⁴⁰. Le droit d'emphytéose vient grever le fonds ; la propriété est alors soumise à une charge qui diminue sa valeur et dont il n'est pas possible de se défaire¹²⁴¹. De plus, le bail emphytéotique perpétuel « a [...] toutes les apparences de la propriété

¹²³⁵ J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 26. Dans le même sens, V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 365.

¹²³⁶ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, *op. cit.*, t. I, p. 103.

¹²³⁷ *Ibidem*. De la même façon, un jugement du tribunal de la Seine du 28 août 1844 affirme que la qualification de bail emphytéotique ne peut résulter « de la simple énonciation d'une durée excédant celle des baux ordinaires » (Tribunal de la Seine, 28 août 1844, *D.* 1845, III, p. 225). Par-là, la juridiction souligne que la durée n'est pas un caractère déterminant pour distinguer le bail ordinaire du bail emphytéotique, ce dernier étant une sorte de bail qui confère un droit très large.

¹²³⁸ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 74 : « L'article 686 autorise les propriétaires à établir sur leurs fonds telles servitudes que bon leur semble, pourvu qu'elles ne soient pas créées en faveur de la personne, et qu'elles n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public : or, dans le sens de la restriction, l'emphytéose n'est pas plus censée établie en faveur de la *personne*, que ne l'est l'usufruit lui-même ; et assurément elle n'est pas plus que lui contraire à l'ordre public. Ce qui contrarierait l'esprit de la loi, ce serait l'établissement d'une emphytéose moyennant une redevance perpétuelle ».

¹²³⁹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 467.

¹²⁴⁰ J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 24.

¹²⁴¹ J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État contenant le texte des lois ; le précis des observations faites sur chaque article, et les motifs de la décisions du conseil ; l'indication de la conformité ou de l'opposition de ces articles aux lois anciennes ; les arrêts rendus par la cour de cassation pour en fixer le sens ; et les observations particulières de l'auteur, pour concilier et rectifier quelques-uns de ces articles, et faciliter l'intelligence des autres*, Paris, Garnery, Laporte, 1805, p. 163-164.

féodale », dès lors qu'il a pour effet de cisailer la propriété de l'immeuble concédé entre le preneur et le bailleur¹²⁴². Cet argument, développé par une large majorité de la doctrine, est conforme à un rapport de François Denis Tronchet qui, devant le comité féodal, qualifie le caractère perpétuel d'« idée sauvage et peu conciliable avec les idées communes »¹²⁴³. Le spectre de la féodalité est ainsi brandi pour forger l'interdiction de la perpétuité. Cependant, certains auteurs, le XIX^e siècle avançant, soutiennent des opinions plus nuancées quant à la prétendue féodalité du bail emphytéotique, soulignant qu'il n'était pas considéré comme un contrat féodal sous l'Ancien Régime¹²⁴⁴.

À partir de la Révolution, le bail emphytéotique pâtit du rôle de modèle qu'il jouait à la période précédente. Symbole des concessions perpétuelles caractéristiques de l'ancien droit, il est strictement encadré dans le droit intermédiaire. Pour autant, malgré une « déféodalisation » forcée et la méfiance dont il est l'objet, il conserve une influence marginale sur les autres types de louages au cours du XIX^e siècle, comme le montre un arrêt de la Cour de Grenoble du 11 mai 1897¹²⁴⁵. Dans cette affaire, en 1848, un habitant offre à sa commune de Monestier-de-Clermont, gratuitement et à perpétuité, la jouissance d'une prairie pour la tenue de la foire annuelle. En 1897, sa veuve et la commune entrent en conflit, l'une revendiquant l'immeuble et l'autre alléguant son droit de jouissance. La Cour de Grenoble qualifie le contrat de location puis se penche sur la difficulté de sa perpétuité, estimant :

« qu'il est de l'essence du contrat de bail de ne conférer au preneur qu'un droit temporaire ; mais que si le code civil n'a point fixé de maximum à sa durée, il est permis d'induire à cet égard sa volonté de la référence virtuelle de l'art. 530 aux dispositions du décret des 18-29 déc. 1790 qui avait déjà, avant lui, aboli, en les déclarant rachetables, les baux à rente foncière et les baux emphytéotiques perpétuels, et limité désormais à quatre-vingt-dix-neuf ans la durée extrême de ces

¹²⁴² F. LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, t. VIII, p. 419, n. 345. Dans le même sens, Jean-Baptiste-Victor Proudhon écrivait qu'« [a]utefois les baux emphytéotiques étaient établis à perpétuelle durée, ce qui caractérisait surtout la translation du domaine utile, que les preneurs acquéraient par cette voie » (J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, *op. cit.*, t. II, p. 320, n. 709). Voir aussi R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 164 ; A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. I, Paris, Joubert, 1846, p. 195 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Paris, F. Pichon, 1893, p. 97.

¹²⁴³ Il ajoute : « Il en est de même de l'idée que ce contrat est un cizaillement [sic] de la propriété en deux parties, lequel réserve à l'un la propriété et à l'autre une possession perpétuelle. Cette idée ne signifie rien, ou ne signifie autre chose que ce genre de propriété fictive que l'on suppose également réservée au bailleur dans le bail à rente ordinaire » (rapporté par R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 164).

¹²⁴⁴ En ce sens, A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, t. II, p. 46 ou encore E. D. GLASSON, *Éléments de droit français...*, *op. cit.*, t. I, p. 281.

¹²⁴⁵ Grenoble, 11 mai 1897, *Veuve Paquier c. Commune de Monestier-de-Clermont*, D. 1898, II, p. 428.

derniers maintenus de nos jours par la jurisprudence comme constitutifs de droits réels immobiliers ; que cette durée *maxima* doit être *a fortiori* celle qui peut être établie pour un bail ordinaire constitutif de droits moins importants »¹²⁴⁶.

La juridiction généralise ainsi la règle applicable aux baux emphytéotiques à l'ensemble des contrats de louage ordinaire. Même s'il n'est plus un modèle, indirectement, le bail à emphytéose continue de façonner le droit des concessions de longue durée. Du reste, la doctrine admet généralement cette limite des quatre-vingt-dix-neuf ans pour l'ensemble des baux. Les auteurs estiment que, par la loi des 18-29 décembre 1790, le législateur a imposé une durée maximale pour tout droit de jouissance dans le nouvel ordre juridique, protégeant ainsi le droit de propriété¹²⁴⁷. En dépit de cette illustration qui met en évidence le rôle que le bail emphytéotique peut, dans de rares cas, être amené à jouer, il faut reconnaître que la rédaction puis l'entrée en vigueur du Code civil rendent sa survie difficile dans le droit contemporain.

Section 2 La difficile survie du bail emphytéotique

Dès la promulgation du Code civil, les rédacteurs s'accordent sur la nécessaire incomplétude de cet ouvrage¹²⁴⁸. Pour déjouer cette limite inhérente à la codification, les articles 4 et 5 obligent le juge à trancher tous les litiges qui se présentent à lui, y compris en cas de lacune ou d'obscurité de la loi¹²⁴⁹. Toutefois, qu'en est-il lorsque les rédacteurs du Code civil ont délibérément passé sous silence une institution bien connue de l'Ancien Régime ? A-t-elle survécu ou a-t-elle définitivement disparu ? Il n'est pas toujours aisé d'apporter des réponses à ces questions.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 430. Souligné par le recueil.

¹²⁴⁷ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. V, p. 282-283, n. 364 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, t. XXV, p. 52, n. 38 ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage, op. cit.*, p. 53, n. 37. En revanche, l'opinion de Raymond-Théodore Troplong est plus nuancée : il estime que les baux perpétuels sont prohibés mais réserve le cas des baux à durée indéterminée (comme les baux héréditaires en ligne directe seulement) en les considérant valables. Or, ceux-ci peuvent éventuellement dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans, même s'ils ont vocation à s'éteindre un jour. Voir R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 61, n. 4.

¹²⁴⁸ Sur l'incomplétude et les limites de la codification, voir notamment J.-F. NIORT, *Homo civilis...*, *op. cit.*, t. I, p. 218-224 ; R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002 (*Droit, éthique, société*), p. 255-270.

¹²⁴⁹ Sur l'interprétation des articles 4 et 5 du Code civil, voir parmi beaucoup d'autres, R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le titre préliminaire du Code civil*, éd. G. FAURÉ, G. KOUBI, Paris, Economica, 2003 (*Collection Études juridiques*, 16), p. 143-158 ; B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *RHFD*, t. 6, 1988, p. 94-100.

En particulier, à partir de l'élaboration du Code civil, le législateur ainsi qu'une partie de la doctrine affichent une certaine hostilité à l'égard du bail emphytéotique, à tel point que l'existence même du bail emphytéotique est contestée (§1). Cette défaveur se manifeste par l'absence de toute mention du bail à emphytéose dans le Code. Dès lors, ce contrat ne doit sa survie dans le droit contemporain qu'à une jurisprudence active qui s'est employée dès le début du XIX^e siècle à assurer sa sauvegarde et à la pratique (§2).

§. 1 La contestation de l'existence du bail emphytéotique

Alors que le législateur révolutionnaire s'est contenté de parer au plus pressé en s'efforçant d'éliminer toute référence à la féodalité dans le bail emphytéotique, la préparation du Code civil offre la possibilité d'une éventuelle refonte globale de ce contrat, en accord avec les nouveaux besoins économiques, sociaux et politiques. Or, le législateur napoléonien adopte rapidement une posture hostile à son égard et apparaît peu enclin à l'idée de renouveler la notion ou son régime¹²⁵⁰. Les rédacteurs du Code civil choisissent délibérément de garder le silence, en ne prévoyant aucune disposition pour encadrer le bail emphytéotique. Ce choix de politique législative aurait pu mener à ce qu'il tombe peu à peu en désuétude, à mesure que les contrats conclus sous l'Ancien Régime arrivent à leur terme. Toutefois, il n'en est rien. Au contraire, cette carence de la loi contribue à faire naître des polémiques parmi les civilistes quant à la survie du contrat et renouvelle l'intérêt qui lui est porté. De toute évidence, l'opportunité qu'offre l'élaboration du Code civil de refonder le bail emphytéotique est manquée (A). Le silence du Code civil français fait figure d'exception et diffère grandement de l'attitude adoptée par de nombreux codes européens, qui, pour beaucoup, n'ont pas manqué de prévoir des dispositions expresses encadrant le bail emphytéotique (B).

A. L'opportunité manquée de refonder le bail emphytéotique

Au cours de la première moitié du XIX^e siècle, les controverses quant à la survie du bail emphytéotique sont nombreuses. D'abord, la préparation du Code civil contribue à renforcer la méfiance dont il fait l'objet. Son existence est mise à mal par les critiques virulentes d'une partie des rédacteurs, lors des travaux préparatoires (1). Par la suite, la discussion se poursuit parmi les commentateurs du Code : les uns considèrent que rien ne

¹²⁵⁰ Voir notamment M. VIDAL, « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 265.

s'oppose dans le nouvel ordre juridique à l'existence du bail à emphytéose ; les autres le rejettent en affirmant qu'il n'est pas compatible avec les principes irriguant le droit contemporain des biens et des contrats. Ces controverses témoignent des hésitations doctrinales à l'heure de la refondation du bail emphytéotique (2).

1. Dans les travaux préparatoires

La lecture des travaux préparatoires au Code civil met en évidence un postulat de départ des rédacteurs. Ces derniers considèrent que le bail emphytéotique a été abrogé par les lois révolutionnaires et, par conséquent, qu'il n'existe plus dans le paysage juridique français. Ainsi, Jean-Étienne-Marie Portalis († 1807), dans son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, insiste sur les dérives de la période révolutionnaire en affirmant que :

« nous avons pensé qu'on avait été trop loin quand, sous prétexte d'effacer jusqu'aux moindres traces de la féodalité, on avait proscrit le bail emphytéotique et le bail à rente foncière, qui n'ont jamais été un contrat féodal, qui encourageaient les défrichements, qui engageaient les grands propriétaires à vendre les fonds qu'ils ne pouvaient cultiver avec soi, et qui donnaient à des cultivateurs laborieux, dont les bras faisaient toute la richesse, les moyens faciles de devenir propriétaires »¹²⁵¹.

Cette opinion révèle le paradoxe attaché au bail emphytéotique : les rédacteurs admettent qu'il n'est en rien un contrat féodal mais estiment néanmoins qu'il a disparu sur la base des lois abolissant la féodalité. Pourtant, contrairement à ce que les rédacteurs du Code civil assurent, les lois révolutionnaires n'ont pas abrogé le bail emphytéotique¹²⁵².

En réalité, la question de l'opportunité de l'existence du bail emphytéotique dans le droit contemporain ne fait pas consensus parmi les rédacteurs¹²⁵³. François Denis Tronchet

¹²⁵¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. I, p. 516. Nous soulignons. Voir également, à l'occasion de la discussion du Conseil d'État sur les rentes foncières, le consul Cambacérès qui s'interroge sur l'opportunité de rétablir ou non le bail à rente foncière et le bail emphytéotique et hésite quant à « l'avantage à le rétablir » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. XI, p. 56).

¹²⁵² Voir *supra*, p. 290 et s. D'ailleurs, plusieurs lois encadrent ce contrat. En particulier, l'article 1^{er} de la loi des 18-29 décembre 1790 autorise explicitement les baux à emphytéose, à condition qu'ils soient limités à quatre-vingt-dix-neuf ans. Un arrêté du Conseil des Cinq-Cents du 22 fructidor an IV (8 septembre 1796) a aussi expressément confirmé le maintien du bail emphytéotique dans le droit intermédiaire.

¹²⁵³ Lorsqu'il rapporte la discussion qui a eu lieu sur cette question au sein de la commission de rédaction du Code civil, Jacques de Maleville souligne ces désaccords : « Mais lorsqu'il fallut le discuter [le bail à emphytéose et à rente foncière] dans la commission, les opinions furent partagées. M. Portalis et moi étions d'avis de conserver ce bail à rente foncière ; MM. Tronchet et Bigot de Préameneu furent d'avis de le supprimer. La Commission convint d'en référer à M. Cambacérès, second Consul ; il crut devoir appeler à

se prononce systématiquement en défaveur du bail emphytéotique¹²⁵⁴, tandis que Jacques de Maleville († 1824) défend volontiers l’incorporation de règles l’encadrant dans le Code civil¹²⁵⁵. Dans le même temps, Félix-Julien-Jean Bigot de Prémeneu († 1825)¹²⁵⁶ et Jean-Étienne-Marie Portalis¹²⁵⁷ apparaissent plus mesurés et soulignent tant les avantages que les inconvénients d’un tel contrat. Il est possible de comprendre une telle division des opinions parmi les rédacteurs à l’aune de leurs sensibilités juridiques respectives mais aussi de l’effervescence juridique et politique née des suites de la Révolution¹²⁵⁸. Jacques de Maleville, en tant que juriste formé dans le Sud de la France, a sans doute pu observer la pratique des baux emphytéotiques, dans une région où le vocabulaire et les références romaines demeuraient plus présents qu’ailleurs dans le royaume. À l’inverse, François Denis Tronchet, formé à Paris puis membre du Comité féodal, refuse de défendre un contrat assimilé à un archétype de la féodalité. Au-delà de ces préférences personnelles, il ne faut pas non plus occulter le fait que l’obstination à rompre avec l’organisation féodale demeure une préoccupation omniprésente pour les rédacteurs du Code civil.

C’est pourquoi ils n’entendent pas décider eux-mêmes de l’opportunité de maintenir ou d’abolir les baux à rente de longue durée. La dimension politique du droit de propriété se répercute sur ce type de contrats dont les règles doivent être maniées avec précaution. En

cet examen M. Abrial, aujourd’hui sénateur, alors ministre de la justice, et il y eut encore partage de voix, chacun d’eux ayant embrassé une opinion différente : ces deux partages consécutifs nous obligèrent à soumettre la question au premier Consul, et il fut dit que M. Tronchet et moi lui ferions chacun de notre côté un exposé de nos motifs. Le premier Consul ne s’étant pas prononcé, la question demeura indécise jusqu’à la séance du 15 ventôse an 12, où après une longue discussion, le bail à rente foncière fut définitivement rejeté » (J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil...*, op. cit., t. II, p. 162-163). Au cours de cette séance, les rédacteurs évoquent indifféremment le bail emphytéotique et le bail à rente foncière.

¹²⁵⁴ Par exemple, à l’occasion de la discussion sur le chapitre des hypothèques, François Denis Tronchet soutient qu’« on n’employait autrefois l’emphytéose que pour éviter les droits seigneuriaux : maintenant elle n’aurait plus d’objet. Il était donc inutile d’en parler » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. XV, p. 360). Il se montre également très hostile aux baux à rente et à emphytéose tout au long de la discussion relative à l’article 530 devant le Conseil d’État (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. XI, p. 56-69).

¹²⁵⁵ Maleville entame un plaidoyer en faveur des baux de longue durée en essayant de démontrer qu’« il est difficile de concevoir quelque raison solide qui puisse empêcher de rétablir la faculté de donner des fonds à rente foncière » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. XI, p. 58).

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 66.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 69.

¹²⁵⁸ Sur les sensibilités juridiques des rédacteurs du Code civil, voir notamment P. SERRAND, « La loi dans la pensée des rédacteurs du code civil », *Droits*, t. 42, 2005, p. 31-48 ; J.-L. THIREAU, « Fondements romains et fondements coutumiers du code civil », *Droits*, t. 42, 2005, p. 3-18. Plus précisément, à propos de François Denis Tronchet, P. TESSIER, *François Denis Tronchet ou La Révolution par le droit*, Paris, Fayard, 2016. À propos de Jean-Étienne-Marie Portalis, J.-L. CHARTIER, *Portalis, le père du Code civil*, Paris, Fayard, 2004. À propos de Jacques de Maleville, L.-F. GIBERT, J.-J. DESPONT, *Jacques de Maleville (1741-1824), rédacteur du Code civil*, Neuvic, Les Livres de l’Îlot, 2022 (*Collection Périgord Documents*, 1). À propos de Félix-Julien-Jean Bigot de Prémeneu, H. DU BOISBAUDRY, *Félix-Julien-Jean Bigot de Prémeneu : fidèle dignitaire de Napoléon*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2021.

ce sens, les rédacteurs se refusent à intégrer au projet de Code civil cette matière, sans l'aval du gouvernement. Ainsi, le *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* de Jean-Étienne-Marie Portalis est révélateur de l'embarras qui les saisit à l'idée de réformer ce pan du droit. L'orateur évite le sujet en arguant de la complexité de la législation à mettre en place, en affirmant qu'en tout état de cause, il n'est pas de la compétence des rédacteurs de ressusciter ce contrat. En conséquence, ces derniers ont « abandonné à la sagesse du gouvernement la question de savoir s'il est convenable d'en provoquer le rétablissement »¹²⁵⁹. Les rédacteurs du Code civil confirment l'importance politique attachée aux contrats qui opéraient une division de la propriété sous l'ancien droit.

Du reste, au cours de la procédure d'adoption du Code civil¹²⁶⁰, les juridictions invitées à donner leur avis sur le projet ont remarqué le trouble des rédacteurs. En particulier, le tribunal de Paris a émis des réserves quant à l'abrogation du bail emphytéotique. Cette juridiction rappelle que les lois révolutionnaires se sont bornées à « déclare[r] rachetables toutes espèces de rentes foncières, quoique stipulées par les baux non rachetables » et à défendre « d'en créer de pareilles à l'avenir »¹²⁶¹ mais pour le reste, la conclusion d'un tel contrat demeure possible. Elle ajoute que l'ancien droit interdisait déjà la création de rentes foncières non rachetables dans les villes et, par conséquent, « [l]'Assemblée constituante a rendu cette loi générale, et l'a étendue à toute espèce de biens »¹²⁶². Cette divergence entre les rédacteurs du Code civil et le tribunal de Paris met en lumière les incertitudes qui prévalent dans certains pans du droit, à la suite des bouleversements de la période révolutionnaire.

Même si les rédacteurs estiment que le bail emphytéotique a été abrogé lors de la période révolutionnaire, la question de l'opportunité de son rétablissement se pose. Ce refus de se prononcer fait d'ailleurs l'objet de critiques de la part du tribunal d'Orléans qui souligne que « personne n'est plus en état que les rédacteurs de présenter une législation

¹²⁵⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. I, p. 517.

¹²⁶⁰ Sur la procédure d'adoption du Code civil, voir notamment J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, op. cit., p. 271-274 ; C. DURAND, *L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814. Extrait des Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence (Nouvelle série n°48 – Année 1955)*, Aix-en-Provence, Imprimerie des croix provençales, 1955, p. 111-116.

¹²⁶¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. V, p. 277. Le tribunal de Paris fait référence à l'article 6 du décret du 11 août 1789 abolissant les privilèges qui dispose que : « 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 ; les champarts de toute espèce, et sous toutes dénominations, le seront pareillement, au taux qui sera fixé par l'Assemblée. Défenses seront faites de plus à l'avenir créer aucune redevance non remboursable ».

¹²⁶² *Ibid.*, p. 278.

aussi claire, aussi simple sur ces contrats [emphytéotiques] que sur tous les autres »¹²⁶³. Aussi, puisque les rédacteurs du Code civil reconnaissent que le bail emphytéotique a été abusivement assimilé à un contrat féodal, il n'a été abrogé que « sous un faux prétexte »¹²⁶⁴ et n'apparaît pas comme incompatible avec les principes du nouvel ordre juridique. Quant à la complexité de la législation en la matière, la juridiction souligne qu'elle a déjà été synthétisée par Pothier et qu'elle ne présente pas plus de difficultés que les autres pans du droit civil¹²⁶⁵. Le tribunal d'Orléans suppose que les réticences des rédacteurs proviennent de la crainte de rétablir la perpétuité des charges foncières. Il propose donc un mécanisme pour éviter tout abus¹²⁶⁶. Pour concilier les intérêts tant du bailleur que du preneur, il suggère de ne permettre le rachat de la rente que dans deux cas de figures : soit après le décès du bailleur et de son premier successeur en ligne directe, soit si l'un des cocontractants vend son droit à un tiers. Selon la juridiction, ce mécanisme permettrait d'assurer un revenu au bailleur tout en préservant le preneur d'assumer une charge perpétuelle. Ce système n'est toutefois pas retenu par les rédacteurs.

En réponse aux remarques des juridictions, le Conseil d'État consacre entièrement la séance du 6 mars 1804 (15 ventôse an XII) à la question du rétablissement des rentes foncières et du bail emphytéotique¹²⁶⁷. Au cours de la discussion, de nombreux arguments, tant en faveur qu'en défaveur du bail emphytéotique, sont avancés.

D'un côté, certains défendent son rétablissement et l'insertion de dispositions relatives à son régime juridique dans le Code¹²⁶⁸. Ils mettent en évidence que, dans le Midi, la tradition veut que l'agriculture s'organise à partir de ce type de contrats. C'est pourquoi il leur apparaît judicieux de les conserver dans la mesure où ils assurent une grande sécurité pour les cultivateurs et où ils offrent la possibilité de mettre en valeur à moindre coût les terres en friche. De plus, les défenseurs du bail emphytéotique soulignent qu'il offre

¹²⁶³ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. V, p. 89. Une critique que l'on retrouve également dans les observations du tribunal de Paris (*ibid.*, p. 278-279 : « Ainsi, sans attendre, à cet égard, les ordres du Gouvernement, auquel ils en réfèrent [...], et qui, en vertu de leur première mission, les a suffisamment autorisés, nous les invitons à s'occuper de remplir cette lacune. Ils sont plus en état que personne de s'en bien acquitter »).

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, p. 90. Voir aussi les observations du tribunal de Paris (*ibid.*, p. 279).

¹²⁶⁶ *Ibid.*, p. 90.

¹²⁶⁷ Cette discussion est rapportée dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. XI, p. 56-69. Sur l'influence de la consultation des juridictions lors de la procédure d'adoption du Code civil, voir J. BRISSET, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Paris, PUF, 1967 (*Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Série « Droit privé »*, 3), p. 52-57 ; O. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, p. 203-205.

¹²⁶⁸ Il s'agit essentiellement de Jacques de Maleville, Jean Pelet ou encore Jean Béranger.

l'accès à une forme de propriété aux classes moins aisées. En cela, ce contrat est conforme à la philosophie du Code civil qui vise à protéger et encourager la propriété. Enfin, dans un souci de cohérence et de complétude du Code, ils considèrent comme indispensable de fixer la matière relative aux baux de longue durée.

De l'autre côté, les inconvénients du bail emphytéotique sont mis en évidence par d'autres membres de la commission¹²⁶⁹. Selon eux, la réglementation des baux à rente exige une législation particulièrement complexe, laquelle ne permettrait pas, malgré tout, d'éviter d'incessants procès. En outre, ces contrats ne bénéficient à personne : ni au preneur pour qui il est source de dépendance et d'inégalités, ni au bailleur dont le fonds est grevé en permanence de charges, ni à l'État qui touche des droits de mutation inférieurs à ceux d'une vente pure et simple. Par ailleurs, les règles prévues par le projet de Code civil suffisent, de leur point de vue, pour permettre une grande liberté dans l'organisation foncière, sans tomber dans les travers de l'ancien droit. En particulier, la vente à rente rachetable – autorisée par le Code – offre, selon les détracteurs du bail à emphytéose, les mêmes avantages que ce contrat sans ses inconvénients.

Pour trancher le débat, le consul Jean-Jacques Régis de Cambacérès invite les membres de la commission à se prononcer sur le fait de savoir si le bail à rente foncière ou à emphytéose s'intègre dans le nouvel ordre juridique. En ce sens, il déclare que :

« [l]e Code civil autorise l'usage le plus illimité, même l'abus du droit de propriété ; il permet à chacun la disposition indéfinie de son bien ; ce principe n'est borné que par les exceptions que réclament les mœurs et l'intérêt public : comment, dans cet état de la législation, pourrait-on, sans arbitraire, défendre à un propriétaire d'aliéner son domaine pour le prix d'une redevance foncière, si d'ailleurs les mœurs et l'intérêt de l'État ne sont pas offensés par cet arrangement ? »¹²⁷⁰

En d'autres termes, le Code civil défend un principe de propriété absolu, dont l'atteinte aux bonnes mœurs et l'intérêt général constituent les deux seules limites. En conséquence, il faut s'assurer que le bail emphytéotique ne contrevient ni à l'une ni à l'autre. À défaut, rien ne s'opposerait à son rétablissement. En l'espèce, l'atteinte aux bonnes mœurs ne soulève pas de difficultés particulières et le débat se cristallise sur l'atteinte supposée aux intérêts de l'État. Pour engager le débat, le consul Cambacérès met en avant que faire peser de lourdes charges sur les propriétaires ne lui semble pas compatible avec l'intérêt de

¹²⁶⁹ En particulier, François Denis Tronchet, Jean-Baptiste Jollivet, Jacques Defermon, Emmanuel Crétet ou Michel Regnaud.

¹²⁷⁰ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. XI, p. 62.

l'État, dans la mesure où, dans ces circonstances, les recettes fiscales s'amoindrissent¹²⁷¹. Sur ces entrefaites, Napoléon Bonaparte († 1821) intervient pour soutenir ce raisonnement. Le premier consul, s'appuyant sur l'argument fiscal, fait valoir qu'il est difficile de concevoir « qu'il [le bail emphytéotique] puisse être utile à l'État »¹²⁷². Sous son impulsion, le Conseil d'État finit ainsi par rejeter définitivement la proposition de rétablir les rentes foncières, en général, et le bail emphytéotique, en particulier.

La discussion montre pourtant que les avis demeurent partagés et que ce n'est pas tant sur le plan juridique que sur le plan politique que les tensions se cristallisent. Du point de vue juridique, une fois la durée du contrat limitée à quatre-vingt-dix-neuf ans, les obstacles quant au rétablissement du bail emphytéotique disparaissent¹²⁷³. En revanche, du point de vue politique, il apparaît nécessaire aux membres de la commission de consommer la rupture avec l'Ancien Régime et de se défaire des derniers vestiges qui les rattacheraient encore à la féodalité. D'ailleurs, au cours de la discussion, Jean-Jacques Régis de Cambacérès déclare qu'« [u]ne telle loi n'est pas fondée sur des principes de législation ; elle est tout politique, tout de circonstance »¹²⁷⁴. De la même façon, Napoléon Bonaparte concède que « [d]ans l'ancien système politique il [le bail emphytéotique] pouvait être utile », ce qui n'est plus le cas dans le nouveau système politique. Jean-Étienne-Marie Portalis explique ce renversement par la situation économique et agricole de la France, dans laquelle la majeure partie du territoire est cultivée. Il en conclut qu'« il n'est pas évident que le rétablissement des rentes foncières fût un bien, quoi qu'il ne soit également pas certain qu'il fût un mal »¹²⁷⁵. Cette difficulté à trancher souligne bien qu'il s'agit davantage d'un choix de politique législative que d'une véritable incompatibilité juridique entre le bail emphytéotique et la conception unitaire de la propriété, défendue par le Code civil. À la suite de la promulgation du Code, ces hésitations suscitent une véritable controverse doctrinale et les commentateurs se trouvent divisés entre deux camps irréconciliables qui s'opposent sur l'existence du bail emphytéotique dans le droit contemporain.

¹²⁷¹ *Ibidem*. Pour autant, le consul Cambacérès nuance immédiatement ce point en mettant en évidence que ces concessions de longue durée s'emploient en principe pour des fonds de terres que le propriétaire n'est pas en mesure d'exploiter et le preneur d'acheter. Ainsi, mieux vaut pour l'État des terres mises en culture que délaissées.

¹²⁷² *Ibid.*, p. 66.

¹²⁷³ D'ailleurs, Jacques de Maleville ne prétend pas autre chose lorsqu'il affirme que « [t]outes ces raisons [du rejet du bail à emphytéose et à rente foncière] n'étaient absolument pas sans réplique » (J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 164).

¹²⁷⁴ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, t. XI, p. 63.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, p. 69.

2. La controverse doctrinale

Si lors des travaux préparatoires du Code civil les rédacteurs ont débattu de l'opportunité de rétablir le bail emphytéotique, le texte final n'en fait aucune mention. Dans le silence de la loi, les commentateurs se sont interrogés sur le point de savoir si ce contrat était compatible avec le nouvel ordre juridique ou s'il avait été purement et simplement aboli par le législateur¹²⁷⁶. Pour le bail emphytéotique à perpétuité, le doute n'est pas permis et l'unanimité de la doctrine s'accorde pour considérer qu'il a été supprimé dès 1790¹²⁷⁷. L'article 530 du Code civil rappelle d'ailleurs le principe selon lequel toute rente perpétuelle est essentiellement rachetable¹²⁷⁸. En revanche, le sort du bail emphytéotique temporaire cristallise les débats et l'hostilité d'une partie des rédacteurs fait douter les auteurs. Comme un historien de la deuxième moitié du XIX^e siècle le souligne, il ne s'agit pas de déterminer si un contrat de bail peut stipuler l'ensemble des conditions et des effets du bail emphytéotique – soit une concession à quatre-vingt-dix-neuf ans avec un droit réel étendu, sous condition d'améliorer le fonds, de payer une redevance annuelle et de s'acquitter de toutes les charges – mais si la seule formule de « bail emphytéotique » stipulée dans le contrat suffit à les faire présumer¹²⁷⁹. Cette question s'inscrit plus largement dans la controverse doctrinale relative au *numerus clausus* des droits réels qui émaille le XIX^e siècle¹²⁸⁰. D'ailleurs, de manière générale, on constate que les partisans de la liberté de créer des démembrements de la propriété soutiennent l'existence du bail emphytéotique tandis que les tenants du *numerus clausus* des droits réels la réfutent. Pour défendre ces positions antagonistes, divers arguments sont mobilisés.

¹²⁷⁶ Sur cette controverse doctrinale, voir également M. VIDAL, « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 266-268.

¹²⁷⁷ Par exemple, A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 68-69, n. 77-78 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage*, *op. cit.*, t. I, p. 159, n. 50 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 644-645, n. 224 bis.

¹²⁷⁸ Pour mémoire, art. 530 C. civ. : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans, toute stipulation contraire est nulle ».

¹²⁷⁹ G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 284-285.

¹²⁸⁰ À ce propos, voir L. PFISTER, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 1261-1284 ; B. MALLET-BRICOUT, *Le numerus clausus des droits réels : la fin d'un mythe*, Montréal, Les éditions Thémis, 2017 (*Conférence Albert-Mayrand*, 19).

D'un côté, certains auteurs estiment que le bail emphytéotique a été aboli¹²⁸¹. En effet, ils considèrent que le silence du Code civil démontre que le bail emphytéotique n'est pas conciliable avec l'esprit de la législation nouvelle¹²⁸². Ces auteurs continuent d'assimiler le bail emphytéotique aux cadres institutionnels d'Ancien Régime dans lesquels il a été réinterprété. Leur raisonnement se fonde invariablement sur les mêmes arguments : ils considèrent que si le législateur avait voulu conserver ce contrat, il aurait intégré des dispositions le régissant dans le Code. Ces commentateurs s'appuient également sur quatre articles (art. 526, art. 543, art. 2118, art. 2204) du Code civil pour démontrer leur thèse¹²⁸³. Ils soulignent qu'aucun de ces quatre articles, qui règlent pourtant les droits réels, n'encadre le droit d'emphytéose. Or, la liste des droits réels énumérés dans le Code civil est, selon eux, limitative et il n'est pas possible de créer des droits réels en dehors des cas prévus par la loi, car il s'agit d'une matière qui n'intéresse pas uniquement les

¹²⁸¹ En ce sens, C. É. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon. Ouvrage divisé en deux parties, dont la première contient la troisième édition des Institutes de droit civil français, du même auteur, revue et corrigée par lui ; et la seconde, les notes et explications sur lesdites Institutes*, Paris, P. Gueffier, 1813, t. II, p. 171, note 1 ; J. GRENIER, *Traité des hypothèques*, t. I, Clermont-Ferrand, Thibaud-Landriot, 1824, p. 307-308, n. 143 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code. Ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. III, Paris, Warée, 1824, p. 65-66, n. 101 ; J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., t. I, p. 102-104, n. 97 ; J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, op. cit., p. 24-30 ; A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques*, op. cit., p. 191-199 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., t. II, p. 644-649, n. 224 bis ; A. RODIÈRE, P. PONT, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leurs biens. Ouvrage contenant en outre l'examen du droit d'enregistrement dans ses rapports avec les conventions matrimoniales*, t. I, Paris Delamotte, 1865, p. 322-323, n. 395 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens. De la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, Paris, Imprimerie générale, Durand & Pédone-Lauriel, Hachette et C^{ie}, Cossen Marcahl et Billard, 1875 (*Cours de Code Napoléon*, 9), p. 382-393, n. 491 ; P. PONT, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, mis en rapport avec les lois sur la transcription, sur la tenue des registres hypothécaires, sur l'hypothèque maritime, etc.*, t. I, Paris, Delamotte et fils, 1876 (*Explication théorique et pratique du Code civil*, 10), p. 418-419, n. 388 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique...*, op. cit., t. IV, p. 95-96, n. 73 ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage...*, op. cit., t. I, p.19-20, n. 10 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, t. I, Paris, Sirey, L. Larose, L. Tenin, 1911, p. 733, n. 1291 bis.

¹²⁸² Par exemple, Auguste Valette le formule clairement : « Suivant nous, la pratique et la doctrine générale des auteurs ont fait fausse route et méconnu l'esprit du Code civil, en admettant que l'emphytéose existe dans notre législation actuelle, comme droit réel immobilier transmissible aux successeurs universels ou particuliers de l'emphytéote, pendant un laps de temps qui peut s'étendre à quatre-vingt-dix-neuf ans » (A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques*, op. cit., p. 191-192).

¹²⁸³ Pour mémoire, l'article 526 dispose que : « Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : l'usufruit des choses immobilières ; les servitudes en services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ».

L'article 543 dispose que : « On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

L'article 2118 dispose que : « Sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée ».

L'article 2204 dispose que : « Le créancier peut poursuivre l'expropriation : 1° Des biens immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en propriété à son débiteur ; 2° De l'usufruit appartenant au débiteur sur les biens de même nature ».

cocontractants mais plus largement l'ordre public. Pour affirmer cela, ils se fondent sur les travaux préparatoires au Code civil. À l'occasion de la discussion sur le Livre II relatif aux biens, le rapporteur déclare que ce livre renferme quatre titres¹²⁸⁴ contenant les « seules modifications dont les propriétés soient susceptibles dans [l']organisation politique et sociale [de la France] ; il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits »¹²⁸⁵. De plus, l'article 2118 est rédigé sur le modèle des lois de l'an III et de l'an VII. Pourtant, dans ces deux lois révolutionnaires, le droit d'emphytéose était explicitement classé parmi les droits susceptibles d'hypothèque¹²⁸⁶. À l'inverse, le Code civil semble laisser délibérément de côté le bail emphytéotique. Les opposants à l'existence du bail emphytéotique signalent qu'au cours des travaux préparatoires plusieurs rédacteurs se sont explicitement prononcés pour une abrogation de ce contrat. Ils rappellent notamment les opinions de François Denis Tronchet et de Jean Pelet. Enfin, ils s'appuient sur l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII pour en conclure l'abrogation du bail emphytéotique¹²⁸⁷. Selon eux, à partir du moment où le Code civil a réglé la matière contractuelle sans mentionner le bail à emphytéose, l'abandon de ce contrat ne fait pas de doute. Au demeurant, ils estiment qu'il s'agit d'un contrat devenu inutile en raison des besoins économiques et sociaux du siècle.

D'un autre côté, d'autres auteurs tentent de réfuter ce raisonnement et affirment que le bail emphytéotique continue d'exister sous l'empire du Code civil¹²⁸⁸. Pour ce faire, ils

¹²⁸⁴ Les quatre titres sont les suivants : De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit et de l'habitation, des servitudes ou services fonciers.

¹²⁸⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, op. cit., t. XI, p. 33.

¹²⁸⁶ Voir *supra*, p. 294.

¹²⁸⁷ Cet article dispose que : « À compter du jour où ces lois seront 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 ».

¹²⁸⁸ En ce sens, G.-B. BATTUR, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, Paris, Guillaume, 1823, p. 84-86, n. 246 ; P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, t. II, Paris, Garnery, 1827, V° Emphytéose, p.732-733 ; G.-J. FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire de la législation du notariat*, op. cit., t. I, V° Hypothèques, p. 508-509, n. 2 ; P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un Dictionnaire analytique, au moyen duquel on retrouve facilement toutes les lois, décrets, avis du conseil d'État, décisions judiciaires, ou administratives, et questions que contient le traité*, t. IV, Paris, Charles Hingray, 1839, p. 223-224, n. 3071 ; J.-J.-F. ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire de la jurisprudence du notariat, par une réunion de magistrats, de jurisconsultes, de notaires et de chefs de l'administration de l'enregistrement*, t. II, Paris, L'administration de la jurisprudence du notariat, 1841, V^{is} Bail emphytéotique, p. 112, n. 17 ; É. PÉPIN-LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 340-346, n. 2-4 ; V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., t. II, p. 365-366, n. 358 ; A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., t. II, p. 45-47, n. 69-70 ; A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, op. cit., t. II, p. 408, n. 378 bis ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 70-76, n. 80 ; R.-T. TROPLONG, *Des privilèges et hypothèques...*, op. cit., t. II, p. 33-35, n. 405 ; ID., *De l'échange et du louage*, op. cit., t. I, p. 158-161, n. 50 ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, op. cit., t. I, p. 314-326, n. 14 ; F. LAURENT,

déroulent une démonstration similaire. Tout d'abord, ils remarquent que l'abrogation d'un contrat aussi controversé ne peut résulter que d'une volonté explicite du législateur, le silence du Code civil ne peut donc valoir abrogation. Du reste, les opinions des rédacteurs ne constituent que des positions individuelles et isolées qu'il faut manier avec précaution pour discerner l'esprit de la loi. De toute façon, le bail emphytéotique, comme l'ont souligné certains rédacteurs, n'est pas un contrat féodal, il n'est donc pas, par essence, contraire à l'esprit du nouvel ordre juridique. Les partisans de l'existence du bail emphytéotique estiment que les articles du Code civil mis en avant par ses opposants doivent être interprétés largement. Le droit d'emphytéose peut tout à fait être englobé sous le terme de « droit de jouissance », d'« usufruit », voire de « bien immeuble » pour certains. Par ailleurs, le législateur lui-même est venu ultérieurement encadrer le bail emphytéotique, par le biais de certaines lois spéciales¹²⁸⁹. Cela signifie bien qu'il n'a pas entendu l'abroger avec l'entrée en vigueur du Code civil. Enfin, la jurisprudence n'a jamais considéré le contrat emphytéotique comme abrogé, si bien qu'il perdure effectivement sur l'ensemble du territoire français. Pour toutes ces raisons, ces commentateurs estiment que le bail à emphytéose existe toujours, malgré le silence du Code sur la question.

En définitive, les auteurs de doctrine ne parviennent pas à lever l'incertitude qui résulte du silence du Code civil. Tout comme les rédacteurs du Code civil avant eux, ils peinent à s'accorder sur le sort réservé au bail emphytéotique. De surcroît, il est frappant de constater que les auteurs de ces deux courants doctrinaux cherchent à respecter les principes irriguant le Code civil¹²⁹⁰. Or, le silence de la loi leur confère une grande liberté¹²⁹¹. Dès lors, même si, pour ces commentateurs, le texte du Code civil demeure une référence inévitable et s'ils se sentent tenus par l'esprit de la loi, les solutions issues de leurs interprétations respectives divergent complètement. D'un point de vue strictement juridique, les deux raisonnements trouvent leur justification et c'est donc par un autre biais,

Principes de droit civil français, op. cit., t. VIII, p. 410-411, n. 340 ; É. ACCOLAS, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, t. I, p. 564.

¹²⁸⁹ Par exemple, une loi du 21 juin 1826 (*Bulletin des lois du royaume de France. 8^e série*, t. IV, Paris, Imprimerie nationale, 1826, p. 423-425).

¹²⁹⁰ Sur la quête de l'esprit de la loi par les commentateurs du Code civil, voir N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 100-109. Nader Hakim identifie huit techniques d'interprétation auxquelles ont recours les juristes du XIX^e siècle. Il estime qu'ils prennent en compte : les motifs de la loi, l'esprit général de la législation, la tradition, la cohérence avec d'autres dispositions de la loi, les sources du Code civil, les travaux préparatoires, la possibilité de recourir à l'analogie et les inconvénients et avantages des diverses interprétations possibles.

¹²⁹¹ Sur l'interprétation dans le silence de la loi, voir *ibid.*, p. 123-125.

notamment la jurisprudence, que la controverse doit être tranchée. Si le doute était permis après la promulgation du Code civil, l'interprétation des partisans de l'existence du bail à emphytéose est finalement retenue par la pratique. Il semble d'ailleurs que les praticiens du droit aient pris en compte la survivance du bail emphytéotique avec moins de difficultés que les universitaires. Sous l'impulsion des juges qui s'efforcent de lever les ambiguïtés, la permanence du contrat emphytéotique dans le nouvel ordre juridique est acquise. Au contraire, une telle incertitude législative et doctrinale, flagrante à la lecture des sources françaises, ne semble pas se retrouver dans les États voisins. Ceux qui ont fait le choix de codifier leur législation civile à la même période ont majoritairement conservé, sans difficultés particulières, le bail emphytéotique.

B. L'exception française à l'aune des codifications européennes

L'examen du phénomène de codification des États limitrophes montre que l'absence d'encadrement du bail emphytéotique par la loi fait figure d'exception, dans la mesure où la plupart des codes européens promulgués au cours des XVIII^e et XIX^e siècles autorisent explicitement ce contrat en réglementant ses conditions et ses effets¹²⁹². Il fait même souvent l'objet d'une réglementation détaillée¹²⁹³. De plus, les règles qui lui sont applicables sont d'une grande stabilité par rapport à celles qui prévalent au sein de la doctrine d'Ancien Régime. Si pour adapter la législation aux nouveaux besoins sociaux et politiques, certaines règles sont modernisées, pour l'essentiel, elles demeurent conformes à la tradition romaniste.

Dans d'autres États voisins de la France, il est possible de constater qu'une grande partie des codifications entreprises à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle incluent des dispositions relatives au bail emphytéotique. Ainsi, dans le *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (CMBC) de 1756, un article définit ce contrat comme celui qui confère à l'emphytéote un domaine utile tandis que le bailleur conserve le domaine direct¹²⁹⁴. Dans l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR) de 1794, les dispositions

¹²⁹² Sur le mouvement européen de codification au XVIII^e et XIX^e siècles, voir la synthèse de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe. De 1750 à nos jours*, op. cit., p. 79-108.

¹²⁹³ De manière générale, sur le bail emphytéotique à l'étranger, voir *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, op. cit. ; R. FEENSTRA, « L'emphytéose et le problème des droits réels », loc. cit., p. 1317-1319.

¹²⁹⁴ CMBC, IV, 7, 1 : « Wenn ein unbewegliches Gut gegen gewis- und bestimmte Verreichnis solchergestalt verliehen wird, daß dem Verleiher nur die Grundherrschaft oder das dominium directum davon übrig bleibt, dominium utile hingegen überlassen wird, so heißt es emphyteusis ». D'ailleurs, Wolfgang Dannhorn interprète le bail emphytéotique dans le *Codex Maximilianeus* comme un terme générique recouvrant l'ensemble des baux (W. DANNHORN, *Römische emphyteuse und deutsche erbleihe...*, op. cit., p. 283-284).

relatives au bail emphytéotique tentent de concilier les traditions germaniques et romaines, ce qui renouvelle en partie l'institution¹²⁹⁵. L'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) de 1812 prévoit également un encadrement du bail à emphytéose¹²⁹⁶.

Parmi les codes plus tardifs, le bail emphytéotique fait également l'objet d'une réglementation. Le code italien (1866) lui réserve douze articles, le code portugais (1867) pas moins de cinquante-trois et le code espagnol (1889) vingt-sept. En Italie, il est fréquemment utilisé pour développer le milieu urbain¹²⁹⁷. Bien loin des institutions propres à la féodalité, il trouve dans les villes un terreau pour se renouveler. Si le bail à emphytéose n'apparaît pas dans le code civil sarde de 1838¹²⁹⁸, il fait son retour dans le code italien de 1866, ce qui témoigne de la vitalité de ce contrat¹²⁹⁹. De la même façon, au Portugal, les choix politiques et législatifs qui ont conduit à la promulgation du code civil de 1867 ont déterminé la réglementation du bail emphytéotique. En particulier, sous l'influence d'Antonio Luis de Seabra, son rédacteur, il ressort de ce code la volonté de préserver le droit de propriété mais, à l'inverse du choix des rédacteurs français, cela se traduit par le maintien du bail à emphytéose¹³⁰⁰. Ainsi, malgré l'inspiration française présidant à la rédaction de ce code, les moyens employés pour garantir la propriété divergent.

Par ailleurs, dans les pays pour lesquels il n'y a pas eu de processus de codification ou celui-ci n'a pas encadré le bail emphytéotique, ce contrat demeure pratiqué. En Angleterre, il existe ce que plusieurs auteurs considèrent comme un équivalent du bail à emphytéose largement répandu tout au long du XIX^e siècle. Dans les villes, la plupart des maisons sont

¹²⁹⁵ Les dispositions sont nombreuses et éparpillées : I XVIII §§680-819 ; I XXI §§187-226 ; I XXI §§626-650. Voir la synthèse de W. DANNHORN, *Römische emphyteuse und deutsche erbleihe...*, *op. cit.*, p. 287-300.

¹²⁹⁶ ABGB, § 1123 : « Wird eine geringe Abgabe von dem Besitze nur zur Anerkennung des Grundeigentumes geleistet, so heißt der Grund Erbzinsgut, und der darüber errichtete Vertrag ein Erbzinsvertrag ». La modicité de la redevance due par l'emphytéote apparaît comme un caractère qui distingue le bail emphytéotique du bail héréditaire (§ 1124 : « Im Zweifel, ob ein Nutzegenthum ein Erbpachtgut oder ein Erbzinsgut sey, ist auf den Betrag des jährlichen Zinses, und andere Schuldigkeiten Rücksicht zu nehmen. Steht dieser Betrag mit den jährlichen reinen Nutzungen außer allem Verhältnisse ; so ist das Nutzungseigenthum ein Erbzinsgut ; läßt sich aber wenigstens von alten Zeiten her und bey ganz öde übernommenen Gründen ein Verhältnis denken ; so ist es ein Erbpachtgut »).

¹²⁹⁷ Sur cet aspect, voir O. FARON, « Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIX^e siècle) », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Publications de l'École française de Rome, t. 206, 1995, p. 101-113.

¹²⁹⁸ Sur ce point, voir E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, L. Larose & Forcel, 1886, V^o Emphytéose, p. 69, n. 212.

¹²⁹⁹ Il connaît toutefois un déclin à partir de la Restauration autrichienne dans le nord de l'Italie. Pour plus de détails, voir O. FARON, « Sur les formes de propriété dissociée... », *loc. cit.*, p. 111-112.

¹³⁰⁰ Sur les inspirations du code portugais, O. FERREIRA, « Le Code civil portugais de 1867 est-il un code "français" ou un "anti-code" français ? Éléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : Antonio Luis de Seabra », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 92, 2014/1, p. 55-98.

construites sur des terrains loués en *leasehold*, c'est-à-dire un contrat dans lequel un propriétaire (*land-owner*) loue le fonds à un preneur (*leaseholder*) à charge pour lui de construire les maisons et de les louer¹³⁰¹. En Belgique, une loi spéciale datant du 10 janvier 1824 encadre précisément le bail emphytéotique. Après le congrès de Vienne de 1815, la Belgique avait conservé le code civil imposé par Napoléon et copie du code promulgué en France en 1804¹³⁰². Dès lors, en raison du silence du code sur la question du bail emphytéotique, la nécessité de légiférer s'est imposée.

Sur le fond, une comparaison générale de l'ensemble de ces dispositions relatives au bail emphytéotique met en évidence trois éléments principaux.

Tout d'abord, la perpétuité du bail emphytéotique n'est pas abolie partout. Elle est essentiellement abandonnée dans les pays inspirés directement par le Code civil français et l'esprit révolutionnaire. C'est le cas en Belgique où l'article 2 de la loi de 1824 limite la durée de l'emphytéose à quatre-vingt-dix-neuf ans au maximum et vingt-sept ans au minimum. En revanche, dans les codes germaniques, la perpétuité du bail à emphytéose ne pose pas de difficulté particulière, ce qui s'explique par l'absence d'abolition de la féodalité¹³⁰³. De même, en Italie, le bail emphytéotique peut être conclu à perpétuité ou à temps¹³⁰⁴, tandis qu'au Portugal, il est par essence perpétuel¹³⁰⁵. En conséquence, le caractère perpétuel des baux n'apparaît pas nécessairement dans ces pays comme un danger pour la garantie de la propriété. Il est généralement atténué par certaines dispositions. Un droit de rachat peut être prévu, permettant ainsi à l'emphytéote ou au bailleur de se libérer d'une charge perpétuelle¹³⁰⁶. Dans d'autres cas, le droit de

¹³⁰¹ Sur la portée de ce contrat, A. AGACHE, « La "housing question" à Londres », *La science sociale*, t. 33, 1902, p. 359-368 ou encore J.-G. COURCELLE-SENEUIL, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, t. II, Paris, F. Amyot, 1867, p. 142-143. *Contra* : Fuzier-Herman affirme que le bail emphytéotique est inconnu en Angleterre, même s'il admet qu'il existe des contrats similaires. Il entend par là que le bail à emphytéose romain n'y a pas été reçu (E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, *op. cit.*, V° Emphytéose, p. 69, n. 201).

¹³⁰² Sur l'influence du Code Napoléon en-dehors des frontières, parmi la vaste bibliographie, voir notamment : A. CABANIS, « Le Code hors la France », *Mélanges en hommage à André Cabanis*, *op. cit.*, p. 493-526 ; *La circulation du modèle juridique français. Journées franco-italiennes*, éd. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Paris, Litec, 1993 (*Travaux de l'Association Henri Capitant*, 44) ; *L'influence du Code civil dans le monde. Travaux de la semaine internationale de droit (Paris 1950)*, éd. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Paris, A. Pedone, 1954.

¹³⁰³ Voir notamment, ALR, I, XXI, 200 ; ABGB, § 1122 et § 1123.

¹³⁰⁴ C. civ. italien, art. 1556. Sur ce point, il est possible que le code civil autrichien ait pu influencer la codification italienne, davantage que le code civil français. Voir M.R. DI SIMONE, « Le Code civil autrichien en Italie », *RHDF*, t. 89, 2011, p. 115-125.

¹³⁰⁵ C. civ. portugais, art. 1654. À défaut, le contrat est considéré comme un simple louage.

¹³⁰⁶ C'est ce que prévoient l'article 1564 du code civil italien et les articles 1651 et 1652 du code civil espagnol.

reconnaissance du concédant est strictement encadré pour éviter tout abus mais, dans le même temps, préserver son droit de propriété¹³⁰⁷. Ces différentes règles permettent d'équilibrer le rapport de force entre le bailleur et le preneur, en renforçant la protection de l'un ou de l'autre selon les choix opérés par le législateur.

Ensuite, et cette observation découle partiellement de la précédente, ces législations étrangères témoignent d'une « déféodalisation » – telle que l'a opérée le législateur français – moins radicale. En particulier, le bail emphytéotique continue dans certains codes à opérer une division de la propriété entre un preneur qui se voit transférer un domaine utile et un bailleur qui conserve le domaine direct. C'est le cas dans le *Codex Maximilianus*¹³⁰⁸, dans l'ALR prussien¹³⁰⁹, dans le code civil autrichien¹³¹⁰, dans le code civil portugais¹³¹¹ ou encore le code civil espagnol¹³¹². Dans d'autres cas, un droit de retrait a été conservé au bénéfice du bailleur. Il est possible de retrouver des dispositions en ce sens dans le code civil espagnol (articles 1636 à 1642), l'article 1636 précisant d'ailleurs qu'en miroir l'emphytéote détient un droit de premier refus (*derecho de tanteo*) qui le protège en cas d'aliénation. Dans le code civil portugais, un droit de préemption, en cas d'aliénation, est également mis en place au profit du bailleur comme du preneur (articles 1678 à 1681). Dans la même optique, le code civil italien prévoit une faculté de déguerpissement au profit de l'emphytéote en cas de perte notable du fonds concédé¹³¹³. Finalement, mise à part la législation belge dans laquelle il n'est pas possible de trouver une disposition non expurgée de toute référence féodale, dans les autres États, les textes législatifs du XIX^e siècle relatifs au contrat emphytéotique portent en eux les vestiges des périodes médiévale et moderne. Dans le même temps, l'équilibre contractuel a été réajusté, souvent pour éviter tout abus de la part du bailleur et entraver l'instauration d'un rapport de dépendance qui préjudicierait au preneur.

En somme, la plupart des législateurs européens ont une position plus pondérée que le législateur napoléonien sur la question du contrat emphytéotique. Sur ce point, le

¹³⁰⁷ Notamment, l'article 1563 du code civil italien.

¹³⁰⁸ CMBC, IV, 7, 1.

¹³⁰⁹ ALR, I, VIII, 19-20 ou encore ALR, I, XVIII.

¹³¹⁰ ABGB, § 1122. Sur la division de propriété dans les baux de longue durée, voir L. PFISTER, « La propriété dans l'ABGB, entre modernité et tradition », *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, éd. F.-S. MEISSEL, L. PFISTER, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 85-87, n. 37.

¹³¹¹ C. civ. portugais, art. 1653.

¹³¹² Voir notamment, C. civ. espagnol, art. 1630.

¹³¹³ C. civ. italien, art. 1560.

législateur français fait preuve de singularité, ce qu'il est sans doute possible d'expliquer au regard du contexte politique tendu qui a suivi la Révolution et l'a contraint à des choix plus radicaux que dans le reste de l'Europe. Dans les codifications des États limitrophes, le compromis entre l'héritage féodal et la modernisation nécessaire du droit pour l'adapter aux progrès du XIX^e siècle apparaît avec davantage de nuances. Il n'y est pas question d'expurger de façon artificielle tout élément féodal – d'autant que dans certains États, la féodalité n'a pas été abolie – mais plutôt d'ajuster aux évolutions de la société le droit des baux, sans nécessairement faire table rase des principes antérieurs. Cette approche plus modérée du contrat emphytéotique se rapproche, en partie, de celle de la jurisprudence française, qui s'emploie tout au long du XIX^e siècle à garantir sa survie.

§. 2 *La survie du bail emphytéotique assurée par la jurisprudence*

Au XIX^e siècle, la loi comme la doctrine laissent planer l'équivoque sur la notion de bail emphytéotique. La première garde le silence tandis que la seconde peine à trouver un consensus. À l'inverse, la lecture des décisions de justice met en évidence le fait que les juridictions n'ont jamais douté de l'existence de ce contrat. Elles n'en avaient, de toutes façons, pas la possibilité, dans la mesure où les particuliers ont continué de conclure de tels contrats. Pour accompagner la vitalité de la pratique contractuelle¹³¹⁴, la survie du bail emphytéotique paraît assurée par la jurisprudence qui, ce faisant, s'emploie à combler les carences des textes législatifs. En application de l'article 4 du Code civil, le juge se doit de pallier tout silence ou toute insuffisance de la loi. Pour combler les lacunes de la loi, le codificateur lui-même au moment de la discussion de la loi du 30 ventôse an XII, avait admis que les lois antérieures « qui, sans y être contraires [au Code], statuent sur des matières qui sont l'objet des titres du Code, cesseront d'avoir force de loi » mais pourront « être citées comme *raison écrite* »¹³¹⁵. Une telle conception laisse alors une grande marge

¹³¹⁴ La pratique du bail emphytéotique n'a jamais cessé comme en témoignent les formulaires notariaux. Voir par exemple, LEDRU, *La clef du notariat, ou Exposition méthodique des connaissances nécessaires à un notaire ; contenant des principes sûrs, puisés dans les meilleurs Auteurs, pour rédiger avec intelligence toutes sortes d'actes et de contrats ; avec des formules dressées sur ces mêmes principes*, Paris, Senlis, Veuve Dabo, Tremblay, 1822, p. 105-107 ; *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement ou Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile et fiscale (avec formules)*, t. III, éd. C. LANSEL, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1879, p. 387-427.

¹³¹⁵ Voir l'intervention de Maleville lors de la discussion du Conseil d'État du 17 ventôse an XII (8 mars 1804), rapportée dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. I, p. LXXXII. Sur ce point, voir notamment C. GAU-CABÉE, « La jurisprudence et les silences du code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, t. 47, 2008, p. 3-21 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Additionnel ou innovatif ?... », *loc. cit.*, p. 29-36 ; ID., « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : les leçons des plaidoyers du Parquet », *Traditions savantes et codification. Actes du VII^e Congrès ARISTEC. Poitiers*, 8, 9,

de manœuvre au juge qu'il met à profit en reconnaissant l'existence du bail emphytéotique en l'absence de toute base textuelle (A). Cependant, au cours de cette refondation, le contrat emphytéotique renaît dans le droit contemporain comme une institution d'exception, bien loin du rôle d'archétype qu'il jouait sous l'Ancien Régime (B).

A. La reconnaissance de l'existence du bail emphytéotique

Après la promulgation du Code civil, les juridictions judiciaires, en particulier la Cour de cassation, ont continué de considérer que le bail emphytéotique temporaire existe en droit français. Contrairement aux écrits doctrinaux, l'activité jurisprudentielle ne connaît pas de divergences pour décider si le bail emphytéotique a survécu dans le nouvel ordre juridique. La preuve en est que, dans les années qui suivent directement l'adoption du Code, les décisions judiciaires ne font pas état d'une éventuelle discussion sur l'existence ou la disparition de ce contrat¹³¹⁶. Toutefois, pendant le premier tiers du XIX^e siècle, la jurisprudence, si elle paraît admettre la survivance du bail emphytéotique sous l'empire du Code civil, en réglant les litiges qui opposent les parties et en n'annulant pas les baux emphytéotiques portés à sa connaissance, ne le consacre pas encore solennellement.

L'admission du bail emphytéotique par les juges a probablement été encouragée par une série d'actes législatifs postérieurs au Code civil qui ont autorisé le recours au contrat sur le domaine public. Dès 1810, un sénatus-consulte fait mention du bail emphytéotique, soulignant par-là la continuité de ce contrat. Cet acte du 30 janvier 1810, relatif à la dotation de la Couronne, prévoit dans son article 14 que « [l]es domaines productifs qui se trouvent attachés à la dotation de la couronne, par l'effet des réunions, ou de toute autre

et 10 septembre 2005, éd. C. OPHÈLE, P. RÉMY, Poitiers, Université de Poitiers, LGDJ, 2007, spécialement p. 14-22 ; J. HILAIRE, « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^e siècle », *Le Code civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 155-170 ; P. THERY, « Le juge dans le Code civil », *Le Code civil 1804-2004...*, *op. cit.*, p. 657-670 ; P. RÉMY, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, t. 107, 2003/4, p. 22-36 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, *op. cit.*, p. 81-83. Voir également U. PETRONIO, « L'idée de code avant et après la codification », *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, éd. E. CHEVREAU, C. MASI DORIA, J. M. RAINER, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2019, spécialement p. 733-744 ; ID., « Attività giuridica e giurisprudenza in Francia dopo il Code civil », *Rivista di diritto civile*, t. 57, 2011/6, p. 615-649 ; ID., *La lotta per la codificazione*, Turin, Giappichelli, 2002, spéc. p. 107 et s., p. 131 et s.

¹³¹⁶ Cette question n'est jamais soulevée devant la Cour de cassation. Par exemple, pour des contrats conclus après la loi de 1790 : Cass., 8 décembre 1812, *Durein c. Becker-Volmer*, S. 1813, I, p. 94 ; Civ., 15 décembre 1824, *Hergott-Levieux c. la dame Schauenbourg*, D. 1825, I, p. 96, S. 1825, I, p. 290. Et lorsqu'un litige concerne un bail emphytéotique conclu, sous l'empire du Code civil, l'existence de ce contrat n'est pas mise en doute : Civ., 10 novembre 1828, *Longiavi c. les hospices d'Ajaccio*, D. 1828, I, p. 438. Voir également en ce sens, M. VIDAL, « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 269.

manière, peuvent être affermés, sans que néanmoins la durée des baux puisse excéder le temps déterminé par les articles 595, 1429, 1430 et 1718 du Code Napoléon, à moins qu'un bail emphytéotique n'ait été autorisé par décret délibéré au Conseil d'état »¹³¹⁷. Par ce texte, les pouvoirs publics se laissent la possibilité de conclure des baux emphytéotiques, dans la mesure où les formes du décret délibéré en Conseil d'État sont respectées. Une disposition identique est reprise dans la loi du 8 novembre 1814¹³¹⁸. Une ordonnance du 8 août 1821 autorise les communes à conclure des baux emphytéotiques¹³¹⁹. Enfin, trois lois font plus que mentionner incidemment le bail emphytéotique et le concernent directement. D'abord, la loi du 21 juin 1826 encadre divers baux emphytéotiques consentis sur le domaine de la Couronne. Ce texte confirme la concession à emphytéose d'un immeuble à Versailles datant de 1821 (article 1^{er}) et autorise un autre bail emphytéotique sur une portion du centre de Paris détenue par la Couronne (article 2)¹³²⁰. Une autre loi du 28 juin 1829 confirme le contrat emphytéotique consenti en 1825 de l'ancien garde-meuble de la Couronne à Versailles, au profit du département de Seine-et-Oise (article 8)¹³²¹. Enfin, une loi du 21 avril 1832 autorise la concession à bail emphytéotique d'un terrain situé dans la forêt de Fontainebleau et appartenant au domaine public, à un particulier¹³²². Certes, ces textes se bornent uniquement à ratifier des baux emphytéotiques particuliers et ne peuvent être interprétés de façon extensive comme une permission générale de constituer des contrats emphytéotiques. Néanmoins, ils soulignent que le législateur n'est pas défavorable, dans l'absolu, au bail emphytéotique et qu'il autorise volontiers le recours à ce contrat pour l'entretien, la conservation et la valorisation du domaine public. Ainsi, la méfiance des rédacteurs du Code civil et les réserves d'une

¹³¹⁷ *Bulletin des lois de l'empire français. 4^{ème} série*, t. XII, Paris, Imprimerie impériale, 1810, p. 32. Nous soulignons.

¹³¹⁸ Article 15 de la loi du 8 novembre 1814 relative à la Liste civile et à la Dotation de la Couronne : « Les domaines productifs, affectés à la dotation de la couronne, peuvent être affermés sans que néanmoins la durée des baux puisse excéder le temps déterminé par les articles 595, 1429, 1430 et 1718 du Code civil, à moins qu'un bail emphytéotique n'ait été autorisé par une loi » (*Bulletin des lois du royaume de France. 5^e série*, t. II, Paris, Imprimerie royale, 1815, p. 348).

¹³¹⁹ Article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 8 août 1821 contenant des modifications aux règles actuelles de l'administrations des villes et communes du royaume : « Les acquisitions, aliénations, échanges et baux emphytéotiques continueront également à être faits conformément aux règles actuellement établies » (*Bulletin des lois. 7^e série*, t. XIII, Paris, Imprimerie nationale, 1821, p. 251). Une disposition identique est insérée la même année dans une ordonnance du 31 octobre 1821 relative à l'administration des hospices et bureaux de bienfaisance. Article 14 : « Il continuera à être procédé conformément aux règles actuellement en vigueur, pour les acquisitions, ventes, échanges, baux emphytéotiques, emprunts et pensions, et conformément à l'article 4 de notre ordonnance du 8 août dernier, pour les constructions et reconstructions dont la dépense devra s'élever à plus de vingt mille francs » (*ibid.*, p. 607).

¹³²⁰ *Bulletin des lois du royaume de France. 8^e série*, t. IV, Paris, Imprimerie nationale, 1826, p. 423-425.

¹³²¹ *Bulletin des lois du royaume de France. 8^e série*, t. X, Paris, Imprimerie nationale, 1829, p. 513-515.

¹³²² *Bulletin des lois du royaume de France. 9^e série*, t. IV, Paris, Imprimerie royale, 1833, p. 263.

partie de la doctrine quant à ce contrat n'apparaissent pas – ou plus – partagées par le pouvoir, qui lui trouve une utilité.

Dans ce contexte, c'est alors à la jurisprudence que revient le rôle de généraliser la possibilité de conclure des baux emphytéotiques dans le droit contemporain. En 1832, un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation en affirme explicitement l'existence¹³²³. La juridiction est alors saisie pour déterminer si le droit d'emphytéose peut faire l'objet d'une hypothèque. Dans un arrêt lapidaire, elle infirme le jugement de première instance, qui s'était prononcé par la négative, et confirme l'arrêt d'appel, qui avait décidé que l'emphytéote était susceptible d'hypothéquer son droit d'emphytéose¹³²⁴. En outre, dans le silence du Code civil, cette affaire constitue l'occasion pour la Cour de cassation de préciser les conditions de la survie du bail emphytéotique. Elle déclare :

« que le Code civil n'a ni changé, ni modifié les règles concernant l'emphytéose ; que ce contrat a toujours été considéré comme ayant un caractère particulier, et qu'il n'a jamais été confondu avec le droit de louage ».

Cette décision est la première à affirmer aussi clairement l'existence du bail emphytéotique. Il n'est pas impossible que le contexte plus libéral de la Monarchie de Juillet et ses tentatives de révision du Code civil aient insufflé l'audace nécessaire à la Cour de cassation pour opérer une interprétation sinon *contra legem*, du moins *praeter legem*¹³²⁵. Par cet attendu, la Cour de cassation affirme l'autonomie et la spécificité du bail emphytéotique, distinct à la fois de la vente et du louage. Ce contrat ne peut donc être compris simplement comme un type de louage – tels que le louage de choses ou le louage d'ouvrage – il est d'une nature distincte qui répond à des conditions et des effets qui lui sont propres. En cela, la haute juridiction reprend une classification bien connue dans l'ancien droit, selon laquelle le bail emphytéotique se définit comme un contrat spécial, distinct à la fois de la vente et du louage¹³²⁶.

¹³²³ Req., 19 juillet 1832, *Bony et autres c. Moreno de Mora*, D. 1832, I, p. 296, S. 1832, I, p. 531.

¹³²⁴ L'arrêt d'appel est rapporté intégralement : Paris, 10 mai 1831, *Moreno de Mora c. Bony*, D. 1831, II, p. 121, S. 1831, II, p. 153. La Cour de Paris avance déjà prudemment la spécificité du contrat d'emphytéose : « le droit d'hypothèque résulte de la nature de l'emphytéose, qui ne peut être assimilée à un contrat de louage ».

¹³²⁵ Sur le Code civil sous la Monarchie de Juillet, voir J.-F. NIORT, *Homo civilis...*, op. cit., t. I, p. 283-288.

¹³²⁶ Voir *supra*, p. 79 et s.

Quelques mois plus tard, prenant acte de cet arrêt, la Cour de Douai poursuit le raisonnement de la Cour de cassation. Dans une affaire similaire où il s'agit pour les juges de déterminer si le droit d'emphytéose est ou non susceptible d'hypothèque, la juridiction rappelle « que sous l'ancien droit, une telle concession conférait au preneur une propriété immobilière, susceptible d'hypothèque ; qu'il en a été de même sous la législation intermédiaire, ainsi que cela résulte des art. 5 de la loi du 9 messidor an 3 et 6, de la loi du 11 brumaire an 7 » et en conclut « que ces règles n'ont point été modifiées par le code civil qui, en ne défendant point le contrat de bail emphytéotique, l'a laissé subsister avec ses effets »¹³²⁷. La Cour de Douai estime donc que le Code civil n'a pu abroger tacitement le bail emphytéotique et que, par conséquent, les lois du droit intermédiaire demeurent en vigueur.

Enfin, par un arrêt en date du 26 avril 1853, la chambre civile de la Cour de cassation confirme que le bail à emphytéose a été expressément maintenu par la loi des 18-29 décembre 1790 et n'a pas cessé d'être reconnue par les lois françaises, malgré le silence du Code civil¹³²⁸. Au visa de la loi du 18 décembre 1790 et de l'article 543 du Code civil, elle considère ainsi que :

« l'emphytéose a, sous l'empire de la législation actuelle, comme elle avait sous l'ancien droit, des caractères propres qui la distinguent du bail ordinaire ; que loin d'être proscrite par les lois qui, en assujettissant au rachat les rentes foncières perpétuelles ou autres de ce genre, ont défendu de créer désormais aucune redevance foncière non remboursable, l'emphytéose a été expressément maintenue pour le passé et autorisée pour l'avenir par l'art. 1^{er}, tit. 1^{er}, de la loi du 18 déc. 1790, sous la seule condition de ne pas excéder une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans ; que si elle ne se trouve ni régie, ni même rappelée par aucune des dispositions du Code Napoléon, il y a à induire de ce silence, non que le principe formulé en l'art. 1^{er}, tit. 1^{er}, de la loi du 18 déc. 1790, aurait été abrogé, mais qu'elle reste, soumise aux règles non abrogées de l'ancien droit ; qu'elle est, d'ailleurs, implicitement permise par la disposition générale de l'art. 543, Cod. Nap., laquelle autorise à conférer sur les biens ou un droit de propriété, ou un droit de jouissance, sans déterminer ni restreindre les conditions ou l'étendue du droit qui pourrait être concédé ».

¹³²⁷ Douai, 15 décembre 1832, *Créanciers Huart*, D. 1833, II, p. 195, S. 1833, II, p. 65. Les mêmes justifications sont données par Grenoble, 4 janvier 1860, *Faillite Vollot c. Chaussergue-Dubord et consorts*, D. 1860, II, p. 190, S. 1861, II, p. 125 : « Attendu que l'emphytéose n'est pas à proprement parler ni un bail à ferme ou à loyer, ni un contrat de vente, bien qu'il tienne également de l'un et de l'autre ; Attendu que le bail emphytéotique à long terme est aussi d'usage en France, même depuis le Code Napoléon, par le fait seul que ce Code ne l'a pas prohibé, et qu'il offre les mêmes caractères que l'emphytéose à perpétuité ».

¹³²⁸ Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinet*, D. 1853, I, p. 145, S. 1853, I, p. 445.

Par cet attendu, la Cour de cassation parachève son raisonnement en ne laissant plus planer aucun doute quant à l'existence du bail emphytéotique dans le droit contemporain. Elle interprète alors librement les silences du Code civil, en surmontant les réserves des rédacteurs. En particulier, elle semble considérer que la limitation de la durée du bail emphytéotique a constitué un moyen efficace de « déféodaliser » ce contrat et l'adapter au nouvel ordre juridique¹³²⁹. Cette opinion traduit le pragmatisme de la Cour de cassation, qui a pu constater une pratique constante du bail à emphytéose. Cet arrêt souligne également la nécessaire incomplétude du Code¹³³⁰. De fait, la Cour de cassation ne se contente pas d'interpréter le Code civil, elle l'adapte à une situation juridique qu'il n'a pas prévu¹³³¹. Elle se fonde sur des principes qui ont été forgés en dehors du Code et puisent leurs racines dans l'ancien droit. Toutefois, il faut se garder d'affirmer que la jurisprudence est allée « au-delà du Code »¹³³², selon l'expression de Gény. En effet, le juge de cassation s'efforce, malgré tout, d'inclure le bail emphytéotique dans les limites du Code, dans la mesure où il le rattache à l'article 543, qui permet de concéder un droit de jouissance sur une chose. Le droit d'emphytéose trouve ainsi sa place parmi la classification des droits sur les biens, prévue par le Code. Ce faisant, la Cour de cassation affirme sa volonté de donner un fondement légal au bail emphytéotique. La sauvegarde du bail emphytéotique par la jurisprudence du XIX^e siècle conduit cependant à reléguer ce contrat au rang d'institution d'exception.

B. La préservation d'une institution d'exception

À partir de la période révolutionnaire, la prohibition des baux emphytéotiques perpétuels entraîne diverses conséquences, qui altèrent profondément la notion de bail emphytéotique. Sous l'Ancien Régime, le bail à emphytéose était compris comme un modèle, connu de tous et à travers lequel il était possible d'opérer une certaine unification de la matière relative aux baux de longue durée¹³³³. Le nouvel ordre juridique, inauguré par les lois révolutionnaires et parachevé par le Code Napoléon, ne permet plus au bail

¹³²⁹ Elle nuance cette position par la suite. Voir *infra*, p. 309 et s.

¹³³⁰ Sur les rapports entre la jurisprudence et le Code civil, voir notamment, parmi une vaste bibliographie, J. HILAIRE, « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^e siècle », *Le Code civil 1804-2004. loc. cit.*, p. 155-170 ; P. THERY, « Le juge dans le Code civil », *loc. cit.*, p. 657-670 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique, op. cit.*, p. 81-83.

¹³³¹ Sur ce point, voir C. GAU-CABÉE, « La jurisprudence et les silences du code civil... », *loc. cit.*, p. 13-14 ; P. RÉMY, « La part faite au juge », *loc. cit.*, p. 27.

¹³³² F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, Paris, LGDJ, 1919, p. 230, n. 185 : « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil ».

¹³³³ Sur ce point, voir *supra*, p. 216 et s.

emphytéotique de jouer ce rôle. Au contraire, les controverses portant sur la survie même de ce contrat le désignent désormais comme une institution d'exception dans le droit contemporain, bien loin de l'archétype omniprésent de l'ancien droit. Ainsi, furtivement, le modèle emphytéotique est abandonné, même s'il reste possible d'en déceler ici et là quelques reliquats.

Le délaissement du modèle emphytéotique apparaît de manière indéniable, à la lecture des manuels des commentateurs du Code civil. Ces auteurs n'évoquent le bail à emphytéose, qu'en tant que contrat mais jamais en tant que modèle. Certains d'entre eux précisent qu'ils étudient « un contrat par lequel un propriétaire cède, pour un certain temps, la jouissance de sa chose, moyennant une redevance annuelle »¹³³⁴. Ce sont ainsi les conditions et les effets du contrat emphytéotique qu'ils entendent examiner, en aucun cas le modèle¹³³⁵. D'autres auteurs mentionnent le bail emphytéotique davantage comme une curiosité historique¹³³⁶. Ils raisonnent alors par le biais d'un prisme historique, en réfléchissant sur un objet juridique à partir de l'étude de ses racines, non sur une institution saisie par le droit positif. Enfin, certains auteurs jugent tout bonnement inutile de s'arrêter à l'étude de ce contrat. Ainsi, Aubry et Rau considèrent qu'« aucun intérêt social ne réclamait le maintien de l'emphytéose, comme contrat distinct du louage ordinaire »¹³³⁷. Toujours est-il que quelle que soit l'approche choisie par les civilistes, ils se bornent à définir la notion et à en rappeler le régime. En cela, ils s'éloignent des auteurs d'Ancien Régime qui traitaient ce contrat comme un véritable référent objectif autour duquel ils comparaient, classaient et unifiaient la catégorie des baux de longue durée¹³³⁸.

De la même façon, pour la jurisprudence, le contrat emphytéotique n'apparaît plus comme le contrat privilégié pour harmoniser la matière des baux de longue durée. En cas

¹³³⁴ A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, *op. cit.*, t. II, p. 46.

¹³³⁵ Dans le même sens, voir aussi A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, *op. cit.*, t. II, p. 406-407 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 69-78 ; J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, *op. cit.*, t. II, p. 320-323.

¹³³⁶ Par exemple, C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 63-69 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et de louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 105-158 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. IV, p. 96-97 ; E. D. GLASSON, *Éléments du droit français...*, *op. cit.*, t. I, p. 276-280 ; P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français, accompagné de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886, p. 563-567.

¹³³⁷ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 648. On retrouve déjà cette critique bien avant avec Delvincourt (C. É. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon...*, *op. cit.*, t. II, p. 557-558). Voir aussi R.-T. TROPLONG, *De l'échange et de louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 161-162.

¹³³⁸ Sur ce point, voir *supra*, p. 206 et s.

de difficulté d'interprétation et quelle que soit la durée du contrat de bail, les juges s'appuient désormais sur le régime du louage ordinaire. Ce retournement dans la perception du bail à emphytéose se traduit par une interprétation restrictive qui vise à ne pas généraliser ce contrat. Par exemple, un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 23 juillet 1839 rappelle que la simple mention dans un contrat de bail d'une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans ne permet pas de présumer son caractère emphytéotique¹³³⁹. En l'espèce, le maire d'une commune s'était inscrit sur les listes électorales en tant que preneur à bail emphytéotique, espérant ainsi imputer une partie de ses impôts sur son cens électoral. D'autres électeurs de la commune demandent sa radiation à la liste électorale, en arguant de la mauvaise qualification du bail en question. Tranchant le litige, le juge du fond ordonne la radiation du preneur de la liste communale, en refusant notamment de qualifier de bail emphytéotique le contrat dont il est concessionnaire pour le seul motif qu'il était conclu pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans. De la même façon, la Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme le jugement. Ainsi, la jurisprudence souligne que la longue durée n'est pas un caractère réservé au bail emphytéotique et qu'elle peut être propre à d'autres types de louages. Jean-Baptiste Duvergier († 1877) exprime une idée identique lorsqu'il écrit que : « de ce que la courte durée d'un bail est une raison pour lui refuser le titre et les effets de l'emphytéose, il ne faut pas conclure [...] que la longue durée est un signe qui indique infailliblement un bail emphytéotique »¹³⁴⁰. Ce refus de présomption emphytéotique participe peut-être également d'une volonté, non affichée, de ne pas permettre un développement trop important d'un contrat qui demeure, dans la pensée collective, attaché au système féodal. Dans tous les cas, la longue durée, si elle constitue un caractère nécessaire n'apparaît pas comme un critère suffisant pour qualifier un contrat de bail emphytéotique.

Au cours des longs débats aboutissant l'adoption de la loi du 25 juin 1902 qui encadre le régime du bail emphytéotique, les rédacteurs du projet entreprennent de mettre en retrait le bail emphytéotique par rapport aux autres baux de longue durée¹³⁴¹. De fait, la limitation de la durée de ce contrat a eu pour effet de rapprocher le bail emphytéotique du bail ordinaire. Cela n'a pas échappé aux rédacteurs qui ont proposé de considérer le contrat

¹³³⁹ Req., 23 juillet 1839, *Malbos c. Bargeton, Bonnet et Dugas*, D. 1839, I, p. 342, S. 1839, I, p. 950.

¹³⁴⁰ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code ; ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique ; par C.-B.-M. Toullier, Continuation (articles 1582 et suivans)*, t. III, Paris, Jules Renouard, 1836, p. 139-140, n. 150.

¹³⁴¹ La longue maturation de cette loi et les discussions qui en découlent sont étudiées en détails plus loin. Voir *infra*, p. 441 et s.

emphytéotique comme un louage ordinaire. Ainsi, en 1876, à l'occasion de l'exposé des motifs, le rapporteur s'emploie à justifier l'existence d'un titre entier (titre V) sur le bail emphytéotique ou bail à long terme. Soucieux d'anticiper les critiques qui pourraient être adressées au projet, il pose alors la question suivante : « [à] quoi bon ce *contrat exceptionnel* et d'une nature équivoque lorsqu'un bail à long terme suffit à toutes les nécessités ? »¹³⁴². Le rapporteur affirme l'utilité du contrat emphytéotique pour l'agriculture, puis propose, dans le but de clarifier et simplifier le droit en vigueur d'assimiler tout bail à long terme consenti pour trente ans au moins et quatre-vingt-dix-neuf ans au plus à un contrat emphytéotique (article 1^{er} du projet)¹³⁴³. En adoptant ce point de vue, l'expression de « bail emphytéotique » ne désigne plus qu'un louage ordinaire de plus de trente ans. Il estime que cette modernisation du droit est conforme au sens dans lequel évolue la législation depuis la Révolution.

Cette proposition radicale ne manque pas de susciter de nombreux débats, dès la première séance de délibération sur le projet de Code rural, le 24 janvier 1882. Le sénateur Henri de Gavardie († 1910) s'emploie ainsi à démontrer qu'une telle disposition va à l'encontre de la tradition juridique et il répète « avec les anciens jurisconsultes, que c'est un contrat particulier »¹³⁴⁴, distinct à la fois de la vente et du louage. Tout à son indignation, il ajoute que la rédaction de cet article est « anti-juridique »¹³⁴⁵. Devant l'impossibilité de trouver un terrain d'entente, l'article litigieux est renvoyé devant la commission. À la séance suivante, le 27 janvier, la nouvelle rédaction de l'article 1^{er} du projet de loi présume emphytéotique tout bail immeuble ordinaire de plus de trente ans¹³⁴⁶. Étonnement, cette nouvelle formulation ne rencontre pas de grande résistance et l'article est adopté. Toutefois, à la séance du 11 février 1882, lors de la deuxième délibération sur le projet de Code rural, la commission a, de nouveau, modifié l'article litigieux, faisant disparaître toute assimilation entre bail ordinaire et bail emphytéotique¹³⁴⁷. Ce

¹³⁴² *JO*, 1^{er} novembre 1876, p. 7829. Nous soulignons. L'article 1^{er}, alinéa 1^{er} est ainsi conçu : « Le bail de biens immeubles, consenti pour trente ans au moins ou quatre-vingt-dix-neuf ans au plus, prend le titre d'emphytéose ou de bail à long terme ».

¹³⁴³ *Ibidem*. Pour une critique de cette assimilation entre bail de longue durée et bail à emphytéose, voir RAÏNOFF, *L'emphytéose (d'après la loi du 25 juin 1902)*, *op. cit.*, p. 52-61.

¹³⁴⁴ *JO*, 24 janvier 1882, p. 22.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 24. Moins provocant dans ses propos, le sénateur Henri de Gavardie est rejoint par Anselme Batbie. On apprend d'ailleurs à l'occasion de la discussion que cette assimilation a été demandée par le Conseil d'État (*ibidem*).

¹³⁴⁶ *JO*, 27 janvier 1882, p. 29. Les deux premiers alinéas de l'article sont rédigés ainsi : « Le bail de biens immeubles, de quelque nature qu'il soit, ne peut avoir une durée de plus de quatre-vingt-dix-neuf ans. Le bail de trente ans et au-dessus est présumé emphytéotique ».

¹³⁴⁷ *JO*, 11 février 1882, p. 59. L'article dispose désormais que : « Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes

remaniement ne manque pas de frapper certains sénateurs qui remarquent qu'il s'agit d'une « modification excessivement importante »¹³⁴⁸. Sommés de s'expliquer, les membres de la commission de rédaction admettent qu'ils ont jugé souhaitable de se conformer à la tradition juridique. Le sénateur César Malens († 1888) propose alors, pour respecter cette « tradition », de supprimer purement et simplement tout minimum de durée au contrat emphytéotique¹³⁴⁹. Il estime que cette innovation juridique ne sert en rien les intérêts de l'agriculture et qu'il faut laisser les parties décider de la durée adéquate du contrat, dans la limite maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans. Finalement, après une discussion chaotique, la nouvelle formulation de la commission est adoptée avec une transformation : une limite minimale de durée ramenée à dix-huit ans¹³⁵⁰. Cette dernière rédaction de l'article est d'ailleurs adoptée définitivement devant la chambre des députés¹³⁵¹.

Au cours de ce processus législatif, il ressort de cette discussion laborieuse que le bail emphytéotique a perdu son rôle de modèle. En témoigne la première rédaction de la commission qui a provoqué une vague de réprobation parmi les sénateurs. En limitant la durée du bail à emphytéose, la législation révolutionnaire ne s'est pas contentée de « déféodaliser » ce contrat, elle a également contribué à transformer la perception qu'en ont les juristes. Omniprésent sous l'Ancien Régime, il constitue désormais une institution d'exception, qu'il n'est pas souhaitable, selon le législateur, de favoriser davantage¹³⁵². En somme, à partir de la période révolutionnaire, un renversement s'est opéré : le bail emphytéotique n'est plus un modèle en matière de propriété mais une anomalie héritée du passé, dont il est pourtant impossible de se défaire.

Néanmoins, si l'abandon du modèle emphytéotique apparaît indéniable, il faut signaler que subsiste, de temps à autre, un intérêt attaché au contrat emphytéotique. Il arrive encore, à de rares occasions il est vrai, que les juridictions s'appuient sur le bail emphytéotique pour construire leur raisonnement, avant de l'appliquer, par analogie, à un autre bail de

prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail ne peut être consenti pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans ni pour une durée de moins de trente années ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction ».

¹³⁴⁸ *Ibidem*.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 62.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹³⁵¹ *JO*, 18 mars 1899, p. 947 puis *JO*, 12 juin 1902, p. 816.

¹³⁵² Au cours des discussions parlementaires, ce caractère exceptionnel du bail emphytéotique est souvent rappelé. Par exemple, Émile Labiche souligne que « [t]ous les orateurs que vous avez entendus ont reconnu qu'aujourd'hui, dans la pratique, le bail emphytéotique était une *exception* extrêmement rare » (*JO*, 11 février 1882, p. 67). Il ajoute que « le bail ordinaire est le bail habituel, le bail de droit commun ; il faut en conclure que le bail emphytéotique est le bail extraordinaire, le bail *exceptionnel* » (*ibid.*, p. 68). Nous soulignons.

longue durée dont l'encadrement demeure confus¹³⁵³. L'exemple du bail à colonge alsacien, assimilé purement et simplement par la jurisprudence au bail emphytéotique, exhume les vestiges du modèle de l'ancien droit. Cette jurisprudence, qui prend du temps à se fixer, est particulièrement importante, dans la mesure où il s'agit d'une région dans laquelle les baux héréditaires perpétuels étaient largement répandus. Dans une première affaire, jugée par la Cour de Colmar en 1814, la ville de Strasbourg assigne les preneurs qui ont cessé de s'acquitter, depuis 1791, d'une rente colongère qu'elle perçoit depuis de longues années¹³⁵⁴. Pour démontrer que la rente en question était exempte de tout élément féodal, la ville de Strasbourg soutient qu'elle « est purement emphytéotique, *colongère*, et par là même réputée *foncière*, et la juridiction colongère attachée aux biens grevés de la rente, n'a rien de féodal ». Dans son arrêt, la Cour de Colmar précise davantage cette analogie entre colonge et emphytéose. Elle commence par définir ce contrat comme « un véritable bail à rente foncière, étranger à tout lien de féodalité, très usité en Alsace et en Allemagne, par lequel de grands propriétaires, seigneurs ou non seigneurs, aliénaient [...] des terrains considérables et presque toujours incultes, moyennant un canon uniforme, avec clause expresse que tout ce qui concernerait l'exécution de cet acte serait réglé et jugé par une cour colongère ». Le bail à colonge consiste donc en un bail à emphytéose avec privilège de juridiction. La Cour de Colmar en conclut que les deux contrats peuvent être assimilés et ne comportent pas, sauf clause contraire, de caractère de féodalité.

La Cour de cassation entérine elle-même cette solution dans un arrêt du 16 juin 1852¹³⁵⁵. En l'espèce, par une décision du 1^{er} avril 1846, la Cour de Colmar, fidèle à sa jurisprudence, avait assimilé un bail héréditaire à un bail emphytéotique perpétuel, permettant aux preneurs de bénéficier de la loi de 1790, donc de s'affranchir par le rachat de la rente. Le bailleur se pourvoit alors en cassation. La juridiction souligne que la durée prévue dans le bail demeure indéfinie car elle s'étend à tous les héritiers du preneur. En conséquence, « il s'agissait d'un bail emphytéotique, perpétuel et héréditaire, auquel devait s'appliquer les lois de 1789 et 1790 sur le rachat des rentes foncières », confirmant ainsi l'arrêt de la cour d'appel. Cette décision de la Cour de cassation présente des enjeux considérables, puisque ce type de baux est très répandu dans l'Est de la France. Elle contribue ainsi à achever l'œuvre de « déféodalisation » en Alsace.

¹³⁵³ C'était déjà le cas pour les baux de longue durée de l'ancien droit. Sur ce point, voir *supra*, p. 234 et s.

¹³⁵⁴ Colmar, 1^{er} juillet 1814, *Diemer c. la ville de Strasbourg*, S. 1814, II, p. 457.

¹³⁵⁵ Civ., 16 juin 1852, *Église protestante de Zutzendorff c. Hanns et consorts*, D. 1852, I, p. 284.

Il faut enfin signaler que certains économistes ont abondamment souligné les avantages du bail emphytéotique. Dès le début du XIX^e siècle, l'idée que ce contrat profite à l'agriculture est largement répandue parmi les penseurs libéraux, qui s'en font l'écho jusqu'à l'aube du siècle suivant. En particulier, ils signalent son utilité pour mettre en valeur des terres en friche et soutenir le secteur agricole¹³⁵⁶. Jean-Baptiste Say († 1832) affirme que « [l]eur solidité [celle des baux], c'est-à-dire la certitude que le fermier a de jouir jusqu'à la fin de son bail, n'est pas moins utile que les longs baux à l'amélioration des fonds de terre »¹³⁵⁷. Ainsi, le bail emphytéotique qui combine à la fois solidité et durée apparaît tout indiqué pour valoriser les terres. Jean Simonde de Sismondi († 1842) considère qu'il peut s'agir d'un « moyen avantageux d'appeler à la participation dans la propriété les fermiers des grands domaines que leurs seigneurs ne veulent pas vendre »¹³⁵⁸. L'attention des économistes est essentiellement retenue par l'idée que le bail à emphytéose est, par nature, un bail de longue durée, ce qui, dans la lignée des physiocrates qui les ont précédés, contribue à la stabilité et la solidité de l'exploitation agricole¹³⁵⁹. Plus tard, Paul Cauwès († 1917) estime pareillement que ces contrats sont « propices à l'entreprise des grandes améliorations agricoles »¹³⁶⁰. Dans le même temps, les économistes sont conscients que le bail emphytéotique n'offre qu'une « demi-propiété »¹³⁶¹, une propriété « incomplète »¹³⁶², qui ne permet pas d'user sans entrave de l'ensemble des prérogatives du droit de propriété. Malgré cette restriction, la plupart d'entre eux pense que le bénéfice du bail emphytéotique est plus grand que ses inconvénients. Pour cela, ils se fondent sur leurs observations des pratiques allemandes¹³⁶³ ou anglaises¹³⁶⁴. Il faut toutefois nuancer cet enthousiasme des économistes qui conservent une vision évolutionniste de l'histoire, selon laquelle le bail emphytéotique forme « le trait d'union entre les tenures moyennant

¹³⁵⁶ Par exemple, J.-B. SAY, *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses*, t. II, Paris, Deterville, 1803, p. 326-328 ; J.-G. COURCELLE-SENEUIL, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, op. cit., t. II, p. 139.

¹³⁵⁷ J.-B. SAY, *Traité d'économie politique...*, op. cit., t. II, p. 326.

¹³⁵⁸ J.-C.-L. SIMONDE DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique ou de la richesse dans ses rapports avec la population*, t. I, Paris, Delauney, Treuttel et Wertz, 1819, p. 240.

¹³⁵⁹ Ce point est particulièrement développé par H. ROZY, « L'article 1743 au point de vue économique. Lettre adressée à M. Jozon », *Revue pratique de droit français*, t. 20, 1865, p. 473-475.

¹³⁶⁰ P. CAUWES, *Cours d'économie politique contenant avec l'exposé des principes l'analyse des questions de législation économique*, t. I, Paris, L. Larose & Forcel, 1893, p. 503.

¹³⁶¹ J.-C.-L. SIMONDE DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique...*, op. cit., t. I, p. 237.

¹³⁶² P. CAUWES, *Cours d'économie politique...*, op. cit., t. I, p. 503.

¹³⁶³ *Ibidem.* : « Il en a été fait un très heureux emploi en quelques pays de l'Allemagne, notamment dans le Mecklembourg, pays de très-grande culture ».

¹³⁶⁴ J.-B. SAY, *Traité d'économie politique...*, op. cit., t. II, p. 326-327 ; J.-C.-L. SIMONDE DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique...*, op. cit., t. I, p. 240-242. Mais aussi J.-G. COURCELLE-SENEUIL, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, op. cit., t. II, p. 140-141, même s'il estime qu'une telle organisation de la propriété, si elle fonctionne en Angleterre, n'est pas transposable en France.

des redevances foncières perpétuelles et les systèmes modernes d'amodiation »¹³⁶⁵. Dans cette perspective, ce contrat demeure nécessaire dans la société du XIX^e siècle mais il n'a pas vocation à perdurer une fois la transition vers un système économique moderne entièrement achevée. En somme, malgré des divergences de pensée, les économistes du XIX^e siècle considèrent majoritairement que le bail à emphytéose contribue à la prospérité économique de l'État et encouragent son développement. Si leur approche apparaît davantage pragmatique et empirique que juridique, elle trouve quelques échos parmi les juristes. Par un jeu de vases communicants, les partisans du bail emphytéotique ne manquent pas de s'appuyer sur ces théories économiques pour construire leur raisonnement¹³⁶⁶.

Cependant, ces illustrations de l'intérêt porté au bail emphytéotique au XIX^e siècle demeurent isolées et, pour l'essentiel, la tendance n'est pas favorable à lui préserver sa fonction de modèle. Le rejet de la perpétuité du bail emphytéotique tout au long du siècle traduit tout particulièrement l'abandon de ce modèle.

¹³⁶⁵ P. CAUWES, *Cours d'économie politique...*, *op. cit.*, t. I, p. 502. Cette idée est également présente chez J.-C.-L. SIMONDE DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique...*, *op. cit.*, t. I, p. 240.

¹³⁶⁶ Par exemple, J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 134-135, n. 143 et t. IV, p. 94-95, n. 83. Plus nuancé, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 161-162, n. 51.

CONCLUSION DE CHAPITRE

À partir de l'époque révolutionnaire, le bail à emphytéose subit une « déféodalisation » forcée et artificielle, alors même qu'il n'a jamais été considéré comme un contrat féodal dans l'ancien droit. Cette évolution se manifeste, dès 1790, notamment lorsque la durée maximale du bail emphytéotique est réduite à quatre-vingt-dix-neuf ans. Une telle mesure découle, en partie, de la volonté des révolutionnaires de se défaire des derniers vestiges de la féodalité et de régénérer l'ordre tant politique que juridique. Ainsi, de la période révolutionnaire jusqu'au premier tiers du XIX^e siècle, le législateur multiplie les mesures visant à condamner la perpétuité du bail emphytéotique, attribut qui atteste à ses yeux de l'empreinte de la féodalité. De surcroît, poursuivant ces desseins, les juridictions s'emploient à caractériser le vice de féodalité, en développant un raisonnement en deux temps dans lequel la perpétuité joue un rôle pivot. Examiné d'emblée, le caractère perpétuel du contrat emphytéotique constitue une condition nécessaire – mais non suffisante – pour déceler un vice de féodalité. Dans un second temps, l'identification d'autres stigmates, prouvant la permanence de droits féodaux et seigneuriaux et reléguant l'emphytéote à un rapport de dépendance, permet de le confirmer. Toutefois, un tel processus de « déféodalisation » ne se produit pas sans heurt, à tel point que la prohibition de la perpétuité du bail emphytéotique menace la survie même de ce contrat. Desservi tant par une déconsidération des rédacteurs du Code civil que par des incertitudes doctrinales, il faut attendre un arrêt de 1832 pour que la Cour de cassation consacre explicitement l'existence du bail emphytéotique dans le droit contemporain. En dépit de l'activité riche de la jurisprudence, la perception de ce contrat par les juristes du XIX^e siècle est définitivement altérée : de modèle dans l'ancien droit, il ne subsiste plus que comme une institution d'exception.

Dès lors, la jurisprudence est contrainte d'adapter la définition du bail à emphytéose. Dans une première tentative, en 1836, le tribunal de la Seine propose de considérer que le bail emphytéotique consiste en : « un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage en aliène *temporairement le domaine utile*, à charge d'y faire des améliorations qui doivent profiter au propriétaire »¹³⁶⁷. Cette définition confirme l'existence du seul bail emphytéotique temporaire dans le nouvel ordre juridique, ce qui est désormais parfaitement admis, mais fait aussi et surtout ressortir un effet problématique de ce

¹³⁶⁷ Jugement rappelé dans son intégralité dans Paris, 3 février 1836, *Trésor public c. Testard*, D. 1836, II, p. 76, S. 1836, II, p. 147. Nous soulignons. La Cour de Paris reprend d'ailleurs à son compte cette définition.

contrat : la transmission d'une forme de propriété, un domaine utile. Ainsi, la rupture avec la féodalité n'est pas encore définitivement consommée : se défaire de la division du domaine se heurte à certaines complications et ce, au mépris de l'affirmation d'un droit de propriété exclusif et individuel.

Chapitre 2 La difficulté de s'affranchir du domaine divisé

Dans l'ancien droit, il est généralement admis que le bail emphytéotique a pour effet de transférer au preneur un domaine utile tandis que le bailleur conserve un domaine direct, en référence à la construction doctrinale de la division du domaine développée par les glossateurs et devenue classique¹³⁶⁸. Par-là, l'emphytéote détient une telle maîtrise de la chose concédée, qu'elle a pour seule limite le respect des droits résiduels du bailleur. Cette conception du droit d'emphytéose s'inscrit parfaitement dans l'organisation foncière d'Ancien Régime, qui s'articule autour de la simultanéité des propriétés. Il n'en est plus de même lorsque, à partir de la période révolutionnaire, la loi consacre un droit de propriété exclusif et unitaire¹³⁶⁹. Néanmoins, ces changements dans la conception de la propriété ne constituent pas une rupture nette. D'une part, l'exclusivisme de la propriété est le fruit d'une maturation lente, amorcée dès l'époque moderne, voire médiévale¹³⁷⁰. D'autre part, le Code civil demeure, en partie, tributaire de l'héritage de l'ancien droit¹³⁷¹. Dans ce contexte intellectuel où se mêlent conceptions anciennes et techniques juridiques nouvelles et bien que le législateur n'en fasse plus mention, il apparaît difficile pour la doctrine comme pour la jurisprudence de se défaire de la division du domaine. De fait, un certain nombre de juristes du XIX^e siècle continuent d'en user comme d'un outil conceptuel significatif pour désigner certains rapports juridiques, comme les relations entre l'emphytéote et son bailleur. Jean-Jacques Bienvenu, à propos des mutations du bail emphytéotique dans le droit contemporain, souligne que « [l]e double domaine reste donc

¹³⁶⁸ Voir notamment, R. FEENSTRA, « Les origines du *dominium utile* chez les Glossateurs... », *loc. cit.*, p. 215-259 ; É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé... », *loc. cit.*, p. 409-461. Voir aussi *supra*, p. 79 et s.

¹³⁶⁹ L'abandon de la division du domaine découle entre autres du décret du 15 mars 1790 qui abolit le régime seigneurial.

¹³⁷⁰ Ce thème a été amplement traité. Parmi les multiples travaux, voir ceux de P. GROSSI, notamment « La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico », *loc. cit.*, p. 405-407, de M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, notamment *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, *op. cit.* ou encore ceux de M. VILLEY, notamment « Notes sur le concept de propriété », *loc. cit.* p. 187-200. Voir aussi X. PRÉVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), les 6 et 7 juin 2013*, éd. N. LAURENT-BONNE, N. POSE, V. SIMON, Paris, Mare & Martin, 2014 (*Histoire du droit*), p. 119-138 ; J.-L. THIREAU, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », *Code civil et modèles...*, *op. cit.*, p. 157-159 et p. 163-167.

¹³⁷¹ Sur ce point, parmi beaucoup d'autres, voir J.-L. THIREAU, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », *loc. cit.*, p. 160-163 ; J. COMBY, « L'impossible propriété absolue », *Un droit inviolable et sacré...*, *op. cit.*, p. 9-20 ; P. GROSSI, « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *loc. cit.*, p. 439-569 ; G. LEPOINTE, « Le concept de la propriété dans le Code civil : ses origines et son évolution durant le XIX^e siècle », *Études de droit contemporain. VI^e confrès international de droit comparé – Hambourg 1962*, Paris, Éditions Cujas, 1962 (*Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris*, 23), p. 103-105.

bien une force obscure qui anime l'emphytéose, qu'elle soit de droit public ou de droit privé »¹³⁷², confirmant l'attachement pour une formule pourtant imprégnée d'une connotation féodale. Par conséquent, la difficulté pour les juristes de s'affranchir du domaine divisé laisse présager d'une confrontation certaine entre le contrat emphytéotique et la conception unitaire de la propriété (**Section 1**). Paradoxalement, c'est cette même difficulté qui emporte un renouvellement de l'intérêt porté au bail emphytéotique à l'aune du droit public (**Section 2**).

Section 1 La confrontation de l'emphytéose à la conception unitaire de la propriété

De prime abord, le bail emphytéotique n'apparaît pas intrinsèquement incompatible avec l'idée d'une conception exclusive de la propriété. Toutefois, ce contrat a été réinventé par les auteurs des époques médiévale et moderne, ce qui a donné lieu à des modifications substantielles de ses conditions et ses effets. Contrat incorporé à l'organisation foncière d'Ancien Régime, les effets du bail emphytéotique s'articulent désormais autour de la division du domaine¹³⁷³. Ce contrat s'impose alors comme un archétype des baux de longue durée. Suspecté de contamination féodale, le bail emphytéotique réinterprété à la lumière de l'ancien droit paraît difficilement soluble dans le nouvel ordre juridique, qui exalte un droit de propriété individuel et unitaire¹³⁷⁴. De plus, en l'absence de réglementation relative au bail emphytéotique – alors même qu'il persiste en pratique – amène les magistrats, appliquant la loi du 30 ventôse an XII, à reprendre les notions et les règles anciennes. Il est ainsi possible de constater, dans la première moitié du XIX^e siècle, le maintien latent de la division du domaine dans l'analyse du bail à emphytéose (§1), avant que, dans un second temps, les civilistes ne parviennent finalement à concilier le contrat emphytéotique avec la conception unitaire de la propriété (§2).

§. 1 Le maintien latent de la division du domaine

À l'époque contemporaine, en abandonnant la simultanéité des propriétés qui était en usage dans l'ancien droit, le législateur se déleste également des expressions de « domaine

¹³⁷² J.-J. BIENVENU, « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *loc. cit.*, p. 498.

¹³⁷³ Voir *supra*, p. 79 et s.

¹³⁷⁴ Sur la difficulté pour la doctrine et la jurisprudence de qualifier le droit d'emphytéose au XIX^e siècle, voir M. VIDAL, « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 268-272.

utile » ou « domaine direct », qui sont purement et simplement absentes du Code civil. Déjà, dans plusieurs projets de Jean-Jacques Régis de Cambacérès, la volonté de s'affranchir de la division du domaine est explicite. Dans le projet de 1793, un article prévoit que : « [d]eux personnes ne peuvent être en même-temps et séparément propriétaires de la totalité d'une même chose. Le domaine direct ne peut pas être séparé du domaine utile »¹³⁷⁵. Plus tard, dans le projet présenté en 1796, l'article 414 confirme cette détermination en énonçant qu'« [o]n jouit des biens, ou comme propriétaire, ou comme usufruitier »¹³⁷⁶. Dans tous les cas, l'abandon des propriétés simultanées se présente clairement chez le législateur de l'époque contemporaine. En revanche, ce rejet apparaît moins perceptible dans les décisions de justice ou les ouvrages de la doctrine civiliste, qui laissent transparaître une certaine permanence du domaine utile au moins jusque dans les années 1840, notamment pour caractériser le droit d'emphytéose (A), ce qui témoigne de leurs difficultés à dépasser la division du domaine (B).

A. La permanence du domaine utile

Pendant la première partie du XIX^e siècle, la distinction entre domaine direct et domaine utile demeure largement mobilisée par les civilistes¹³⁷⁷. Or, l'emploi d'une construction intellectuelle traduisant un cisaillement de la propriété – caractéristique de l'Ancien Régime mais contraire à la conception nouvelle de la propriété – soulève des interrogations sur la portée à lui donner. Il paraît, en effet, paradoxal de chercher à refonder le bail emphytéotique dans le droit contemporain, tout en faisant appel aux outils et aux méthodes d'un droit révolu. Cette apparente contradiction n'empêche pourtant en rien les juges et les auteurs de continuer d'analyser le bail à emphytéose à travers le prisme de la division du domaine. Encore faut-il comprendre à quelles fins ils opèrent ainsi. Deux solutions peuvent être envisagées, sans s'exclure l'une et l'autre. Ainsi, il est possible que l'emploi des expressions de domaine utile et domaine direct traduise un simple abus de langage, qui perdure par la force de l'habitude, mais il ne faut pas non plus écarter l'idée qu'il puisse également viser à rendre compte d'un démembrement de la propriété particulier, en

¹³⁷⁵ Liv. II, tit. II, art. 3 (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, op. cit., t. I, p. 39).

¹³⁷⁶ *Ibid.*, p. 243.

¹³⁷⁷ Sur la permanence ou la survivance des propriétés simultanées, voir notamment J.-L. THIREAU, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », *loc. cit.*, p. 168-172 ; G. BÉAUR, « L'accession à la propriété en 1789 », *loc. cit.*, p. 23-26 ; A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens... », *loc. cit.*, p. 10 ; ID., « La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *RHD*, t. 61, 1983, p. 221-228.

l'absence d'instrument juridique adapté pour le retranscrire. L'analyse de la jurisprudence mais aussi des ouvrages de doctrine ouvrent des pistes de réflexion.

Entre l'abolition des droits féodaux et la promulgation du Code civil, il n'est pas rare que les juridictions considèrent que le bail emphytéotique entraîne la division du domaine. La chambre civile affirme ainsi dans un arrêt du 29 nivôse an VII (18 janvier 1799) que « [v]u les lois au code *de Jure emphyteutico*, et la loi 12 au code *de Feudis patrimonialibus emphyteuticis*, qui déterminent les caractères et les effets du bail emphytéotique », il en résulte « que ce bail est l'aliénation du domaine utile avec réserve du domaine direct »¹³⁷⁸. De la même façon, le tribunal d'appel de Paris, adoptant les motifs du tribunal de Châlons, rappelle, dans un arrêt du 1^{er} pluviôse an X (21 janvier 1802), « qu'il est de principe en droit, que le bail emphytéotique transfère au preneur la *propriété utile* d'un fonds, et que le bailleur ne se réserve que la *propriété directe* »¹³⁷⁹. Par conséquent, malgré une législation révolutionnaire en nette rupture, à bien des égards, avec le droit antérieur, certains vestiges de la simultanéité des propriétés semblent perdurer.

L'expression de la division du domaine se retrouve également dans des décisions rendues sous l'empire du Code Napoléon. Par exemple, il en est fait usage dans un avis rendu en 1809 par le Conseil d'État à propos de questions relatives à l'impôt pesant sur les fonds concédés à emphytéose. Le Conseil d'État déclare alors que « le paiement des contributions [est] une charge inséparable de la propriété utile »¹³⁸⁰. De surcroît, la distinction entre domaine utile et domaine direct constitue le socle du raisonnement de nombreuses décisions, justifiant par-là les effets du bail emphytéotique. Notamment, cette distinction fonde la faculté pour l'emphytéote d'hypothéquer son droit d'emphytéose¹³⁸¹ ; elle légitime le droit du bailleur, indépendamment de toute suspicion féodale¹³⁸² ; elle permet de faire peser sur le preneur l'ensemble des charges découlant du contrat¹³⁸³ ; elle

¹³⁷⁸ Civ., 29 nivôse an VII, *Robelin c. Belon*, S. 1800, I, p. 190.

¹³⁷⁹ Paris, 1^{er} pluviôse an X, *Héritiers Prieur c. citoyens Raussin*, S. 1801, II, p. 302.

¹³⁸⁰ CE avis, 2 février 1809, S. 1809, II, p. 69.

¹³⁸¹ Colmar, 31 août 1810, *Héritiers Roth c. Hemberger*, S. 1814, II, p. 91 : « Attendu qu'à la vérité il est de principe qu'on ne peut hypothéquer un fonds qui, de sa nature, ne peut être aliéné, tel que serait une emphytéose ; mais ce principe n'est pas sans exception : ainsi le domaine direct ne peut être aliéné ni hypothéqué sans le consentement du seigneur direct, tandis que l'emphytéote, sans que ce consentement soit nécessaire, peut hypothéquer le domaine utile, parce qu'il l'aliène, comme étant sa propriété ».

¹³⁸² Req., 3 juin 1835, *Souchal c. Héritiers Bidon-de-Villemonteix*, D. 1835, I, p. 235 : « il en est de la perçière comme du champart, ce n'est pas un droit essentiellement féodal ; il n'est pas incompatible avec la directe, il n'emporte pas la directe seigneuriale, et même les mots : *directe seigneurie*, ne supposent point, en pays allodial, une mouvance féodale, c'est le *dominium directum* retenu par le bailleur à emphytéose ».

¹³⁸³ Paris, 3 février 1836, *Trésor public c. Testard*, D. 1836, II, p. 76, S. 1836, II, p. 147 : « l'emphytéose est un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage en aliène temporairement le domaine utile, à la charge d'y

justifie le paiement de droits de mutation en cas de décès du preneur pendant la durée du contrat¹³⁸⁴ ; enfin, elle autorise le paiement d'un impôt en cas de cession du droit d'emphytéose¹³⁸⁵.

En outre, les juridictions ne se contentent pas d'utiliser la division du domaine uniquement comme un instrument de raisonnement, elles tentent de délimiter les contours de chacun de ces domaines. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 26 juin 1822 précise leurs contenus respectifs, en déclarant que les effets du bail emphytéotique :

« sont de diviser la propriété du domaine donné à emphytéose en deux parties ; l'une formée du domaine direct dont la rente que se retient le bailleur, est représentative ; l'autre, appelée domaine utile, qui se compose de la jouissance des fruits qu'il produit »¹³⁸⁶.

Partant, la Cour de cassation souligne que, par l'effet du bail emphytéotique, l'essentiel des droits sur la chose concédée est transféré à l'emphytéote tandis que, pour la durée du contrat, le bailleur ne conserve qu'un semblant de propriété, symbolisé par le canon emphytéotique. En cela, elle consacre une forme de démembrement de la propriété particulièrement étendu¹³⁸⁷. Le contenu des droits respectifs du bailleur et du preneur, contenu qui n'est fixé par aucune loi, apparaît alors sensiblement identique à ce que l'ancien droit avait fixé, à tel point qu'il est permis de douter de l'emprise de la conception unitaire de la propriété sur le bail emphytéotique. Par la suite, d'autres arrêts continuent de préciser le contenu du domaine utile ou direct. Si les juges prennent la peine de délimiter les domaines utile et direct, ce n'est pas sans soulever quelques ambiguïtés dans l'analyse

faire des améliorations qui doivent profiter au propriétaire ; que l'emphytéose a encore d'autres caractères qui lui sont propres, et auxquels il est facile de la reconnaître : que, dans ce contrat, les réparations de toute nature, le paiement de tous les impôts et en général toutes les charges grevant la propriété, doivent être supportées par le preneur ».

¹³⁸⁴ Trib. Seine, 31 mars 1837, *D.* 1837, III, p. 140 : « Attendu que la loi et la jurisprudence ont établi que le bail emphytéotique, en transférant au preneur le domaine utile et réservant au bailleur le domaine direct, établit un démembrement de la propriété immobilière ; Que d'après ce principe, toute transmission par décès de l'immeuble soumis à l'emphytéose doit donner lieu à la perception du droit établi par l'art. 4 de la loi du 22 frim. an 7 sur les biens immobiliers ».

¹³⁸⁵ Voir dans le même sens, Trib. Lille, 27 janvier 1838, *Crousse c. Enregistrement*, *D.* 1838, III, p. 199 : « Attendu que bien que le preneur par bail emphytéotique puisse aliéner et hypothéquer l'immeuble dont il s'agit, il ne peut néanmoins être considéré comme ayant la propriété pleine et entière du bien affermé ; Qu'il ne possède que la propriété utile ; Que le domaine direct demeure au propriétaire bailleur [...] Attendu qu'en matière fiscale la loi ne doit pas être entendue au-delà de ses termes [...] par voie d'argumentation et d'extension ayant pour but de lier et de confondre le domaine utile de l'emphytéote avec le domaine direct que retient le propriétaire bailleur ».

¹³⁸⁶ Civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourg c. Despagnac*, *S.* 1822, I, p. 362.

¹³⁸⁷ Cette idée de démembrement de propriété se retrouve également dans un jugement du tribunal de la Seine du 31 mars 1837, précité (*D.* 1837, III, p. 140).

du droit d'emphytéose. Ainsi, un arrêt du 17 novembre 1852 établit que « la part réservée au bailleur ne consiste pas seulement dans la redevance emphytéotique ; que cette part se compose encore de tous les avantages qui lui sont assurés à la fin du bail »¹³⁸⁸. En d'autres termes, le domaine direct contient aussi potentiellement les améliorations qui reviendront au bailleur à l'extinction du contrat. En 1860, la Cour impériale de Grenoble ajoute que ce partage de propriété conduit à la situation dans laquelle « le maître conserv[e] le domaine direct pour jouir de la rente comme du produit de son propre fonds [...] et l'emphytéote acqu[iert] le domaine utile par le droit de transmettre l'immeuble à ses successeurs, de le vendre, de le donner, en conservant intacts les droits du maître, d'y planter, d'y bâtir et d'y faire tous les changements qui peuvent tendre à une amélioration »¹³⁸⁹. Par ces décisions, la jurisprudence contribue – tant par le vocabulaire utilisé que la méthode – à la persistance des propriétés simultanées dans l'appréhension du droit d'emphytéose. Les juges restent en cela fidèles à l'ancien droit. En revanche, de telles décisions créent incidemment des incertitudes quant aux démembrements de la propriété.

L'utilisation de ces dénominations surannées par la jurisprudence n'a pas manqué d'attirer l'attention des commentateurs qui en ont recherché les raisons. Le conseiller Charles-Louis Moreau († 1872) remarque un changement de vocabulaire dans les décisions de la Cour de cassation relatives au bail emphytéotique qui s'explique par la date à laquelle ces contrats ont été conclus¹³⁹⁰. Dans les arrêts impliquant des contrats antérieurs au Code civil, les juges utilisent les appellations de « domaine utile » et « domaine direct », tandis que pour les contrats postérieurs, ils les ont abandonnés. Cette interprétation paraît, en effet, séduisante et elle se vérifie dans les décisions étudiées dans ces développements. Toutefois, elle ne permet pas d'expliquer la persistance de ces expressions dans les ouvrages doctrinaux.

La permanence du domaine utile n'est pas uniquement due à la jurisprudence, elle est également soutenue par de nombreux auteurs. Philippe-Antoine Merlin de Douai s'emploie ainsi à démontrer que reconnaître l'existence d'un domaine utile de l'emphytéote ne trahit pas l'esprit du Code civil¹³⁹¹. L'auteur avance trois arguments pour soutenir cette idée.

¹³⁸⁸ Civ., 17 novembre 1852, *Héritiers Besnard c. Enregistrement*, D. 1852, I, p. 262, S. 1852, I, p. 747.

¹³⁸⁹ Grenoble, 4 janvier 1860, *Faillite Vollot c. Chaussergue-Dubord et consorts*, D. 1860, II, p. 190, S. 1861, II, p. 125.

¹³⁹⁰ Voir note sous Civ., 6 mars 1850, *Enregistrement c. Héritiers Ducatel*, S. 1850, I, p. 210.

¹³⁹¹ P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit...*, op. cit., t. III, V^o Emphytéose, p. 649-650. Notamment, il souligne que : « Pour pouvoir, de ce que le Code civil ne parle pas nommément de l'Emphytéose non perpétuelle, inférer qu'il la méconnaît, qu'il lui refuse l'effet qu'elle avait toujours eu

Tout d’abord, il affirme que la faculté d’aliéner et d’acquérir un bien pendant un certain temps résulte d’une règle de droit naturel. Il poursuit en s’appuyant sur les dispositions relatives à l’usufruit, prévues par le Code civil, en considérant que ces dernières permettent d’« aliéner une partie de [s]a propriété pour un temps fixe »¹³⁹². Il en conclut, sur le fondement de l’article 2125 qui encadre les conditions résolutoires, que le Code civil autorise toute aliénation à partir du moment où elle est limitée dans le temps. Selon ses arguments, ceci explique que le transfert d’un domaine utile à l’emphytéote ne contrarie pas l’esprit du Code. À travers un tel raisonnement, certaines réminiscences du vocabulaire de l’ancien droit demeurent perceptibles. Guillaume-Jean Favard († 1831) de Langlade estime que le droit d’emphytéose est susceptible d’hypothèque sous l’empire du Code civil, dans la mesure où « l’emphytéose est une partie de la propriété, un droit réel, *jus in re*, susceptible d’être vendu, donné, ou échangé, comme tout autre immeuble, sous la seule réserve du domaine direct, qui appartient au bailleur »¹³⁹³. Il est rejoint sur ce point par Jean-Charles Persil († 1870) qui se fonde sur le même argument¹³⁹⁴. De son côté, Jean-Baptiste-Victor Proudhon († 1838) affirme, sans justification particulière, que le bail emphytéotique « participe d’un contrat d’aliénation transférant le domaine utile du fonds emphytéotique entre les mains du preneur, qui s’y trouve associé par ses améliorations, et qui peut, à son tour, le céder à un autre acquéreur qui lui en paiera le prix »¹³⁹⁵.

Toutefois, il semble ressortir de la lecture de ces auteurs de doctrine que s’ils s’appuient sur le domaine utile ou le domaine direct, c’est davantage parce qu’ils partagent un même vocabulaire technique, une langue de juristes, que parce qu’ils promeuvent une véritable résurgence de la division du domaine¹³⁹⁶. Tous tentent ainsi de raisonner dans les limites

précédemment de transférer temporairement le domaine utile, et qu’il la réduit à un simple contrat de louage, il faudrait pouvoir aller jusqu’à dire qu’il n’admet pas de propriété temporaire, et qu’il ne reconnaît point de milieu entre la qualité de propriétaire et celle de locataire ou fermier. Or, une pareille thèse serait évidemment insoutenable » (*ibid.*, p. 649).

¹³⁹² *Ibid.*, p. 649.

¹³⁹³ G.-J. FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire de la législation du notariat, op. cit.*, t. I, V^o Hypothèques, p. 509, n. 2.

¹³⁹⁴ J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 319-320, n. 15 : « on fait tous les jours et [...] on peut faire valablement des baux emphytéotiques qui ont le même caractère et le même effet que ceux d’autrefois ; c’est-à-dire qu’ils transmettent le *domaine utile* au preneur, le droit de propriété et celui de l’utiliser en s’en servant comme garantie des emprunts qu’on aurait besoin de faire ».

¹³⁹⁵ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, *op. cit.*, t. II, p. 323, n. 710.

¹³⁹⁶ En ce sens, Carlos Miguel Herrera écrit que : « [l]e juriste savant se trouve aussi contraint par une situation argumentative, qui découle de l’existence d’un système juridique positif, mais également de la structure temporelle du droit, et plus largement, de sa structure langagière » (C. M. HERRERA, « Concepts juridiques et contraintes de l’argumentation », *Droits*, t. 55, 2012/1, p. 5). Voir aussi Pierre Bodineau qui souligne d’ailleurs que « bien des praticiens demeurent attachés à un vocabulaire précis certes, et qui garde – un peu comme le vocabulaire de la médecine – son mystère pour le plus grand nombre, ce qui rend nécessaire sa traduction par un professionnel du droit » (*L’Écriture des juristes. XVI^e-XVIII^e siècle*, éd. L. GIAVARINI, Paris, Éditions Classiques Garnier, 2010 (*Études et essais sur la Renaissance*, 90), p. 9).

assignées par le Code civil. Il est notoire que ce dernier a été créé, en partie, à partir de divers emprunts à l'ancien droit¹³⁹⁷. Dès lors, la continuité du contenu de la règle de droit va de pair avec une certaine continuité des méthodes et des interprétations¹³⁹⁸. En ce sens, l'usage du domaine divisé par les premiers commentateurs du Code civil renvoie moins à une organisation foncière dépassée qu'à un contenu juridique précis, compris par l'ensemble de la communauté des juristes. En dépit d'un changement de paradigme dans la conception de la propriété, il faut du temps pour élaborer les outils conceptuels adéquats, en accord avec la codification nouvelle¹³⁹⁹. En attendant, les civilistes demeurent, tout à la fois, attachés et tributaires de l'héritage de l'ancien droit, dans la mesure où ils ont été formés dans ce cadre et où ils conservent des habitudes de pensée, de terminologie et de méthodes anciennes. Par conséquent, rompre avec la division du domaine relève d'un exercice délicat et suscitent des hésitations tant jurisprudentielles que doctrinales.

B. Les hésitations jurisprudentielles et doctrinales : dépasser la division du domaine

À partir des années 1840, les juridictions abandonnent progressivement les expressions de domaine utile et de domaine direct et cherchent à qualifier l'étendue du droit d'emphytéose d'une façon qui s'inscrit mieux dans l'ordre juridique contemporain. Trois tendances jurisprudentielles concomitantes et concurrentes peuvent être isolées. De la même façon que sous l'Ancien Régime, au XIX^e siècle, il ne faut pas oublier qu'une telle évolution ne s'est pas produite de façon linéaire et sans heurt. Ces trois tendances jurisprudentielles se chevauchent et se télescopent pendant plusieurs dizaines d'années, ajoutant à la confusion relative à la notion de bail emphytéotique dans le droit contemporain.

Plus largement, sur le langage des juristes, voir *Le Discours juridique. Langage, signification et valeurs, Droit & société*, t. 8, 1988 ; Y. THOMAS, « Le droit entre les mots et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 23, 1978, p. 93-114 ; *Le langage du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 19, 1974.

¹³⁹⁷ Sur ce point, voir par exemple, J.-L. THIREAU, « Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil », *loc. cit.*, p. 3-18.

¹³⁹⁸ En ce sens, Marie-France Renoux-Zagamé estime que « au moins durant deux décennies, voire pour certaines questions, au-delà, les hommes de droit, juges comme professeurs, continuent à penser le rapport entre la loi nouvelle édictée par le Code, et les lois anciennes, en se fondant sur les principes traditionnels, hérités du droit romain, qui, depuis des siècles, gouvernent leurs méthodes d'interprétation sur cette question » (M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du *Code civil* », *Droits*, t. 41, 2005/1, p. 29).

¹³⁹⁹ En ce sens, Anne-Marie Patault évoque une « lente transition, de plus d'un demi-siècle, entre le droit ancien et le droit moderne » (A.-M. PATAULT, « La propriété non exclusive au XIX^e siècle... », *loc. cit.*, p. 236).

Dans le deuxième tiers du XIX^e siècle, l'analyse de la Cour de cassation évolue pour reconnaître à l'emphytéote, non plus un domaine utile, mais une propriété temporaire. La Cour de cassation initie cette évolution par deux décisions de 1840. Une première affaire, jugée le 7 janvier par la chambre civile, oppose un preneur à bail emphytéotique – auquel a été concédé une portion du domaine public – au préfet du Haut-Rhin¹⁴⁰⁰. En l'espèce, se pose la question du rachat de la rente emphytéotique. Il est établi que le preneur a d'ores et déjà versé une somme au receveur des domaines. La juridiction décide alors que, par ce paiement, l'emphytéote est affranchi d'une partie de ses obligations, celles qui découlent du bail emphytéotique, mais que demeure le droit détenu par l'État au titre de la domanialité qui fait obstacle à l'aliénation du domaine public. En conséquence, le preneur doit continuer de se plier aux obligations imposées aux détenteurs de domaines engagés. Surtout, la Cour de cassation ajoute que « les baux emphytéotiques sont réputés aliénation »¹⁴⁰¹, ce qui laisse sous-entendre qu'un tel contrat opère le transfert d'une forme de propriété. Le 1^{er} avril suivant, dans un arrêt tranchant la question des droits de mutation dus par l'emphytéote, la juridiction vient expliciter cette analyse¹⁴⁰². Elle précise que :

« dans l'état actuel de la législation, et depuis la promulgation du Code civil, l'effet propre et particulier du bail emphytéotique est d'opérer *la translation et l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose* »¹⁴⁰³.

La juridiction considère ainsi le droit d'emphytéose comme une propriété temporaire. La chambre civile confirme cette solution peu de temps après dans un arrêt du 24 juillet 1843, à l'occasion duquel elle indique à nouveau que « l'effet propre au bail emphytéotique est d'opérer l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose »¹⁴⁰⁴. Ce raisonnement est également repris par les juridictions inférieures, notamment dans un jugement du tribunal de la Seine de 1852 qui qualifie explicitement le droit d'emphytéose de « propriété précaire et temporaire »¹⁴⁰⁵. Dans un arrêt du 26 janvier 1864, la Cour de cassation évoque encore « la part de propriété transmise à

¹⁴⁰⁰ Civ., 7 janvier 1840, *Préfet du Haut-Rhin c. Héritiers Mutz*, D. 1840, I, p. 88.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁴⁰² Civ., 1^{er} avril 1840, *Enregistrement c. Demessine*, D. 1840, I, p. 140, S. 1840, I, p. 433.

¹⁴⁰³ D. 1840, I, p. 141, S. 1840, I, p. 435.

¹⁴⁰⁴ Civ., 24 juillet 1843, *Enregistrement c. Vanlerberghe et autres*, D. 1843, I, p. 399, S. 1831, I, p. 831.

¹⁴⁰⁵ Jugement reproduit dans Civ., 17 novembre 1852, *Héritiers Besnard c. Enregistrement*, D. 1852, I, p. 262, S. 1852, I, p. 747.

l'emphytéote »¹⁴⁰⁶. Il faut souligner que ce changement dans l'analyse des juridictions ne constitue pas une rupture nette et la distinction entre domaine utile et domaine direct continue d'être utilisée pour qualifier les droits respectifs de l'emphytéote et du bailleur, au moins jusque dans les années 1860¹⁴⁰⁷.

Ces décisions ont été âprement critiquées par une partie de la doctrine, qui a condamné cet usage de la formule « propriété temporaire ». Une note rédigée par Jean Lemoine de Villeneuve († 1859) témoigne d'un scepticisme des commentateurs quant à la solution proposée par la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 1^{er} avril 1840. S'il admet que le contrat emphytéotique entraîne un « démembrement très important du domaine » en faveur de l'emphytéote, il s'interroge : « de là faut-il conclure qu'il est propriétaire ? »¹⁴⁰⁸. Pour sa part, Jean Lemoine de Villeneuve ne l'admet pas et il s'appuie sur des arguments tant historiques que juridiques pour le démontrer. D'un point de vue historique, il souligne que le contrat emphytéotique a toujours été « incompatible avec l'idée de vente ou de transmission de propriété au concessionnaire »¹⁴⁰⁹. Il ajoute qu'au XIX^e siècle, il est constant qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*, qui n'est ni un louage, ni une vente. De plus, en l'espèce, la qualification juridique comporte un enjeu fiscal. Or, il rappelle qu'en cas de doute en cette matière, la question doit être résolue contre l'administration, ce qui était d'ailleurs jusqu'à cet arrêt la règle observée par l'administration elle-même¹⁴¹⁰. La loi fiscale ne peut jamais être interprétée de façon extensive, notamment par une simple analogie. Dès lors, la notion de propriété temporaire pour qualifier le droit d'emphytéose lui paraît inadaptée. Cette critique de la jurisprudence de la Cour de cassation est partagée par de nombreux auteurs¹⁴¹¹. Raymond-Théodore Troplong écrit à ce propos que le juge « se sert, en effet, de certaines expressions que l'emphytéote temporaire doit être bien étonné de se voir appliquer !! (*sic*) »¹⁴¹². Il ajoute qu'il semble résulter de ces décisions de

¹⁴⁰⁶ Civ., 26 janvier 1864, *Dorient de Bellegarde c. Calvet et Mostolat*, *D.* 1864, I, p. 84, *S.* 1864, I, p. 93.

¹⁴⁰⁷ Par exemple, Trib. Seine, 28 août 1844, *D.* 1845, III, p. 225 ; Trib. Lille, 3 mars 1849, *D.* 1849, V, p. 149 ; Grenoble, 4 janvier 1860, *Faillite Vollot c. Chaussergue-Dubord et consorts*, *D.* 1860, II, p. 190, *S.* 1861, II, p. 125.

¹⁴⁰⁸ Voir note *S.* 1840, I, p. 433.

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ Cette règle découle de l'adage *in dubio contra fiscum respondendum est*, qui correspond à un fragment de Modestin inséré au Digeste (*D.*, 49, 14, 10). Sur la signification de cet adage, voir M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, « *In dubio contra fiscum ?* », *Rivista Italiana di diritto finanziario*, t. 20, 1942, p. 87-116.

¹⁴¹¹ Voir notamment P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques...*, *op. cit.*, t. IV, p. 224, n. 3071 ; E. PÉPIN LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 346-348, n. 5 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens...*, *op. cit.*, t. I, p. 385-386, n. 491.

¹⁴¹² R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 135, note 3.

la Cour de cassation que le bail emphytéotique a pris « un caractère plus absolu et plus indépendant que dans l'ancien droit »¹⁴¹³, ce qui apparaît tout à la fois inattendu et insensé.

Sensible ou non à ces critiques, toujours est-il que la Cour de cassation abandonne rapidement cette analyse, au profit d'une nouvelle solution pour qualifier l'étendue du droit d'emphytéose. Celle-ci ressort à l'occasion d'un arrêt de la chambre des requêtes rendu le 12 mars 1845¹⁴¹⁴. En l'espèce, un moulin a été concédé à bail emphytéotique par un acte du 29 frimaire an VIII (20 décembre 1799) pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans. En 1841, le même moulin est exproprié, pour cause d'utilité publique, au profit de la commune sur laquelle est sis le fonds. Une indemnité pour compenser cette perte est versée par l'administration au preneur. Les bailleurs réclament devant la justice une part de ce dédommagement, arguant que le contrat ne peut être qualifié de bail emphytéotique mais simplement de bail ordinaire. Un jugement du tribunal de première instance datant de 1842 a considéré que le preneur était un simple fermier, ce que l'arrêt d'appel de la Cour royale de Nîmes a infirmé en 1843. Un pourvoi devant la Cour de cassation est formé par les héritiers du bailleur. Au cours de la résolution de cette affaire, l'influence de Raymond-Théodore Troplong, alors conseiller-rapporteur, a été décisive. Dans ses observations, il confirme la qualification de bail emphytéotique retenue par la cour d'appel mais il en profite également pour préciser l'étendue des droits de l'emphytéote. Reprenant une formule de Jacques Cujas, il qualifie le droit d'emphytéose de « quasi-domaine »¹⁴¹⁵. Il développe par-là une théorie qu'il a largement exposée dans son commentaire sur le louage : dans son traité, réexaminant l'évolution de la doctrine d'Ancien Régime sur l'étendue des droits de l'emphytéote, il concluait que « le plus sûr serait de ne pas parler du domaine utile en cette matière et de dire, avec Cujas, que l'emphytéote n'a qu'un *quasi domaine*, ayant, du reste, la même étendue, soit que l'emphytéose soit perpétuelle, soit qu'elle soit constituée à temps »¹⁴¹⁶. Dans son arrêt, la Cour de cassation suit les observations du conseiller-rapporteur et, confirmant l'arrêt d'appel, elle maintient le dédommagement versé à l'emphytéote par l'administration. Elle considère ainsi :

¹⁴¹³ *Ibidem*.

¹⁴¹⁴ Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382.

¹⁴¹⁵ Sur cette expression de Jacques Cujas, voir *supra*, p. 80 et s.

¹⁴¹⁶ R.-T. TROP LONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 137, n. 32. Pour l'analyse historique effectuée par l'auteur, voir p. 131-137. Il s'appuie, en particulier, sur les opinions de Jacques Cujas, Charles Du Moulin, Robert-Joseph Pothier et François Hervé.

« qu'en droit, l'emphytéose se distingue du bail à ferme en ce qu'elle transmet au preneur un *jus in fundo*, un quasi-domaine, bien différent du droit dont le simple bail investit le fermier ».

Raymond-Théodore Troplong est l'un des seuls interprètes à proposer cette dénomination de quasi-domaine pour désigner l'étendue du droit d'emphytéose. Cette position doctrinale demeure alors isolée et, si elle est appliquée par la jurisprudence dans cet arrêt, une seule autre décision relative au bail emphytéotique réutilise l'expression de quasi-domaine¹⁴¹⁷. Cette tentative ne permet donc pas de dépasser la division du domaine.

Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, une dernière solution émerge à la lecture des décisions judiciaires. Le droit d'emphytéose est désormais qualifié de droit réel, par opposition au droit du preneur à bail ordinaire qui n'est qu'un droit personnel¹⁴¹⁸. Dès lors, le contrat emphytéotique n'entraîne plus un cisaillement mais un démembrement de la propriété, plus conforme à l'esprit du droit des biens contemporain¹⁴¹⁹. Il convient cependant de nuancer car la théorie du démembrement de la propriété, telle qu'elle est héritée de l'ancien droit et comprise par certains juges et commentateurs du XIX^e siècle, n'est pas incompatible avec l'idée qu'une même chose puisse faire l'objet de deux propriétés¹⁴²⁰. L'émergence de cette solution s'amorce par une controverse, qui ne concerne pas directement l'étendue des droits de l'emphytéote mais celle du preneur à bail ordinaire. En doctrine, certains soutiennent que le droit du locataire constitue un droit réel. Cette théorie est défendue par William Belime († 1844)¹⁴²¹, Marie-Joseph de La Poix de

¹⁴¹⁷ Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, D. 1861, I, p. 444, S. 1862, I, p. 91 : « Attendu que l'emphytéose diffère du bail à ferme à long terme en ce qu'elle transmet un droit réel sur le fonds, un quasi-domaine qui permet d'en disposer d'une manière presque absolue, et qui est bien différent du droit dont le simple bail investit le fermier ».

¹⁴¹⁸ Au cours du XIX^e siècle, la qualification du droit du preneur à bail a fait l'objet de controverses. Pour une synthèse, voir D. DEROUSSIN, « Du contractuel au statutaire : la vente de la chose louée du droit romain à l'interprétation de l'article 1743 C. civ. », *Passé et présent du droit. Autour de la codification*, t. II, éd. D. DEROUSSIN, F. GARNIER, Paris, Le Manuscrit, 2007, p. 75-83.

¹⁴¹⁹ Sur les démembrements de la propriété dans la doctrine du XIX^e siècle voir, notamment M. BOUDOT, « L'image du "démembrement" dans la doctrine française », *loc. cit.*, p. 38-41 ; B. MALLET-BRICOUT, *Le numerus clausus des droits réels : la fin d'un mythe*, *op. cit.* ; L. PFISTER, « Propriété démembrée ou démembrements de propriété », *Dictionnaire des biens communs*, éd. M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, Paris, PUF, 2017 (*Quadrige*), p. 964-969 ; ID., « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 1261-1284. Voir également, A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁴²⁰ Voir par exemple, (C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens...*, *op. cit.*, n. 479 et n. 483 *ter* et *quater*). Sur ce point, voir notamment, P. GROSSI, « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *loc. cit.*, p. 528-533.

¹⁴²¹ W. BELIME, *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, Joubert, 1842, p. 334-338, n. 309.

Fréminville († 1861)¹⁴²² ou encore Raymond-Théodore Troplong¹⁴²³. Certains arrêts de la Cour de Paris la reprennent¹⁴²⁴, en dépit de l'opposition de la Cour de cassation qui adopte toujours l'opinion contraire en refusant de qualifier le droit du preneur à bail de droit réel¹⁴²⁵. Par ricochet, la haute juridiction consacre la réalité du droit d'emphytéose, ce qui le distingue définitivement du droit du locataire et différencie le bail emphytéotique du bail ordinaire.

Dès les années 1840, certaines décisions judiciaires évoquent le fait que le bail emphytéotique opère un démembrement de la propriété¹⁴²⁶. Les formulations demeurent encore hésitantes et s'appuient souvent sur la division du domaine. Puis, dans un arrêt du 6 mars 1861, la Cour de cassation est amenée à préciser sa ligne jurisprudentielle¹⁴²⁷. En l'espèce, il s'agit pour la juridiction de déterminer si un contrat de bail de longue durée avec obligation d'amélioration peut faire l'objet d'un nantissement. Ainsi, la qualification de ce contrat – bail ordinaire ou bail emphytéotique – cristallise tout l'enjeu du litige. Si la Cour de cassation emploie encore la notion de « quasi-domaine », vestige hérité de la conception proposée par Raymond-Théodore Troplong et reprise à Jacques Cujas¹⁴²⁸, elle développe davantage son analyse du droit d'emphytéose. La juridiction rappelle qu'il faut, en premier lieu, rechercher si le contrat opère un « démembrement de la propriété » ou non. Elle continue en remarquant que : « le droit de superficie et le droit d'usufruit sont, comme l'emphytéose, des droits réels qui se détachent de l'immeuble lui-même, et

¹⁴²² M. J. DE LA POIX DE FRÉMINVILLE, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. I, Clermont, Imprimerie de Thibaud-Landriot frères, 1845, p. 548-553, n. 528.

¹⁴²³ Raymond-Théodore Troplong voit dans le contrat de louage « d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier, c'est-à-dire un droit absolu et non pas seulement un rapport particulier entre le bailleur et le preneur » (R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 58, n. 5).

¹⁴²⁴ En particulier, Paris, 24 juin 1858, *Villemont c. veuve Voizot et Trottemant*, D. 1859, II, p. 217 ; Paris, 29 mars 1860, *Lamazou et autres c. Koën*, D. 1860, II, p. 185.

¹⁴²⁵ Pour une synthèse sur la controverse relative au droit réel du preneur, voir la note sous D. 1860, II, p. 185.

¹⁴²⁶ Par exemple, Trib. Seine, 28 août 1844, D. 1845, III, p. 225 : « Attendu que l'emphytéose ne peut résulter que de la stipulation formelle des parties contractantes, mais non de la simple énonciation d'une durée excédant celle des baux ordinaires ; qu'en effet, on ne saurait substituer à l'acte, que les parties ont qualifié de bail ordinaire, une convention qui établit un démembrement de la propriété, laquelle se divise en domaine direct et en domaine utile » ; Req., 9 janvier 1854, *Henry c. Commune d'Aiguesmortes*, S. 1854, I, p. 531 : « en décidant que la convention, bien qu'elle contint quelques clauses communes aux baux à ferme, avait cependant le caractère d'une concession emphytéotique, soit parce que la volonté des parties avait été d'opérer le démembrement de la propriété, [...] la Cour impériale n'a fait qu'user du droit souverain qui lui appartenait de rechercher et de déclarer la volonté des parties, et qu'elle n'a ni méconnu les caractères essentiels sur lesquels repose la distinction entre le bail à ferme et le bail emphytéotique ».

¹⁴²⁷ Req., 6 mars 1861, *Syndics Vollot c. Chaussegues du Bord*, D. 1861, I, p. 417, S. 1861, I, p. 713. Confirmé par Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, D. 1861, I, p. 444, S. 1862, I, p. 91 : « Attendu que l'emphytéose diffère du bail à ferme à long terme en ce qu'elle transmet un droit réel sur le fonds, un quasi-domaine qui permet d'en disposer d'une manière presque absolue, et qui est bien différent du droit dont le simple bail investit le fermier ».

¹⁴²⁸ Sur ce point, voir *supra*, p. 80 et s.

constituent, au profit de celui auquel ils sont conférés, une véritable propriété dont il a la libre disposition »¹⁴²⁹. Le droit d'emphytéose est ainsi explicitement classé parmi les droits réels par la Cour de cassation qui abandonne alors peu à peu la division du domaine pour figurer les rapports entre le bailleur et l'emphytéote.

François Laurent souligne l'importance de cet arrêt de la Cour de cassation :

« Cet arrêt est considérable, il confirme tout ce que nous avons enseigné. La cour ne parle plus de domaine direct ni de domaine utile, elle ne dit plus que l'emphytéote a une propriété temporaire, elle ne dit pas même qu'il a une espèce de propriété, un quasi-domaine. La propriété est démembrée comme elle l'est en cas d'usufruit, l'emphytéote a un droit réel immobilier, c'est ce droit dont il a la libre disposition. Là où ce démembrement existe, il y a emphytéose : là où il n'existe pas, il y a bail »¹⁴³⁰.

Cette troisième solution jurisprudentielle avait déjà été défendue par de nombreux auteurs avant même 1861¹⁴³¹. Après cet arrêt, la majorité de la doctrine s'y rallie et qualifie le droit d'emphytéose de droit réel¹⁴³². Une telle jurisprudence s'inscrit d'ailleurs dans le sillage de l'arrêt *Caquelard*, rendu le 13 février 1834, qui affirme la liberté pour les particuliers de créer des droits réels, c'est-à-dire en dehors de la liste énumérée par l'article 543 du Code civil¹⁴³³.

À l'issue de cette évolution jurisprudentielle, il est frappant de constater que les diverses solutions proposées pour déterminer l'étendue du droit d'emphytéose sont comparables à celles avancées à l'occasion de la controverse qui avait eu lieu dans l'ancien droit, ce qui atteste de la pérennité des méthodes et des systèmes des juristes¹⁴³⁴. Renforçant le flou de cette question, elles cohabitent pendant deux décennies, avant qu'une seule de ces

¹⁴²⁹ Cet arrêt évoque également le droit de superficie et marque une étape importante dans son histoire. Voir R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, *Le droit de superficie...*, *op. cit.*, p. 51-55.

¹⁴³⁰ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 442.

¹⁴³¹ Notamment C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français...*, *op. cit.*, t. III, p. 66, n. 101-102 ; A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 46-47, n. 70 ; A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, *op. cit.*, t. II, p. 406, n. 378 bis.

¹⁴³² Par exemple, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. IV, p. 95 ; A. VALETTE, *De la propriété...*, *op. cit.*, p. 22 ; E. D. GLASSON, *Éléments du droit français...*, *op. cit.*, t. I, p. 311 ; P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 563.

¹⁴³³ Req., 13 février 1834, *Caquelard*, D. 1834, I, p. 118, S. 1834, I, p. 205. Voir aussi *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, éd. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Paris, Dalloz, 2015, p. 403 et s., n. 66.

¹⁴³⁴ Voir *supra*, p. 79 et s.

solutions ne finisse par s'imposer¹⁴³⁵. Les juridictions sont tiraillées entre des interprétations divergentes tandis que la doctrine ne parvient pas à trouver un consensus. Ces hésitations montrent que, dans le silence du Code civil, les juridictions comme la doctrine peinent, pendant un long temps, à s'écarter des schémas traditionnels et à réinventer un bail emphytéotique dépouillé des artifices féodaux. Ce lent processus peut également s'interpréter comme une absorption d'une institution ancienne dans un nouvel ordre juridique, c'est-à-dire comme une acculturation du Code civil lui-même.

§. 2 *La soumission à la conception unitaire de la propriété*

La volonté des révolutionnaires de régénérer l'ordre politique et social ne va pas sans heurt et les transformations qui touchent la propriété ne font pas exception. En effet, l'exaltation du droit de propriété l'impose à la fois comme un rapport exclusif entre un individu et son bien, dans l'ordre civil, que comme un droit universel, inviolable et sacré, dans l'ordre politique. Partant, la multiplicité des conceptions de la propriété et son omniprésence, nourries par des courants de pensée parfois concurrents, laissent planer certaines ambiguïtés quant à l'homogénéité de la notion¹⁴³⁶.

En dépit de cela, en matière de droit des biens, il est admis que le droit de propriété apparaît essentiellement absolu et individuel. Il n'est pas improbable que l'évolution de la conception même de la propriété comme un droit « absolu, exclusif et perpétuel » ait aussi joué un rôle dans le cantonnement du droit d'emphytéose à un droit réel et dans sa disqualification d'un *dominium* ou d'une propriété¹⁴³⁷. Il devient nécessaire d'adapter le bail emphytéotique d'Ancien Régime pour l'intégrer au nouvel ordre juridique. La jurisprudence entreprend alors d'aménager les conditions et les effets de ce contrat dès le deuxième tiers du XIX^e siècle, dans le but de le conformer aux principes qui irriguent le droit contemporain. Il en découle une redéfinition du bail emphytéotique (**A**). Cette réflexion autour du contrat s'accompagne de la nécessité de repenser le droit d'emphytéose, qui en ressort rénové (**B**).

¹⁴³⁵ Par exemple, on lit encore dans un arrêt de la chambre civile du 26 janvier 1864, *Dorient de Bellegarde c. Calvet et Mostolat*, que : « parmi les conditions constitutives du contrat d'emphytéose, la première et la plus essentielle est qu'il y ait au profit du preneur, pour l'entière durée du bail transmission de tous les *droits utiles de propriété sur le domaine concédé* » (D. 1864, I, p. 84, S. 1864, I, p. 92). Nous soulignons.

¹⁴³⁶ Voir notamment J. POUMARÈDE, « De la difficulté de penser la propriété (1789-1793) », *loc. cit.*, p. 27-39.

¹⁴³⁷ Sur la conception de la propriété au XIX^e siècle, voir notamment M. VIDAL, « La propriété dans l'École de l'Exégèse en France », *loc. cit.*, p. 29-37 ; A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens... », *loc. cit.*, p. 8-11.

A. La redéfinition du bail emphytéotique

Sous l'Ancien Régime, il a été possible de distinguer trois obligations essentielles du bail emphytéotique : une obligation de délivrance pesant sur le bailleur et des obligations d'amélioration et de paiement incombant à l'emphytéote¹⁴³⁸. Toutefois, dans le droit contemporain, les bouleversements qui ont affecté le droit des biens et des contrats tendent à altérer cette grille de lecture. En conséquence, la refondation du bail à emphytéose conduit les juridictions, d'une part, à réduire son essence à la concession d'un droit réel en contrepartie d'une redevance (1) et, d'autre part, à identifier plusieurs caractères habituels (2).

1. La concession d'un droit réel en contrepartie d'une redevance

À l'époque contemporaine, la conception unitaire de la propriété, adossée au Code civil, nécessite de repenser les éléments qui constituent l'essence d'un bail emphytéotique et permettent de le distinguer des autres contrats. Pour répondre à cette question, la jurisprudence ainsi qu'une grande majorité de la doctrine adoptent un premier critère de distinction : la concession d'un droit réel. La plupart des auteurs considère que le bail emphytéotique a pour effet de démembrer la propriété¹⁴³⁹. Ainsi, le droit d'emphytéose constitue un droit réel particulièrement étendu, opérant un démembrement de la propriété, diminuant d'autant les pouvoirs du propriétaire. Le fait de concéder un droit réel sur un fonds concentre la spécificité du bail à emphytéose. C'est d'ailleurs sur la base de ce critère que les commentateurs du Code civil et la jurisprudence le distinguent et le classent par rapport aux contrats voisins, mais aussi qu'ils envisagent de bâtir une nouvelle définition.

¹⁴³⁸ Sur ce point, voir *supra*, p. 86 et s.

¹⁴³⁹ Voir en particulier M. D. GARNIER, *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement des domaines et des hypothèques. Nouveau traité en forme de dictionnaire des droits d'enregistrement, de transcription, de timbre, de greffe, d'hypothèques et des contraventions dont la répression est confiée à l'administration de l'enregistrement*, t. I, Paris, Le Bertre-Garnier, 1890, V^{is} Bail emphytéotique, n. 2185 : « Mais si ces autres conditions permettent de caractériser l'emphytéose, elles ne sont pas essentielles à son existence. Pour qu'il y ait emphytéose, il suffit que la convention ait opéré le *démembrement de la propriété*, c'est-à-dire qu'elle ait conféré au preneur un droit réel dont il peut disposer à son gré ». Nous soulignons. D'autres auteurs préfèrent affirmer que le bail emphytéotique est « translatif de propriété », ce qui semble avoir le même sens. Par exemple, J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 22 ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 325-326 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 427-434, n. 352-354.

D'un côté, le bail emphytéotique ne doit pas être confondu avec la vente car il « produit des effets qui lui sont propres »¹⁴⁴⁰. Il entraîne notamment un démembrement de la propriété, au contraire du contrat de vente qui transfère la propriété exclusive de l'immeuble concerné du vendeur à l'acquéreur¹⁴⁴¹. En outre, plusieurs décisions de justice assimilent à une vente certains baux de longue durée conclus sous l'Ancien Régime, les différenciant clairement du contrat emphytéotique. Il en a ainsi été jugé pour le bail à locatairie perpétuelle¹⁴⁴² mais aussi pour le bail à métairie perpétuelle¹⁴⁴³. Dans tous les cas, les juges mettent en avant le fait que ces contrats opèrent un transfert de propriété plein et entier, qui ne limite aucune des prérogatives du propriétaire. En cela, ils diffèrent fondamentalement du bail à emphytéose.

De l'autre côté, depuis 1822, une jurisprudence constante fait valoir que le bail emphytéotique doit être distingué du louage ordinaire, puisque le droit de bail demeure un droit personnel tandis que le droit d'emphytéose est considéré comme un droit réel¹⁴⁴⁴. Par analogie, l'albergement, bail de longue durée spécifique au Sud-Est de la France sous l'Ancien Régime, est assimilé par la jurisprudence au bail ordinaire et distingué du bail emphytéotique, en raison du simple droit de jouissance qu'il transfère à l'albergataire¹⁴⁴⁵.

Si cette solution apparaît bien établie en jurisprudence, elle demeure contestée par certains auteurs de doctrine. Le plus virulent d'entre eux, Raymond-Théodore Troplong

¹⁴⁴⁰ Civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourg c. Despagnac*, S. 1822, I, p. 362.

¹⁴⁴¹ Civ., 1^{er} juillet 1835, *Corbin c. Enregistrement*, D. 1835, I, p. 385 : jugé ainsi pour la cession de terrains destinés à l'établissement d'un marché public, dont les constructions restent à la charge du vendeur moyennant une somme fixe et le droit de percevoir pendant soixante-dix ans les loyers du marché. Voir aussi, E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, op. cit., V° Emphytéose, p. 58, n. 53.

¹⁴⁴² Nîmes, 25 mai 1852, *Rousseau c. Sauvet*, D. 1855, II, p. 262 : « si le code Napoléon ne trace pas les règles spécialement applicables à cette nature de contrat, ce n'est pas une raison pour ne pas l'assimiler de tout point aux conventions qui s'en rapprochent le plus, et notamment à la vente ». Dans le même sens, J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, op. cit., p. 21-23 ; V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., t. II, p. 367-368, n. 359 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 83, n. 87.

¹⁴⁴³ Civ., 2 mars 1835, *Martin c. Perdrix*, D. 1835, I, p. 433. La cour soutient qu'« un tel bail constituait [...] une véritable aliénation des fonds qui en sont l'objet, ce qui rendait la redevance ou prestation en quotité de fruits, rachetable, de la part de ce preneur, comme si elle était fixée et déterminée, avec concession du droit originaire de propriété » (*ibid.*, p. 434). Dans le même sens, É. ACOLLAS, *Manuel de droit civil...*, op. cit., t. I, p. 566. *Contra* : H.-F. RIVIÈRE, « Examen doctrinal. Des baux ruraux ou tenures d'une durée perpétuelle », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, t. 35, 1869, p. 200-201.

¹⁴⁴⁴ En ce sens, Civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourg c. Despagnac*, S. 1822, I, p. 362 ; Req., 19 juillet 1832, *Bony et autres c. Moreno-Demora*, D. 1832, I, p. 296, S. 1832, I, p. 531 ; Trib. de la Seine, 28 août 1844, D. 1845, III, p. 225 ; Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382 ; Req., 9 janvier 1854, *Henry c. Commune d'Aiguemortes*, S. 1854, I, p. 531 ; Req., 6 mars 1861, *Syndics Vollot c. Chaussergues du Bord*, D. 1861, I, p. 417, S. 1861, I, p. 713 ; Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, D. 1861, I, p. 444, S. 1862, I, p. 91.

¹⁴⁴⁵ Req., 11 août 1851, *Commune de Montréal c. héritiers Douglas*, S. 1851, I, p. 764.

soutient la thèse selon laquelle le preneur à bail ordinaire se voit concéder un droit réel sur la chose, et non un droit personnel¹⁴⁴⁶. Il considère que la conclusion d'un tel contrat entraîne pour le propriétaire « une sorte de restriction à son droit d'user et d'abuser »¹⁴⁴⁷, autrement dit une charge. Il s'agit donc d'un « empêchement qui affecte la chose et qui, la suivant en quelques mains qu'elle passe, semble constituer, d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier »¹⁴⁴⁸. Toutefois, toute la subtilité du raisonnement de Raymond-Théodore Troplong réside dans le fait qu'il considère que le droit de bail, s'il peut être qualifié de droit réel, n'emporte pas démembrement de la propriété. Il soutient que les démembrements « appauvrissent le propriétaire » tandis que le bail constitue « un moyen de tirer parti de l'immeuble, tout en en conservant la substance »¹⁴⁴⁹. En d'autres termes, pour Raymond-Théodore Troplong, le critère de distinction entre le bail ordinaire et le bail emphytéotique se trouve davantage dans le démembrement de la propriété que dans le droit réel.

Une telle opinion demeure minoritaire dans la doctrine du XIX^e siècle¹⁴⁵⁰. En effet, la quasi-unanimité des auteurs soutient les décisions de justice qui rejettent la réalité du droit du preneur à bail¹⁴⁵¹, en dehors du cas particulier du bail emphytéotique. Par conséquent, il

¹⁴⁴⁶ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 54-61, n. 4-9. Une telle solution est appliquée à la marge par la Cour de cassation, sous l'influence de Raymond-Théodore Troplong (par exemple, Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382. ; Civ., 11 novembre 1861, D. 1861, I, p. 444, S. 1862, I, p. 91), avant d'être abandonnée. La thèse selon laquelle le droit du preneur à bail serait un droit réel a d'ailleurs été défendue au XX^e siècle : voir J. DERRUPÉ, « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », *Mélanges Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 169-177 qui reprend en substance des éléments déjà développés dans sa thèse (ID., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952) ; M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.*, 1931, p. 568 ; G. DE LA BROUË, MARQUIS DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition de la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.*, 1905, p. 456.

¹⁴⁴⁷ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 57, n. 5.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 58, n. 5.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 56, n. 4.

¹⁴⁵⁰ Voir néanmoins au détour de l'article « Tiers » dans le *Recueil des questions de droit* de Merlin : « sous le Code civil, le fermier n'a pas seulement une action personnelle contre son bailleur. Il a encore *droit dans la chose* qui lui est louée ; et cela est si vrai, que l'acquéreur de la propriété est forcé d'entretenir le bail qui est prouvé avoir été fait avant le contrat de vente » (P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit...*, *op. cit.*, t. VI, V^o Tiers, p. 389). Voir également W. BÉLIME, *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, *op. cit.* p. 334-338, n. 309. On lit aussi, de façon surprenante, dans un jugement du tribunal de la Seine de 1901 que « le contrat de louage confère au preneur un droit mixte, participant tout à la fois du droit personnel et du droit réel, et l'autorisant à agir directement de son chef contre les auteurs, quels qu'ils soient, du trouble apporté à sa jouissance » (Trib. de la Seine, 20 juin 1901, *Chazalotte c. Billard et Paret*, D. 1902, II, p. 379). L'arrêtiste souligne toutefois qu'il s'agit d'une décision isolée qui va à l'encontre de la jurisprudence majoritaire et de la doctrine classique.

¹⁴⁵¹ Notamment, C. É. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, *op. cit.*, t. II, p. 567 ; C.-B.M. TOULLIER, *Le droit civil français...*, *op. cit.*, t. III, p. 248-250, n. 388 ; J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, t. I, p.110-113, n. 102 ; A. DURANTON, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, t. IV, p. 61-65, n. 73 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français...*, *op. cit.*, t. V, p. 360-361, n. 369, note 32 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens...*, *op. cit.*, t. I, p. 393-405, n. 492-493 ; A.-M. DEMANTE,

leur semble raisonnable de considérer que la constitution d'un droit réel participe de l'essence du bail emphytéotique. À défaut, le contrat en question ne peut être qualifié de contrat emphytéotique. C'est la règle qui sera consacrée par l'article 1^{er} de la loi du 25 juin 1902¹⁴⁵².

En revanche, le point de savoir si un bail emphytéotique peut être conclu sans aucune redevance emphytéotique a fait couler beaucoup d'encre. Pour une grande majorité de civilistes, le paiement du canon emphytéotique constitue une obligation essentielle du contrat¹⁴⁵³. Nombre d'entre eux l'intègrent directement à leur définition du bail emphytéotique. Ainsi, pour Alexandre Duranton, ce contrat désigne « la concession d'un fonds par une des parties à l'autre, pour le cultiver, en percevoir tous les produits, en supporter les charges, moyennant une redevance annuelle »¹⁴⁵⁴. Pour Victor-Napoléon Marcadé, « l'emphytéose ou bail emphytéotique est un contrat par lequel je vous concède, moyennant une redevance annuelle qu'on appelle *canon emphytéotique*, le droit d'user et de jouir de mon immeuble en maître absolu, mais seulement pour un temps déterminé »¹⁴⁵⁵. Pour sa part, Jean-Baptiste-Victor Proudhon considère qu'il s'agit d'un contrat par lequel « le propriétaire d'un immeuble cède à un autre la jouissance, à charge par le preneur d'y procurer des améliorations, et en outre de payer au bailleur une modique redevance annuelle »¹⁴⁵⁶. Seul Émile Agnel († 1882) considère que le paiement d'une redevance périodique n'est pas de l'essence du bail emphytéotique. En effet, il affirme

É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil...*, *op. cit.*, t. VII, p. 294-307, n. 198 bis ; F. LAURENT, *Principes du droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 434, n. 354 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil...*, t. X, p. 361-362, n. 273 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, *op. cit.*, V° Emphytéose, p. 59, n. 57 ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 38-44, n. 28.

¹⁴⁵² Sur ce point, Raïnoff remarque que : « la nature du droit du preneur et la durée supérieure à 18 ans et moindre de 99 ans, tels sont d'après la loi du 25 juin 1902, les traits essentiels de la convention emphytéotique, et j'ajoute qu'il n'y en a pas d'autres » (RAÏNOFF, *L'emphytéose (d'après la loi du 25 juin 1902)*, *op. cit.*, p. 61).

¹⁴⁵³ Les recueils de jurisprudence et de doctrine en témoignent : P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. V, V° Emphytéose, p. 721 : « La pension ou redevance emphytéotique est tellement de l'essence de ce contrat, que, s'il n'y en avait pas une réserve, ce ne serait point une Emphytéose » ; D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, *op. cit.*, t. XXX, V^{is} Louage emphytéotique, p. 590, n. 17 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V° Emphytéose, p. 640, n. 56 : « L'emphytéose est toujours, dans la pratique, un contrat à titre onéreux : comme il comporte essentiellement le paiement d'une redevance, il est impossible de la concevoir à titre gratuit ». Voir également A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, t. I, p. 193 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français...*, *op. cit.*, t. VIII, p. 422, n. 347 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. IV, p. 97.

¹⁴⁵⁴ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 67, n. 75.

¹⁴⁵⁵ V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 365, n. 358.

¹⁴⁵⁶ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, *op. cit.*, t. II, p. 320, n. 709. Voir aussi P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français...*, *op. cit.*, p. 563 : « L'emphytéose est un droit de jouissance réel et transmissible, à la charge de payer une redevance annuelle (canon) ».

qu'« il suffit que le contrat contienne un prix », qui peut prendre la forme d'une redevance, mais qui peut également découler des obligations imposées au preneur, notamment les travaux et améliorations qu'il s'est engagé à réaliser¹⁴⁵⁷. Il se fonde sur un arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1836¹⁴⁵⁸. En l'espèce, la ville de Paris a concédé pour soixante-dix ans la jouissance d'un terrain à un preneur, à charge pour lui d'y construire des halles pour un marché. Il est convenu que le preneur deviendra propriétaire de l'ensemble à l'issue du contrat. Le preneur a donné en gage le droit d'emphytéose, comme chose mobilière, pour obtenir un prêt. Lorsque le créancier gagiste veut exercer son privilège, le preneur affirme cependant que le droit d'emphytéose, droit immobilier, n'a pu être donné en gage. Les juges de la Cour de cassation adoptent les motifs des juges de la Cour d'appel de Paris qui avaient décidé :

« que la redevance connue anciennement sous le nom de *canon emphytéotique*, et qui prenait sa source dans les idées de féodalité, ne peut plus être considérée comme essentielle à la perfection de l'acte ; que la seule chose essentielle est que le contrat contienne un prix ; que, dans l'espèce, le prix se rencontre dans les obligations imposées au preneur de faire effectuer les travaux énoncés audit acte »¹⁴⁵⁹.

Il convient toutefois de souligner que l'arrêt cité résulte d'un cas particulier. En matière fiscale, la Cour de cassation avait déjà rejeté dans un arrêt antérieur la qualification de bail emphytéotique¹⁴⁶⁰. Dans l'arrêt de 1836, la Cour de Paris ne se place plus dans le domaine fiscal mais bien sur le plan du droit civil, ce qui lui donne la latitude nécessaire pour qualifier le contrat de bail emphytéotique, sans entrer en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Néanmoins, au regard du particularisme de l'espèce, il semble impossible de généraliser la solution de l'arrêt de la Cour de Paris. Cela explique sans doute que cette décision reste isolée mais aussi que la majorité de la doctrine continue de considérer le paiement de la redevance comme une obligation essentielle du bail emphytéotique.

¹⁴⁵⁷ É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 310, n. 513. Alexandre Duranton souligne, toutefois, que si le prix était fixé sous la forme d'un prix déterminé, le contrat s'apparenterait davantage à un contrat de superficie : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 67, note (2).

¹⁴⁵⁸ Paris, 3 février 1836, *Trésor public c. Testard*, *D.* 1836, II, p. 76, *S.* 1836, II, p. 147.

¹⁴⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁶⁰ Civ., 1^{er} juillet 1835, *Corbin c. Enregistrement*, *D.* 1835, I, p. 385. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a qualifié le contrat de vente avec marché de constructions.

Plusieurs raisons sont d'ailleurs avancées pour le justifier. D'abord, le paiement régulier d'un loyer constitue la marque du louage. Or, selon certains, depuis 1790, le contrat emphytéotique est devenu une des « variétés du bail »¹⁴⁶¹ ou encore qu'il « ne constitue plus aujourd'hui qu'un simple bail d'une durée plus longue que les baux ordinaires, mais toujours soumis aux règles du *contrat de louage* »¹⁴⁶². Cette conception du bail emphytéotique est contestable, dans la mesure où elle va à l'encontre de l'opinion majoritaire qui considère qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*, mais elle permet de fonder le paiement d'une redevance périodique comme une obligation essentielle¹⁴⁶³. D'autres font valoir qu'il s'agit d'une caractéristique qui différencie le bail emphytéotique d'autres institutions et, en particulier, de la vente¹⁴⁶⁴, de l'usufruit¹⁴⁶⁵ ou encore du contrat de superficie¹⁴⁶⁶. En définitive, le paiement d'une redevance est considéré comme une obligation essentielle dans le droit contemporain.

Les civilistes comme les juges du XIX^e siècle ne semblent pas avancer d'autres éléments essentiels au bail emphytéotique, que la concession d'un droit réel et le paiement d'une redevance, mais ils identifient des caractères qui se rencontrent habituellement dans ce contrat.

2. *L'identification de caractères habituels*

Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, alors que les caractères essentiels du bail emphytéotique – la concession d'un droit réel en contrepartie d'une redevance – sont établis, la jurisprudence met en évidence plusieurs caractères habituels de ce contrat. Ces derniers s'apparentent beaucoup aux règles héritées de l'ancien droit¹⁴⁶⁷. Considérés comme simplement habituels, ils n'influent pas sur l'existence même du contrat mais

¹⁴⁶¹ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, t. IV, p. 97.

¹⁴⁶² A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques, op. cit.*, t. I, p. 197.

¹⁴⁶³ Sur la nature du bail emphytéotique à partir de 1790, voir *supra*, p. 334 et s.

¹⁴⁶⁴ A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil, op. cit.*, t. II, p. 406-407, n. 378 bis ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 640, n. 51 : « la copropriété ne se conçoit pas plus que la propriété exclusive chez un possesseur, qui, en payant annuellement une redevance, reconnaît par cela même que le bailleur est seul propriétaire ».

¹⁴⁶⁵ V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 365, n. 358 ; A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques, op. cit.*, t. I, p. 193-194.

¹⁴⁶⁶ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, t. VIII, p. 565, n. 3733 : « Il est essentiel à l'emphytéose d'être faite au moyen d'une redevance annuelle payable au propriétaire du fonds, parce qu'en cela elle participe du bail. Cette condition n'est point requise dans la constitution de superficie qui, comme nous l'avons vu plus haut peut avoir lieu par vente pure et simple, ainsi que par donation ou legs ».

¹⁴⁶⁷ Sur ce point, voir *supra*, p. 86 et s.

constituent des indices pour qualifier un contrat emphytéotique. Un premier arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 24 août 1857 précise ainsi que :

« l'emphytéose se manifeste par les caractères suivants : la longue durée de la jouissance ; le droit de disposer, d'une manière presque absolue, de l'immeuble concédé ; la modicité de la redevance convenue, et l'obligation par l'emphytéote de supporter la dépense que peuvent entraîner les améliorations qui ont été prévues »¹⁴⁶⁸.

La nouveauté introduite par cette décision réside dans le fait que la Cour de cassation procède à une énumération des droits et obligations habituels de l'emphytéote. Auparavant, cette juridiction s'était contentée de les énoncer, à mesure des affaires rencontrées. Par cet attendu de principe, au contraire, elle synthétise l'ensemble de la jurisprudence antérieure. Par la suite, la chambre civile complète et explicite davantage cette liste par une décision du 26 janvier 1864, dans laquelle elle indique que :

« parmi les conditions constitutives du contrat d'emphytéose, la première et la plus essentielle est qu'il y ait au profit du preneur, pour l'entière durée du bail, transmission de tous les droits utiles de propriété sur le domaine concédé ; que les autres conditions ordinaires sont les suivantes : longue durée du bail, modicité de la redevance attribuée au bailleur, obligation pour le preneur d'opérer sur l'immeuble certaines améliorations déterminées ; engagement de livrer au bailleur sans indemnité, à l'expiration du bail, le terrain concédé ainsi que toutes les constructions qui y auront été édifiées »¹⁴⁶⁹.

Ces deux décisions condensent et récapitulent les différentes obligations qui se rencontrent ordinairement dans un bail emphytéotique. Le premier et le plus évident d'entre eux est la longue durée¹⁴⁷⁰. Les juridictions estiment également que la modicité de la redevance annuelle¹⁴⁷¹, une obligation d'amélioration¹⁴⁷² ou encore les clauses spécifiant

¹⁴⁶⁸ Civ., 24 août 1857, *D.* 1857, I, p. 328, *S.* 1857, I, p. 857. Confirmé par Req., 6 mars 1861, *D.* 1861, I, p. 417, *S.* 1861, I, p. 713 et Civ., 11 novembre 1861, *D.* 1861, I, p. 444, *S.* 1862, I, p. 91.

¹⁴⁶⁹ Civ., 26 janvier 1864, *D.* 1864, I, p. 84, *S.* 1864, I, p. 92.

¹⁴⁷⁰ Il a été souligné dans le chapitre précédent que la longue durée ne constituait pas un caractère essentiel du bail emphytéotique dans le droit contemporain. Voir *supra*, p. 287 et s.

¹⁴⁷¹ En particulier, Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinot*, *D.* 1853, I, p. 145, *S.* 1853, I, p. 445 ; Civ., 24 août 1857, *Enregistrement c. Chemin de fer de Paris à Orléans*, *D.* 1857, I, p. 326, *S.* 1857, I, p. 854 ; Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, *D.* 1861, I, p. 444, *S.* 1862, I, p. 91 ; Civ., 26 janvier 1864, *Dorient de Bellegarde c. Calvet et Mostolat*, *D.* 1864, I, p. 83, *S.* 1864, I, p. 91.

¹⁴⁷² Par exemple, Trib. Bruxelles, 28 thermidor an IX, *Vandamme c. Héritiers Vandoorne*, *S.* 1803, II, p. 443 ; Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinot*, *D.* 1853, I, p. 145, *S.* 1853, I, p. 445 ; Civ., 26 janvier 1864, *Dorient de Bellegarde c. Calvet et Mostolat*, *D.* 1864, I, p. 83, *S.* 1864, I, p. 91.

la reprise des améliorations par le bailleur à l'expiration du bail sans indemnité¹⁴⁷³, faisant peser la charge des contributions foncières sur le preneur¹⁴⁷⁴ ou imposant la réalisation des grosses comme des petites réparations à l'emphytéote constituent autant de caractères ordinaires des baux emphytéotiques. Dans tous les cas, les différents éléments identifiés par la jurisprudence peuvent se rattacher à l'obligation d'amélioration ou à l'obligation de paiement.

D'abord, selon les juridictions civiles, l'obligation d'amélioration, tout à fait essentielle, à l'existence d'un bail emphytéotique sous l'Ancien Régime ne s'impose plus que comme une obligation simplement habituelle dans le droit contemporain. Un tel revirement est également perceptible parmi les civilistes. Ainsi, si certains évoquent toujours un devoir d'améliorer qui repose sur l'emphytéote¹⁴⁷⁵, pour la majorité des auteurs, cette obligation ne participe plus de l'essence du contrat¹⁴⁷⁶. En raison des besoins économiques du XIX^e siècle, il s'agit moins pour l'emphytéote désormais de défricher, de cultiver ou de mettre en valeur des terres que de les conserver dans un état satisfaisant. De plus, cette obligation de conservation découle du droit commun et ne traduit plus la spécificité du contrat emphytéotique¹⁴⁷⁷.

Ensuite, les questions relatives à l'obligation de paiement ont soulevé davantage de controverses. Selon une jurisprudence bien établie, une redevance modique apparaît comme un caractère ordinaire des baux emphytéotiques, néanmoins elle peut disparaître ou être plus élevée sans que cela n'influe sur la qualification du contrat¹⁴⁷⁸. Ce dernier cas ne semble pas soulever de difficulté particulière. D'ailleurs, un arrêt de la chambre des

¹⁴⁷³ Par exemple, Douai, 15 décembre 1832, *Créanciers Huart*, D. 1833, II, p. 195, S. 1833, II, p. 65 ; Paris, 3 février 1836, *Trésor Public c. Testard*, D. 1836, II, p. 76, S. 1836, II, p. 147 ; Req., 9 janvier 1854, *Henry c. Commune d'Aiguesmortes*, S. 1854, I, p. 531 ; Req., 6 mars 1861, *Syndics Vollot c. Chaussergues du Bord*, D. 1861, I, p. 417, S. 1861, I, p. 713.

¹⁴⁷⁴ Par exemple, Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382.

¹⁴⁷⁵ Notamment, J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, op. cit., t. II, n. 709 : « l'emphytéose est donc un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble en cède à un autre la jouissance, à la charge par le preneur d'y procurer des améliorations, et en outre de payer au bailleur une modique redevance annuelle ». Nous soulignons. Voir aussi A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 67, n. 75 : « l'emphytéose est la concession d'un fonds par une des parties à l'autre, pour le cultiver, en percevoir tous les produits, en supporter les charges, moyennant une redevance annuelle ».

¹⁴⁷⁶ Par exemple, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 130 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français...*, op. cit., t. VIII, p. 422, n. 346 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, op. cit., V^o Bail emphytéotique, p. 53, n. 2.

¹⁴⁷⁷ Voir notamment, art. 719 et 1720 C. civ.

¹⁴⁷⁸ Voir aussi D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, op. cit., t. XXX, V^{is} Louage emphytéotique, p. 591, n. 25.

requêtes du 12 mars 1845 valide un contrat emphytéotique dans lequel la redevance est proportionnelle aux fruits du fonds concédé¹⁴⁷⁹.

En identifiant les caractères habituels de ce contrat, la jurisprudence et la doctrine du XIX^e siècle font revivre, en partie, le bail emphytéotique d'Ancien Régime, dans la mesure où ces attributs apparaissent très similaires à ceux rencontrés dans l'ancien droit. Un commentateur a pu avancer que ce sont « des signes forts simples et d'une très facile constatation » qui permettent de faciliter l'opération de qualification juridique mais aussi d'éviter « l'arbitraire qu'on est exposé à rencontrer dans la solution des questions, encore assez fréquentes, qui s'élèvent sur cette matière, à défaut de définition législative du contrat emphytéotique »¹⁴⁸⁰. Certains auteurs, comme Charles Aubry († 1883) et Charles-Frédéric Rau († 1877)¹⁴⁸¹ ou encore François Laurent¹⁴⁸², expriment toutefois des réserves quant à l'analyse de ces caractères habituels par la jurisprudence, car cela leur apparaît comme une casuistique difficile à systématiser dans sa mise en œuvre. En tout état de cause, ils ne nient pas que ces transformations ont affecté le droit d'emphytéose qui s'en est trouvé rénové.

B. La rénovation du droit d'emphytéose

À partir du milieu du XIX^e siècle, il ne fait plus de doute que le droit d'emphytéose constitue un droit réel. En revanche, les juristes s'interrogent sur l'étendue ce droit, mais également sur son caractère immobilier ou encore sur la possibilité de l'hypothéquer.

En premier lieu, les civilistes de droit contemporain semblent estimer que le bail emphytéotique emporte la concession d'un droit réel particulièrement étendu, même si la délimitation de ce droit demeure relativement confuse. Alexandre Duranton explique que le droit d'emphytéose est « plus étendu encore que l'usufruit ordinaire » et précise que l'emphytéote « aura ainsi la faculté de bâtir sur le fonds, de changer le mode de jouissance, sans avoir généralement à craindre d'être attaqué pour avoir altéré la substance »¹⁴⁸³. Jean-

¹⁴⁷⁹ Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382.

¹⁴⁸⁰ Note, D. 1857, I, p. 327.

¹⁴⁸¹ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., t. II, p. 648 et note 6.

¹⁴⁸² F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 437, n. 356.

¹⁴⁸³ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 77-78. Dans le même sens, Auguste Valette parle du droit d'emphytéose comme « un droit réel immobilier de jouissance, plus étendu que le droit de l'usufruitier » (A. VALETTE, *De la propriété...*, op. cit., p. 22). Voir également, C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., t. II, p. 647-648.

Baptiste-Victor Proudhon va plus loin en affirmant que « l'emphytéote, acquérant la propriété du fonds, jouit de sa propre chose, tandis que l'usufruitier n'est que jouissant de la chose d'autrui »¹⁴⁸⁴. De son côté, Émile Agnel précise que « [q]uoique l'emphytéote n'acquière pas à perpétuité la propriété du fonds, il jouit néanmoins pendant la durée du bail des droits attachés à la qualité de propriétaire »¹⁴⁸⁵. Selon nombre d'auteurs, le droit d'emphytéose semble se situer à mi-chemin entre le droit de l'usufruitier et le droit du propriétaire. L'emphytéote détient davantage de prérogatives que l'usufruitier puisqu'il peut modifier la substance du fonds¹⁴⁸⁶. Mais, le preneur à emphytéose ne peut pas non plus être assimilé au propriétaire dans la mesure où il lui est interdit de détériorer le fonds qui lui a été concédé.

De même, certaines décisions de justice mettent en avant la grande étendue du droit d'emphytéose. Dans un arrêt du 4 janvier 1860, la Cour de Grenoble estime ainsi que le droit d'emphytéose permet « de donner, de vendre, de louer l'immeuble engagé, et d'y faire tous les changements qui tendent à une amélioration, sans que le maître puisse s'en plaindre »¹⁴⁸⁷. C'est pourquoi elle juge qu'un bail qui contient une clause qui interdit au preneur de sous-louer sans le consentement du bailleur n'est pas compatible avec la qualification de bail emphytéotique. Dans un arrêt du 8 avril 1878, la Cour d'Alger souligne que le droit d'emphytéose permet à l'emphytéote « de disposer d'une manière absolue, sinon de l'immeuble emphytéosé, du moins du droit conféré par l'emphytéose »¹⁴⁸⁸.

En somme, la jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le fait que le droit d'emphytéose ne connaît pas de restriction particulière, si ce n'est la détérioration du fonds, qui porterait atteinte aux intérêts du bailleur. Dès lors, le droit de l'emphytéote s'apparente quasiment à celui d'un propriétaire.

¹⁴⁸⁴ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, t. I, p. 103. Il ajoute en comparant l'emphytéote et l'usufruitier : « en argumentant de l'un à l'autre, l'on peut dire que tous les droits que les lois accordent à l'usufruitier sur l'usage de la chose, doivent à plus forte raison, appartenir à l'emphytéote ; mais qu'il ne serait pas permis d'adopter l'hypothèse inverse, pour attribuer à l'usufruitier tous les droits de l'emphytéote » (*ibidem*).

¹⁴⁸⁵ É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 311, n. 516.

¹⁴⁸⁶ L'article 578 du Code civil dispose que : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

¹⁴⁸⁷ Grenoble, 4 janvier 1860, *Faillite Vollot c. Chaussergue-Dubord et consorts*, *D.* 1860, II, p. 191, *S.* 1860, II, p. 125. Arrêt confirmé par Req., 6 mars 1861, *D.* 1861, I, p. 417, *S.* 1861, I, p. 713.

¹⁴⁸⁸ Alger, 8 avril 1878, *S.* 1878, II, p. 296.

Ensuite, au sein de la doctrine du XIX^e siècle, la controverse relative à la nature du bail emphytéotique a mené certains auteurs¹⁴⁸⁹, partisans de considérer le bail emphytéotique comme un simple louage, à penser que le droit d'emphytéose – en tant que droit personnel – était également mobilier¹⁴⁹⁰. Cette opinion semble toutefois minoritaire et le courant dominant considère qu'il s'agit d'un droit immobilier¹⁴⁹¹.

Il en est de même pour les cours de justice, parmi lesquelles le caractère immobilier du droit d'emphytéose n'a soulevé que peu de difficultés. Certes, un jugement du tribunal de Versailles du 21 décembre 1826 déclare que « le droit emphytéotique n'est pas compris dans les droits que la loi a déclarés immeubles »¹⁴⁹², dès lors il estime qu'il s'agit d'un droit mobilier. Lorsque l'affaire remonte devant la Cour de cassation, cette dernière ne se prononce pas sur ce point. Cette décision apparaît néanmoins isolée puisque peu de temps après la jurisprudence se fixe et affirme le caractère immobilier du droit d'emphytéose¹⁴⁹³.

Ce caractère immobilier emporte au moins une conséquence d'importance que les juridictions sont venues préciser. En tant que droit immobilier, l'emphytéose ne peut être donné en nantissement comme une chose mobilière¹⁴⁹⁴. Ainsi, le nantissement, sûreté portant sur un meuble incorporel¹⁴⁹⁵, peut éventuellement concerner le droit de bail ordinaire mais pas le droit d'emphytéose, de superficie ou d'usufruit¹⁴⁹⁶. En revanche, le droit d'emphytéose peut être l'objet d'une antichrèse, c'est-à-dire une sûreté grevant un

¹⁴⁸⁹ Sur ce point, voir *supra*, p. 325 et s.

¹⁴⁹⁰ Par exemple, J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 28 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 649.

¹⁴⁹¹ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 70-78, n. 80-81 ; D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, *op. cit.*, t. XXX, V^{is} Louage emphytéotique, p. 584, n. 9 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 638, n. 22 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique de droit français...*, *op. cit.*, p. 57-58, n. 38-50 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil...*, *op. cit.*, t. I, p. 713 et p. 733-734.

¹⁴⁹² Rapporté dans Civ., 11 mars 1829, *Moreno de Mora c. Bony*, D. 1829, I, p. 175, S. 1829, I, p. 163, S. 1831, II, p. 153 ; Civ., 6 mars 1850, *Enregistrement c. Ducatel*, D. 1850, I, p. 129, S. 1850, I, p. 210 ; Req., 6 mars 1861, D. 1861, I, p. 417, S. 1861, I, p. 713 ; Civ., 1^{er} avril 1884, *Compagnie générale des canaux et des travaux publics c. Enregistrement*, D. 1884, I, p. 345, S. 1885, I, p. 85 ; Trib. civ. Auxerre, 22 novembre 1893, *Gaz. Pal.* 1894, II, p. 8.

¹⁴⁹³ Voir notamment, Paris, 10 mai 1831, D. 1831, II, p. 121,

¹⁴⁹⁴ Voir art. 2075 C. civ. : « Le privilège énoncé en l'article précédent [le gage] ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ».

¹⁴⁹⁵ Sur les fluctuations sémantiques entre gage et nantissement au XIX^e siècle, voir L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014 (*Droit civil*), p. 239.

¹⁴⁹⁶ Voir Paris, 3 février 1836, *Trésor public c. Testard*, D. 1836, II, p. 76, S. 1836, II, p. 147 ; Civ., 13 avril 1859, *Chaussergue du Bord c. faillite Vollot*, D. 1859, I, p. 167 ; Req., 6 mars 1861, 6 mars 1861, *Syndics Vollot c. Chaussergues du Bord*, D. 1861, I, p. 417, S. 1861, I, p. 713. Voir également D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, *op. cit.*, t. XXII, V^o Nantissement, p. 441, n. 73 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, *op. cit.*, t. I, p. 659, n. 1103 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 639, n. 43.

immeuble¹⁴⁹⁷. Un arrêt du 20 août 1865 vient même préciser que l'antichrèse qui grève un droit d'emphytéose permet à l'antichrésiste de se faire payer par préférence par rapport aux créanciers hypothécaires sur la portion du prix de l'immeuble représentative de la valeur de l'emphytéose¹⁴⁹⁸.

En dernier lieu, la possibilité de faire peser une hypothèque sur le droit d'emphytéose a été largement débattue parmi la doctrine du XIX^e siècle. De prime abord, en tant que droit immobilier, il semble que cette possibilité ne présente pas de difficulté particulière. Or, plusieurs auteurs défendent la position inverse, estimant que le droit emphytéotique n'est pas susceptible d'hypothèque.

Dans le droit intermédiaire, l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798) énumérait parmi les objets susceptibles d'hypothèque le droit d'emphytéose. Sous l'empire du Code civil, l'article 2118 qui détaille ces objets ne mentionne pas le droit emphytéotique. Dès lors, le silence de la loi laisse planer le doute quant à la possibilité de le grever d'une hypothèque. Par la suite, par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription de la matière hypothécaire, le législateur n'a pas non plus pris la peine de préciser si le droit d'emphytéose était compris dans les « droits susceptibles d'hypothèque »¹⁴⁹⁹. La doctrine civiliste est divisée sur ce point. Pour certains, le silence de la loi est éloquent : il signifie que le bail emphytéotique n'est plus susceptible d'hypothèque dans le droit contemporain¹⁵⁰⁰. Or, cela reviendrait à assimiler le bail à emphytéose à un louage ordinaire, ce qui contredirait la refondation de ce contrat entreprise par la jurisprudence depuis la période révolutionnaire. D'autres auteurs soutiennent que le droit d'emphytéose est implicitement compris dans l'article 2118 qui autorise l'hypothèque des « biens

¹⁴⁹⁷ D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, *op. cit.*, t. XXII, V^o Nantissement, p. 441, n. 73.

¹⁴⁹⁸ Civ., 29 août 1865, *Véron c. Ali ben Bahamed et Si Saad ben Bahamed*, D. 1865, I, p. 529, S. 1865, I, p. 433 : « Attendu que l'antichrèse est opposable aux créances hypothécaires postérieures à sa constitution ; mais que l'antichrésiste, en concours avec les créanciers dans ce cas, ne peut exercer son droit de préférence en dehors des limites fixées par son contrat ; Attendu que l'acte du 26 février 1845 délèguait uniquement à l'antichrésiste les canons de l'emphytéose consentie par son débiteur à la veuve Grevin sur l'immeuble que celui-ci a vendu ensuite à Paul Fabus ; Qu'ainsi l'antichrésiste, ou le défendeur, son subrogé, n'a pu exercer son droit que sur le prix même de l'emphytéose ».

¹⁴⁹⁹ *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LV, p. 55. Au contraire, la loi belge du 16 décembre 1851 qui réforme le régime hypothécaire a jugé bon pour mettre fin à toute controverse d'ajouter le droit d'emphytéose parmi les droits susceptibles d'hypothèque. Ce n'est pas le cas en France.

¹⁵⁰⁰ Notamment, J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil...*, *op. cit.*, t. IV, p. 264-265 ; C. É. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon...*, *op. cit.*, t. II, p. 557-558 ; J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVI, Paris, Treuttel et Würtz, 1829, p. 253 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du code...*, *op. cit.*, t. III, p. 66, n. 101 ; J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, t. I, p. 105, n. 99 ; J. GRENIER, *Traité des hypothèques*, *op. cit.*, t. I, p. 307-308, n. 143 .

immobiliers qui sont dans le commerce »¹⁵⁰¹. De plus, ils considèrent généralement qu'il s'agit d'un instrument au service du débiteur, qui lui permet d'obtenir un crédit. C'est pourquoi ils estiment pouvoir interpréter cet article de façon extensive.

La jurisprudence apparaît elle aussi hésitante dans un premier temps. En particulier, un jugement du tribunal de Paris de 1830 considère que la liste dressée par l'article 2118 du Code civil est effectivement limitative¹⁵⁰². Dans sa décision, la juridiction soutient que « les lois de l'an 3 et de l'an 7 comprenaient la jouissance emphytéotique parmi les biens susceptibles d'hypothèque, et que le Code civil ayant désigné ces biens *d'une manière limitative*, sans y comprendre l'emphytéose, on doit en conclure que la disposition des lois antérieures à cet égard est abrogée »¹⁵⁰³. Pourtant, l'année suivante, la Cour de Paris vient infirmer ce jugement et décide que « l'art. 2118 c. civ., loin de faire obstacle à ce que les preneurs à titre emphytéotique confèrent des hypothèques, les autorise par la généralité de son texte, qui comprend tous les biens immeubles et l'usufruit de ces biens »¹⁵⁰⁴. Par la suite, une jurisprudence constante continue de considérer que le droit d'emphytéose est implicitement compris dans l'article 2118 et, par-là, susceptible d'hypothèque¹⁵⁰⁵.

Finalement, malgré certains attermoissements dans le premier tiers du XIX^e siècle, il apparaît que le droit d'emphytéose se définit comme un droit réel, immobilier et susceptible d'hypothèque. Par cet effort de définition, le droit d'emphytéose trouve ainsi sa place dans le droit contemporain. La combinaison de ces caractéristiques, qui rapproche le droit de l'emphytéote de celui d'un propriétaire, contribue à renouveler l'intérêt porté au bail emphytéotique, notamment en droit public.

¹⁵⁰¹ En particulier, G.-B. BATTUR, *Traité des privilèges et hypothèques*, op. cit., t. II, p. 86, n. 246 ; P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, op. cit., t. V, V^o Emphytéose, p. 722 ; G.-J. FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire de la législation du notariat*, op. cit., t. I, V^o Hypothèque, p. 507, n. 2 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 73-74, n. 80 ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, op. cit., t. I, p. 320-323, n. 15 ; D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, op. cit., t. XXVII, V^{is} Privilèges et hypothèques, p. 220, n. 820-821.

¹⁵⁰² Trib. Paris, 2 juillet 1830, *Moreno de Mora c. Bony*, S. 1830, II, p. 215.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, p. 216. Nous soulignons.

¹⁵⁰⁴ Paris, 10 mai 1831, *Moreno de Mora c. Bony*, D. 1831, II, p. 122, S. 1831, II, p. 154.

¹⁵⁰⁵ Notamment, Req., 19 juillet 1832, *Moreno de Mora c. Bony et autres*, D. 1832, I, p. 296, S. 1832, I, p. 531 ; Douai, 15 décembre 1832, S. 1832, II, p. 65 ; Paris, 6 juillet 1833, *Faillite Bony c. Panier*, D. 1834, II, p. 13 ; Civ., 26 janvier 1864, *Dorient de Bellegarde c. Calvet et Mostolat*, D. 1864, I, p. 83, S. 1864, I, p. 91 ; Civ., 1^{er} avril 1884, *Compagnie générale des canaux et des travaux publics c. Enregistrement*, D. 1884, I, p. 345, S. 1885, I, p. 85.

Section 2 Le renouvellement de l'intérêt porté au bail emphytéotique

À l'époque contemporaine, la difficulté de s'affranchir de la division du domaine emporte des conséquences non seulement du point de vue de l'étendue du droit d'emphytéose mais également, et peut-être de façon moins attendue, dans la sphère publique. L'intérêt porté au bail emphytéotique en est alors renouvelé. Deux points cristallisent l'attention des auteurs. D'une part, ils comparent le bail emphytéotique et les concessions de droit public. D'autre part, considérer l'emphytéote comme un quasi-propriétaire, c'est-à-dire « comme si » il était propriétaire¹⁵⁰⁶, soulève des difficultés quant au droit électoral.

Il faut souligner que ni la loi, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne s'appesantissent sur la conclusion de baux emphytéotiques entre l'État et les particuliers, dont la possibilité ne semble pas susciter de débat¹⁵⁰⁷. À cet égard, la *summa divisio* entre droit public et droit privé apparaît particulièrement artificielle¹⁵⁰⁸. Néanmoins, par la comparaison entre le bail emphytéotique, contrat de droit privé, et les concessions de droit public, la doctrine et la jurisprudence tentent d'identifier des règles applicables à ces dernières, permettant ainsi une consolidation du droit administratif (§1). Par ailleurs, l'étendue du droit d'emphytéose, qui s'apparente quasiment à un droit de propriété, va de pair avec certaines charges, notamment le paiement de l'impôt¹⁵⁰⁹. Or, dans les monarchies censitaires, l'attribution du droit de vote dépend du montant du cens acquitté. À ce titre, l'emphytéote, quasi-propriétaire, est susceptible de figurer parmi les électeurs (§2).

¹⁵⁰⁶ L'expression « quasi-propriétaire » n'est pas comprise dans le même sens que le quasi-domaine, mais au sens d'une fiction juridique selon laquelle l'emphytéote est assimilé au propriétaire, notamment dans ses rapports avec les tiers.

¹⁵⁰⁷ Par exemple, la loi du 21 juin 1826 qui concède à emphytéose des terrains situés dans le quartier Pyramides, à Paris (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XXVI, p. 178) ; Paris, 3 février 1836, S. 1836, II, p. 147. Sur la pérennité des baux emphytéotiques en droit public, Y. GAUDEMET, « Les baux emphytéotiques des personnes publiques, une longue histoire », *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon. Institutions et libertés*, éd. M. DEGOFFE, B. POUJADE, Paris, LexisNexis, 2015, p. 391-396. Par comparaison, la réception du bail emphytéotique en droit administratif par la loi du 5 janvier 1988 occasionne régulièrement des observations. Par exemple, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le bail emphytéotique, un vieux contrat toujours séduisant », *loc. cit.*, p. 319-328 ; G. BERKOVICZ, A. LANG, *Les baux emphytéotiques administratifs*, *op. cit.*, p. 3-10 ; S. PLUNIAN, « La réception du bail emphytéotique administratif par le droit des contrats administratifs », *loc. cit.*, p. 719-757.

¹⁵⁰⁸ Sur la distinction public/privé au XIX^e siècle, voir G. BIGOT, « La distinction du droit public et du droit privé au prisme de la doctrine française du premier XIX^e siècle », *La summa divisio droit public/droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIX^e-XXI^e siècles)*, éd. P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET, A. VERGNE, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018 (*Colloques & essais*, 58), p. 15-36.

¹⁵⁰⁹ Pour plus de détails, voir *infra*, p. 466 et s.

§. 1 L'utilisation du bail emphytéotique dans la consolidation du droit administratif

Le XIX^e siècle apparaît riche de développements pour le droit administratif. La séparation conceptuelle et fonctionnelle de la justice et de l'administration associée à l'apparition d'une véritable doctrine administrative permet l'épanouissement de la matière¹⁵¹⁰. Par ailleurs, la révolution industrielle contribue à l'essor du chemin de fer et plus largement à la multiplication des infrastructures. Ce contexte dans lequel l'État se modernise favorise une certaine prospérité des concessions de droit public. Des textes législatifs de portée générale tentent de réglementer la commande publique mais ils ne peuvent pas tout prévoir. Ainsi, pour encadrer ces contrats de droit public, certains auteurs, surtout parmi les civilistes, raisonnent à partir de ce qu'ils connaissent et, en particulier, à partir du droit privé¹⁵¹¹. Notamment, ils remarquent une analogie entre certaines concessions de droit public et le bail emphytéotique (A). Si des rapprochements sont possibles entre ces contrats publics et le bail à emphytéose, la correspondance n'est pas parfaite. Par conséquent, les auteurs de doctrine et la jurisprudence s'efforcent de montrer que seul un régime autonome et exorbitant du droit commun est susceptible d'encadrer les concessions de droit public (B).

A. L'analogie entre les concessions de droit public et le bail emphytéotique

Au XIX^e siècle, se développent des concessions de droit public qui présentent certaines analogies avec le bail emphytéotique¹⁵¹². Plusieurs auteurs de doctrine ne manquent pas de remarquer ces points communs et de discuter d'une éventuelle assimilation entre ces contrats et le bail à emphytéose. Trois concessions de droit public présentent alors des

¹⁵¹⁰ Sur la controverse sur l'origine du droit administratif, voir la synthèse de B. PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, t. 38, 2003/2, p. 113-134. Pour certains, il est possible de trouver les origines d'un droit administratif dès l'époque médiévale (par exemple, J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985 (*Droit fondamental*), p. 12-19 ; K. WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Paris, De Boccard, 2001 (*Romanité et modernité du droit*), p. 5-14) tandis que pour d'autres l'étude de l'histoire du droit administratif ne peut être menée qu'à partir de la période révolutionnaire (par exemple, G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002 (*Droit fondamental*), p. 18-26).

¹⁵¹¹ Sur les emprunts du droit civil en droit administratif, voir M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *Droits*, t. 42, 2005/3, p. 49-74 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 ; A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Paris, Sirey, 1934, p. 92-99.

¹⁵¹² Sur le raisonnement par analogie pour combler les lacunes du droit administratif, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil...*, *op. cit.*, p. 162-168, n. 153-157.

points de convergence avec le contrat emphytéotique : les concessions de mines, de cimetières et de chemins de fer.

La Révolution industrielle a donné lieu au développement de mines, dont l'exploitation est organisée par le biais de contrats de concessions¹⁵¹³. Deux lois spéciales de 1791 et 1810, relatives à ces concessions, ont pour effet de séparer la propriété des matières exploitées dans la mine et la propriété du sol¹⁵¹⁴. En d'autres termes, ces lois mettent en place un régime propre aux mines qui se distingue de la propriété foncière ordinaire en instaurant une sorte de propriété divisée. Dans un contexte de refondation du droit de propriété à compter de la Révolution, une telle articulation n'est pas sans rappeler la division du domaine, héritée de l'ancien droit et pourtant décriée. De plus, dès 1804, ces concessions de mines apparaissent peu compatibles avec les articles 544 et 552 du Code civil, à tel point qu'il apparaît nécessaire d'aménager la législation sur les mines¹⁵¹⁵. Malgré la clarification attendue des rapports entre les cocontractants, il ressort toutefois des travaux préparatoires de la loi du 21 avril 1810 que la définition du droit du concessionnaire de la mine demeure assez confuse. Ainsi, au cours d'une séance devant le Conseil d'État, Napoléon Bonaparte affirme de manière quelque peu énigmatique : « [q]uoique les mines soient, comme les autres biens susceptibles de tous les droits que

¹⁵¹³ Sur le développement des concessions de mines après la Révolution, T. LE ROUX, « Les mines en révolution : utilité publique et concessions en débats, 1789-1810 », *Les dynamiques économiques de la Révolution française, colloque des 7 et 8 juin 2018*, éd. S. ABERDAM, A. CONCHON, V. MARTIN, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2021 (*Histoire économique et financière – Ancien Régime*), p. 61-78.

¹⁵¹⁴ Il s'agit de la loi des 12-28 juillet 1791 (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. III, p. 105), en particulier l'article 1^{er} : « Les mines et minières [...] sont à la disposition de la nation, en ce sens seulement que ces substances ne pourront être exploitées que de son consentement et sous sa surveillance, à la charge d'indemniser, d'après les règles qui seront prescrites, les propriétaires de la surface, qui jouiront en outre de celles de ces mines qui pourront être exploitées ou à tranchée ouverte, ou avec fosse et lumière, jusqu'à 100 pieds de profondeur seulement ». La loi du 21 avril 1810 (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XVII, p. 83) concernant les mines, les minières et les carrières reprend des principes similaires, notamment l'article 7 : « Il [l'acte de concession] donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous autres biens, et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés, conformément au Code civil et au Code de procédure civile. Toutefois une mine ne peut être vendue par lots ou partagée, sans une autorisation préalable du Gouvernement, donnée dans les mêmes formes que la concession » et l'article 19, aliéna 1^{er} : « Du moment où une mine sera concédée, même au propriétaire de la surface, cette propriété sera distinguée de celle de la surface, et désormais considérée comme propriété nouvelle, sur laquelle de nouvelles hypothèques pourront être assises, sans préjudice de celles qui auraient été ou seraient prises sur la surface et la redevance, comme il est dit à l'article précédent ».

¹⁵¹⁵ L'article 552 dispose que : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers". Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

donne la propriété, ce ne sont cependant pas des propriétés de la même nature que la surface du sol et les produits qui en naissent »¹⁵¹⁶.

Du fait de ces tâtonnements, certains civilistes ont proposé qu'un rapprochement soit effectué entre les concessions de mines et le bail emphytéotique¹⁵¹⁷. Selon les lois spéciales encadrant les concessions de mines, le droit du concessionnaire apparaît comme un droit distinct de celui du propriétaire de la surface. En outre, il s'agit d'un droit réel, immobilier et susceptible d'hypothèque¹⁵¹⁸. Ce sont là des caractéristiques qui qualifient également le droit d'emphytéose. Néanmoins, au XIX^e siècle, il est limité dans sa durée à quatre-vingt-dix-neuf ans, ce qui n'est pas nécessairement le cas des concessions de mines qui peuvent, dans certains cas, être conclues à perpétuité¹⁵¹⁹. De ce fait, les auteurs de doctrine considèrent que l'acte de concession opère un véritable transfert de propriété, faisant défaut au bail emphytéotique¹⁵²⁰. Ils refusent alors d'assimiler la concession de mines et le bail emphytéotique. Il faut également noter que l'État conserve un droit de surveillance grâce auquel il peut suspendre ou résilier la concession, en cas de manquement de la part de son cocontractant, ce qui constitue une clause exorbitante du droit commun des contrats mais aussi du régime du bail emphytéotique. En somme, si le droit du concessionnaire de mines et le droit d'emphytéose présentent de nombreuses similitudes, ils ne peuvent être confondus.

Ensuite, la concession de cimetière, contrat de droit public, a également pu être rapprochée du bail à emphytéose¹⁵²¹. Par cet acte, « une commune abandonne à une famille, pendant un temps déterminé, la jouissance exclusive d'un terrain dans un cimetière »¹⁵²². Ces contrats de droit public sont encadrés par un décret du 23 prairial an

¹⁵¹⁶ J.-G. LOCRÉ, *Législation sur les mines et sur les expropriations pour cause d'utilité publique*, Paris, Trettel et Würtz, 1828, p. 35.

¹⁵¹⁷ En particulier, M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain, sous l'ancien droit, et sous l'empire du code civil*, Paris, Rousseau, 1885, p. 325 : « L'on peut donc aisément comparer la concession de mines à une concession emphytéotique. On verrait au besoin dans la propriété du dessus un domaine direct reconnu par le concessionnaire qui a le *dominium utile* au moyen d'une redevance périodique ».

¹⁵¹⁸ Voir E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose*, *op. cit.*, p. 462.

¹⁵¹⁹ Cette possibilité est rappelée dans CE, 3 décembre 1828, *D.* 1829, III, p. 13.

¹⁵²⁰ E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose*, *op. cit.*, p. 463 ; M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain...*, *op. cit.*, p. 325.

¹⁵²¹ Pour un panorama de la législation relative aux cimetières au XIX^e siècle, *Aux origines des cimetières contemporains. Les réformes funéraires de l'Europe occidentale. XVIII^e-XIX^e siècle*, éd. R. BERTRAND, A. CAROL, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2016 (*Corps et âmes*), p. 131-158.

¹⁵²² A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, la comparaison de notre législation avec les principales lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne, la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789*, t. VII, Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 240, n. 255.

XII (12 juin 1804)¹⁵²³ ainsi qu'une ordonnance du 6 décembre 1843¹⁵²⁴. Ce deuxième texte vient compléter le premier en précisant la durée mais aussi les modalités de ces concessions. Ces dernières peuvent être conclues pour une durée de quinze ans non renouvelable, de trente ans renouvelable indéfiniment ou à perpétuité. Par ailleurs, le prix prend la forme du « versement d'un capital »¹⁵²⁵.

L'enjeu de l'assimilation de la concession de cimetière avec le bail emphytéotique réside dans le point de savoir si le concessionnaire peut disposer librement du droit concédé et tenter lui-même une action en cas de trouble. La jurisprudence a retenu successivement trois qualifications possibles pour le droit du concessionnaire. Au demeurant, de telles hésitations témoignent des difficultés à isoler la spécificité des contrats de droit public. Certains arrêts minoritaires assimilent le droit (perpétuel ou renouvelable indéfiniment) du concessionnaire à un droit de propriété, seulement restreint « par les règlements d'administration et la décence publique »¹⁵²⁶. Cette solution est largement critiquée par une partie de la doctrine civiliste qui met en avant le fait que selon la durée de la concession – perpétuelle ou limitée – la nature du droit concédé change¹⁵²⁷. D'autres décisions ont estimé que le droit du concessionnaire pouvait être assimilé à un simple droit au bail¹⁵²⁸. À nouveau, cette qualification ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs, qui s'y opposent en soutenant que, sur le fondement du décret de prairial an XII et de l'ordonnance de 1843, le droit du concessionnaire est plus étendu que le droit d'un simple locataire. De plus, en cas de concession perpétuelle, l'analogie avec le contrat de bail paraît compromise, puisque ce dernier est nécessairement limité dans le temps. Enfin, selon plusieurs auteurs, l'acte de concession aurait pour effet de transférer un droit réel *sui generis* au concessionnaire. Il s'agit de l'opinion qui emporte l'adhésion de la doctrine,

¹⁵²³ Les articles 10 à 14 sont consacrés aux concessions de terrains dans les cimetières (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XV, p. 24-25).

¹⁵²⁴ Les articles 3 à 5 sont consacrés aux concessions dans les cimetières pour les particuliers (*Bulletin des lois du royaume de France, IX^e série. Règne de Louis-Philippe I^{er}, roi des Français*, t. XXVII, Paris, Imprimerie royale, 1844, p. 863-864).

¹⁵²⁵ Article 3 de l'ordonnance du 6 décembre 1843 (*ibid.*, p. 864).

¹⁵²⁶ Trib. Seine, 24 décembre 1856, *L. c. X., D.* 1858, III, p. 53. Voir aussi CE, 19 mars 1863, *Castangt et Dasque c. Ville de Bordeaux*, *S.* 1863, II, p. 118.

¹⁵²⁷ E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose, op. cit.*, p. 457-458 ; M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain...*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁵²⁸ En particulier, Trib. civ. Lyon, 4 avril 1865, *Pitrat, D.* 1867, III, p. 63 : « Attendu qu'il importe peu que ces sortes de contrats soient qualifiés par la loi de *concessions*, [...] que des conditions introduites par l'usage ou les convenances, n'ont rien de contraire au contrat de louage et ne sauraient dès lors en altérer la nature ; qu'ainsi c'est avec raison que la régie de l'enregistrement assimile les concessions faites aux consorts Pitrat à des baux à rente perpétuelle ou d'une durée illimitée » ; Trib. civ. Clermont-Ferrand, *Poncillon*, 5 février 1867, *ibidem* : « attendu, dès lors, que c'est à bon droit que la régie a considéré l'acte de concession temporaire avec faculté de renouvellement indéfini au gré du concessionnaire, comme constituant un bail à durée illimitée ». Voir aussi Lyon, 4 février 1875, *Triomphe c. Marduel, D.* 1877, II, p. 161.

notamment de certains administrativistes¹⁵²⁹, comme de la jurisprudence¹⁵³⁰. Dans le même sens, le ministre de l'intérieur, dans une circulaire du 20 juillet 1841, considère que « les concessions, même à titre perpétuel, ne constituent pas des actes de vente et n'emportent pas un droit de propriété en faveur du concessionnaire, mais simplement un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative »¹⁵³¹. En ce cas, les concessions de cimetière sont placées en dehors du droit commun de la propriété.

Cette qualification de droit réel *sui generis* permet de souligner que cette concession « se rapprocherait peut-être plus de l'emphytéose que de tout autre contrat »¹⁵³². Il faut néanmoins rappeler que le paiement ne consiste pas en une redevance périodique mais en un montant versé lors de la passation du contrat public. Surtout, en principe, le droit du concessionnaire ne peut être aliéné (par louage, vente, hypothèque...) ou utilisé pour une autre destination¹⁵³³. En cela, il diffère du droit d'emphytéose qui s'apparente à un droit de jouissance et de disposition plus étendu. À nouveau, un certain particularisme propre aux contrats publics caractérise la concession de cimetière, la distinguant du bail emphytéotique.

¹⁵²⁹ Notamment, G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence, concernant l'exercice de l'autorité du chef de l'État, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, de la cour des comptes, du conseil d'État, l'Algérie, les colonies, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les bois et forêts, les chemins de fer, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc.*, t. VII, Paris, Delamotte, 1869, p. 656, n. 757 ; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, op. cit., t. VII, p. 240, n. 255.

¹⁵³⁰ Lyon, 19 février 1856, *Dupont de Chavagneux*, D. 1856, II, p. 178 ; Req., 7 avril 1857, *Dupont de Chavagneux c. Dupont de Chavagneux*, D. 1857, I, p. 311 : « Qu'en effet, les tombeaux consacrés, chez tous les peuples et à toutes les époques, par la religion et la piété des familles, ont toujours été placés, ainsi que le sol sur lequel ils sont élevés, en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété et la libre disposition des biens » ; Trib. civ. Lyon, 24 janvier 1866, *Fège c. commune de Sainte-Foy*, D. 1867, III, p. 45 : « ce n'est qu'à titre d'usage temporaire ou perpétuel que le droit de sépulture et sa conservation sont acquis par les concessionnaires ; mais que ce droit ne fait point disparaître le droit de propriété de la commune » ; Trib. civ. Lyon, *Jouve c. Girard*, 30 juin 1877, D. 1878, III, p. 88 ; Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1882, *Dame Guérand c. Manent et Cahen*, D. 1883, III, p. 30.

¹⁵³¹ Circulaire du ministère de l'Intérieur du 20 juillet 1841 rapportée par H. SERRE, *Les concessions de terrains dans les cimetières*, Aix, Niel-Tournel, 1911, p. 78. Voir également A. BERTRAND, *De la législation de la sépulture*, Paris, A. Chevalier-Marescq et C^{ie}, 1904, p. 95.

¹⁵³² M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain...*, op. cit., p. 324. François parle d'une « analogie bien marquée avec le droit emphytéotique » (E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose*, op. cit., p. 460). André Bertrand évoque une « sorte d'emphytéose » (A. BERTRAND, *De la législation de la sépulture*, op. cit., p. 79).

¹⁵³³ Une telle règle est largement admise et découle du fait qu'il s'agit d'un fonds affecté à l'utilité publique. Voir notamment les notes sous Lyon, 19 février 1856, *Dupont de Chavagneux*, D. 1856, II, p. 178 ; Req., 7 avril 1857, *Dupont de Chavagneux c. Dupont de Chavagneux*, D. 1857, I, p. 311 ; Trib. civ. Lyon, 24 janvier 1866, *Fège c. commune de Sainte-Foy*, D. 1867, III, p. 45 ; Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1882, *Dame Guérand c. Manent et Cahen*, D. 1883, III, p. 30. Voir aussi G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif...*, op. cit., t. VII, p. 656-657, n. 757.

Enfin, la nature des concessions de chemins de fer a été largement débattue. Certains auteurs considèrent qu'elles sont copiées sur le bail emphytéotique¹⁵³⁴ tandis que d'autres auteurs apparaissent plus réticents à les confondre avec le bail à emphytéose¹⁵³⁵. En France, ces contrats confèrent le droit de construire ou d'exploiter les voies ferrées à des compagnies privées mais réservent la propriété de ces infrastructures à l'État¹⁵³⁶. Les premières concessions de chemins de fer sont constituées de façon empirique, en fonction des contraintes économiques, sans qu'une véritable ligne politique soit fixée. Ainsi, ces contrats sont tantôt perpétuels, tantôt limités dans le temps ; les cahiers des charges se précisent progressivement¹⁵³⁷. Malgré tout, un souci de garantir les intérêts pécuniaires de l'État sous-tend l'ensemble de ces mesures. Une première loi du 11 juin 1842, relative à l'établissement des grandes lignes de chemins de fer, vient encadrer la matière¹⁵³⁸. Par-là, les pouvoirs publics sont chargés de – ou concèdent à un entrepreneur privé – la construction des voies (article 2) qui sont exploitées par une compagnie pour une durée prévue par le bail (article 6). La loi du 15 juillet 1845 adopte un système différent, notamment en intégrant les chemins de fer parmi la grande voirie (article 1^{er}) et en prévoyant que le concessionnaire est successivement constructeur puis exploitant¹⁵³⁹.

Dès lors, la concession de chemins de fer consiste en un contrat conclu entre les pouvoirs publics et une compagnie de droit privé qui s'engage à construire ou exploiter des voies ferrées dont l'État demeure propriétaire, pendant une durée prévue par les cocontractants. Ce type de concession, qui confère un droit de jouissance particulièrement étendu au concessionnaire pendant une longue durée et sous condition d'amélioration des infrastructures, comporte ainsi certains points communs avec le bail emphytéotique. Un

¹⁵³⁴ R. DARESTE DE LA CHAVANNE, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, Auguste Durand, 1862, p. 250. Dans le même sens, G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose, en droit romain...*, *op. cit.*, p. 298 ; M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain...*, *op. cit.*, p. 325.

¹⁵³⁵ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, t. III, Paris Dunod, 1879, p. 327-328, n. 1241 : « Il [le concessionnaire] n'a sur le sol du chemin qu'il a construit ou mis en état d'être exploité pour le compte de l'administration, aucun droit de propriété, ni même aucun droit immobilier qui puisse être qualifié d'usufruit ou d'emphytéose ». Dans le même sens, C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement ou dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile et fiscale (avec formules)*, t. III, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1879, V^{is} Bail emphytéotique, n. 86.

¹⁵³⁶ Pour une synthèse de cette collaboration entre l'État et les compagnies privées tout au long du XIX^e siècle, voir S. RIALS, « Le contrôle de l'État sur les chemins de fer (des origines à 1914) », *Administration et contrôle de l'économie (1800-1914)*, Genève, Droz, 1985, p. 78-93.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 78-79.

¹⁵³⁸ *Bulletin des lois du royaume de France, IX^e série. Règne de Louis-Philippe I^{er}, roi des Français*, t. XXIV, Paris, Imprimerie royale, 1842, p. 481.

¹⁵³⁹ *Bulletin des lois du royaume de France, IX^e série. Règne de Louis-Philippe I^{er}, roi des Français*, t. XXXI, Paris, Imprimerie royale, 1846, p. 109.

civiliste estime d'ailleurs que la durée maximale des concessions de chemins de fer peut être empruntée à la loi des 18-29 décembre 1790 qui limite la durée du bail emphytéotique à quatre-vingt-dix-neuf ans¹⁵⁴⁰. Les concessions de chemin de fer et les baux emphytéotiques partagent donc certaines similitudes.

Toutefois, diverses objections doivent être soulevées à l'encontre de cette analogie. D'une part, la loi n'évoque pas le paiement d'une redevance périodique du concessionnaire au concédant. D'autre part, l'État participe pour une large partie aux dépenses allouées à la construction des voies ferrées tandis que les frais d'entretien demeurent à la charge de l'entrepreneur¹⁵⁴¹. Au contraire, sauf clause contraire prévue dans le contrat emphytéotique, c'est l'emphytéote qui est tenu de l'ensemble des charges et dépenses effectuées en vue de l'amélioration du fonds concédé. Par conséquent, il faut admettre que l'assimilation entre bail emphytéotique et concession de chemins de fer, si elle est séduisante, demeure imparfaite.

Ainsi, certaines concessions de droit public présentent des analogies avec le bail emphytéotique, sans que l'assimilation puisse être totale¹⁵⁴². Le particularisme des concessions de droit public se fait jour, par rapport aux contrats de droit privé. Au demeurant, les publicistes sont souvent enclins à promouvoir cette spécificité, au contraire des civilistes qui confondent volontiers ces concessions avec le bien connu bail à emphytéose. Pour les administrativistes, le droit civil apparaît alors comme « un modèle transitoire », selon l'expression de Benoît Plessix¹⁵⁴³. Cette réflexion menée par la doctrine au cours du XIX^e siècle met en évidence une autonomisation progressive des concessions de droit public, qui leur confère un régime exorbitant du droit commun.

B. L'autonomisation des concessions de droit public

À côté d'une doctrine civiliste qui voit volontiers dans les concessions de droit public des analogies avec le bail emphytéotique, les auteurs de droit public ainsi que la

¹⁵⁴⁰ E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose*, *op. cit.*, p. 464, note 1.

¹⁵⁴¹ Voir les articles 3, 5 et 6 de la loi du 11 juin 1842.

¹⁵⁴² D'ailleurs, Benoît Plessix insiste sur le fait que « l'extension analogique d'une règle ne se résume jamais à son application directe », B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 165. La technique même du raisonnement par analogie impose une première phase d'induction, dans laquelle le juge dégage le principe, puis une deuxième phase de déduction, par laquelle il en tire les conséquences pour sa matière. Voir également G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998 (*La Doctrine juridique*), p. 334.

¹⁵⁴³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif...*, *op. cit.*, p. 317.

jurisprudence civile mettent davantage en avant leurs spécificités¹⁵⁴⁴. S'il est possible de discerner certains emprunts au droit civil, ces règles ne sont jamais transposées telles quelles¹⁵⁴⁵. En matière contractuelle, la prééminence de l'administration associée à la garantie des intérêts des administrés gouverne le droit des concessions de droit public, ce qui se traduit par un régime exorbitant du droit commun.

Notamment, l'examen des concessions de chemins de fer mettent en lumière la spécificité des contrats publics. Dans un arrêt du 15 mai 1861, la chambre civile de la Cour de cassation affirme clairement le particularisme des concessions de chemins de fer par rapport aux institutions de droit civil¹⁵⁴⁶. En l'espèce, la compagnie de chemins de fer Solage a apporté à la société Mancel les chemins de fers dont elle était concessionnaire ainsi qu'une somme d'argent pour en achever la réalisation. L'affaire oppose la société de chemins de fer à l'administration de l'Enregistrement qui réclame des droits de mutation en raison de l'apport en société. En vue de trancher le litige, la Cour de cassation cherche d'abord à préciser la qualification du contrat public en cause :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 15 juillet 1845, les chemins de fer construits ou concédés par l'État font partie de la grande voirie ; qu'ils sont, à ce titre, une dépendance du domaine public et ne sauraient, dès lors, appartenir aux compagnies, qui n'en ont que l'exploitation ; [...] que de l'attribution des chemins de fer au domaine public, il résulte encore que la jouissance des compagnies, quelles qu'en soient l'importance et la durée, n'a jamais les caractères d'un usufruit, d'une emphytéose, ou de tout autre droit analogue emportant un démembrement de la propriété publique, contraire aux principes qui en assurent la conservation et l'intégrité ».

La Cour de cassation confirme alors la spécificité de ce type de contrats publics, participant ainsi à l'autonomisation du droit administratif par rapport au droit civil. La juridiction rejette même toute analogie avec le contrat emphytéotique ou l'usufruit. Plus encore, le concessionnaire de chemin de fer demeure toujours sous la tutelle de l'État. En maintenant un déséquilibre entre les cocontractants, c'est la sauvegarde des intérêts de l'État et de la propriété publique qui est en vue. Une telle décision illustre l'exorbitance

¹⁵⁴⁴ Toutefois, Benoît Plessix démontre qu'il n'existe pas d'effort de conceptualisation dans la doctrine de droit public du XIX^e siècle, en matière de droit des contrats. Dès lors, l'élaboration du droit des contrats publics se construit de manière autonome (*ibid.*, p. 733-734, n. 840).

¹⁵⁴⁵ Voir A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », *loc. cit.*, p. 95-96.

¹⁵⁴⁶ Civ., 15 mai 1861, *Mancel c. Enregistrement*, S. 1861, I, p. 888.

que cultive le droit administratif, qui se construit au XIX^e siècle par comparaison et par opposition avec le droit privé¹⁵⁴⁷.

Une décision postérieure permet de préciser davantage le particularisme des concessions de chemins de fer. Par un arrêt du 5 novembre 1867, la chambre des requêtes de la Cour de cassation doit décider si un concessionnaire peut exercer les actions possessoires pour défendre et conserver les voies de chemins de fer qui lui ont été concédées¹⁵⁴⁸. Cette question est délicate car la jurisprudence a clairement établi que le droit des concessionnaires était purement mobilier tandis que l'État demeurerait plein propriétaire des chemins de fer. Les observations du rapporteur, le conseiller Calmètes, soulignent d'ailleurs que « les compagnies ne sont ni propriétaires, ni fermières ; les droits qui leur appartiennent ne sauraient rentrer de manière absolue, dans aucune définition ou classification légale ». Le conseiller cherche à démontrer que le droit du concessionnaire de chemins de fer est *sui generis*. Pour trancher le litige, la Cour de cassation commence par rappeler que le droit applicable aux contrats de droit public, par sa nouveauté, est encore en construction¹⁵⁴⁹. Suivant les observations du rapporteur, elle constate que la possession du concessionnaire est précaire. Néanmoins, elle considère que ce caractère précaire est relatif : si le droit de la compagnie est précaire vis-à-vis de l'État, il ne l'est pas au regard des tiers. Ainsi, elle en conclut que « la précarité de la possession n'est un obstacle à l'exercice de la plainte que lorsqu'elle a ce caractère envers l'auteur du trouble, *ad adversario* », en revanche, les actions possessoires peuvent être menées par le concessionnaire pour tout trouble perpétré par un tiers. À travers cet arrêt, se dégage la supériorité de l'un des cocontractants, l'administration, par rapport à l'autre, dans la mesure où le droit du concessionnaire à agir en justice plie devant celui de son cocontractant, ce qui conduit nécessairement à des aménagements du régime¹⁵⁵⁰.

Toutefois, il existe des concessions pour lesquelles la nécessité d'isoler des règles particulières et distinctes du droit civil apparaît moins évidente. Dans ce cas, les

¹⁵⁴⁷ Sur le caractère exorbitant du droit administratif, G. BIGOT, « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », *L'exorbitance du droit administratif*, éd. F. MELLERAY, Paris, LGDJ, 2004, p. 25-43, réimpr. ID., *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, Paris, La Mémoire du Droit, 2015, p. 87-118.

¹⁵⁴⁸ Req., 5 novembre 1867, *Clertan c. Chemins de fer de Lyon*, D. 1869, I, p. 117.

¹⁵⁴⁹ « Attendu que les chemins de fer sont une création nouvelle et récente ; que par cela même les droits des compagnies concessionnaires de ces voies de communication ne sauraient être régis d'une manière absolue par les principes du droit ancien ou par ceux du code Napoléon » (*ibidem*).

¹⁵⁵⁰ Un tel déséquilibre, qui contrevient à la liberté contractuelle, est justifié par l'impératif d'ordre public. Sur ce point, voir notamment Y. GAUDEMET, « Les baux emphytéotiques des personnes publiques, une longue histoire », *loc. cit.*, p. 396-399.

contraintes engendrées par l'impératif de préservation des intérêts de l'État sont moindres et les contrats qui en découlent présentent davantage de points d'accroche avec le bail emphytéotique de droit privé. Les décisions de justice l'admettent pour un certain type de contrats publics : il s'agit de concessions qui n'engagent pas la puissance publique¹⁵⁵¹. Elles mettent en jeu des fonds susceptibles d'appropriation privée et, par conséquent, ces concessions ne se heurtent pas au principe d'inaliénabilité du domaine public. Néanmoins, certains aménagements, résultant de la prééminence de l'administration cocontractante, peuvent le cas échéant être admis par la jurisprudence.

La concession d'une mine de sel a pu être qualifiée de bail emphytéotique¹⁵⁵². À la suite de la législation générale sur les mines du 21 avril 1810, par une loi du 6 avril 1825, l'État a permis la concession à bail emphytéotique pour quatre-vingt-dix-neuf ans de mines de sel, dans certains départements. Ultérieurement, plusieurs individus constatent l'existence d'une mine de sel, mais dans le département de la Haute-Saône, non compris dans l'énumération effectuée par la loi de 1825. Devant l'autorité administrative, les particuliers réclament la concession perpétuelle de la mine en question et soutiennent l'invalidité de la loi de 1825, au motif qu'elle ne respecte pas les formalités imposées par la loi du 21 avril 1810 concernant les mines, les minières et les carrières. Le Conseil d'État, dans une décision du 3 décembre 1828, rejette la requête des demandeurs. Il estime en effet que la loi de 1825 n'a pas autorisé une concession perpétuelle, ce qui est l'objet de la loi de 1810, mais « ordonné une concession emphytéotique ». En conséquence, il n'était pas nécessaire que la loi de 1825 se conforme aux formalités imposées par la loi de 1810. Le Conseil d'État interprète de manière extensive la loi de 1825 pour refuser de concéder à perpétuité la mine découverte. Dans les suites de cette affaire, les mêmes individus font l'objet de poursuites pénales, accusés d'avoir exploité sans concession des mines de sel. La décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 8 septembre 1832, s'inscrit dans le prolongement de celle du Conseil d'État¹⁵⁵³. La juridiction considère que, bien que les mines de sel ne soient pas explicitement énumérées dans la loi de 1810, elles sont implicitement comprises dans cette loi. Dès lors, toute exploitation d'une mine de sel nécessite une concession du gouvernement. Tout au long de cette affaire, les décisions du Conseil d'État comme de la Cour de cassation visent à préserver les intérêts de l'État, ce

¹⁵⁵¹ D'ailleurs, un tel critère se retrouve dans la répartition de compétence entre les autorités judiciaire et administrative pour les litiges concernant les baux et concessions de droit public. Sur ce point, voir G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999 (*Bibliothèque de science administrative*, 15), p. 170-174, p. 308-318 et p. 462-471.

¹⁵⁵² CE, 3 décembre 1828, *Parmentier et compagnie*, D. 1829, III, p. 13.

¹⁵⁵³ Crim, 8 septembre 1832, *Ministère public c. Parmentier*, D. 1832, I, p. 407.

qui donne lieu à des interprétations souples de la loi. Néanmoins, la supériorité de l'État sur son cocontractant transparait assez peu dans la mesure où le contrat en question n'engage pas la puissance publique. Dans cette opération juridique, l'État se rapproche d'un cocontractant ordinaire.

De la même façon, les concessions de canaux d'irrigation ont pu être assimilées à des baux à emphytéose. Dans une affaire jugée en 1884 par la Cour de cassation, une compagnie ayant construit deux canaux (le canal de Saint-Martory et le canal de Lagoin), en vertu d'une concession qui lui a été accordée par la ville d'Aix en 1863, tente de bénéficier de la jurisprudence établie pour les concessionnaires de chemins de fer¹⁵⁵⁴. Ainsi, en étant considérée comme possesseur précaire des canaux, elle espère verser des droits d'enregistrement moins élevés. Or, la chambre civile considère que si la ville n'a pas substitué la compagnie dans son droit de propriété, « elle lui a, tout au moins, par rétrocession de tous les droits utiles, transmis un droit emphytéotique sur le canal dont elle avait la concession ». Elle en déduit alors que le droit du concessionnaire des canaux est un droit immobilier et susceptible d'hypothèque, ce qui justifie le paiement d'un droit d'enregistrement plus important. Malgré l'alignement de la solution rendue par la Cour de cassation sur l'exemple du bail emphytéotique, la juridiction prend soin de préciser que demeurent certaines clauses exorbitantes du droit commun, comme le « droit de surveillance et de police de l'Administration ».

Dans tous les cas, que le régime de la concession de droit public soit inspiré de celui du bail emphytéotique ou non, les décisions de justice mettent en évidence une spécificité propre à la concession de droit public qui nécessite un régime exorbitant du droit commun. Pour justifier ce particularisme, les auteurs mettent en avant plusieurs facteurs.

En premier lieu, ils soulignent que ce contrat conduit à une mise à disposition d'une portion du domaine public. En vertu du principe d'inaliénabilité, les concessions du domaine public devraient être encadrées par des dispositions strictes. Ce principe, fortement ancré sous l'Ancien Régime¹⁵⁵⁵, connaît une éclipse au cours de la période révolutionnaire¹⁵⁵⁶ avant d'être rétabli au XIX^e siècle¹⁵⁵⁷. La refondation de l'inaliénabilité

¹⁵⁵⁴ Civ., 1^{er} avril 1884, *Compagnie Générale des canaux et des travaux publics c. Enregistrement*, D. 1884, I, p. 345, S. 1885, I, p. 85.

¹⁵⁵⁵ Le principe d'inaliénabilité du domaine est consacré par l'ordonnance de Moulins (1566). Sur la formation de ce principe, voir G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale : XII^e-XV^e siècles*, op. cit..

¹⁵⁵⁶ En particulier, le code sur la législation domaniale (22 novembre-1^{er} décembre 1790) autorise, avec l'accord des assemblées, l'aliénation perpétuelle du domaine public dans son article 8 : « Les domaines

du domaine public doit beaucoup à la réflexion doctrinale¹⁵⁵⁸, qui s'appuie notamment sur les articles 538 à 541 du Code civil. En conséquence de ce principe, « la concession, à quelque titre qu'elle ait été faite, ne sera qu'un acte d'engagement toujours révocable, et la possession du concessionnaire ne sera toujours exercée qu'à titre précaire vis-à-vis du gouvernement »¹⁵⁵⁹. Autrement dit, les concessions d'une partie du domaine public sont possibles mais dans des limites strictes qui ne portent pas atteinte à l'intérêt de l'État. Notamment, ces contrats sont limités dans le temps et l'administration bénéficie d'une faculté de résiliation *ad nutum*. Ces aménagements tiennent à l'objet de la concession mais sont aussi la conséquence de la qualité publique de l'un des cocontractants.

Un deuxième axe guide en effet le droit des concessions de droit public : la prééminence de l'administration. Cette supériorité de l'un des cocontractants sur l'autre repose principalement sur deux impératifs : la garantie des intérêts de l'État et la protection des administrés. De fait, l'administration est censée concéder un immeuble à bail emphytéotique dans un but d'utilité publique et non pour son propre profit, comme le ferait une personne privée. Cette recherche de l'utilité publique donne lieu à certaines clauses contractuelles spéciales ou à la reconnaissance de certains droits à l'administration, en vue de protéger les finances publiques mais aussi pour assurer la sécurité des administrés¹⁵⁶⁰.

nationaux et les droits qui en dépendent sont et demeurent inaliénables, sans le consentement ou le concours de la nation ; mais ils peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable, en vertu d'un décret formel du Corps législatif, sanctionné par le roi, en observant les formalités prescrites pour la validité de ces sortes d'aliénations » (*Archives parlementaires de la Révolution française. Archives parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787-1799)*, t. XX, 1885, p. 654).

¹⁵⁵⁷ Sur la notion de domaine public, voir la synthèse de G. BIGOT, « Rapport introductif. Une histoire de la propriété publique », *La propriété publique*, éd. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, Paris, Dalloz, 2020, p. 3-21 ; P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997 (*Bibliothèque de droit public*, 191). Voir aussi, ancien mais toujours utile, M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Paris, L. Larose, 1902.

¹⁵⁵⁸ Notamment, J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, t. I, p. 277-283 ; E.V. FOUART, *Éléments de droit public et administratif, ou exposition des principes du droit public positif précédés de la constitution du 14 janvier 1852 et des sénatus-consultes des 7 novembre et 25 décembre 1852*, t. II, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855, p. 257-260, n. 790-792. Mais aussi avec une conception propriétaire du domaine : L.M. DE LAHAYE, VICOMTE DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, t. I, Paris, M. Ridler, 1822, p. 319 et s. ; J.-M. DE GERANDO, *Institutes du droit administratif français, ou Eléments du Code administratif*, t. I, Paris, Nève, 1829, p. 64.

¹⁵⁵⁹ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 281.

¹⁵⁶⁰ Peu de décisions de justice font expressément référence aux notions d'utilité publique ou d'intérêt général pour justifier la prééminence de l'administration. Néanmoins, un arrêt de la chambre civile du 9 mars 1875 (*D.* 1876, I, p. 101) le laisse sous-entendre. En l'espèce, l'État avait concédé à bail emphytéotique une salle de spectacle à une société pour trente-neuf ans et huit mois. Dans le même temps, l'emphytéote loue la salle à une compagnie, dont le directeur est subventionné par l'État. La Cour de cassation a considéré que l'État avait le droit d'intervenir dans un conflit judiciaire opposant l'emphytéote et le directeur sur le montant de la redevance, dans la mesure où son intérêt pécuniaire est engagé. En effet, un canon emphytéotique excessif pourrait « rendre nécessaire une augmentation de cette subvention ou en rendre impossible une diminution » (*ibid.*, p. 103). Ainsi, dans cette affaire, la juridiction reconnaît un intérêt à agir en justice dans un but d'utilité publique, celui de préserver les finances de l'État.

Tous ces éléments concourent à imposer des règles exorbitantes du droit commun pour les concessions de droit public, qui s'écartent alors du régime du bail emphytéotique.

Du reste, l'autonomie des contrats administratifs, si elle progresse tout au long du XIX^e siècle, demeure tributaire de certains tâtonnements, auxquels les circonstances extérieures ne sont pas étrangères. En raison d'enjeux économiques et politiques importants, les concessions de chemins de fer bénéficient plus rapidement que d'autres contrats publics d'un régime spécial, distinct du droit commun. En somme, la technique de droit civil inspire et intéresse les publicistes dans la construction d'un droit administratif autonome, mais sous certaines réserves et notamment à la condition de garantir l'exorbitance des pouvoirs de l'administration. Si les acteurs juridiques – législateur, juridictions ou auteurs de doctrine – s'inspirent en partie des règles du bail à emphytéose pour encadrer les contrats publics, ils en ont adapté les conditions et les effets. Par conséquent, l'équilibre de ces contrats assure la supériorité de l'administration mais s'appuie également sur des formalités qui permettent, en théorie, préserver les droits des tiers.

§. 2 *L'emphytéote, un quasi-propiétaire électeur*

Dès la période révolutionnaire, propriété et souveraineté se renforcent mutuellement en raison de leur indiscutable réciprocité et de leurs liens substantiels. Ce constat est prégnant sous la Restauration (1814-1830) et la monarchie de Juillet (1830-1848). Dans ces « monarchies censitaires »¹⁵⁶¹, les lois électorales placent le possédant, dont l'emphytéote, dans une situation privilégiée selon laquelle sa fortune lui donne accès au droit de vote¹⁵⁶². Ériger le citoyen-possédant en modèle traduit une tension entre deux valeurs : la propriété et l'égalité. D'une part, les chartes de 1814 et 1830 consacrent une égalité devant la loi qui soumet tous les citoyens à des règles de droit identiques¹⁵⁶³. Cette égalité civile n'induit

¹⁵⁶¹ Ces deux régimes sont souvent réunis sous cette appellation unique : J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Armand Colin, Dalloz, 2001, p. 170-171. Voir aussi sur le plan politique, constitutionnel et institutionnel, A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, 2002 (*Léviathan*).

¹⁵⁶² Sur l'élection dans un régime censitaire, voir B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, 2011 (*Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, 103), p. 75-76 ; P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992 (*Bibliothèque des histoires*).

¹⁵⁶³ Art. 1^{er} de la charte constitutionnelle du 4 juin 1814 : « Les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs ». L'article 1^{er} de la charte constitutionnelle du 14 août 1830 est identique.

pourtant pas une égalité politique. Si tous les citoyens sont titulaires des mêmes droits civils, ils n'ont pas tous la capacité d'exercer le droit de vote et les conditions pour l'exercer sont encadrées par la loi. D'autre part, la propriété privée est déclarée « inviolable » par les chartes¹⁵⁶⁴. La protection de la propriété est ainsi devenue l'une des missions principales attribuées à l'État au XIX^e siècle.

Dans ce contexte, l'État s'organise autour de la figure du propriétaire, mais aussi de celui qui lui est assimilé, à l'image de l'emphytéote. Par un mouvement alternatif, ce dernier apparaît alors comme un pilier de l'ordre politique (A) et la faveur dont il bénéficie vise à garantir la stabilité du régime en place (B).

A. Préserver l'ordre politique

La charte constitutionnelle du 4 juin 1814 consacre le suffrage censitaire et contient des dispositions sommaires relatives aux modalités de l'élection, laissant le soin à la loi ordinaire de les préciser¹⁵⁶⁵. Pour bénéficier de la capacité élective, l'article 40 impose une condition fiscale – une contribution directe de plus de trois cent francs – et une condition d'âge – un minimum de trente ans¹⁵⁶⁶. En outre, pour être éligible, l'article 38 réhausse ces seuils avec une contribution directe de mille francs et un âge supérieur à quarante ans¹⁵⁶⁷. En conséquence, le débat politique ne concerne qu'une partie minime de la population, détentrice d'une capacité politique¹⁵⁶⁸. Pour l'essentiel, il s'agit de notables propriétaires ou de grands négociants¹⁵⁶⁹. Il faut néanmoins souligner que les emphytéotes, étant tenus par le contrat de bail emphytéotique de s'acquitter de l'impôt foncier, sont, le cas échéant, susceptibles d'être électeurs, voire éligibles. Par la suite, plusieurs lois interviennent pour préciser la répartition des électeurs-possédants¹⁵⁷⁰. D'abord, la loi Lainé du 5 février 1817 confirme les dispositions de la Charte et instaure un suffrage direct pour la nomination des

¹⁵⁶⁴ Voir, en particulier, l'article 9 de la charte du 4 juin 1814 et l'article 8 de la charte du 14 août 1830.

¹⁵⁶⁵ Pour davantage de détails sur les modalités de l'élection sous la Restauration, voir G. BACOT, « Le système électoral de la Restauration : un laboratoire d'idées et de solutions toujours actuel », *RDP*, 2011/2, p. 463-488.

¹⁵⁶⁶ Art. 40 de la charte du 4 juin 1814 : « Les électeurs qui concourent à la nomination des députés, ne peuvent avoir droit de suffrage s'ils ne paient une contribution directe de trois cent francs, et s'ils ont moins de trente ans ».

¹⁵⁶⁷ Art. 38 de la charte du 4 juin 1814 : « Aucun député ne peut être admis dans la Chambre, s'il n'est âgé de quarante ans, et s'il ne paie une contribution directe de mille francs ».

¹⁵⁶⁸ Sur le citoyen capacitaire, voir P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen...*, *op. cit.*, p. 209-249.

¹⁵⁶⁹ A.-J. TUDESQ, « Les listes électorales de la Monarchie censitaire », *Annales E.S.C.*, t. 13, 1958/2, p. 280.

¹⁵⁷⁰ Pas moins de cinq régimes électoraux différents se succèdent au cours de la Restauration (pour davantage de détails, voir D. BARJOT, J.-P. CHALLINE, A. ENCREVÉ, *La France au XIX^e siècle. 1814-1914*, Paris, PUF, 1995 (*Premier Cycle*), p. 151-168). Mais seules deux lois emportent des conséquences notables sur le statut de l'emphytéote. C'est pourquoi ce sont celles qui sont étudiées dans ces développements.

députés¹⁵⁷¹. Ce texte favorise la classe moyenne de l'époque, bourgeoisie urbaine qui s'est enrichie par le commerce et l'industrie. Ensuite, la loi du 29 juin 1820, dite loi du double vote, permet au quart le plus imposé des électeurs de voter deux fois pour élire les députés¹⁵⁷². À court terme, le roi compte ainsi sur les grands propriétaires pour se maintenir au pouvoir.

Sous la monarchie de Juillet, la charte constitutionnelle du 14 août 1830 confirme la pratique du suffrage censitaire mais, plus prudemment peut-être qu'en 1814, ne précise pas les modalités relatives aux élections¹⁵⁷³. Une loi du 21 mars 1831 énonce les règles relatives aux élections municipales¹⁵⁷⁴. Puis, une loi du 19 avril 1831 organise les modalités des élections des députés et prévoit d'abaisser le cens d'éligibilité à cinq cent francs et le cens électoral à deux cent francs¹⁵⁷⁵. Ces conditions, même si elles demeurent rigoureuses, permettent malgré tout de doubler le corps électoral¹⁵⁷⁶. Ce faisant, le nouveau régime s'appuie explicitement sur la classe bourgeoise¹⁵⁷⁷.

Dès lors, tant sous la Restauration que sous la monarchie de Juillet, l'emphytéote est concerné par les lois électorales dans la mesure où, en exécution du contrat, il contribue à l'impôt. D'ailleurs, certains arrêts précisent explicitement que le fonds concédé à bail emphytéotique entre dans le calcul du cens pour l'emphytéote. Dans une affaire jugée par le Conseil d'État le 30 janvier 1828, le propriétaire d'une maison réclame qu'elle soit comptabilisée dans son cens électoral¹⁵⁷⁸. L'immeuble est loué pour trente ans à un

¹⁵⁷¹ Duvergier, 2^{ème} éd., t. XXI, p. 84. Les motifs de cette loi et le contexte dans lequel elle a été votée ont été étudiés par P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-1848)*, t. IV, Paris, Michel Lévy Frères, 1860, p. 21-60 ; A. DE VAULABELLE, *Histoire des deux Restaurations jusqu'à l'avènement de Louis-Philippe (de janvier 1813 à octobre 1830)*, t. IV, Paris, Perrotin, 1860, p. 175-189 et p. 392-399.

¹⁵⁷² Duvergier, 2^{ème} éd., t. XXIII, p. 13.

¹⁵⁷³ Seules des conditions liées à l'âge sont imposées par les articles 32 et 34 de la charte. Art. 32 : « Aucun député ne peut être admis dans la Chambre, s'il n'est âgé de trente ans et s'il ne réunit les autres conditions déterminées par la loi ».

Art. 34 : « Nul n'est électeur, s'il a moins de vingt-cinq ans, et s'il ne réunit les autres conditions déterminées par la loi ».

¹⁵⁷⁴ Duvergier, 2^{ème} éd., t. XXXI, p. 67.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 211. Sur l'adhésion au suffrage censitaire sous la monarchie de Juillet, voir G. BACOT, « Le suffrage censitaire d'après les débats parlementaires du début de la monarchie de Juillet », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, t. 38, 2013/2, p. 241-255.

¹⁵⁷⁶ C. VOILLIOT, « Les élections au suffrage censitaire en France (1814-1848) : mythes et réalités », *Les Français et le vote, depuis 1789. 11^e colloque historique des bords de Marne, 22 septembre 2012*, Le Perreux-sur-Marne, Communauté d'agglomération de la Vallée de la Marne, 2013, p. 32-33.

¹⁵⁷⁷ Ce que résumant les propos de François Guizot dans un discours du 3 mai 1837 : « je sers de tous mes efforts la prépondérance politique des classes moyennes en France, l'organisation définitive et régulière de cette grande victoire que les classes moyennes ont remportée sur le privilège et sur le pouvoir absolu de 1789 à 1830 » (*Le Moniteur universel*, 4 mai 1837, p. 5).

¹⁵⁷⁸ CE, 30 janvier 1828, *Legay de Lavigne*, D. 1828, III, p. 17.

preneur, sous condition de s'acquitter des impôts ; le propriétaire n'apparaît donc pas sur les rôles. La Cour de Rouen, confirmée par le Conseil d'État, estime que le contrat en cause constitue un bail emphytéotique. Par conséquent, le bénéfice du cens électoral revient à l'emphytéote, qui contribue effectivement à l'impôt et non au propriétaire. Il convient toutefois de noter que cette question semble rarement faire l'objet d'une décision judiciaire, ce qui rend malaisée toute synthèse.

À tout le moins, il est possible de mettre en évidence que la qualification du contrat se révèle déterminante pour décider de la capacité électorale. En effet, le bail ordinaire ne donne au preneur que le droit de compter un tiers des impôts versés à raison du domaine loué, pour la formation du cens électoral du preneur. Au contraire, la qualification de bail emphytéotique autorise l'emphytéote à se prévaloir de la totalité de l'impôt pour le calcul du cens. Une décision du 23 juillet 1839 rendue par la chambre des requêtes de la Cour de cassation le rappelle¹⁵⁷⁹. Dans cette affaire, un individu, preneur à bail de quatre-vingt-dix-neuf ans, s'était attribué la totalité de l'impôt foncier pesant sur les terres qui lui étaient concédées. D'autres électeurs de la commune demandent sa radiation des listes électorales en affirmant que ce contrat ne peut être qualifié que de simple bail à loyer, dont le preneur ne peut imputer à son cens que le tiers de l'impôt. Le juge du fond, confirmé par la Cour de cassation, précise qu'un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans ne doit pas être confondu avec un bail emphytéotique, s'il n'en a pas les caractéristiques. En l'espèce, le contrat ne peut être qualifié de bail à emphytéose, en particulier, car le preneur à bail n'était pas tenu de s'acquitter des impôts. En dépit du rejet du pourvoi, la Cour de cassation affirme incidemment que l'emphytéote peut imputer à son cens la totalité de l'impôt. Elle l'envisage donc comme un quasi-proprétaire, capable d'exercer pleinement ses droits politiques.

Au regard de ces décisions de justice, la dimension politique et sociale du bail emphytéotique apparaît nettement. En tant que contribuable, l'emphytéote s'approche du propriétaire et peut ainsi être amené à jouer un rôle dans le système politique. Cette conception fait d'ailleurs écho au *Discours préliminaire au Code civil* de Jean-Étienne-Marie Portalis, dans lequel il annonce que l'un des objectifs du Code est de « préparer un

¹⁵⁷⁹ Req., 23 juillet 1839, *Malbos c. Bargeton, Bonnet et Dugas*, D. 1839, I, p. 342, S. 1839, I, p. 950.

nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires »¹⁵⁸⁰, car « les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques »¹⁵⁸¹. Le prestige attaché au possédant dans l'ordre civil rejaillit dans l'ordre politique et le citoyen-possédant est présumé détenir des vertus tant civiques que morales¹⁵⁸². Dans le Code civil, le droit de propriété est conçu comme le droit exclusif et subjectif d'un individu sur une chose, ce qui confirme la puissance ou la capacité d'agir du propriétaire mais aussi sa liberté de se servir de son bien au profit de ses intérêts légitimes. Ainsi, c'est ce prestige, caractérisé par l'idée de puissance et de liberté, qui s'attache à l'archétype du propriétaire au XIX^e siècle et, par ricochet, sur le possesseur comme l'emphytéote.

Ce fondement vient justifier le suffrage censitaire dans la première moitié du XIX^e siècle. L'intervention de Guillaume-Jean Favard de Langlade, lors de la séance du 27 décembre 1816, à l'occasion de la discussion sur la loi Lainé résume assez succinctement les préoccupations des députés. Il déclare :

« dans les Français qui paient 300 fr. de contributions directes *et au-dessus*, se trouve la classe de la nation la plus distinguée, comme la plus influente, par ses lumières, par ses relations avec tous les individus du corps social ; que c'est principalement dans cette classe que se forme et réside l'opinion publique ; que réunissant la plus grande masse de propriétés, elle présente, par-là même, la garantie la plus sûre pour la tranquillité publique »¹⁵⁸³.

Pour la majorité des députés de la Restauration (de même que sous la monarchie de Juillet¹⁵⁸⁴), l'encadrement de la capacité électorale doit être guidé par deux conditions essentielles garantissant la probité des électeurs : l'indépendance matérielle et intellectuelle. En fixant un minimum d'impôt direct comme condition du droit de vote, les parlementaires s'efforcent de trouver un critère objectif et pragmatique pour apprécier ces conditions abstraites d'indépendance et d'instruction. Dans cette perspective, le citoyen est

¹⁵⁸⁰ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires au Code civil...*, op. cit., t. I, p. 465. Sur la figure du propriétaire dans le Code civil, voir notamment J. COMBY, « L'impossible propriété absolue », loc. cit., p. 15-16.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 522.

¹⁵⁸² Sur les vertus morales et politiques du propriétaire, voir M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004 (*Fondements de la politique*), p. 82-91.

¹⁵⁸³ *Le Moniteur universel*, 28 décembre 1816, p. 2. De la même façon, Victor de Broglie considère, dans son *Discours sur le projet de loi relatif aux élections* daté de 1820, que « [l]e propre de ce gouvernement [le gouvernement représentatif], c'est d'extraire du milieu de la nation l'élite de ses hommes les plus éclairés, de les réunir au sommet de l'édifice social, dans une enceinte sacrée, inaccessible aux passions de la multitude, et là, de les faire délibérer à haute voix sur les intérêts de l'État » (V. DE BROGLIE, *Écrits et discours*, t. II, Paris, Didier et C^{ie}, 1863, p. 78).

¹⁵⁸⁴ Voir par exemple l'intervention de M. Bernard lors de la discussion sur la loi du 19 avril 1831 (*Le Moniteur universel*, 26 février 1831, p. 8).

donc avant tout un contribuable qui participe aux charges publiques et concourt à soutenir l'État financièrement¹⁵⁸⁵. Il est notable que, même dans des régimes politiques qui exaltent le droit de propriété, le droit de vote n'est pas pour autant restreint aux seuls propriétaires exclusifs et absolus. Sous les monarchies censitaires, le titulaire du droit de vote apparaît comme le contribuable qui gouverne effectivement les biens, qu'il s'agisse du propriétaire qui paie le cens fixé par la charte ou la loi ou qu'il s'agisse du quasi-propriétaire sur lequel pèse la charge de s'acquitter de l'impôt. Plus encore, selon le schéma proposé par le Code civil, l'organisation familiale est centrée autour de l'autoritarisme du père de famille, théoriquement contrebalancé par la moralité que lui confère son statut de propriétaire et, en miroir, celui à qui est confié le gouvernement de la famille et des biens est appelé à participer au gouvernement de l'État. Le titulaire du droit de vote est alors pensé comme un pilier de l'ordre civil et politique, contribuant de cette manière à la préservation des institutions en place.

B. Favoriser l'esprit conservateur

À la suite des excès du jacobinisme et du bonapartisme¹⁵⁸⁶, certains hommes politiques, rendus frileux à l'égard du suffrage universel, préfèrent soutenir un suffrage censitaire, supposé mettre le régime à l'abri des révolutions tout en garantissant la stabilité de l'État. Le principal enjeu de l'instauration d'un régime censitaire réside dans la capacité de l'autorité centrale à contrôler effectivement le vivier d'électeurs, notamment en abaissant ou augmentant le cens au gré des inclinations politiques du moment. Les quelques décisions relatives à l'emphytéote-électeur en attestent.

Le partage de compétences entre les tribunaux civils et administratifs concernant le contentieux des élections traduit le souci pour l'État de conserver la mainmise sur ces questions. En principe, à l'occasion d'un litige relatif au cens électoral d'un emphytéote, les juridictions administratives se voient attribuer l'ensemble des questions relatives à l'élection en elle-même. Savoir si un particulier a rempli toutes les conditions pour être inscrit sur les listes électorales ou s'il en est radié relève de la compétence de l'autorité administrative¹⁵⁸⁷. En revanche, les juridictions civiles sont compétentes pour vérifier la

¹⁵⁸⁵ Sur ce point, voir E. DE CROUY-CHANEL, *Le contribuable-citoyen : histoire d'une représentation fiscale*, th. droit Paris I, 1999.

¹⁵⁸⁶ Voir notamment les synthèses de F. BLUCHE, S. RIALS, J. TULARD, *La Révolution française*, Paris, PUF, 2003 (*Que sais-je ?*) et de F. BLUCHE, *Le bonapartisme*, Paris, PUF, 1981 (*Que sais-je ?*).

¹⁵⁸⁷ CE, 30 janvier 1828, *Legay de Lavigne*, D. 1828, III, p. 17 ; Req., 23 juillet 1839, *Malbos c. Bargeton, Bennet et Dugas*, D. 1839, I, p. 342, S. 1839, I, p. 950.

qualification du contrat. Indirectement, elles ont donc une incidence sur le contentieux administratif, sans que les décisions relatives à l'emphytéote-électeur ne mettent en évidence de véritables conflits entre les autorités judiciaire et administrative. Même s'il ne juge pas de la qualification du contrat, le juge administratif garde la main sur le contentieux fiscal dont découle directement le contentieux électoral¹⁵⁸⁸.

Sous la Restauration, sur le fondement de l'article 6 de la loi du 5 février 1817¹⁵⁸⁹, le Conseil d'État a ainsi pu juger que « les questions de savoir si des extraits de rôles, produits pour obtenir l'inscription sur une liste électorale, sont réguliers en la forme, et si le montant de ces extraits doit être appliqué à une personne, autre que celle dont le nom est porté sur le rôle des contributions »¹⁵⁹⁰ relèvent de la compétence de l'autorité administrative car un tel litige concerne les contributions en matière électorale. En outre, le juge administratif demeure seul compétent pour annuler un acte administratif. Au contraire, le Conseil d'État considère que « la question de savoir si le bail [...] constitue une emphytéose, un bail à rente ou une vente d'usufruit, est une question de droit civil »¹⁵⁹¹, sur laquelle le juge judiciaire est le seul à pouvoir statuer.

Par la suite, sous la monarchie de Juillet, le principe de répartition des compétences reste identique. Sur le fondement de l'article 42 de la loi du 21 mars 1831¹⁵⁹², la Cour de cassation le rappelle lorsqu'elle déclare que « le tribunal n'a vu dans l'acte [...] qu'un simple bail à loyer » et que « cette interprétation, conforme à la loi, rentrait d'ailleurs dans les attributions du juge de la cause »¹⁵⁹³. En cas de conflit relatif à un emphytéote-électeur, la ventilation des compétences entre les autorités administrative et judiciaire apparaît bien établie et, malgré de nombreux changements de lois électorales dans la première moitié du XIX^e siècle, cette répartition bénéficie d'une remarquable stabilité. Plus largement, il faut noter qu'un tel partage de compétences s'inscrit dans la dualité de principe du contentieux électoral, établie dès la période révolutionnaire : à l'autorité judiciaire les contentieux

¹⁵⁸⁸ Sur le contentieux fiscal relatif à l'emphytéote à l'époque contemporaine, voir *infra*, p. 466 et s.

¹⁵⁸⁹ Art. 6 de la loi du 5 février 1817 : « Les difficultés relatives à la jouissance des droits civils ou politiques du réclamant seront définitivement jugées par les cours royales ; celles qui concerneraient ses contributions ou son domicile politique le seront par le Conseil-d'État » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XXI, p. 87).

¹⁵⁹⁰ CE, 30 janvier 1828, *Legay de Lavigne*, D. 1828, III, p. 18.

¹⁵⁹¹ *Ibidem*.

¹⁵⁹² Art. 42 de la loi du 21 mars 1831 : « Les difficultés relatives, soit à cette attribution, soit à la jouissance des droits civiques ou civils et au domicile réel ou politique, seront portées devant le tribunal civil de l'arrondissement, qui statuera en dernier ressort, suivant les formes établies par l'art. 18 de la loi du 2 juillet 1828 » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XXXI, p. 83).

¹⁵⁹³ Req., 23 juillet 1839, *Malbos c. Bargeton, Bennet et Dugas*, D. 1839, I, p. 342, S. 1839, I, p. 952.

relatifs à la capacité électorale, à l'autorité administrative les litiges relatifs aux opérations électorales elles-mêmes¹⁵⁹⁴.

Si une telle règle de partage de compétences ne semble pas soulever de difficulté particulière, il reste toutefois possible de relever un arrêt de la Cour de Toulouse du 30 novembre 1840 qui l'aménage à l'occasion d'un cas particulier¹⁵⁹⁵. En l'espèce, un emphytéote s'est vu consentir un bail emphytéotique par deux cultivateurs dans le seul but de permettre au preneur de s'inscrire sur la liste électorale du canton. Une demande en radiation de son inscription est formée devant les juridictions judiciaires. La Cour de Toulouse commence par rappeler que les questions relatives au contentieux électoral « étaient incontestablement de la compétence du conseil de préfecture ». Néanmoins, une fois le principe rappelé, elle souligne également qu'il s'agit d'une fraude particulièrement grossière et qu'en conséquence cela « suffirait pour ôter à l'acte dont il s'agit le caractère d'un bail emphytéotique ». Elle en conclut que l'emphytéote ne peut pas se prévaloir de l'impôt payé pour le bail emphytéotique et qu'il est rayé de la liste électorale. Ainsi, la juridiction civile ne nie pas la compétence de l'autorité administrative. Dans les limites de sa zone de compétence, elle s'arroge la possibilité de retirer la qualification de bail emphytéotique au contrat frauduleux. Elle souligne notamment qu'« il suffit de jeter les yeux sur l'acte produit par l'intimé pour se convaincre de la simulation pratiquée par les parties pour fausser les listes électorales et faire par un moyen détourné une délégation que la loi n'autorise pas ». C'est donc uniquement à partir de l'opération de qualification du contrat qu'elle intervient sur le contentieux électoral. Elle en tire cependant toutes les conséquences et ordonne la radiation de l'individu des listes électorales, ce qui demeure pourtant de la compétence de l'autorité administrative. Dans cette affaire, elle se fonde sur des motifs d'évidence et de rapidité du règlement du litige, pour faire cesser un acte délibérément accompli en vue de contourner la loi. Il s'agit par-là d'une solution isolée qui dépend largement des circonstances particulières de l'affaire jugée et, notamment, de la mise en évidence d'une fraude à la loi.

En octroyant à l'autorité administrative la compétence sur le contentieux relatif à l'inscription des emphytéotes sur les listes d'électeurs, l'État s'assure un certain contrôle

¹⁵⁹⁴ Sur ce point, voir T. LE YONCOURT, « Le contentieux administratif dans l'histoire du droit local électoral », *RDP*, 2017/6, p. 1525 ; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁹⁵ Toulouse, 30 novembre 1840, *Nartres c. Freiche*, *D.* 1841, II, p. 98.

sur le vivier électoral. Dans une certaine mesure, il bénéficie d'un moyen pour garantir l'ordre établi. Cette volonté de défendre les intérêts politiques, voire partisans, se retrouve également dans les débats parlementaires sous la Restauration puis sous la monarchie de Juillet. Sous la Restauration, la loi Lainé repose essentiellement sur l'idée de privilégier la qualité des représentants plutôt que leur quantité¹⁵⁹⁶. Fort de la présomption de moralité attaché à son statut, le notable possédant trouve sa place dans le système électoral : il peut ainsi prétendre se charger des intérêts de ceux qui l'ont élu et de ceux qui ne votent pas. Dès lors, en contrepoint de l'épisode révolutionnaire, une logique corporative et hiérarchique prévaut sous la Restauration¹⁵⁹⁷. Sous la monarchie de Juillet, le débat porte davantage sur la question de l'élargissement de la capacité électorale. Les doctrinaires vont tenter de rationaliser le système politique. En particulier, François Guizot († 1874) développe une théorie de la souveraineté de la raison, par laquelle il propose d'opérer un mouvement descendant en démocratisant progressivement les élites, et, par-là, de fonder le système électoral sur les qualités objectives de l'individu¹⁵⁹⁸. Pourtant, si, en théorie, les doctrinaires ont la volonté de proposer un système qui se rapproche des réalités économiques et des attentes politiques contemporaines, en fait, les différences avec le régime politique précédent sont minimales. Dans tous les cas, ces réflexions menées dans la première moitié du XIX^e siècle n'affectent pas le statut de l'emphytéote, qui, sous certaines conditions, est associé à la stabilité du régime en place, en raison des fonds qui lui ont été concédés.

Néanmoins, au cours de la monarchie de Juillet, cette conception est peu à peu dénoncée et mise de côté tandis que les revendications pour la mise en place du suffrage universel sont de plus en plus pressantes¹⁵⁹⁹. Un mouvement de renversement s'amorce par

¹⁵⁹⁶ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen...*, *op. cit.*, p. 213. Voir également le rapport M. Bourdeau sur la loi Lainé dans lequel il déclare : « C'est ainsi que la propriété et l'aisance industrielle devinrent par la Charte les bases premières du système représentatif. La propriété, l'industrie forment, en effet, la classe la plus intéressante de l'État, la plus disposée à s'unir, et qu'il est le plus facile d'associer à la monarchie légitime. Cette classe veut et voudra toujours, ordre, paix et stabilité, parce qu'elle est plus attachée à la conservation » (*Le Moniteur universel*, 21 décembre 1816, p. 2).

¹⁵⁹⁷ D'ailleurs, c'est ce que dénonce le député ultra-royaliste, François-Régis de La Bourdonnaye, lors d'un discours devant la chambre des députés le 28 décembre 1816. Il affirme ainsi que diviser les citoyens en deux classes, ceux qui ont la capacité de voter et les autres, c'est substituer à la hiérarchie d'Ancien Régime fondée sur les privilèges une nouvelle hiérarchie adossée à la propriété (*Le Moniteur universel*, 29 décembre 1816, p. 4).

¹⁵⁹⁸ Sur la théorie de la souveraineté de la raison, voir P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen...*, *op. cit.*, p. 231-237.

¹⁵⁹⁹ Sur la mise en place du suffrage universel, voir A. GARRIGOU, *Le vote et la vertu. Comment les Français sont devenus électeurs*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, notamment p. 25-53.

lequel le monopole des possédants est considéré comme l'origine des excès et des errements politiques. Cependant, il demeure indéniable que, durant cet épisode des monarchies censitaires, le pouvoir politique a choisi d'insérer l'emphytéote dans une hiérarchie rigoureuse qui se transpose dans la vie politique et différencie les citoyens qui bénéficient d'une pleine capacité électorale des autres, considérant qu'en raison du droit dont il dispose il pouvait participer à la stabilité politique.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Malgré la consécration d'une propriété exclusive à partir de la Révolution, les juristes continuent, jusqu'au milieu du XIX^e siècle, de s'appuyer sur la division du domaine pour expliciter le contrat de bail emphytéotique. La rareté des dispositions révolutionnaires de droit substantiel relatives à ce contrat, renforcé par le silence du Code civil, n'offre pas les outils conceptuels adéquats pour permettre de renouveler le bail à emphytéose. Dès lors, les auteurs de doctrine, comme la jurisprudence, puisent dans les sources de l'ancien droit pour adapter et conformer ce contrat au droit contemporain. Toutefois, progressivement, au cours du XIX^e siècle, la philosophie du Code civil infuse la notion de bail emphytéotique et la division du domaine perd de sa pertinence¹⁶⁰⁰. Le bail emphytéotique est alors redéfini selon les cadres du droit contemporain, c'est-à-dire comme un contrat qui opère la concession d'un droit réel, immobilier, cessible et susceptible d'hypothèque. Plus précisément, le droit d'emphytéose s'apparente à celui d'un quasi-propriétaire. Sous les monarchies censitaires de la première moitié du XIX^e siècle, les conséquences politiques en sont considérables puisque l'emphytéote, selon certaines conditions, est aussi électeur et, partant, considéré comme étant garant de l'ordre politique et de sa stabilité. De plus, la redéfinition du bail à emphytéose attire l'attention des civilistes et de certains administrativistes, qui s'en inspirent pour engager les prémices de leur raisonnement autour du régime des concessions de droit public. Par conséquent, le bail emphytéotique s'intègre pleinement dans l'ordre juridique.

Ce processus de refondation du bail emphytéotique dans le droit contemporain témoigne d'une permanence du vocabulaire et de certaines méthodes, hérités de l'ancien droit. En revanche, il ne signifie pas la persistance du même contrat : le bail à emphytéose, réinterprété dans le respect des principes irriguant le droit postrévolutionnaire, a été altéré par rapport au contrat de l'Ancien Régime¹⁶⁰¹. Cette mue le détache progressivement du modèle qu'il représentait dans l'ancien droit, pour le transformer en un contrat nouveau, adapté à la conception subjectiviste et individualiste de la propriété.

¹⁶⁰⁰ Sur ce point, voir M. VIDAL, « La propriété dans l'École de l'Exégèse en France », *loc. cit.*, p. 9-10.

¹⁶⁰¹ Mikhaïl Xifaras souligne ce rapport ambivalent entre continuités et ruptures : « Il y a donc toujours, et il faut ajouter en même temps, des continuités et des discontinuités : il y a bien de la permanence, et même de l'identité d'un temps épistémologique à un autre, mais cette identité ne désigne pas la permanence d'une chose (ou idée ou classification) identique à elle-même, elle désigne au contraire le maintien ou le retour équivoque d'une même chose (ou idée ou classification) *devenue autre* » (M. XIFARAS, « Comment rendre le passé contemporain ? », *loc. cit.*, p. 32).

Titre II La reconstruction progressive du régime du bail emphytéotique

À l'époque contemporaine, les juridictions admettent explicitement l'existence du bail emphytéotique dans le droit français et les contours de la notion sont peu à peu précisés au cours de la première moitié du XIX^e siècle. Parallèlement, et au-delà de la recherche d'une définition de ce contrat, il devient indispensable de déterminer ses conditions et d'encadrer ses effets pour assurer la sécurité juridique des cocontractants. L'absence de textes législatifs contrarie l'identification d'un régime du bail emphytéotique. Pour surmonter le mutisme du législateur, les juges et la doctrine s'appuient alors sur l'opposition classique entre droit commun et droit spécial pour reconstruire progressivement ce régime¹⁶⁰². Ils utilisent ce couple antagoniste, non pas exactement à la manière de leurs prédécesseurs – c'est-à-dire comme un cadre flexible d'interprétation¹⁶⁰³ – mais davantage comme deux ensembles complémentaires de règles, l'un général et l'autre spécial. Se reposer sur l'articulation entre droit commun et droit spécial leur offre alors la possibilité de proposer un système complet, exempt d'incertitudes juridiques insurmontables. La disposition générale s'efface devant la règle spéciale dérogatoire et, à l'inverse, l'absence de règle spéciale est suppléée par la disposition générale, à vocation simplement subsidiaire.

¹⁶⁰² Sur l'opposition droit commun et droit spécial, la bibliographie est très abondante. Voir notamment, D. DEROUSSIN, « Éléments pour une généalogie du livre III du titre III du Code civil », *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, éd. G. PIGNARRE, Paris, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2016 (*Colloques & Essais*), p. 66-73 ; J.-L. HALPÉRIN, « *Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali*. Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes », *TVR*, t. 80, 2012, p. 353-397 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009 (*Bibliothèque de droit privé*, 509), spécialement p. 1-6 ; L. LEVENEUR, « Le Code civil, cadre normatif concurrent », *Le Code civil, une leçon de légistique*, éd. B. SAINTOURENS, Paris, Economica, 2006 (*Études juridiques*, 24), p. 123-149 ; D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, éd. G. PIGNARRE, Paris, Dalloz, 2005 (*Thèmes et commentaires*), p. 73-97 ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 279-309 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », *Aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925-950 ; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative. Droit commun, droit spécial*, th. droit, Bordeaux, 1986.

¹⁶⁰³ Sur ce point, voir J.-L. THIREAU, « Droit commun », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 445-448 ; J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001, p. 17-22.

Cependant, le droit commun apparaît comme une notion relative¹⁶⁰⁴. Il existe ainsi un droit commun des contrats, compris comme l'ensemble des règles ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats, mais il n'est pas rare d'évoquer également un droit commun de la vente ou encore un droit commun du louage, pour désigner l'ensemble des règles s'appliquant respectivement à chacun de ces contrats et par opposition à d'autres contrats spéciaux. Ces différents niveaux de lecture apparaissent extrêmement précieux dans le cadre de l'élaboration d'un régime du bail emphytéotique, puisqu'ils permettent de procéder à des opérations de disqualifications successives pour trouver la règle applicable, tout en s'assurant de la concordance de ce contrat avec l'esprit et la lettre du Code civil.

Dès lors, les juristes du XIX^e siècle parviennent à identifier un droit spécial du bail emphytéotique qui se compose de l'ensemble des règles qui s'appliquent spécifiquement et uniquement à ce contrat. Pour cela, ils réinvestissent l'ancien droit : ils trient et se réapproprient les règles qui encadraient le bail emphytéotique sous l'Ancien Régime. En cela, ils opèrent une réception sélective de l'ancien droit, à partir de laquelle ils élaborent un régime propre au bail emphytéotique et conforme au nouvel ordre juridique (**Chapitre 1**). Ce droit spécial se révèle insuffisant pour régler tous les aspects de la vie du contrat emphytéotique, depuis sa constitution jusqu'à son extinction. Pour contourner cette difficulté, les juristes ont alors recours au droit commun pour enrichir le régime du bail à emphytéose (**Chapitre 2**).

¹⁶⁰⁴ Sur la relativité du droit commun, voir N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Paris, LGDJ, 2016 (*Bibliothèque de droit privé*, 571), p. 105-129 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 5-6.

Chapitre 1 La réception sélective des règles d’Ancien Régime

Au cours de la période révolutionnaire, puis sous l’empire du Code civil, il est possible de constater que certaines règles forgées sous l’Ancien Régime continuent d’encadrer le contrat emphytéotique. Malgré les bouleversements qui ont affecté les principes soutenant l’ordre juridique et en dépit de la promulgation d’un Code civil, en matière de bail emphytéotique, une réception partielle de règles sélectionnées à partir du droit coutumier antérieur se fait jour. En effet, recevoir peut s’entendre comme « accueillir quelque chose qui vient de l’extérieur, qui surgit, se présente, éventuellement s’impose »¹⁶⁰⁵. De fait, en l’absence de législation relative au bail à emphytéose, les règles observées auparavant, c’est-à-dire issues de l’ancien droit et extérieures au système juridique contemporain, perdurent dans la pratique. Nécessaires pour régir des rapports contractuels dont il est impossible de se dispenser, elles s’immiscent ainsi dans le nouvel ordre juridique.

Plus précisément, le phénomène de réception comporte deux facettes : le fait même d’intégrer des règles provenant de l’extérieur mais aussi la manière de les recevoir. En ce qui concerne le régime du bail emphytéotique, les juges du XIX^e siècle incorporent des règles d’origine coutumière dans l’ordre juridique, par le biais de leurs décisions, tout en s’assurant de leur conformité à l’esprit du Code civil. Les juridictions opèrent ainsi une réception sélective de certaines règles d’Ancien Régime dans le droit contemporain, qui témoigne de l’impératif de répondre au silence du Code auquel elles sont confrontées (**Section 1**). Un corps de règles cohérent et homogène, spécifique au contrat emphytéotique, émerge progressivement, permettant de le doter d’un véritable régime juridique (**Section 2**).

Section 1 La réponse face au silence du Code civil

À partir de la Révolution, le prestige dont bénéficie la loi conduit à la mise en place d’un référé législatif, qui doit réserver l’interprétation du texte au législateur et brider la liberté d’action du juge¹⁶⁰⁶. En principe, dans le silence de la loi, c’est au législateur qu’il

¹⁶⁰⁵ J. KRYNEN, « La réception du droit romain en France. Encore la bulle *Super speculam* », *loc. cit.*, p. 234.

¹⁶⁰⁶ Voir J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987 (*Bibliothèque d’histoire du droit et de droit romain*, 23), p. 256-258 ; C. BLOCH, J. HILAIRE, « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile », *La Révolution et l’ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ? Actes du colloque d’Orléans, 11-13 septembre 1986*, t. II, éd. M. VOVELLE,

appartient de lever les incertitudes relatives au régime du bail emphytéotique. Toutefois, en pratique, il n'en est rien. Dès le 15 floréal an IV (4 mai 1796), le Tribunal de cassation réduit le recours au référé législatif au seul cas où un point de droit apparaît douteux et en-dehors de tout procès¹⁶⁰⁷. Par conséquent, une telle décision revient à confier aux juridictions le soin d'interpréter la loi. De plus, d'autres éléments viennent renforcer l'autorité de la jurisprudence. D'abord, bien qu'instaurée à l'origine pour contenir l'action du juge, l'obligation de motivation des arrêts favorise également le développement de la production de règles d'origine jurisprudentielle¹⁶⁰⁸. Ensuite, la publication périodique et systématique des décisions dans des recueils encourage la connaissance des arrêts et de leurs solutions¹⁶⁰⁹. Sous l'influence de cette conjonction de facteurs, le contexte du XIX^e siècle – pourtant empreint de légalisme – contribue paradoxalement à offrir des conditions propices à l'épanouissement de la jurisprudence¹⁶¹⁰.

Le bail emphytéotique bénéficie ainsi de la vitalité de l'interprétation judiciaire, à travers laquelle les juridictions s'emploient à reconstruire son régime dans le droit contemporain. Pour cela, en dépit du silence du Code civil, les cours de justice doivent s'appuyer sur des fondements juridiques, qu'elles n'hésitent pas à rechercher dans les sources héritées de l'Ancien Régime (§1). Néanmoins, le juge ne transpose pas telles quelles les règles de l'ancien droit. Au contraire, il entreprend de les conformer aux principes irriguant le droit contemporain (§2).

§. 1 Exhumer des fondements juridiques, l'héritage de l'ancien droit

Le Code civil, constitution civile de la France¹⁶¹¹, s'impose comme la source reine du droit privé au XIX^e siècle. Il apparaît cependant de peu d'utilité pour encadrer le bail à emphytéose, sur lequel il reste muet. Au mieux, les dispositions du Code civil peuvent être utilisées à titre de « raison écrite » par les juristes, c'est-à-dire leur servir de guide

Paris, PUF, 1988, p. 474-479 ; Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965 (*Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Série « Droit privé »*, 2), p. 78-81.

¹⁶⁰⁷ Voir le jugement du Tribunal de cassation du 15 floréal an IV dans : *Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire par une société d'hommes de loi*, t. I, Paris, Girardin et Maret, 1796, p. 328-332.

¹⁶⁰⁸ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 48.

¹⁶⁰⁹ P.-N. BARENOT, *Les recueils de jurisprudence, Miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Paris, LGDJ, 2022 (*Bibliothèque d'Histoire du droit et droit romain*, 39), spécialement p. 41-77 et p. 139-150 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique, op. cit.*, p. 94-106.

¹⁶¹⁰ En ce sens, voir notamment J. HILAIRE, « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 61-65.

¹⁶¹¹ Cette idée est développée par Jean Carbonnier (J. CARBONNIER, « Le Code civil », *Les lieux de mémoire, II – La Nation*, t. II, éd. P. NORA, Paris, Gallimard, 1986 (*Bibliothèque illustrée des histoires*), p. 308-309).

d'interprétation. En ce sens, dans un arrêt rendu le 13 décembre 1833, la Cour de Grenoble fonde sa décision au visa des « anciens principes, interprétés au besoin par la jurisprudence et la cour de cassation, et les dispositions des art. 1183 et 1184 c. civ., comme *raison écrite* »¹⁶¹². Dans cette affaire, la juridiction devait interpréter un bail emphytéotique constitué en 1760, donc avant la promulgation du Code civil. Au pire, les travaux préparatoires sont susceptibles de faire naître des hésitations et des doutes, qui ne permettent pas d'identifier un régime clair et cohérent¹⁶¹³. Ainsi, dans un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 10 avril 1858, le juge de première instance souligne que :

« malgré les doutes qu'auraient pu faire naître les déclarations de Tronchet au conseil d'État, lors de la discussion au titre des Hypothèques, celle de Portalis, dans le discours préliminaire du projet de Code civil, et l'Exposé des motifs du titre de la Distinction des biens par Treilhard, il faut admettre que l'emphytéose subsiste sous l'empire du Code, telle que la réglait le dernier état de l'ancien droit, sauf la durée illimitée, et cela, soit comme conséquence implicite de l'art. 543 du Code, soit, au moins, à raison du silence de ce Code sur l'emphytéose, silence dont l'effet aurait été, d'après la loi du 20 vent. an 12, de maintenir sur cette matière les dispositions de l'art. 1^{er} de la loi des 18-29 déc. 1790 »¹⁶¹⁴.

Même s'il arrive que le droit intermédiaire vienne éclairer l'esprit du droit contemporain, la législation révolutionnaire, qui a durablement transformé la notion de bail emphytéotique, n'a donné lieu qu'à peu d'innovations législatives au regard de son régime¹⁶¹⁵.

Le silence du Code civil sur le bail emphytéotique conduit alors la jurisprudence à rechercher, de façon pragmatique, des fondements juridiques puisés dans l'ancien droit. Pour les baux emphytéotiques conclus avant 1804, il est une autre raison qui explique le recours aux règles anciennes : les conflits de lois dans le temps. Loin de faire table rase du

¹⁶¹² Grenoble, 13 février 1833, *Bergoin c. Vargoz*, D. 1834, II, p. 73. Nous soulignons. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si un emphytéote qui ne paie pas sa rente est soumis ou non à déguerpissement. Le juge conclut que l'emphytéote peut être contraint de déguerpissement.

¹⁶¹³ Voir Nîmes, 23 frimaire an XIV, S. 1806, II, p. 82.

¹⁶¹⁴ Rapporté à l'occasion de Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, D. 1861, I, p. 444, S. 1862, I, p. 91.

¹⁶¹⁵ Par exemple, la Cour de Douai, dans un arrêt du 15 décembre 1832, a admis que le droit d'emphytéose était susceptible d'hypothèque en se fondant sur un raisonnement en trois temps. D'abord, elle souligne que, sous l'ancien droit, le droit du preneur à emphytéose était effectivement susceptible d'hypothèque. Ensuite, elle ajoute que la règle perdue à l'époque révolutionnaire (article 5 de la loi du 9 messidor an III et article 6 de la loi du 11 brumaire an VII). Elle en conclut qu'il en est de même depuis la promulgation du Code civil, sur le fondement de l'article 2118. Voir Douai, 15 décembre 1832, *Créanciers Huart*, S. 1833, II, p. 65. Voir également *supra*, p. 290 et s.

passé, les juridictions appuient la reconstruction du régime de ce contrat sur des règles éprouvées. Pour cela, le juge sélectionne les sources pertinentes parmi la pluralité des sources de l'ancien droit (A), mais il se fonde également sur, ce qu'il nomme, un « droit commun » d'Ancien Régime (B).

A. Opérer une sélection parmi les sources de l'ancien droit

La lecture des décisions judiciaires du XIX^e siècle montre que les différents types de sources d'Ancien Régime sont tour à tour mobilisés pour reconstruire progressivement un régime du bail emphytéotique. En cela, le juge se conforme à l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, prévoyant que les règles anciennes cessent d'avoir force de loi « dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». Dans le silence de la loi, le bail emphytéotique ne fait pas l'objet des lois qui forment le Code civil. Ainsi, le droit romain réinterprété par les juristes de l'ancien droit, les ordonnances royales, les opinions doctrinales, les coutumes ou encore la jurisprudence des arrêts constituent autant de fondements juridiques permettant de soutenir le raisonnement des juges et des parties¹⁶¹⁶. Les juridictions du XIX^e siècle s'appuient donc sur la tradition, c'est-à-dire « une antériorité qui fait autorité »¹⁶¹⁷. François Ost estime que la tradition est caractérisée par deux éléments : la continuité – se rattacher à une source antérieure – et la conformité – s'aligner sur une autorité de référence¹⁶¹⁸. C'est par ce biais que procèdent les juridictions en prolongeant certaines solutions de l'ancien droit en matière de bail emphytéotique : elles opèrent une sélection du droit antérieur puis le confirment et acceptent de s'y soumettre. Par cette méthode, elles peuvent trancher les litiges qui se présentent devant elles en puisant dans une réserve de solutions éprouvées par le temps. Simultanément, l'effort de sélection réalisé par le juge lui permet de se doter des outils juridiques nécessaires au soutien de sa décision.

¹⁶¹⁶ Sur la persistance des références aux sources de l'ancien droit, voir les travaux de Ugo Petronio, notamment U. PETRONIO, « L'idée de Code avant et après la codification », *loc. cit.*, notamment p. 733-744 ; ID., « Attività giuridica e giurisprudenza in Francia dopo il *Code civil* », *loc. cit.*, p. 615-649. Voir également M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : les leçons des plaidoyers du Parquet », *loc. cit.*, p. 3-22.

¹⁶¹⁷ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶¹⁸ Sur la tradition, voir F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 52-56. Voir aussi Martin Krygier selon qui la tradition comporte trois éléments : l'ancrage dans le temps, le sentiment d'autorité et la continuité (M. KRYGIER, « Law as tradition », *Law and Philosophy*, t. 5, 1986, p. 240).

Le droit romain se présente comme l'une des sources les plus mobilisées, notamment car il offre des fondements textuels. Il faut toutefois souligner que les juridictions s'appuient sur le droit romain revisité par les juristes de l'époque moderne et éventuellement réinterprété à la lumière des principes irriguant le droit contemporain. Ils ne prétendent donc pas se fonder sur une interprétation déliée de tout héritage antérieur. Le recours au droit romain dans les décisions judiciaires du début du XIX^e siècle remplit plusieurs fonctions. En premier lieu, il n'est pas rare qu'une décision soit rendue au visa d'un fragment du *Corpus Juris Civilis*. Par exemple, les trois constitutions impériales encadrant le bail emphytéotique dans le Code de Justinien (C., 4, 66) sont parfois utilisées par les juridictions pour fonder leur raisonnement¹⁶¹⁹. En second lieu, les textes issus du droit romain constituent une sorte de réserve d'arguments de référence parmi lesquels les parties puisent pour élaborer leurs moyens¹⁶²⁰ ou se pourvoir en cassation¹⁶²¹.

De la même façon, les ordonnances royales apparaissent comme des sources assez fréquemment mentionnées. L'édit de Moulins de 1566 constitue une base légale pour les décisions relatives aux baux emphytéotiques conclus sur le domaine de l'État¹⁶²². Dès lors, il est possible de noter que les juridictions n'hésitent pas à s'appuyer sur les textes d'Ancien Régime, parfois même quand ces textes auraient été mis à mal par les lois révolutionnaires ou par le Code civil¹⁶²³.

¹⁶¹⁹ Par exemple, dans un arrêt du 29 nivôse an VII de la chambre civile du Tribunal de cassation, *Robelin c. Belon*, le visa est rédigé de la façon suivante : « Vu les lois au code *de Jure emphyteutico*, et la loi 12 du code *de Feudis patrimonialibus emphyteuticis*, qui déterminent les caractères et les effets du bail emphytéotique, et dont il résulte que ce bail est l'aliénation du domaine utile avec réserve du domaine direct, et que l'emphytéote devient propriétaire du fonds, *emphyteuticarii feudorum domini* » (S. 1800, I, p. 190). Dans un autre arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 26 juin 1822, *Bourzinien-Dubourg c. Despagnac*, la juridiction justifie son premier attendu en s'appuyant sur le droit romain : « Attendu, en droit que l'emphytéose est un contrat qu'on ne doit confondre ni avec le contrat de louage, ni avec le contrat de vente ; qu'il a sa nature, et produit des effets qui lui sont propres, *L. 3, inst. de loc. et cond, L. 1^{re} C. de jure emphyteutico* » (S. 1822, I, p. 366).

¹⁶²⁰ En particulier, dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 ventôse an XI, *Spinner c. dame Voyer*, parmi les moyens du demandeur, il est possible de lire que « suivant le droit romain, et notamment le paragraphe 3 des institutions *de locat. et cond.*, et la loi première au code *de jure emphyteutico*, l'emphytéose est un contrat tout particulier » (S. 1802, I, p. 241). À partir de là, le demandeur commence à dérouler son raisonnement. De la même façon, voir Civ., 26 juin 1822, *Bourzinien-Dubourg c. Despagnac*, S. 1822, I, p. 362. Plus particulièrement pour le bail emphytéotique ecclésiastique, voir Civ., 13 novembre 1807, S. 1808, I, p. 62.

¹⁶²¹ Par exemple, dans un jugement du Tribunal de cassation du 1^{er} thermidor an XI, *Bournichon c. Thévenon*, le pourvoi est formé pour violation de plusieurs fragments du *Corpus Iuris Civilis* (S. 1802, II, p. 351). Dans le même sens, un pourvoi devant la chambre civile du 26 juin 1822, *Bourzinien-Dubourg c. Despagnac* (S. 1822, I, p. 363).

¹⁶²² Voir notamment, Civ., 10 brumaire an XII, *La Régie c. Tête-Noir-Lafayette*, S. 1803, I, p. 46 ou encore Civ., 29 mai 1837, D. 1837, I, p. 355. Pour un autre exemple de législation royale, Civ., 1^{er} thermidor an XI, *Bournichon c. Thévenon*, S. 1802, II, p. 349 qui mobilise deux ordonnances de 1510 et 1539.

¹⁶²³ Par exemple, allant à l'encontre des principes consacrés dans l'édit de Moulins, l'article 8 de la loi du 22 novembre-1^{er} décembre 1790 autorise l'aliénation perpétuelle du domaine public (*Archives parlementaires de la Révolution française. Archives parlementaires de 1787 à 1860 – Première série*

Il en est de même quant aux coutumes de l'ancien droit. Dans une affaire portée devant la Cour de cassation le 10 juillet 1810, la juridiction casse l'arrêt d'appel à la fois pour violation des lois révolutionnaires abolissant la féodalité mais également « pour violation de l'art. 3, tit. 26, liv. 2 de la coutume du val d'Aoste »¹⁶²⁴. En l'espèce, deux preneurs à emphytéose refusent de s'acquitter de la redevance prévue par le contrat, en se fondant sur l'abolition de toutes les rentes féodales. Le bailleur les assigne en paiement. La Cour de cassation souligne que la coutume d'Aoste offre la possibilité au seigneur foncier d'ériger un fonds en fief, faculté dont a usé le bailleur. À partir de là, elle en déduit que la rente est entachée de féodalité. Elle condamne alors la décision rendue par la cour d'appel, qui avait condamné les preneurs à payer la redevance, sur le fondement d'une coutume d'Ancien Régime¹⁶²⁵.

Par ailleurs, certains demandeurs fondent leurs requêtes sur les opinions d'auteurs d'Ancien Régime, comme arguments d'autorité au soutien de leurs prétentions. Ainsi, dans le cadre d'un pourvoi en cassation sur une question relative à l'imposition des emphytéotes, les parties s'appuient tour à tour sur Claude de Ferrière, Jean Domat, Robert-Joseph Pothier ou encore Claude Serres pour développer leurs raisonnements respectifs¹⁶²⁶. De manière générale, il arrive d'ailleurs que les juridictions adoptent ces analyses ou, au contraire, les repoussent avec virulence. Par exemple, dans un arrêt de la Cour de Pau du 14 août 1828, la juridiction s'oppose expressément à l'opinion de la doctrine majoritaire de l'époque moderne sur les reconnaissances¹⁶²⁷. En l'espèce, un emphytéote refuse le paiement de la redevance, en affirmant que le titre exhibé par le bailleur ne consiste qu'en

(1787-1799), t. XX [Du 23 octobre au 26 novembre 1790], Paris, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, 1885, p. 654).

¹⁶²⁴ Civ., 10 juillet 1810, *Réquisitoire de M. le procureur général c. Villot et Cerise*, S. 1810, I, p. 346.

¹⁶²⁵ Pour un autre exemple sur les usages du Piémont, Turin, 9 mars 1811, *Les habitants de Gambasca c. Donadio*, S. 1812, II, p. 78.

¹⁶²⁶ Au soutien de ses prétentions, le demandeur au pourvoi rappelle que : « L'emphytéose, dit Ferrière, est une aliénation de la propriété utile en la personne du preneur, pendant tout le temps de la concession, avec une rétention de la propriété directe de la part du bailleur. Domat, liv. I, tit. 4, sect. 10, définit dans ce sens le bail emphytéotique. Pothier, dans son traité du bail à rente, ne distingue point les rentes emphytéotiques des simples rentes foncières. Et Serres, dans ses institutes, §3 *de locat. et cond.*, se contente de faire remarquer les différences qu'il y a entre l'emphytéose et les baux à fiefs et à loyers perpétuels ; ce qui prouve qu'il ne le considère que comme un bail à rente foncière » (Civ., 2 ventôse an XI, *Spinner c. dame Voyer*, S. 1802, I, p. 241).

¹⁶²⁷ Pau, 14 août 1828, *Carro d'Algay c. Agnès*, D. 1829, II, p. 106, S. 1828, II, p. 277 : « Que, d'ailleurs, les actes antérieurs au code doivent être régis par les principes suivis au moment de leur passation ; et il est certain que la doctrine qui exige au moins deux reconnaissances, ne se trouvant fondée sur aucun texte des lois anciennes, mais seulement sur des opinions controversées, l'on doit reconnaître que les dispositions précitées de l'art. 1337 sont une véritable innovation législative, ainsi que la Cour de cassation l'a décidé par son arrêt du 24 vendémiaire an 13 ; qu'enfin, dans aucun cas, la doctrine qui veut qu'une seule reconnaissance soit insuffisante ne devrait être suivie dans le pays de Soule ». Sur les reconnaissances sous l'Ancien Régime, voir *supra*, p. 271 et s.

une unique reconnaissance, insuffisante pour fonder une action. Il soutient, conformément à la doctrine majoritaire d'Ancien Régime, qu'à défaut de pouvoir présenter le titre original, le demandeur doit produire plusieurs reconnaissances pour engager une action. Les juges du fond confirment ce raisonnement. L'arrêt est toutefois cassé sur le fondement de l'article 1337 du Code civil. La Cour de cassation souligne ainsi que « dans aucun cas, la doctrine qui veut qu'une seule reconnaissance soit insuffisante ne devrait être suivie ». Il apparaît que les opinions des auteurs d'Ancien Régime, si elles permettent dans certains cas d'appuyer les prétentions des parties, ne sont pas toujours reçues par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui opère une sélection des opinions doctrinales conformes au nouvel ordre juridique.

Enfin, il arrive également que les juges, au XIX^e siècle, prennent en compte les décisions rendues par les juridictions d'Ancien Régime. Ils n'agissent pas ainsi car ils se sentent liés par ces décisions antérieures mais les rappellent car elles confirment ou prolongent leur propre solution¹⁶²⁸.

En somme, en raison de l'inexistence de sources écrites relatives au bail emphytéotique dans le droit contemporain, la jurisprudence ne raisonne pas dans le vide pour reconstruire la notion et son régime, mais elle se réapproprie des règles de l'ancien droit, qui mêlent à la fois droit romain réinterprété et principes coutumiers¹⁶²⁹. Ainsi, et de façon paradoxale pour la matière des baux de longue durée adossée jusqu'à la période révolutionnaire sur la division de la propriété, le droit contemporain prend appui sur l'héritage de l'ancien droit pour se renouveler. La refondation du bail emphytéotique par la jurisprudence doit être mise en regard avec la conception de la propriété dans le droit contemporain : cette question centrale tant dans la lettre que dans l'esprit du Code civil a été résolue en puisant largement dans les sources romaines, telles qu'elles étaient comprises dans l'ancien

¹⁶²⁸ Par exemple, la cour de Pau s'appuie sur des décisions rendues avant la période révolutionnaire pour affiner son analyse du vice de féodalité. Elle souligne ainsi qu' « il paraît bien que le bailleur a pris le titre de noble, mais qu'il ne s'est nullement attribué celui de seigneur ; qu'il n'est pas possible de lui supposer ce titre, surtout en *Soule*, pays de *franc-aleu*, qui malgré de nombreuses tentatives de la part des hommes puissans, parvint à se faire maintenir dans la jouissance de ses libertés par un arrêt du conseil du 8 août 1776 par lequel, sur les réclamations des états du pays, le roi révoqua les aliénations des seigneuries et justices qu'il avait consenties sur certaines communes du pays ; [...] que, dès lors, la rente dont il s'agit doit être considérée comme purement foncière, et non féodale » (Pau, 14 août 1828, *Carro d'Algay c. Agnès*, D. 1829, II, p. 106, S. 1828, II, p. 277).

¹⁶²⁹ Sur ce point, voir *supra*, p. 111 et s.

droit¹⁶³⁰. L'énumération des fondements juridiques utilisés par les juridictions du XIX^e siècle témoigne du pragmatisme des magistrats qui tiennent compte du droit antérieur pour reconstruire de nouvelles bases.

Néanmoins, si le juge s'appuie sur certains fondements de l'ancien droit dans ses décisions, une prééminence est donnée à la source nouvelle, c'est-à-dire le Code civil¹⁶³¹. Ce n'est donc que dans le silence de la loi nouvelle que les règles issues de l'ancien droit sont exhumées. De plus, il faut également reconnaître que les décisions faisant appel à des sources issues de l'ancien droit concernent essentiellement des baux emphytéotiques conclus avant 1790. En se tournant vers ces sources, les juridictions se contentent alors de régler des litiges de droit transitoire. Dans les autres décisions qui concernent les contrats emphytéotiques conclus après 1790, ces références sont moins nettes et plus diffuses. Plus encore, les références à l'ancien droit disparaissent une fois passé le premier tiers du XIX^e siècle. Deux hypothèses non exclusives l'une de l'autre peuvent être avancées. D'une part, il est possible que la notion et le régime du bail emphytéotique se soient suffisamment stabilisés et affirmés pour que ces références aient perdu de leur pertinence. D'autre part, il est probable que le tarissement des litiges concernant des contrats de l'ancien droit ait contribué à abandonner progressivement le recours à ces sources. Dans le même temps, certaines règles issues de l'ancien droit ont ainsi pu être intégrées au droit contemporain, si bien que toute référence à des fondements juridiques anciens devient superfétatoire. C'est d'ailleurs ce que suggère la recherche d'un « droit commun » d'Ancien Régime réalisée par les juridictions au XIX^e siècle.

B. Recourir à un « droit commun » d'Ancien Régime

Certaines décisions judiciaires laissent penser que les juges du XIX^e siècle ont l'intention de recourir à un hypothétique droit commun d'Ancien Régime pour étayer leurs décisions. Par-là, ils mettent en avant un ensemble de règles encadrant le bail emphytéotique qui avaient cours sous l'empire de l'ancien droit, dans l'objectif de les faire perdurer. D'une

¹⁶³⁰ Sur ce point, voir J.-L. THIREAU, « Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil », *loc. cit.*, p. 10. L'auteur montre que c'est par le biais du droit naturel que le droit romain réinterprété a été intégré à la codification napoléonienne.

¹⁶³¹ Cette hiérarchie des sources est notamment rappelée dans Civ., 13 novembre 1807, *S.* 1808, I, p. 72 : « le Code Napoléon a force de loi dans le ci-devant Piémont ; [...] qu'ainsi la Cour d'appel de Turin n'a pu, sur le fondement d'une ancienne jurisprudence, admettre une exception à la règle générale établie par la loi nouvelle [...], sans commettre un excès de pouvoir, et sans violer les textes des lois précitées ».

manière générale, sous l’Ancien Régime, en dépit de lents progrès de l’unification du droit, il n’est pas toujours aisé de déceler des principes constants en raison d’une grande diversité des sources et dans la mesure où l’idée de *ius commune* recouvre des réalités diverses au fil des siècles et en fonction des auteurs¹⁶³². Dès lors, identifier un « droit commun » sous l’Ancien Régime reste une entreprise toute relative¹⁶³³. En dépit de ces difficultés, le juge du XIX^e siècle recourt régulièrement à ce qu’il considère comme des règles communes de l’ancien droit. Il use de cette expression par commodité, voire par approximation, pour assurer la solidité, la stabilité et l’autorité des solutions qu’il dégage.

Dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 13 novembre 1807, le juge fait référence à un « droit commun »¹⁶³⁴. Plus précisément, c’est la Cour de Turin qui utilise cette expression dans l’arrêt d’appel. La juridiction doit alors trancher un litige relatif à une question successorale. Par un acte notarié du 2 janvier 1702, un bail emphytéotique ecclésiastique avait été conclu au bénéfice d’un emphytéote « jusqu’à la troisième génération des preneurs ». La contestation oppose les héritiers du premier preneur à bail. Sur le fondement de la coutume piémontaise qui reconnaît le privilège de masculinité, les fils affirment que le droit d’emphytéose n’est pas transmis aux filles, ce qu’elles contestent. En première instance, les sœurs sont déboutées de leur demande. En appel, la Cour de Turin confirme le jugement sur ce point en considérant qu’un droit d’emphytéose ecclésiastique ne passe pas à tous les descendants mais seulement aux héritiers mâles, « ce principe [étant] puisé dans le droit commun ». Elle ajoute que cette règle de droit commun découle de la nouvelle 7 de Justinien, telle qu’elle a été réinterprétée dans l’ancien droit. Il est remarquable que la juridiction identifie cette règle successorale comme faisant partie d’un « droit commun » d’Ancien Régime, sur lequel elle s’appuie explicitement pour fonder son raisonnement. Toutefois, il faut également souligner que la Cour de cassation ne confirme pas cette analyse, non parce qu’elle condamne ce recours au droit commun mais plutôt car une loi nouvelle est intervenue en la matière. Désormais, sur le fondement des articles 732 et 745 du Code civil, les enfants succèdent à leur père, sans distinction de

¹⁶³² Sur le *ius commune* dans l’ancien droit, au sein d’une bibliographie immense voir notamment, E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1962 (*Ius nostrum*, 6) ; F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune, op. cit.*, spécialement p. 5-9 sur le droit commun comme construction intellectuelle. Sur l’identification d’un droit commun des contrats dans la doctrine coutumière d’Ancien Régime, voir D. DEROUSSIN « Éléments pour une généalogie du livre III, titre III du Code civil », *loc. cit.*, p. 52-66.

¹⁶³³ Sur la relativité du droit commun, voir notamment N. BALAT, *Essai sur le droit commun, op. cit.*, p. 105-129.

¹⁶³⁴ Civ., 13 novembre 1807, S. 1808, I, p. 62.

sexe. La Cour de cassation casse alors l'arrêt au motif que la juridiction d'appel a méconnu cette disposition nouvelle.

Néanmoins, cette décision ne remet pas en cause la recherche d'un éventuel droit commun d'Ancien Régime, ainsi que le montre un arrêt de la chambre civile du 8 décembre 1812¹⁶³⁵. En l'espèce, le 22 octobre 1792, une communauté ecclésiastique a concédé un bail emphytéotique à des particuliers, avec une clause spéciale défendant de diviser le bien entre les héritiers du preneur. Le fonds est cédé plusieurs fois et, en 1810, l'acquéreur réclame le paiement de la redevance en demandant la condamnation solidaire contre les débiteurs. Les emphytéotes se défendent en faisant valoir la loi du 20 août 1792 qui abolit toute solidarité en matière de rentes, estimant ainsi que le bailleur aurait dû les assigner chacun pour le paiement de leur portion de la rente. La Cour de cassation répond en deux temps. Elle considère d'abord que la preuve que cette loi a effectivement été publiée dans le département du Mont-Tonnerre¹⁶³⁶ n'a pas été rapportée, et qu'il n'est donc pas certain qu'elle y soit pleinement exécutoire. Elle ajoute que, quand bien même elle le serait, « d'après la jurisprudence universelle du pays où se trouvent enclavées les rentes emphytéotiques, telle qu'elle se trouve attestée par la Cour d'appel, la prestation de ces sortes de rentes était indivisible ». La haute juridiction en déduit alors que les preneurs ont pu être condamnés au paiement solidaire de la redevance et le pourvoi est rejeté. Si la formulation diffère et qu'il n'est plus question dans cette décision d'un « droit commun », l'arrêt est rendu sur le fondement d'une « jurisprudence universelle ». À nouveau, et de la même manière que précédemment, la construction intellectuelle selon laquelle certaines règles relatives au bail emphytéotique feraient partie d'un droit commun sur lequel les juridictions peuvent s'appuyer pour trancher des litiges, est sous-jacente.

Dans une autre affaire du 10 mai 1831 devant la Cour de Paris, l'idée d'un droit commun d'Ancien Régime est à nouveau exploitée¹⁶³⁷. Ce litige concerne le bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans consenti par l'État, par une loi du 21 juin 1826, pour la mise en valeur des terrains situés entre la rue Saint-Honoré, la place des Pyramides et la rue de Rivoli, à Paris. À la suite de la conclusion du contrat, les emphytéotes ont constitué une hypothèque sur le droit qui leur a été concédé, dans l'intention de se voir octroyer un emprunt. Un jugement du Tribunal de la Seine déclare l'hypothèque nulle. La Cour de Paris commence par affirmer « qu'avant la promulgation

¹⁶³⁵ Civ., 8 décembre 1812, *Durein c. Becker-Volmer*, S. 1813, I, p. 94.

¹⁶³⁶ Il s'agit d'un ancien département français situé sur le territoire de l'actuelle Allemagne.

¹⁶³⁷ Paris, 10 mai 1831, *Moreno de Mora c. Bony*, D. 1831, II, p. 121, S. 1831, II, p. 153.

du code civil, la jurisprudence de toutes les cours avait admis, comme principe constant, que la concession à titre d'emphytéose à longues années, conférait au preneur une propriété immobilière, susceptible d'hypothèque » et qu'une telle règle a été confirmée par le droit intermédiaire. Elle ajoute ensuite que « les motifs qui ont fait admettre, en faveur de l'emphytéote, le droit d'hypothéquer, sont les mêmes sous l'empire du code civil, qui ne contient aucune disposition qui ait dérogé aux lois et aux principes antérieurs ». Elle en déduit alors que le droit d'emphytéose continue de constituer un droit susceptible d'hypothèque. Dans cet arrêt, la juridiction aurait pu se contenter de faire appel à la législation révolutionnaire pour trancher le litige. Néanmoins, elle a choisi de consolider son raisonnement en faisant appel à un « principe constant » de l'ancien droit. La faculté offerte à l'emphytéote d'hypothéquer l'emphytéose qui lui a été concédée apparaît alors comme une règle faisant partie d'un droit commun d'Ancien Régime.

Ce recours à des principes généraux issus de l'ancien droit se retrouve ainsi dans plusieurs arrêts rendus sous l'empire du Code civil¹⁶³⁸. De l'analyse de ces quelques décisions, il ressort que le droit commun mobilisé par les juges du XIX^e siècle diffère, en partie, de la notion de droit commun qui avait cours sous l'Ancien Régime¹⁶³⁹. Certes, dans le cadre de la reconstruction du régime du bail emphytéotique, les juristes contemporains s'appuient sur l'idée de droit commun dans le dessein de mettre en avant des « schéma[s] d'opposition »¹⁶⁴⁰ et, notamment, pour comparer et interpréter une règle particulière par rapport à une norme à caractère plus général. Ainsi, la notion de droit commun traduit encore une méthode d'interprétation utilisée par les juges, un cadre de réflexion suffisamment flexible pour leur permettre de déterminer la meilleure solution pour le cas d'espèce considéré. Mais, la notion de droit commun recouvre également le contenu même du droit, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit générales et obligatoires¹⁶⁴¹. En effet, pour les juristes du XIX^e siècle, ces règles de l'ancien droit ne doivent pas être comprises comme une source subsidiaire. Au contraire, les juridictions suggèrent à demi-mot que ces

¹⁶³⁸ Jean-Louis Halpérin souligne d'ailleurs que « [d]e manière plus localisée, elle [la notion de *ius commune*] a continué à être utilisée au XIX^e siècle » (J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *loc. cit.*, p. 26).

¹⁶³⁹ Pour une synthèse historique sur l'idée de droit commun, voir N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.* Voir également J.-L. THIREAU, « Droit commun », *loc. cit.*, p. 445-448.

¹⁶⁴⁰ Sur ce point, voir M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La méthode du droit commun... », *loc. cit.*, p. 141-143.

¹⁶⁴¹ En cela, cette idée du droit commun est conforme à la conception retenue sous l'empire du Code civil. Sur ce point, voir D. DEROUSSIN, « Éléments pour une généalogie du livre III, titre III du Code civil », *loc. cit.*, p. 69-73 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 4-5 ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *loc. cit.*, p. 283-284.

principes ont été intégrés dans l'ordre juridique contemporain. C'est donc en tant que règles sélectionnées et réinterprétées à la lumière des besoins nouveaux qu'elles trouvent éventuellement à s'appliquer. En visant un hypothétique droit commun donc des règles peu contestables et contestées jusqu'en 1804, les juges cherchent aussi à conférer une légitimité historique à la solution nouvelle. Au début du XIX^e siècle, lors de la première phase de refondation du régime du bail emphytéotique, il n'est donc pas question d'opérer une transposition systématique de celles-ci, mais bien de choisir voire de modifier celles qui s'harmonisent le mieux avec l'esprit du droit contemporain.

D'ailleurs, une telle prudence transparaît à la lecture de la jurisprudence. Ainsi, dans une affaire elle aussi relative à la possibilité pour le preneur d'hypothéquer son droit d'emphytéose – résolue par la Cour d'appel de Douai le 15 décembre 1832 – le juge rappelle que « sous l'ancien droit, une telle concession conférait au preneur une propriété immobilière susceptible d'hypothèque »¹⁶⁴². Elle ajoute que cette règle n'a pas été modifiée, ni par le droit intermédiaire, ni par le Code civil et, dès lors, elle subsiste et trouve à s'appliquer en l'espèce. Autrement dit, parce qu'il ne contrevient pas au droit contemporain, ce principe constant dans l'ancien droit est intégré à l'ordre juridique nouveau.

Plus révélateur encore apparaît un arrêt de la chambre correctionnelle de la Cour de Grenoble en date du 27 décembre 1833. Il s'agissait pour la juridiction de se prononcer sur les modalités d'extinction d'un contrat d'emphytéose. Elle précise d'emblée qu'elle rend sa décision « d'après les anciens principes, interprétés au besoin par la jurisprudence de la cour de cassation »¹⁶⁴³. Par cette formulation, il est manifeste que certains principes de droit commun de l'Ancien Régime ont été assimilés par le droit civil mais sous réserve d'une interprétation garantie conforme à l'esprit du Code civil par la jurisprudence. En définitive, il apparaît que les juridictions semblent vouloir s'appuyer sur des règles issues d'un ancien droit commun pour compléter d'éventuelles lacunes du droit civil¹⁶⁴⁴. Elles entendent donc tenir compte et s'inspirer, en partie, du droit antérieur. Elles ne manquent pas de préciser que ces règles sont réinterprétées, c'est-à-dire assimilées, à la lumière de nouveaux enjeux politiques et sociaux. Dès lors, le juge garantit la prééminence du Code

¹⁶⁴² Douai, 15 décembre 1832, *Créanciers Huart*, S. 1833, II, p. 65.

¹⁶⁴³ Grenoble, 13 février 1833, *Bergoin c. Vargoz*, D. 1834, II, p. 73.

¹⁶⁴⁴ Cette fonction du droit commun est mise en évidence par Jean-Louis Thireau qui précise que : « la méthode du *jus commune* vise à comparer et à ajouter des règles qui se complètent et se confortent mutuellement. La dialectique subtile du droit commun et des droits particuliers permet de les appliquer cumulativement, de les rendre complémentaires bien plus qu'antagonistes » (J.-L. THIREAU, « Droit commun », *loc. cit.*, p. 446).

civil et il souligne l'importance de son propre rôle pour conformer l'ancien droit substantiel aux principes irriguant le droit contemporain.

§. 2 *Conformer l'ancien droit aux principes du Code civil, une interprétation jurisprudentielle*

En dépit des réserves des commentateurs du Code civil à l'égard de la portée de l'interprétation judiciaire, l'importance du rôle du juge du XIX^e siècle en matière de droit des biens ne peut être niée¹⁶⁴⁵. Si sa faculté d'interprétation est strictement encadrée, il demeure un auxiliaire indispensable pour éviter un vieillissement prématuré de la loi. En cas de carence des textes, il lui revient de combler ces lacunes. Pour élaborer un corps de règles homogène encadrant le bail emphytéotique, les juridictions se tournent vers le droit antérieur. En raison de certaines lacunes, le droit postrévolutionnaire n'offre pas de fondements juridiques suffisants pour consolider les règles applicables à ce contrat. L'effort jurisprudentiel de reconstruction du régime du bail emphytéotique, amorcé dès le début du XIX^e siècle, a pu être encouragé tant par la persistance de la pratique du contrat que par un des projets de Code civil qui le mentionne¹⁶⁴⁶. Ainsi, au-delà de la recherche de sources sur lesquelles adosser leurs décisions, les juges procèdent également à une réception assumée des règles de l'ancien droit afin de reconstruire le régime du bail emphytéotique (A). De surcroît, ils n'opèrent pas une simple transcription des règles du droit antérieur, mais ils tâchent de se les réapproprier à l'aune du droit contemporain (B).

A. La reprise explicite des règles de l'ancien droit

Après une première phase prudente de refondation du régime du bail emphytéotique, au cours de laquelle les juridictions ont intégré à l'ordre juridique des règles issues de l'ancien droit au cas par cas, des solutions jurisprudentielles plus audacieuses se mettent en place à partir du deuxième tiers du XIX^e siècle. En l'absence de texte législatif de portée générale relatif au bail emphytéotique, les juridictions procèdent alors à une réception explicite, mais maîtrisée.

¹⁶⁴⁵ Ainsi, les auteurs de l'École de l'Exégèse ne considèrent jamais la jurisprudence comme une source de droit, seulement comme une autorité. En ce sens, voir N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 328-338 ; M. VIDAL, « La propriété dans l'École de l'Exégèse en France », loc. cit., p. 10.

¹⁶⁴⁶ Sur ce point, voir *supra*, p. 298 et s.

La Cour de cassation initie le mouvement par un arrêt rendu le 26 juin 1822¹⁶⁴⁷. Dans cette affaire, la juridiction est amenée à se prononcer sur le point de savoir si l'emphytéote est susceptible d'exercer une action en complainte¹⁶⁴⁸. Pour y répondre, elle examine l'étendue du droit d'emphytéose. Elle rappelle les règles encadrant traditionnellement le bail emphytéotique dans l'ancien droit, avant d'accorder à l'emphytéote la faculté d'exercer les actions possessoires. Incidemment, elle ajoute que « ces dispositions des lois romaines ont été admises en France, tant en pays de droit écrit qu'en pays de droit coutumier, et que *le Code civil qui n'a pas traité de bail emphytéotique, ne les a changées ni modifiées* »¹⁶⁴⁹. Le juge de cassation s'appuie alors avec précaution sur la tradition et semble autoriser la réception des règles développées sous l'ancien droit pour régler ce contrat. Toutefois, le bail à emphytéose en question a été conclu en 1750, il est donc possible que la juridiction cherche simplement à régler une question de droit transitoire et que ces règles n'ont pas vocation à s'appliquer aux contrats constitués sous l'empire du Code civil.

Par la suite, entre 1830 et 1832, une affaire *Moreno de Mora c. Bony* permet d'éclaircir durablement le contenu du régime du bail emphytéotique. En l'espèce, une loi du 21 juin 1826 avait autorisé la concession à bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans d'un terrain du domaine public, situé entre la rue Saint-Honoré, la place des Pyramides et la rue de Rivoli, à Paris¹⁶⁵⁰. Après avoir obtenu le contrat, l'emphytéote hypothèque le droit d'emphytéose pour couvrir l'emprunt qu'il a obtenu, puis cède ce même droit à un tiers. Le nouvel emphytéote conteste la validité et les effets de l'hypothèque consentie par son prédécesseur. Le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 2 juillet 1830, donne raison au nouvel emphytéote, au détriment du créancier hypothécaire, en estimant que les biens emphytéotiques ne peuvent être grevés d'hypothèques, ce qui est infirmé par l'arrêt d'appel de la Cour royale de Paris du 10 mai 1831 qui valide, au contraire, l'hypothèque¹⁶⁵¹. L'emphytéote, qui contestait l'hypothèque, s'est alors pourvu en cassation. Or, la haute juridiction, plutôt que de se prononcer sur la seule question de l'hypothèque, décide d'élargir la discussion. Elle rend ainsi sa décision dans un arrêt du 19 juillet 1832 dans laquelle elle soutient, par un attendu de principe qui a suscité de vifs

¹⁶⁴⁷ Civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourg c. Despagnac*, S. 1822, I, p. 362.

¹⁶⁴⁸ Sur les actions possessoires, voir *infra*, p. 471 et s.

¹⁶⁴⁹ S. 1822, I, p. 366. Nous soulignons.

¹⁶⁵⁰ *Bulletin des lois du royaume de France. 8^e série*, t. IV, Paris, Imprimerie nationale, 1826, p. 423-425.

¹⁶⁵¹ D. 1831, II, p. 121, S. 1831, II, p. 153.

commentaires¹⁶⁵², que « les règles concernant l'emphytéose n'ont été ni changées, ni modifiées par le code civil »¹⁶⁵³. Autrement dit, la Cour de cassation n'entend pas seulement s'appuyer sur la tradition pour reconstruire le régime du bail emphytéotique, mais bien perpétuer le contenu même des règles reçues directement de l'ancien droit. Dès lors, la haute juridiction semble autoriser une réception en bloc du régime du contrat emphytéotique antérieur dans le nouvel ordre juridique. Par cette décision, elle ouvre une deuxième phase, plus active, de la refondation du régime du bail emphytéotique. La haute juridiction se prémunit ainsi contre les éventuelles carences de la loi en la matière. Curieusement, elle n'impose l'exigence d'importer dans l'ordre juridique des règles conformes à l'esprit du Code ou de corriger celles qui ne le sont pas.

Deux moyens principaux avaient été soulevés par les avocats des demandeurs au pourvoi. Le premier visait à démontrer que la prohibition de la perpétuité du bail emphytéotique avait modifié la nature même du contrat. Les avocats avancent que sous l'ancien droit, le droit d'emphytéose était ordinairement perpétuel¹⁶⁵⁴, raison pour laquelle il était susceptible d'hypothèque. S'il en était de même pour le droit d'emphytéose temporaire, c'était en raison des spécificités du régime hypothécaire alors en place. Toutefois, sous l'empire du Code civil, les baux emphytéotiques temporaire et perpétuel sont nettement distingués. Par conséquent, « si l'emphytéose subsiste encore, elle n'a plus de nature propre en vertu des anciens principes, suivant lesquels la perpétuité lui appartenait »¹⁶⁵⁵. Ils déduisent de ce raisonnement que ce nouveau contrat emphytéotique est désormais assimilable à un louage ordinaire et ne bénéficie donc pas d'une quelconque spécificité de régime. La seconde objection découle directement de cette affirmation. Les avocats entreprennent d'examiner l'article 2118 du Code civil qui autorise la constitution d'une hypothèque sur les biens immobiliers et l'usufruit des biens immobiliers. Or, le droit d'emphytéose n'est assimilable ni à un droit de propriété – l'emphytéote ne peut disposer ou jouir de manière absolue et perpétuelle du bien concédé (art. 543) – ni à un usufruit – l'usufruitier contrairement à l'emphytéote n'est obligé qu'à la conservation de la substance de la chose (art. 578). Cette analyse conduit les avocats à la même déduction que précédemment : le bail emphytéotique ne peut être assimilé qu'à un louage ordinaire. Ils

¹⁶⁵² Voir notamment, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 161-162, n. 51 ; A. VALETTE, *Traité des privilèges et des hypothèques...*, *op. cit.*, t. I, p. 198-199 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 646-649.

¹⁶⁵³ Req., 19 juillet 1832, *Delaunay, Briot, etc. c. Moreno de Mora et Chantereine*, D. 1832, I, p. 296, S. 1832, I, p. 531.

¹⁶⁵⁴ Une telle affirmation est contestable. En ce sens, voir *supra*, p. 101 et s.

¹⁶⁵⁵ D. 1832, I, p. 297.

espèrent ainsi réfuter le caractère *sui generis* du contrat emphytéotique. Cette entreprise apparaît cependant hasardeuse dans la mesure où le raisonnement prête le flanc à la critique et où une majorité doctrinale incline à défendre la spécificité du régime de ce contrat¹⁶⁵⁶. La Cour de cassation ne répond d'ailleurs pas à ces moyens dans son arrêt, se contentant d'affirmer la spécificité du bail emphytéotique par rapport aux autres contrats et la reprise des règles de l'ancien droit¹⁶⁵⁷.

À la suite de cet arrêt de 1832, la décision est consolidée par diverses juridictions. Ainsi, la Cour de Douai, dans une affaire similaire jugée le 15 décembre 1832, souligne que « ces règles [relatives au bail emphytéotique] n'ont point été modifiées par le code civil qui, en ne défendant point le contrat de bail emphytéotique, l'a laissé subsister avec ses effets »¹⁶⁵⁸ et rend ainsi une décision conforme à l'arrêt de la chambre des requêtes du 19 juillet précédent. De façon plus mesurée, en 1853, la chambre civile de la Cour de cassation rappelle que le bail à emphytéose « reste, en ce qui concerne sa nature et ses effets légaux, soumis aux règles non abrogées de l'ancien droit », signalant le soin de conformer les règles de l'ancien droit aux principes du Code civil¹⁶⁵⁹. Selon une formulation plus obscure, la Cour impériale de Grenoble précise, dans un arrêt rendu le 4 janvier 1860, que « le bail emphytéotique à long terme est aussi d'usage en France, même depuis le Code Napoléon, par le fait seul que ce Code ne l'a pas prohibé, et qu'il

¹⁶⁵⁶ Voir notamment P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit...*, *op. cit.*, t. III, V^o Emphytéose, p. 632-633 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 161-162, n. 51 : « Tenons donc pour constant que le bail emphytéotique subsiste aujourd'hui dans toute sa force et avec les caractères distinctifs qu'il avait dans l'ancien droit, sauf la durée ».

¹⁶⁵⁷ La jurisprudence des juridictions civiles antérieures à cet arrêt laissait déjà entrevoir en filigrane la reprise des règles de l'ancien droit relatives au bail emphytéotique. Voir, notamment, Civ., 1^{er} thermidor an XI, *Bournichon c. Thévenon*, S. 1802, II, p. 349 ; Req, 30 août 1827, *Coens c. Bouvier et consorts*, D. 1827, I, p. 500, S. 1828, I, p. 200.

¹⁶⁵⁸ Douai, 15 décembre 1832, *Créanciers Huart*, D. 1833, II, p. 195, S. 1833, II, p. 65.

¹⁶⁵⁹ Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinet*, D. 1853, I, p. 145, S. 1853, I, p. 445. Dans cet arrêt, la cour prend soin de rappeler rigoureusement ce principe car le jugement attaqué du Tribunal civil de Rouen du 20 juin 1850 avait exclu de considérer le bail emphytéotique comme un contrat *sui generis*, distinct du louage ordinaire. Elle précise ainsi : « Attendu que l'emphytéose a, sous l'empire de la législation actuelle, comme elle avait dans l'ancien droit, des caractères propres qui la distinguent du bail ordinaire ; que, loin d'être proscrite par les lois qui, en assujettissant au rachat les rentes foncières perpétuelles ou autres de ce genre, ont défendu de créer désormais aucune redevance foncière non remboursable, l'emphytéose a été expressément maintenue pour le passé et autorisée pour l'avenir par l'art. 1^{er}, tit. 1^{er}, de la loi du 18 décembre 1790, sous la seule condition de ne pas excéder une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans ; que si elle ne se trouve ni régie, ni même rappelée par aucune des dispositions du Code Napoléon, il y a à induire de ce silence, non que le principe formulé en l'art. 1^{er}, tit. 1^{er}, de la loi du 18 déc. 1790, aurait été abrogé, mais qu'elle reste, en ce qui concerne sa nature et ses effets légaux, soumise aux règles non abrogées de l'ancien droit ; qu'elle est, d'ailleurs, implicitement permise par la disposition générale de l'art. 543 du Cod. Nap., laquelle autorise à conférer sur les biens ou un droit de propriété, ou un droit de jouissance, sans déterminer ni restreindre les conditions ou l'étendue du droit qui pourrait être concédé ».

offre les mêmes caractères que l'emphytéose à perpétuité »¹⁶⁶⁰. Toujours est-il que la jurisprudence de la Cour de cassation se voit ainsi suivie et fortifiée par les juges du fond.

D'un point de vue doctrinal, les auteurs demeurent divisés sur la perspective de réinvestir les règles issues de l'ancien droit. D'un côté, poursuivant la logique de leur raisonnement, les auteurs hostiles à l'existence même du bail emphytéotique sont défavorables à toute transposition du droit d'Ancien Régime dans le droit contemporain¹⁶⁶¹. De l'autre côté, une majorité doctrinale favorable à l'emprunt de ces règles pour combler le régime lacunaire du bail à emphytéose se dégage. Ces auteurs souscrivent pleinement à la jurisprudence développée par la Cour de cassation¹⁶⁶². Jean-Baptiste Duvergier, s'il approuve une telle réception de l'ancien droit, prend davantage de précautions lorsqu'il affirme : « je le répète, il faut aujourd'hui combiner les règles puisées dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence avec celles que notre droit nouveau a consacrées, et montrer les baux emphytéotiques tels qu'ils sont, *placés sous cette double influence* »¹⁶⁶³. Il considère alors qu'il ne s'agit pas seulement de recevoir en bloc les règles issues du droit romain et réinterprétées à la lumière du droit coutumier, mais de se les réapproprier à l'aune des principes du droit contemporain. Cette réserve lui permet

¹⁶⁶⁰ Grenoble, 4 janvier 1860, *Faillite Vollot c. Chaussergue-Dubord et consorts*, D. 1860, II, p. 190, S. 1861, II, p. 125.

¹⁶⁶¹ Pour davantage de détails, voir *supra*, p. 325 et s.

¹⁶⁶² En ce sens, J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, *op. cit.*, t. II, p. 320-321 : « Sur quoi il est bon d'observer que cette loi [du 29 décembre 1790] n'ayant fait qu'assigner un terme à l'emphytéose, sans en changer autrement le caractère, c'est toujours d'après les principes de l'ancien droit qu'on doit en déterminer la nature sous tous les rapports autres que celui de sa durée et des conséquences inhérentes à cette abréviation » ; A.-M. DEMANTE, É. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, *op. cit.*, t. II, p. 408, n. 378 *bis* : « je crois, en général, que l'emploi du mot *emphytéose* indiquera l'intention d'établir le droit réel immobilier, car tel était l'effet ancien » ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 161-162 : « Tenons donc pour constant que le bail emphytéotique subsiste aujourd'hui dans toute sa force et avec les caractères distinctifs qu'il avait dans l'ancien droit, sauf la durée. C'est, au surplus, ce que la jurisprudence tend de plus en plus à établir par ses arrêts » ; A. RODIÈRE, P. PONT, *Traité du contrat de mariage...*, *op. cit.*, t. I, p. 323 : « La généralité des auteurs et les tribunaux estiment que le Code Napoléon n'a ni changé ni modifié les règles concernant l'emphytéose [...]. Ce sont là les dernières données de la science » ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 319 : « D'où il faut tirer cette conséquence qu'on fait tous les jours et que l'on peut faire valablement des baux emphytéotiques qui ont le même caractère et le même effet que ceux d'autrefois ». Par comparaison, François Laurent note que dans le droit belge, « une loi du 10 janvier 1824 a comblé la lacune qui se trouvait dans le code civil, et a maintenu l'emphytéose avec les caractères essentiels qu'elle avait dans l'ancien droit » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 410, n. 340).

¹⁶⁶³ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 145, n. 155. Nous soulignons. Cette réserve est reprise par É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 309, n. 509. On la retrouve également en filigrane chez É. PEPIN LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 351-362. De même, Paul-Lucas Championnière et Esprit Rigaud précisent que : « Le bail emphytéotique a ses règles propres dans la loi romaine. L'ancien droit français l'a accueilli, en lui reconnaissant aussi un caractère particulier ; notre droit nouveau l'a laissé prendre une place parmi ses dispositions en lui enlevant tout ce qu'il avait d'incompatible avec celles-ci et lui conservant toutefois ce qui peut cadrer avec elles » (P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement...*, *op. cit.*, t. IV, p. 220-221, n. 3070).

d'attirer l'attention sur la nécessité de préserver la cohérence de l'ordre juridique, tout en admettant l'impératif de reconstruire le régime du bail emphytéotique. Ainsi, pour la majorité, les civilistes approuvent la reprise des règles de l'ancien droit, amorcée par les juridictions dans la première moitié du XIX^e siècle.

La carence initiale du Code civil concernant le bail emphytéotique laisse une grande marge d'interprétation au juge. La jurisprudence apparaît alors, non comme un simple instrument d'exécution de la loi mais comme une autorité créatrice de droit. Malgré la méfiance révolutionnaire qui cantonne le juge au rôle de « bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁶⁶⁴, malgré le développement d'une doctrine légaliste au début du XIX^e siècle, le besoin de compléter, voire d'adapter, le Code au moyen de l'interprétation judiciaire s'impose. D'ailleurs, le rôle d'interprète du juge est rappelé par Jean-Étienne-Marie Portalis dans son *Discours préliminaire au projet de Code civil*, lorsqu'il qualifie le magistrat de « ministre de cette justice ou de cette équité »¹⁶⁶⁵. L'articulation, parfois délicate, entre les articles 4 et 5 du Code civil offre la possibilité, et même le devoir, au juge, qui développe alors une pensée novatrice, de combler les insuffisances de la loi¹⁶⁶⁶. Dès les premières années d'application du Code civil, se déploie une jurisprudence précoce et dynamique qui répond de façon pragmatique aux besoins économiques et sociaux. Cependant, le choix des juridictions de se tourner vers l'ancien droit pour encadrer le contrat emphytéotique ne constitue pas un désaveu de la codification. En effet, le Code civil se présente comme une œuvre transactionnelle¹⁶⁶⁷, dans laquelle les rédacteurs se sont

¹⁶⁶⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, L'Harmattan, 2021 (*les Classiques des Classiques*), p. 131 [livre XI. Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution, chapitre VI. De la constitution d'Angleterre] : « Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que *la bouche qui prononce les paroles de la loi* ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Nous soulignons. Montesquieu ne nie pas ici le rôle du juge, bien que cette expression ait pu être interprétée en ce sens au XIX^e siècle. Pour une analyse de cette citation, voir S. DAUCHY, « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, t. 256, 2014, p. 325-343.

¹⁶⁶⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. I, p. 475.

¹⁶⁶⁶ Pour mémoire, l'article 4 du Code civil dispose que « [l]e juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » tandis que l'article 5 prévoit qu'« [i]l est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

¹⁶⁶⁷ Dans son *Discours préliminaire au Code civil*, Jean-Étienne-Marie Portalis souligne d'ailleurs cet esprit de transaction, qui se traduit notamment par l'importance réaffirmée du rôle du juge : « La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ; et de ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. I, p. 476).

efforcés de conserver une continuité avec le droit précédent, corrigeant et amendant là où cela était nécessaire. Les magistrats, témoins de ces bouleversements juridiques et politiques, demeurent longtemps attachés à l'ancien droit, en particulier lorsque le droit nouveau n'offre pas de réponse claire à un problème juridique¹⁶⁶⁸. Ils parviennent à dépasser le silence de la loi par le retour à la législation antérieure. L'encadrement du bail emphytéotique à partir des règles de l'ancien droit, proposé par les juridictions du XIX^e siècle, constitue une illustration de ce recours à une tradition éprouvée et bien connue du monde juridique. S'appuyer ainsi sur des racines anciennes permet également de légitimer ce contrat et son régime, en dehors du Code. Si le juge s'efforce de conformer les règles relatives au bail emphytéotique à l'esprit de la législation nouvelle, cela s'accompagne de tâtonnements, notamment pour surmonter le changement de paradigme dans la conception de la propriété. Par l'adaptation de l'ancien droit au droit contemporain, il assure un ancrage au Code civil à l'épreuve du temps.

B. La réappropriation nécessaire de l'ancien droit

Dans l'ancien droit, le régime du bail emphytéotique était principalement caractérisé par trois règles, réinventées à partir des fondements romains¹⁶⁶⁹. Ainsi, l'emphytéote disposait d'une grande liberté lui permettant d'aliéner son droit par tous moyens, sans en référer au bailleur. En contrepartie, le preneur prenait à sa charge l'ensemble des risques qui étaient susceptibles de se présenter au cours de l'exécution du contrat. Enfin, le bailleur pouvait demander la résiliation en l'absence de paiement de la redevance pendant un délai de trois ans consécutifs. La jurisprudence du XIX^e siècle, souvent approuvée par une grande part de la doctrine, conserve, en partie, ces règles mais entend les dépouiller de leur vernis jugé archaïsant pour les conformer au nouvel ordre juridique.

En premier lieu, le principe selon lequel l'emphytéote peut disposer librement de son droit connaît peu de modifications. Sous l'empire du Code civil, le preneur est susceptible, pendant la durée du bail, d'aliéner librement son droit d'emphytéose par vente, échange,

¹⁶⁶⁸ Cela est mis en évidence en matière de droit des biens par Caroline Gau-Cabée (C. GAU-CABÉE, « La jurisprudence et les silences du code civil... », *loc. cit.*, p. 8-12) et en droit de la famille par Jean Hilaire (J. HILAIRE, « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^e siècle », *loc. cit.*, p. 163-170).

¹⁶⁶⁹ Ces règles sont construites à partir des trois constitutions impériales intégrées au titre *De jure emphyteotico* du Code de Justinien (C., 4, 66). Voir *supra*, p. 111 et s.

donation ou même par hypothèque ¹⁶⁷⁰. Il est largement admis que les droits de l'emphytéote sont bien plus étendus que ceux d'un preneur ordinaire¹⁶⁷¹. La seule limite reste la préservation des droits du bailleur, puisqu'il est constant que nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même. En d'autres termes, l'emphytéote peut transmettre uniquement son droit réel mais pas le fonds emphytéotique lui-même, qui demeure la propriété du bailleur. Cette borne au droit de l'emphytéote emporte deux conséquences. D'abord, le preneur ne peut céder un droit qu'il n'a plus, notamment parce qu'il l'a déjà aliéné¹⁶⁷². Ensuite, l'aliénation d'un droit d'emphytéose ne peut être consentie par une personne qui n'a pas la libre disposition de ses biens¹⁶⁷³. Les parties restent néanmoins libres, dans le contrat, de stipuler une clause qui interdit à l'emphytéote de disposer de son droit de quelque manière que ce soit. Il faut souligner que les juridictions interprètent ce type de clauses de façon restrictive¹⁶⁷⁴. Finalement, la règle de libre disposition du droit d'emphytéose par l'emphytéote ne semble pas avoir posé de difficultés particulières pour la jurisprudence, qui s'est cantonnée à reprendre un principe qui n'a jamais fait de doute dans l'ancien droit.

Seule la question de la notification et du consentement du propriétaire à l'aliénation a été soulevée par plusieurs arrêts qui n'ont finalement pas conclu à sa nécessité. Les juridictions considèrent alors de manière constante que l'accord du bailleur n'est pas une condition de validité de la cession ou de l'hypothèque du droit d'emphytéose¹⁶⁷⁵. Sur ce

¹⁶⁷⁰ Le principe de libre aliénation du droit d'emphytéose est explicitement rappelé dans Req., 19 juillet 1832, *Delaunay, Briot et autres c. Moreno de Mora et Chantereine*, D. 1832, I, p. 296, S. 1832, I, p. 531 ; Civ., 1^{er} avril 1840, *Enregistrement c. Donat-Demessine* (1^{ère} espèce) et *David c. Enregistrement* (2^{ème} espèce), D. 1840, I, p. 140, S. 1840, I, p. 433. Voir aussi É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 311, n. 518 ; A. RODIÈRE, P. PONT, *Traité du contrat de mariage...*, op. cit., t. I, p. 323, n. 395 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 432, n. 353. Pour un exemple de cession du droit d'emphytéose, voir Civ., 26 février 1810, *Forgeret et Peynot c. Giraud*, S. 1811, I, p. 69. Pour un exemple de donation du droit d'emphytéose, voir Civ., 20 décembre 1837, *Enregistrement c. époux Schnetz*, D. 1838, I, p. 47. Sur la faculté offerte à l'emphytéote d'hypothéquer son droit, voir pour davantage de détails, *supra*, p. 375 et s.

¹⁶⁷¹ Sur ce point, voir *supra*, p. 373 et s.

¹⁶⁷² Un arrêt de la chambre civile du 29 janvier 1840, *Manin c. Henrion*, le rappelle en ces termes : « Attendu que nul ne peut transmettre à un tiers plus de droits qu'il n'en a lui-même ; Attendu qu'en cédant à prix d'argent à son frère, par l'acte du 15 sept. 1833, ses droits au bail emphytéotique du 8 fév. 1817, Antoine-Jean-Marie Manin n'a pu investir Jean-François Manin de ces droits, s'il les avait déjà précédemment transférés à un autre » (D. 1840, I, p. 117). Dans le même sens, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 453, n. 371.

¹⁶⁷³ A. AMIAUD, *Traité-formulaire général...*, op. cit., t. I, V^o Bail, p. 281, n. 138.

¹⁶⁷⁴ Pour un exemple, Req., 6 mars 1861, *Syndics Vollot c. Chaussergues du Bord*, D. 1861, I, p. 417, S. 1861, I, p. 713. Pour une approche comparative, voir également Bruxelles, 15 juillet 1882, *Blaivie c. Laloyaux*, D. 1883, II, p. 102, S. 1883, IV, p. 37.

¹⁶⁷⁵ Voir notamment Req., 30 août 1827, *Coens c. Bouvier et consorts*, D. 1827, I, p. 500, S. 1828, I, p. 200 ; Req., 19 juillet 1832, *Delaunay, Briot, etc. c. Moreno de Mora et Chantereine*, D. 1832, I, p. 296, S. 1832, I, p. 531 ; Civ., 1^{er} avril 1840, *Enregistrement c. Donat-Demessine* et *David c. Enregistrement*, D. 1840, I,

point, les auteurs de doctrine apparaissent plus divisés. Certains, comme Jean-Baptiste-Victor Proudhon, s'appuient directement sur les sources romaines pour conclure à la nécessité de l'accord du bailleur à l'aliénation¹⁶⁷⁶. De plus, ces mêmes auteurs estiment que le propriétaire conserve un droit de préemption par rapport à l'acheteur potentiel. Néanmoins, une opinion majoritaire semble pencher dans le sens d'un principe de libre aliénation du droit d'emphytéose, sur la base duquel le consentement du bailleur n'est pas requis¹⁶⁷⁷. Ces civilistes prétendent s'appuyer sur la tradition de l'ancien droit qui avait abandonné le droit de préemption du bailleur. Cette dernière conception, en accord avec les solutions dégagées par la jurisprudence, s'impose. L'emphytéote peut donc, sans que le propriétaire ait à s'en plaindre, transférer, avec la plus grande liberté, à un tiers le droit que lui a concédé le bailleur. Écho au principe de liberté des conventions ou simple reprise des règles antérieures, toujours est-il que la faculté d'aliéner conserve une importance non négligeable en matière de contrat emphytéotique.

En second lieu, la règle selon laquelle l'emphytéote est tenu des cas fortuits ne semble avoir été que peu modifiée sous l'influence du droit contemporain. Cette question se présente de façon plus anecdotique que sous l'Ancien Régime, soit que la limitation de la durée du contrat réduise la survenance de risques au cours de l'exécution du contrat, soit que les circonstances économiques, politiques et sociales ne contribuent plus autant à la destruction partielle ou totale du fonds concédé à emphytéose¹⁶⁷⁸. Ainsi, Jean-Baptiste-Victor Proudhon fait état de la répartition des risques entre l'emphytéote et le bailleur, sans davantage de détails¹⁶⁷⁹. Raymond-Théodore Troplong se contente également de

p. 140 et p. 141, S. 1840, I, p. 433 et p. 436 ; Alger, 8 avril 1878, *Préfet d'Alger c. Cervera*, S. 1878, II, p. 296.

¹⁶⁷⁶ Ces auteurs se fondent sur une constitution de Justinien (C., 4, 66, 3). Voir notamment P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit...*, op. cit., t. IV, V° Locatairie perpétuelle, p. 176 ; J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, op. cit., t. II, p. 323 : « [l'emphytéote] peut, à son tour, le [son droit d'emphytéose] céder à un autre acquéreur qui lui en paiera le prix ; mais alors le contrat de cette sous-aliénation doit être préalablement communiqué au bailleur, qui les le maître rentier, et qui peut retenir le fonds et les droits du premier emphytéote pour le même prix qui est offert par le second preneur à l'acquéreur ».

¹⁶⁷⁷ Voir J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, op. cit., t. III, p. 146-147, n. 164 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 311-312, n. 518 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 147-148, n. 44-45 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 454, n. 372.

¹⁶⁷⁸ En particulier, les ravages pour cause de guerre n'occupent plus autant de place dans les écrits doctrinaux ou les décisions de justice.

¹⁶⁷⁹ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, op. cit., t. II, p. 322 ; ID., *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., t. VIII, p. 564. Voir également É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 314-315, n. 526 et n. 528 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 485-486, n. 403-404. *Contra* : P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné...*, op. cit., t. V, V° Emphytéose, p. 722, n. 8.

mentionner l'existence de la règle dans l'ancien droit¹⁶⁸⁰. Pour sa part, François Laurent précise certaines conséquences de cette règle, notamment le fait que l'emphytéote ne peut prétendre à aucune diminution de la redevance¹⁶⁸¹ ou encore qu'il n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments détruits en raison d'un cas fortuit¹⁶⁸². Quoiqu'il en soit, les auteurs du XIX^e siècle se cantonnent souvent à reprendre les solutions consacrées par la doctrine d'Ancien Régime, sans procéder à un examen approfondi de cette question.

Si la doctrine fait peu de cas de cette règle de division des risques, il arrive cependant que les juridictions aient à trancher un litige relatif à la répartition, entre le bailleur et l'emphytéote, de la prise en charge des dommages, à l'occasion d'un cas fortuit. En effet, certaines décisions font état de ce que la clause, selon laquelle les dommages qui ont lieu sur le fonds au cours de l'exécution du contrat demeurent à la charge de l'emphytéote, est habituelle dans les baux emphytéotiques. Les parties peuvent cependant toujours choisir d'y déroger par la loi du contrat¹⁶⁸³. Il s'agit d'un effet habituel du contrat emphytéotique mais à l'inverse, cette clause n'est en rien une condition nécessaire à la qualification de ce contrat. C'est ainsi que le Tribunal de la Seine, dans une décision du 16 janvier 1856, précise que « s'il est dit que le preneur ne pourra prétendre à aucune diminution de loyer ni à la résiliation du bail, pour destruction de portion de l'immeuble, quelque considérable qu'elle soit et pour quelque cause que ce soit, on ne saurait voir non plus dans cette clause, quelque qu'exorbitante qu'elle puisse être, une condition qui puisse changer la nature de l'acte »¹⁶⁸⁴. L'enjeu du jugement tendait à décider de la qualification du contrat par lequel un propriétaire avait concédé pour quatre-vingt-dix-sept ans un immeuble, moyennant une redevance annuelle indexée sur la valeur de l'immeuble et à charge de rembourser les améliorations du preneur à l'expiration du contrat. La juridiction a estimé qu'il s'agissait là d'un contrat de louage ordinaire et que la clause, prévoyant que l'ensemble des risques pèserait sur le preneur, ne modifie pas cette qualification. Par principe, les risques demeurent à la charge de l'emphytéote, cette clause n'est pas une condition suffisante pour en déduire la nature du contrat.

En dernier lieu, la règle – typique du bail emphytéotique depuis le droit romain – selon laquelle le non-paiement pendant trois ans entraîne la résiliation du contrat, connaît

¹⁶⁸⁰ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 145-146, n. 42-43.

¹⁶⁸¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 466-467, n. 385.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 486, n. 404. *Contra* : J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, t. VIII, p. 564.

¹⁶⁸³ Par exemple, Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382.

¹⁶⁸⁴ Arrêt rapporté dans Civ., 24 août 1857, *Enregistrement c. chemin de fer de Paris à Orléans*, D. 1857, I, p. 326, S. 1857, I, p. 854.

davantage d'aménagements. Certains civilistes remettent en cause la commise emphytéotique, en prétendant qu'elle n'était déjà plus mise en œuvre sous l'Ancien Régime¹⁶⁸⁵. Plus précisément, cette règle – jusque-là caractéristique du régime du bail emphytéotique – n'est pas abandonnée mais apparaît aux yeux des auteurs de l'époque contemporaine comme une déclinaison spéciale d'une cause d'extinction plus générale. Partant, les causes d'extinction du contrat emphytéotique sont mises en adéquation avec le droit des contrats postrévolutionnaire. La doctrine s'accorde sur trois causes d'extinction spécifiques à ce contrat : l'expiration du terme, la perte totale du fonds et l'inexécution des obligations (notamment l'abus de jouissance et l'absence de paiement de la redevance)¹⁶⁸⁶. Elle est, en cela, suivie par la jurisprudence¹⁶⁸⁷.

La discussion se cristallise sur le point de savoir si, lorsqu'une clause de résolution est expressément prévue dans le contrat, elle s'applique de plein droit ou par l'exercice de la volonté du bailleur. Eu égard aux décisions rendues, il semble que la solution dépende de la rédaction de ladite clause et, par conséquent, l'intervention d'un juge n'est pas toujours

¹⁶⁸⁵ Cette question est ainsi résumée dans les *Pandectes françaises* : « Dans le droit romain, cette demande de résiliation n'était admise que lorsque l'emphytéote avait laissé passer trois années sans payer la redevance : c'était la commise emphytéotique. Mais les anciens auteurs témoignent que la commise n'était pas reçue en France, au moins de droit commun. Elle n'était même pas appliquée en cas de stipulation expresse. [...] La résolution du contrat pour défaut de paiement de la redevance n'est donc plus que l'application de la condition résolutoire tacite, sous-entendue dans tout contrat synallagmatique » (H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, p. 647, n. 163). Dans le même sens, P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné...*, *op. cit.*, t. II, V^{is} Commise emphytéotique, p. 505, n. 1 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 148-152, n. 166-168 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 151, n. 46 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 477-478, n. 396.

¹⁶⁸⁶ Ces causes sont communément mentionnées par les auteurs de doctrine. Par exemple, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 147-155 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 477-489. En plus de ces causes d'extinction spécifiques au bail emphytéotique, il existe des causes de droit commun telles que la prescription ou l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ne posant pas de difficultés particulières, elles ne seront pas précisément développées ici. Pour davantage de détails, voir E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique...*, *op. cit.*, V^o Emphytéose, p. 65-68, n. 145-172.

¹⁶⁸⁷ Les juridictions admettent que l'absence de paiement de la redevance et l'abus de jouissance sont des cas particuliers de l'inexécution des obligations prévues au contrat. Pour un exemple de décision concluant à la résiliation d'un bail emphytéotique ecclésiastique pour défaut de paiement de la redevance pendant deux ans, voir Civ, 1^{er} thermidor an XI, *Bournichon c. Thévenon*, S. 1802, II, p. 351 : « en vertu d'une des clauses du contrat de 1744, ils [les bailleurs] étaient fondés à reprendre la maison dont il s'agit, eu égard au défaut absolu du paiement de la rente ». Pour un exemple d'abus de jouissance, voir Req., 30 août 1827, *Coens c. Bouvier et consorts*, D. 1827, I, p. 501, S. 1828, I, p. 200 : « Attendu, en droit, qu'en cas de violation des conditions auxquelles le bail originaire était essentiellement subordonné, et notamment en cas de détérioration notable des biens, le bailleur originaire avait l'action en résolution du même bail, et en réintégration dans la possession des biens emphytéotiques ». Pour un exemple d'expiration du bail, voir Douai 8 février 1878, *Wils-Bécuve c. Vandembourgædre*, S. 1881, II, p. 260. Pour des exemples relatifs à la résiliation du bail à emphytéose en cas de perte totale du fonds, voir *supra*, p. 426.

obligatoire¹⁶⁸⁸. Les circonstances de l'espèce peuvent amener le juge, lorsqu'il intervient, à accorder à l'emphytéote un délai pour effectuer sa sortie¹⁶⁸⁹.

Enfin, le déguerpissement, qui avait été une faculté offerte à l'emphytéote sous l'ancien droit de mettre fin de façon unilatérale au contrat, continue de s'appliquer pour les contrats conclus avant l'abolition de la féodalité¹⁶⁹⁰. En revanche, il est abandonné pour les nouveaux contrats conclus sous l'empire du droit contemporain. Institution de l'ancien droit, il ne trouve plus sa place dans le nouvel ordre juridique¹⁶⁹¹.

Par ailleurs, les effets de l'extinction du contrat demeurent sensiblement les mêmes que sous l'Ancien Régime. En raison de l'importance des droits concédés par le contrat emphytéotique, la tacite reconduction n'a pas lieu¹⁶⁹². Cette règle n'empêche pas les parties d'insérer une clause contractuelle qui prévoit le renouvellement de plein droit du contrat emphytéotique à l'expiration du terme ; la reconduction a alors lieu à condition que

¹⁶⁸⁸ Dans une décision de la chambre civile du 1^{er} thermidor an XI (20 juillet 1803), le Tribunal de cassation précise que la résolution intervient selon la loi du contrat (Civ., 1^{er} thermidor an XI, *Bournichon c. Thévenon*, S. 1802, II, p. 349). En l'espèce, la résolution est prononcée à la demande du bailleur. Voir aussi É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 315, n. 527 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 478-480, n. 397-398. Au contraire, Raymond-Théodore Troplong distingue selon que le contrat emphytéotique a été conclu avant ou après le Code civil et préconise l'application de l'article 1184 pour les contrats antérieurs au Code civil (voir R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 151-153, n. 46).

¹⁶⁸⁹ Douai 8 février 1878, *Wils-Bécuve c. Vandembourgædre*, S. 1881, II, p. 260 : « Considérant que l'emphytéose finit de plein droit à l'expiration du temps pour lequel elle a été accordée [...] ; que, cependant, en présence de l'ignorance que la défenderesse a pu avoir du titre de 1777, il y a lieu de lui accorder un délai pour effectuer sa sortie ».

¹⁶⁹⁰ Voir Grenoble, 13 février 1833, *Bergoin c. Vargoz*, D. 1834, II, p. 73 : « Attendu que, d'après les anciens principes, interprétés au besoin par la jurisprudence de la cour de cassation, et les dispositions des art. 1183 et 1194 c. civ., comme raison écrite, l'albergataire [l'emphytéote] qui ne payait pas la rente était soumis au déguerpissement des immeubles albergés ».

¹⁶⁹¹ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, op. cit., t. III, p. 160-162, n. 175 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 313 : « Autrefois, l'emphytéote pouvait se décharger du paiement de la redevance en déguerpissant, c'est-à-dire en délaissant l'immeuble ; mais il n'en serait plus de même aujourd'hui : en effet, sous l'empire de notre législation moderne, la redevance emphytéotique constitue une obligation purement personnelle, et non pas une charge du fonds ; dès lors l'emphytéote ne peut s'en affranchir par le déguerpissement » ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 150 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 480-482, n. 399. *Contra* : P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, op. cit., t. V, V^o Emphytéose, p. 722, n. 8.

¹⁶⁹² P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné...*, op. cit., t. V, V^o Emphytéose, p. 722, n. 6 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, op. cit., t. III, p. 166, n. 181 ; *Dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèques*, t. I, Paris, Bureau du journal de l'enregistrement, 1855, V^{is} Bail emphytéotique, p. 485, n. 54 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 144-145, n. 40 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 486, n. 405 ; C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement...*, t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 406, n. 111 ; A. ANDRÉ, *Dictionnaire de droit commercial, administratif et de procédure...*, op. cit., t. I, V^{is} Bail emphytéotique, p. 159, n. 10 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, op. cit., t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 648, n. 173. Pour des exemples en jurisprudence, voir Req., 14 mars 1860, *Bruat c. Bœuf*, D. 1860, I, p. 163, S. 1860, I, p. 740 ; Douai, 8 février 1878, *Wils-Bécuve c. Vandembourgædre*, S. 1881, II, p. 260.

le preneur exprime explicitement son consentement de prolonger le bail à emphytéose¹⁶⁹³. De plus, le preneur conserve la propriété entière des constructions qu'il a élevées volontairement sur le fonds¹⁶⁹⁴. Il peut même les faire disparaître avant la fin du bail. Si le bailleur les reprend à l'expiration du contrat, il doit en payer le prix. À l'inverse, le propriétaire conserve sans indemnité les constructions exécutées en application d'une clause contractuelle. En effet, il s'agit alors d'une obligation à laquelle l'emphytéote est tenue par la loi du contrat, « c'est donc se conformer à l'esprit de ce contrat que de faire retourner cet héritage au propriétaire ou à ses ayants cause avec les améliorations opérées par le preneur »¹⁶⁹⁵. Du reste, cette distinction entre les constructions volontairement édifiées et celles obligatoirement élevées est défendue par la majorité des auteurs de doctrine¹⁶⁹⁶.

En définitive, si les juges du XIX^e siècle ont identifié des règles participant du régime du bail emphytéotique en s'appuyant sur les règles issues de l'ancien droit, ces dernières ont subi, en partie, des altérations pour s'adapter au droit contemporain. Ces déformations traduisent la réappropriation de ce contrat par les juridictions, soutenues par la majorité de la doctrine. De la même manière que, sous l'Ancien Régime, les auteurs avaient réinterprété les conditions et les effets du bail emphytéotique à la lumière du droit coutumier, le juge du XIX^e siècle aménage les règles issues de l'ancien droit au regard des principes du droit positif, ce qui conduit à permettre l'absorption du bail emphytéotique dans le droit contemporain. Au surplus, à partir de ces règles éparses, les juristes s'efforcent progressivement de former un corps de règles homogène et cohérent.

¹⁶⁹³ Req., 14 mars 1860, *Bruat c. Bœuf*, D. 1860, I, p. 163, S. 1860, I, p. 740. Voir également, H.-F. RIVIÈRE et alii, *Pandectes françaises...*, op. cit., t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 648, n. 174 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 487, n. 405.

¹⁶⁹⁴ Par exemple, Req., 22 juin 1885, *Hospices de Roubaix c. Veuve Descat et autres*, D. 1886, I, p. 269, S. 1888, I, p. 131 : « Que ces constructions faites par ledit Lecomte, de son plein gré, postérieurement à sa prise de possession, lui appartenaient exclusivement ; qu'il en avait l'entière propriété et pouvait, par suite, les enlever, dans le courant de son bail, à la seule condition de ne pas dégrader l'héritage ».

¹⁶⁹⁵ Douai, 8 février 1878, *Wils-Bécuve c. Vandembourgædre*, S. 1881, II, p. 261.

¹⁶⁹⁶ Voir P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné...*, t. V, V^o Emphytéose, p. 722, n. 6 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, op. cit., t. III, p. 157-160, n. 174 et p. 163-165, n. 180 ; É. PÉPIN LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose...*, op. cit., p. 355-356 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 313, n. 524 et p. 316, n. 529 ; R.-T. TROPONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 154-155, n. 48 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 462-463, n. 381 ; C. LANSSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement...*, op. cit., t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 410, n. 134-135 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, op. cit., V^{is} Bail emphytéotique, p. 64, n. 122-123.

Section 2 La formation progressive d'un corps de règles cohérent et homogène

Dès le début du XIX^e siècle, les juridictions ont entrepris d'isoler des règles applicables au bail emphytéotique. Toutefois, cette phase d'identification ne suffit pas à constituer un véritable régime juridique, propre au contrat emphytéotique. Le régime juridique peut se définir comme « un système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière [...], soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles », en d'autres termes comme « un corps cohérent de règles »¹⁶⁹⁷. Le régime d'un contrat doit ainsi offrir les moyens de régler les opérations nécessaires à sa réalisation, c'est-à-dire encadrer sa formation, son exécution et son extinction. Par conséquent, pour parler d'un régime du bail emphytéotique, il est indispensable de mettre en évidence un ensemble de règles qui forment un tout cohérent et homogène, donc un corps de règles qui dépasse l'énumération clairsemée de normes pour composer un ensemble structuré et spécifique à ce contrat.

Tout au long du XIX^e siècle, l'impulsion du juge est déterminante pour dégager un tel corps de règles. La reconstruction du régime du bail emphytéotique apparaît comme une œuvre consciente entreprise par la jurisprudence et soutenue par la doctrine (§1). Par la suite, dans la seconde moitié du siècle, le législateur tente de s'en emparer mais, en raison d'une instabilité politique chronique, il ne parvient à consacrer un régime légal applicable au contrat emphytéotique qu'avec une loi finalement adoptée le 25 juin 1902 (§2).

§. 1 Une reconstruction jurisprudentielle et doctrinale

À l'époque contemporaine, dans le silence de la loi, les juridictions jouent un rôle clé dans la refondation du régime du bail emphytéotique. Le juge, par son interprétation, dégage les règles qui lui sont applicables et contribue ainsi à dire – donc, du fait de la rareté des dispositions législatives, à créer – du droit. Pour cela, il lui est possible, peu à peu, de s'appuyer sur des règles de portée générale qu'il met en évidence. Les magistrats établissent plusieurs règles de droit d'origine jurisprudentielle qui se caractérisent par leur généralité et qui servent de référence à d'autres jugements¹⁶⁹⁸. Ainsi, la règle qui fait jurisprudence déclare le droit et fait autorité. Par ailleurs, et même si elle connaît de

¹⁶⁹⁷ *Vocabulaire juridique*, éd. G. CORNU, *op. cit.*, V° Régime, p. 785.

¹⁶⁹⁸ Voir C. GAU-CABÉE, « La jurisprudence et les silences du code civil... », *loc. cit.*, p. 3-21 ; F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 148-174.

nombreuses difficultés au cours du XIX^e siècle pour assurer sa suprématie, le rôle de la Cour de cassation s'accroît¹⁶⁹⁹. Le bail emphytéotique bénéficie de cette évolution qui permet aux juges d'opérer une systématisation de son régime, en identifiant des règles de portée générale (A). Cette refondation est consolidée par les auteurs de doctrine qui tentent d'élaborer un véritable régime du bail emphytéotique, à partir du corpus de règles reconnu par la jurisprudence (B).

A. L'apport des juridictions à la systématisation du régime

Le travail de reconstruction progressive du régime des baux emphytéotiques se réalise principalement à partir du deuxième tiers du XIX^e siècle. Auparavant, les juridictions sont essentiellement accaparées par les questions relatives à l'abolition de la féodalité¹⁷⁰⁰. À partir des années 1830, les litiges relatifs à des baux emphytéotiques conclus sous l'empire du Code civil se font plus nombreux que ceux relatifs à des contrats soumis à l'ancien droit. Désormais, la rupture avec la féodalité est, au moins pour partie, consommée et le besoin d'encadrer par des règles claires et spécifiques ces contrats se fait prégnant. Ainsi, au cours du XIX^e siècle, lorsque les juridictions rendent des décisions relatives au bail emphytéotique, il ne s'agit pas seulement de trancher un litige pour un cas d'espèce particulier. Bien souvent, il est question de dégager des règles qui relèvent d'un régime homogène et ordonné de ce contrat. Les solutions rendues se présentent alors comme des règles de portée générale, susceptibles de s'appliquer à l'ensemble des baux emphytéotiques. De plus, les juridictions ne se contentent pas d'abstraire les règles qui composent le régime de ces contrats, elles les répètent régulièrement, à l'occasion du contentieux qui survient¹⁷⁰¹.

Il est ainsi possible de mettre en évidence plusieurs cas qui rendent comptent de la méthode utilisée par les juges pour constituer ce corps de règles spécifique au bail emphytéotique. Le juge s'appuie sur de nombreux attendus de principe par lesquels il formule des règles avec un degré certain de généralité. En ce sens, il faut relever que la

¹⁶⁹⁹ Sur ce point, J.-L. HALPÉRIN, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, éd. O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, Paris, Rouen, LGDJ, Publications de l'Université de Rouen, 2001 (*La pensée juridique*), p. 151-163.

¹⁷⁰⁰ Sur ce point, voir *supra*, p. 290 et s.

¹⁷⁰¹ C'est par l'abstraction et la répétition que se forme la règle jurisprudentielle. Ces deux caractères sont régulièrement rappelés : voir C. GAU-CABÉE, « La jurisprudence et les silences du code civil... », *loc. cit.*, p. 17 ; P. RÉMY, « La part faite au juge », *loc. cit.*, p. 32 ; F. ZÉNATI, *La jurisprudence, op. cit.*, p. 102-104 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé...*, *op. cit.*, p. 197-201.

Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts qui visent à énoncer des règles abstraites qui encadrent les droits et obligations de l'emphytéote¹⁷⁰². Dans le silence des textes, il s'agit d'établir et d'explicitier les règles applicables à l'ensemble des contrats emphytéotiques. La haute juridiction réalise alors une opération intellectuelle, par laquelle elle s'extrait du cas d'espèce pour généraliser sa solution, ce qui la conduit à développer un encadrement normatif propre au bail emphytéotique. Il faut également souligner que la Cour de cassation n'est pas la seule juridiction à opérer une interprétation des textes en vue d'énoncer une règle générale puisque les cours d'appel, voire les tribunaux de première instance, en proposent également¹⁷⁰³. Toutefois, de telles interprétations manquent souvent

¹⁷⁰² Parmi de nombreux exemples, voir notamment Req., 30 août 1827, *Coens c. Bouvier et consorts*, D. 1827, I, p. 501, S. 1828, I, p. 200 : « Attendu, en droit, qu'en cas de violation des conditions auxquelles le bail originaire était *essentiellement* subordonné, et notamment en cas de *détérioration notable* des biens, le bailleur originaire avait l'*action en résolution* du même bail, et en *réintégration* dans la possession des biens emphytéotiques ; que cette action était *réelle, directe, immédiate* contre un *tiers*-possesseur quelconque des mêmes biens ; qu'elle ne pouvait aucunement être *entravée* par les contrats *particuliers* passés entre les différents *sous-bailleurs* et *sous-preneurs*, auxquels le bailleur originaire aurait été entièrement étranger » (souligné par le recueil) ; Req., 19 juillet 1832, *Delaunay, Briot et autres c. Moreno de Mora et Chantereine*, D. 1832, I, p. 299, S. 1832, I, p. 535 : « Attendu que les règles concernant l'emphytéose n'ont été ni changées, ni modifiées par le code civil ; Que les lois lui ont toujours attribué un caractère particulier ; que ce contrat n'a jamais été confondu avec le contrat de louage ; Que, suivant la législation encore existante, le preneur a le droit, pendant toute la durée de l'emphytéose, d'exercer l'action *in rem* contre ceux qui le troublent dans sa possession et contre le bailleur lui-même ; qu'un tel droit est immobilier et que l'emphytéote a la faculté de disposer de tout ce qu'il possède à ce titre, par vente, échange ou donation et par affectation hypothécaire, sauf les droits du bailleur » ; Civ., 1^{er} avril 1840, *Enregistrement c. Donat-Demessine*, D. 1840, I, p. 141, S. 1840, I, p. 435 : « Attendu que, dans l'état actuel de la législation et depuis l'homologation du code civil, l'effet propre et particulier du bail emphytéotique est d'opérer la translation et l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose ; que le premier possède comme propriétaire l'immeuble qui lui est transmis pour un temps déterminé ; qu'en cette qualité de propriétaire, il peut, pendant la durée du bail emphytéotique, disposer de cette propriété, par vente, cession, échange et même l'hypothéquer, le tout sauf l'exercice des droits du bailleur à l'expiration de l'emphytéose ; Qu'il suit de là que le bail emphytéotique est réellement un acte translatif de propriété d'un bien immeuble ; qu'à ce titre, il est soumis au droit proportionnel établi sur tous les actes qui sont de nature à opérer une translation de propriété de biens immeubles, et que la cession que le preneur fait de ses droits, étant de même nature, est nécessairement soumise au même droit » ; Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinet*, D. 1853, I, p. 145, S. 1853, I, p. 445 : « Attendu que l'emphytéose, sous l'empire de la législation actuelle, comme elle avait, dans l'ancien droit, des caractères propres qui la distinguent du bail ordinaire ; que, loin d'être proscrite par les lois, qui, en assujettissant au rachat les rentes perpétuelles ou autres de ce genre, ont défendu de créer désormais aucune redevance foncière non remboursable, l'emphytéose a été expressément maintenue pour le passé et autorisée pour l'avenir par l'art. 1 du titre 1 de la loi des 18-29 déc. 1790, sous la seule condition de ne pas excéder une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans ; que si elle ne se trouve ni régie ni même rappelée par aucune des dispositions du code Napoléon, il y a à induire de ce silence, non que le principe formulé en l'art. 1 du tit. 1 de la loi des 18-29 déc. 1790 aurait été abrogé, mais qu'elle reste, en ce qui concerne sa nature et ses effets légaux, soumise aux règles non abrogées de l'ancien droit ; qu'elle est, d'ailleurs, implicitement permise par la disposition générale de l'art. 543 c. nap., laquelle autorise à conférer sur les biens ou un droit de propriété ou un droit de jouissance, sans déterminer ni restreindre les conditions ou l'étendue du droit qui pourrait être concédé ; Attendu que les caractères essentiels de l'emphytéose se manifestent dans un bail ayant pour objet la concession d'un terrain pendant un long temps, et pour but l'amélioration de ce terrain, à l'effet, par le preneur, d'en jouir d'une manière absolue, moyennant une modique redevance et sous la condition de ne pouvoir en aucun cas être dépossédé par le propriétaire ou ses ayants droit tant que la redevance sera exactement payé ».

¹⁷⁰³ Par exemple, Trib. Paris, 2 juillet 1830, *Moreno de Mora c. Bony*, S. 1830, II, p. 216 : « Attendu que l'art. 2118 Cod. civ., a déterminé quels étaient les seuls biens susceptibles d'hypothèques. Que les art. 517 et

d'unité dans la mesure où toutes les juridictions inférieures ne font pas toujours prévaloir la même solution pour un litige similaire¹⁷⁰⁴.

Cependant, l'effort d'abstraction auquel procèdent les juridictions est insuffisant à lui seul pour ancrer durablement le régime du bail emphytéotique. La répétition de la règle consacrée achève de lui donner un caractère contraignant. Il n'est pas rare que la Cour de cassation ou les juridictions inférieures fassent référence directement ou indirectement à une décision rendue antérieurement. Dès lors, elles contribuent à asseoir le caractère obligatoire de la solution en question. Par exemple, le principe de libre aliénation du droit d'emphytéose par le preneur est régulièrement rappelé par les juridictions, selon des formulations qui peuvent légèrement différer¹⁷⁰⁵. De même, la jurisprudence relative aux droits de mutations que l'emphytéose doit acquitter apparaît stable¹⁷⁰⁶. Le juge affirme aussi périodiquement la faculté dont bénéficie l'emphytéote de pouvoir défendre son droit en justice et ses modalités¹⁷⁰⁷. Les illustrations pourraient être multipliées. La récurrence

suiv., 526 et 543 ont expliqué quels biens étaient immeubles et quelle nature de droits l'on pouvait avoir sur les biens ; Que de la combinaison de ces divers articles, il résulte que la jouissance d'un terrain à titre d'emphytéose n'est point comprise dans les seuls biens qui, d'après la loi, peuvent être grevés d'hypothèque ; qu'en effet, on ne peut appliquer à cette jouissance tout ce qui est réglé par le Code civil, soit quant aux immeubles, soit quant à l'usufruit » ; Paris, 10 mai 1831, *Moreno de Mora c. Bony*, D. 1831, II, p. 121, S. 1831, II, p. 154 : « Considérant que le droit d'hypothèque résulte de la nature de l'emphytéose, qui ne peut être assimilée à un contrat de louage, et qui confère tout à la fois une jouissance usufruitière à longues années, et une co-propriété entre le bailleur et le preneur ; que la propriété des biens donnés à emphytéose est divisée en deux parties, dont l'une est transmise au preneur, avec faculté, pendant la durée de son droit, d'en disposer par vente, donation et affectation hypothécaire, à la charge des droits du bailleur ; Considérant que les motifs qui ont fait admettre, en faveur de l'emphytéose, le droit d'hypothéquer, sont les mêmes sous l'empire du Code civil, qui ne contient aucune disposition qui ait dérogé aux lois et aux principes antérieurs, et qui ait changé le caractère de l'emphytéose ».

¹⁷⁰⁴ Par exemple, un jugement du Tribunal de la Seine du 24 mars 1836, *Labie c. Enregistrement* (D. 1837, III, p. 32), assimile les droits de mutation dus en cas de bail emphytéotique à un bail ordinaire tandis qu'un jugement du Tribunal de Lille du 9 octobre 1838, *Wallaert et Desmons c. Enregistrement* (D. 1839, III, p. 104), conclut au paiement de droits d'enregistrement identiques à ceux dont l'usufruitier doit s'acquitter.

¹⁷⁰⁵ Voir notamment Douai, 15 décembre 1832, *Créanciers Huart*, S. 1832, II, p. 65 ; Paris, 3 février 1836, *Trésor public c. Testard*, D. 1836, II, p. 76, S. 1836, II, p. 147 ; Civ., 11 novembre 1861, D. 1861, I, p. 444, S. 1862, I, p. 91 ; Civ., 26 janvier 1864, *Dorient de Bellegarde c. Calvet et Mostolat*, D. 1864, I, p. 83, S. 1864, I, p. 91 ; Alger, 8 avril 1878, *Préfet d'Alger c. Cervera*, S. 1878, II, p. 296.

¹⁷⁰⁶ Par exemple, Civ., 6 mars 1850, *Enregistrement c. Ducatel*, D. 1850, I, p. 129, S. 1850, I, p. 210 ; Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinet*, D. 1853, I, p. 145, S. 1853, I, p. 445 ; Civ., 24 août 1857, *Enregistrement c. chemin de fer de Paris à Orléans*, D. 1857, I, p. 326, S. 1857, I, p. 854.

¹⁷⁰⁷ Voir notamment Civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourd c. Despagnac*, S. 1822, I, p. 362 ; Civ., 24 août 1857, *Enregistrement c. chemins de fer de Paris à Orléans*, D. 1857, I, p. 326, S. 1857, I, p. 854 ; CE, 1^{er} avril 1869, *Ardoin et compagnie c. ville de Paris*, D. 1870, III, p. 68, S. 1870, II, p. 166 ; Req., 17 novembre 1873, *Conca c. Colonna et consorts*, D. 1874, I, p. 221. Le juge rappelle également régulièrement la répartition des compétences entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative pour les litiges relatifs au bail emphytéotique : CE, 22 janvier 1808, *Holley de Ronville c. les hospices de Rouen*, S. 1816, II, p. 308 ; CE avis, 1^{er} mars 1808, S. 1808, II, p. 134 ; CE, 30 janvier 1828, *Legay de Lavigne*, D. 1828, III, p. 17 ; CE, 26 juillet 1837, *Austruy c. Dassier*, D. 1838, III, p. 127, S. 1838, II, p. 41 ; CE, 30 juin 1846, *État c. Royaux et hospices de Poitiers*, D. 1847, III, p. 18 ; CE, 9 février 1869, *Congrégation d'Ernemont*, D. 1870, III, p. 95, S. 1870, II, p. 95 ; CE, 30 décembre 1869, *Congrégation d'Ernemont*, S. 1871, I, p. 80.

de ces solutions permet ainsi de consolider la stabilité et la pérennité des règles encadrant le bail à emphytéose dans le droit contemporain.

Ainsi, il ressort de l'analyse de ces décisions de justice que les juges s'emploient à identifier des règles abstraites, auxquelles ils font régulièrement référence. Au-delà de ces deux caractères d'abstraction et de répétition, une certaine unité ressort de ce corpus d'arrêts.

La Cour de cassation se trouve être l'acteur privilégié de ce mouvement jurisprudentiel. La loi du 1^{er} avril 1837 qui fait obligation aux cours d'appel de se conformer à la décision de la Cour de cassation après un deuxième renvoi tend d'ailleurs à renforcer son autorité et à asseoir la hiérarchie judiciaire¹⁷⁰⁸. Une telle mesure reconnaît le pouvoir d'interprétation de la loi par les juges de cassation et répond à l'impératif d'uniformiser la jurisprudence. Pourtant, la portée de ce texte doit être nuancée. Jusque dans les années 1870, il n'est pas rare que la Cour de cassation rencontre des difficultés pour imposer son interprétation, tant parmi les cours inférieures¹⁷⁰⁹ que parmi les auteurs de doctrine¹⁷¹⁰. Pourtant, à la marge de cette tendance générale, en matière de bail emphytéotique, il faut souligner que l'autorité de la Cour de cassation ne semble pas tant sujette à remise en cause¹⁷¹¹. Pour l'essentiel, les arrêts de la haute juridiction forment des décisions qui font référence pour les décisions rendues postérieurement. La grande stabilité dans le régime du bail emphytéotique permet sans doute d'expliquer que les arrêts de la Cour de cassation fassent souvent jurisprudence. Puisqu'en-dehors des règles incompatibles avec le Code civil, le régime du contrat emphytéotique est hérité de l'ancien droit, les juges peuvent s'appuyer sur une longue tradition qui fait peu débat. La Cour de cassation acquiert, alors, un rôle central pour éviter, autant que faire se peut, les contradictions au sein de ce régime et combler les lacunes des textes législatifs.

¹⁷⁰⁸ Loi du 1^{er} avril 1837, relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XXXVII, p. 83-88).

¹⁷⁰⁹ Sur ce point, L. SOULA, « Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la cour de cassation. Le Chaos de la jurisprudence au XIX^e siècle », *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XXe siècles)*, éd. J. KRYNEN, J.-C. GAVEN, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2012 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 17), p. 417-436.

¹⁷¹⁰ J.-L. HALPÉRIN, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », *loc. cit.*, p. 157-158.

¹⁷¹¹ À la marge, et avant 1837, il existe des flottements notamment dans les litiges concernant l'identification de baux emphytéotiques entachées de féodalité. La Cour de cassation considère ainsi que le paiement d'un droit de lods et ventes constitue un droit censuel et donc un indice de l'existence du vice de féodalité (Cass., 30 mai 1809, *Delmasse c. Réculot*, S. 1810, I, p. 255), au contraire de la Cour d'appel de Colmar (Colmar, 1^{er} juillet 1814, *Diemer c. ville de Strasbourg*, S. 1814, II, p. 457). Par ailleurs, les règles applicables en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble concédé à bail emphytéotique affirmées par la Cour de cassation font l'objet d'une remise en cause par la Cour d'appel de Rouen (voir *infra*, p. 485 et s.).

Les juridictions élaborent également un système complet en articulant le droit spécial du bail emphytéotique avec le droit commun. Par exemple, la Cour de cassation fait valoir les principes généraux du droit des successions, notamment l'égalité entre les héritiers, à la transmission à cause de mort d'un contrat emphytéotique¹⁷¹². De même, elle applique l'adage *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* à l'emphytéote¹⁷¹³. Par ailleurs, les juridictions appliquent au bail emphytéotique le droit commun de la preuve¹⁷¹⁴. Ainsi, le juge s'appuie sur les principes généraux, irriguant le droit contemporain, pour régler le cas particulier du contrat emphytéotique. En faisant ce lien entre droit commun et droit spécial, il s'assure de fournir les moyens de régler les litiges qui se présentent en la matière.

Par conséquent, les juridictions contribuent à cristalliser un corps de règles homogène et cohérent applicable à l'ensemble des baux emphytéotiques. Au cours de ce processus, elles abandonnent certaines règles en vigueur sous l'ancien droit – comme la faculté de déguerpissement offerte à l'emphytéote – ou les adaptent, permettant ainsi l'intégration de ce contrat dans le droit contemporain¹⁷¹⁵. Sous l'inspiration des règles de l'ancien droit mais dans l'esprit du Code civil, la jurisprudence est donc parvenue à proposer des solutions posant les bases d'un régime juridique complet et assurant la sécurité juridique des cocontractants en l'absence de texte législatif. Dès lors, ces règles identifiées et sanctionnées par la jurisprudence suffisent, par elles-mêmes, à encadrer le bail emphytéotique. En 1878, la Cour d'Alger résume l'opinion générale en affirmant que, pour trancher un différend concernant un bail à emphytéose, il lui suffit « de constater un état général de la doctrine et de la jurisprudence auquel elle donne sa pleine adhésion »¹⁷¹⁶, indiquant par cette formulation que l'action conjointe des juges et des auteurs suffit à faire naître des règles contraignantes. Elle souligne, dans le même temps, que les commentateurs du Code civil contribuent à leur échelle à la reconstruction du régime du bail emphytéotique.

¹⁷¹² Notamment, Civ. 13 novembre 1807, S. 1808, I, p. 62.

¹⁷¹³ Par exemple, Civ., 29 janvier 1840, *Manin c. Henrion*, D. 1840, I, p. 117.

¹⁷¹⁴ Par exemple, Angers, 21 août 1851, *Héritiers Lefort et Boisdron c. Hospices de Saumur*, D. 1852, II, p. 17, S. 1851, II, p. 673.

¹⁷¹⁵ Pour davantage de détails sur l'assimilation des règles issues de l'ancien droit dans le droit contemporain, voir *supra*, p. 417 et s.

¹⁷¹⁶ Alger, 8 avril 1878, *Préfet d'Alger c. Cervera*, S. 1878, II, p. 296.

B. Une consolidation doctrinale inachevée

Au XIX^e siècle, la doctrine et la jurisprudence entretiennent des rapports privilégiés¹⁷¹⁷. En effet, le succès des solutions jurisprudentielles est, en partie, assuré par l'examen doctrinal dont elles bénéficient. Ce lien entre doctrine et jurisprudence est d'autant plus solide que les auteurs du XIX^e siècle exercent souvent à la fois en tant que professeur et praticien¹⁷¹⁸. Certes, ils sont plus souvent avocats que magistrats¹⁷¹⁹ néanmoins, ce cumul des fonctions de pratique judiciaire et d'enseignement leur confère toute légitimité pour connaître et faire connaître les solutions jurisprudentielles. D'ailleurs, dans les manuels ou traités de droit civil, une place conséquente ne manque pas d'être réservée aux décisions de justice. Les auteurs de ces ouvrages prennent ainsi acte des règles que les juridictions appliquent aux baux emphytéotiques. Dans certains cas, ils approuvent les solutions proposées par le juge, souvent car elles renforcent leurs propres développements¹⁷²⁰. Dans d'autres cas, ils réprovent les décisions jurisprudentielles¹⁷²¹. En toute hypothèse, les civilistes ne se contentent pas de constater l'existence de telles décisions, ils les interprètent, ce qui permet d'en expliciter le raisonnement et les fondements juridiques,

¹⁷¹⁷ Sur les rapports entre le juge et le docteur, voir P.-N. BARENOT, *Les recueils de jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 183-219 ; P.-N. BARENOT, N. HAKIM, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini*, t. 41, 2012, p. 251-297 ; P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 (*Méthodes du droit*), p. 69-167 ; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 237-250 ; F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 247-261 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF (*Thémis, Droit privé*), 2002, p. 298-300. En outre, selon Jean Rivero : « Entre elle [la Jurisprudence] et la Doctrine, pourtant, il ne semble pas qu'il y eût de malentendu fondamental. De part et d'autre, on s'accordait sur les bases d'une collaboration jugée nécessaire : au juge de dire le Droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible » (J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, p. 99). Voir aussi P. BELLET, « Rapport de synthèse », *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées italiennes de Florence, 1980*, t. XXXI, éd. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Paris, Economica, 1982, p. 7.

¹⁷¹⁸ C'est le cas, par exemple, de Jean-Baptiste-Victor Proudhon, Claude Étienne Delvincourt, Antoine-Marie Demante, Charles-Bonaventure-Marie Toullier, Charles Demolombe, Charles Aubry, Charles-Frédéric Rau ou encore Joseph-Émile Labbé. Sur les rapports institutionnels entre l'École et le Palais, voir C. JAMIN, « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », *Mélanges Christian Mouly*, t. I, Paris, Litec, 1998, p. 72-73.

¹⁷¹⁹ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁷²⁰ Notamment, sur la reconnaissance d'un droit d'emphytéose réel immobilier et susceptible d'hypothèque (A.-M. DU CAURROY, É. BONNIER, J.-B.-P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 47 ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 314-325, n. 14) ou encore sur la sanction en cas de constitution d'emphytéose perpétuelle sous l'empire du Code civil (A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 69, n. 78).

¹⁷²¹ Une partie de la doctrine critique ainsi le particularisme du bail emphytéotique par rapport au bail ordinaire, défendu par la jurisprudence (V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil...*, *op. cit.*, p. 385 ; A. VALETTE, *De la propriété...*, *op. cit.*, p. 22 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 648-649 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, *op. cit.*, t. I, p. 659, n. 1103 ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage...*, *op. cit.*, t. I, n. 10).

ainsi que d'en mesurer la portée. Ils s'emploient également à articuler les éventuels mouvements de jurisprudence contradictoires, dans le but d'éclaircir la matière. En ce sens, la note d'arrêt qui se développe au XIX^e siècle est éminemment révélatrice de ce rôle du jurisconsulte¹⁷²². Plus précisément, en matière de bail emphytéotique, certaines notes d'arrêt qui font la synthèse des solutions jurisprudentielles rendues jouent un rôle important dans la construction et la connaissance du régime du bail emphytéotique¹⁷²³.

De plus, la doctrine opère une rationalisation et une systématisation des décisions de justice qui viennent en clarifier le sens général parmi la multitude des litiges tranchés. Les civilistes s'appuient sur la jurisprudence pour dégager le régime du contrat emphytéotique. Ils proposent une analyse synthétique, généralement à la suite de l'exposé du louage, qui s'organise souvent autour d'un même plan en quatre temps : existence, conditions, effets et extinction du contrat¹⁷²⁴. Par conséquent, ils mettent à disposition un régime complet du bail emphytéotique, élaboré à partir de l'articulation entre les rares textes législatifs, les décisions de justice et les opinions des juristes contemporains. Les fonctions de connaissance, d'interprétation et de systématisation des décisions rendues par le juge, exercées par le jurisconsulte, aboutissent à un dialogue entre ces deux acteurs du droit. En ce qui concerne le bail emphytéotique, il est possible de saisir les effets de l'impulsion doctrinale sur les juges et, à l'inverse, des solutions jurisprudentielles sur la réflexion des docteurs. Par exemple, la proposition de Raymond-Théodore Troplong, alors commissaire du gouvernement, de qualifier de quasi-domaine le droit d'emphytéose dans ses écrits est reprise par plusieurs arrêts¹⁷²⁵. Cette illustration fournit un exemple typique de l'influence

¹⁷²² Sur la note d'arrêt, voir par exemple C. JAMIN, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 37, 1992, p. 247-267 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé...*, *op. cit.*, p. 110-120 ; J. CARBONNIER, « Note sur des notes d'arrêts. Chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du Doyen René Savatier au Dalloz », *D.* 1970, p. 137-139.

¹⁷²³ Par exemple, à propos des droits de mutation, voir la note anonyme sous Civ., 6 mars 1850, *Enregistrement c. Ducatel*, *S.* 1850, I, p. 210 ou encore à propos de la durée et de la transmission du bail emphytéotique, voir la note d'Antoine-Auguste Carette, avocat, sous Angers, 21 août 1851, *Lefort et Boisdron c. hospices de Saumur*, *S.* 1851, II, p. 673.

¹⁷²⁴ Voir par exemple, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 105-162 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 304-317 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 410-489. Il convient de préciser que, contrairement à la majorité de la doctrine, François Laurent examine le bail emphytéotique dans le titre relatif à la propriété. Par ailleurs, le plan indiqué est également celui retenu par la plupart des thèses datant de la fin du XIX^e siècle et consacrées au bail emphytéotique (par exemple, E. FRANÇOIS, *De l'emphytéose*, *op. cit.* ; G. TOCILESCO, *L'emphytéose en droit romain, en droit français et en droit roumain*, *op. cit.* ; M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain, sous l'ancien droit et sous l'empire du Code civil*, *op. cit.*). Voir aussi la courte synthèse de A. RODIÈRE, P. PONT, *Traité du contrat de mariage...*, *op. cit.*, t. I, p. 323, n. 395.

¹⁷²⁵ Voir l'analyse de Raymond-Théodore Troplong : R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 131-137, n. 32. Cette qualification est reprise en particulier par : Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Lévesque*, *D.* 1845, I, p. 105, *S.* 1845, I, p. 382 ; Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, *D.* 1861, I, p. 444, *S.* 1862, I, p. 91. Pour davantage de détails, voir *supra*, p. 359 et s.

de la doctrine sur les décisions judiciaires. Inversement, Jean-Charles Persil, dans la première édition du *Régime hypothécaire*, passe sous silence la possibilité pour l'emphytéote d'hypothéquer le droit qui lui a été concédé. Il change d'opinion dans les éditions suivantes et admet expressément avoir été convaincu par les arguments développés par les juridictions¹⁷²⁶. Ainsi, le rôle de la doctrine dans l'émergence d'un véritable régime du bail emphytéotique apparaît central, dans la mesure où ces auteurs sont à même d'expliquer et de systématiser les solutions jurisprudentielles.

Toutefois, l'importance des apports doctrinaux dans la refondation du régime du bail emphytéotique doit être nuancée puisque la contribution des auteurs est principalement systématique, moins substantiel ou dogmatique. L'effort d'actualisation du droit reste, bien souvent, l'apanage des juridictions qui, confrontées à la nécessité de trancher les litiges auxquels elles font face, s'emploient à orchestrer la rénovation du bail à emphytéose. La lecture des sources doctrinales met en évidence deux constats, soulignant la faiblesse de leurs apports. D'un côté, la doctrine reste parfois imperméable aux créations jurisprudentielles ; de l'autre côté, les commentateurs du Code civil proposent peu d'innovations propres à renouveler ce contrat et les modernisations que certains suggèrent peuvent apparaître comme des créations intellectuelles déconnectées des impératifs économiques et politiques.

En premier lieu, il arrive qu'une part de la doctrine ne prenne pas toute la mesure d'un renouvellement jurisprudentiel. Un commentateur anonyme le souligne en regrettant que certains civilistes continuent de définir le bail emphytéotique du droit contemporain de la même façon que leurs prédécesseurs de l'ancien droit¹⁷²⁷. Il fait ainsi valoir qu'une partie de la doctrine est restée indifférente aux évolutions jurisprudentielles relatives à ce contrat, ce qui conduit à affaiblir la portée de ces décisions¹⁷²⁸. Il ajoute, à propos de l'effort de clarification et de définition du juge, qu'« [o]n devrait s'en féliciter, en présence de l'arbitraire qu'on est exposé à rencontrer dans la solution des questions, encore assez

¹⁷²⁶ J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 314-323, n. 15. Par comparaison, voir ID., *Régime hypothécaire ou commentaire sur le dix-huitième titre du livre troisième du Code Napoléon, relatif aux privilèges et hypothèques ; contenant les Décisions Ministérielles ; la Jurisprudence de la Cour de Cassation ; les Arrêts et Jugemens des Cours et Tribunaux de l'Empire ; Suivi des Formules des Bordereaux nécessaires pour les Inscriptions*, Paris, P. Gueffier, 1809, p. 125-133.

¹⁷²⁷ Voir note sous Civ., 24 août 1857, *Enregistrement c. chemin de fer de Paris à Orléans*, D. 1857, I, p. 326.

¹⁷²⁸ En effet, une partie de la doctrine continue, à la suite des juriconsultes de l'Ancien Régime, de ne voir que deux caractères essentiels au bail emphytéotique : la longue durée et le démembrement de propriété. Par exemple, J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, t. I, p. 102-103, n. 97 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 74, n. 80.

fréquentes, qui s'élèvent sur cette matière, à défaut de définition législative du contrat emphytéotique. Mais les auteurs ne se sont pas associés à la théorie de la cour de cassation »¹⁷²⁹. Or, en l'absence de cadre légal, les divergences d'opinions entre les auteurs de doctrine et la jurisprudence laissent persister des incertitudes sur les conditions et les effets du bail à emphytéose, qui nuisent à la sécurité juridique des contractants et à la prévisibilité du droit en la matière. Certes, une opinion doctrinale demeure l'expression d'un point de vue isolé ; il n'empêche que des discordances généralisées avec la pratique judiciaire nuisent à la stabilité et à la lisibilité des règles de droit.

En second lieu, il est possible de constater un détachement de certains auteurs vis-à-vis des solutions dégagées par la jurisprudence, qui s'explique par plusieurs facteurs. D'abord, la jurisprudence, bien qu'examinée et interprétée par ces auteurs, n'est pas considérée comme une source de droit mais une simple autorité¹⁷³⁰. Dès lors, il leur est d'autant plus aisé de s'en défaire. Ensuite, il n'est pas rare que les civilistes du XIX^e siècle continuent de commenter les règles héritées de l'ancien droit¹⁷³¹. Cette méthode souligne la difficulté pour une partie des commentateurs du Code civil de s'affranchir des modèles du passé. Chez certains d'entre eux, les références aux juriconsultes prestigieux qui les ont précédés, notamment les commentaires de droit romain de Jean Domat et Robert-Joseph Pothier, viennent certes soutenir leur propos mais ils occultent aussi en partie les transformations subies par le bail emphytéotique¹⁷³². Inspirés par un système juridique dans lequel les conditions et les effets du bail emphytéotique étaient adaptés à des besoins économiques, sociaux et politiques différents et spécifiques à l'Ancien Régime, une partie des auteurs peinent à s'affranchir de ce cadre de réflexion. De surcroît, lorsqu'ils y parviennent, il n'est pas rare que les innovations qu'ils proposent ne concordent pas avec le nouvel ordre juridique instauré par le Code civil. Au XIX^e siècle, la force de proposition de la doctrine demeure limitée¹⁷³³. Néanmoins, les auteurs ne renoncent pas à énoncer certains changements, notamment en matière de bail emphytéotique. Certains d'entre eux ne

¹⁷²⁹ D. 1857, I, p. 327.

¹⁷³⁰ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 328-338.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 133-134.

¹⁷³² Par exemple, Jean-Baptiste-Victor Proudhon affirme que la notification de l'emphytéote au bailleur en cas d'aliénation constitue une condition de validité, en dépit d'une jurisprudence établie très tôt sur cette question (J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, op. cit., t. II, p. 323). Certains auteurs évoquent encore le défaut de paiement de la redevance pendant trois ans comme une cause spéciale d'extinction du bail emphytéotique, alors qu'il s'agit désormais d'une application du droit commun (par exemple, E. NAQUET, *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement...*, op. cit., t. I, p. 269, n. 177). En revanche, d'autres auteurs se détachent des auteurs d'Ancien Régime (voir par exemple, C. AUBRY, C-F. RAU, *Cours de droit civil français...*, op. cit., t. II, p. 638-644 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, op. cit., p. 3^o4-306).

¹⁷³³ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 366-373.

correspondent ni à la tendance jurisprudentielle, ni aux besoins exprimés par les particuliers. Ainsi, le refus d'une partie de la doctrine de consentir à l'existence même du bail emphytéotique jusque tard dans le siècle en constitue un exemple manifeste¹⁷³⁴. Par-là, ces auteurs nient la réalité de la pratique notariale. De la même façon, l'opinion défendue par Raymond-Théodore Troplong selon laquelle le droit du locataire ordinaire serait un droit réel est révélatrice d'une de ces innovations qui ne sont pas corroborées par la jurisprudence¹⁷³⁵. Indirectement, Raymond-Théodore Troplong rapproche indiscutablement le louage ordinaire du bail emphytéotique et contribue à brouiller la notion et son régime.

Tout au long du XIX^e siècle, le rôle de la doctrine apparaît nécessaire pour la reconstruction du régime du bail emphytéotique. Par leurs analyses, les commentateurs du Code civil diffusent et systématisent les solutions jurisprudentielles, transformant des règles éparpillées en un véritable corps homogène et cohérent. Toutefois, cette consolidation de l'œuvre jurisprudentielle opérée par la doctrine demeure inachevée, jusqu'à ce que le législateur, par une loi du 25 juin 1902 ne consacre finalement un régime pour le contrat emphytéotique.

§. 2 *Une consécration légale tardive*

Après la promulgation du Code civil en 1804, diverses lois spéciales autorisent la conclusion de certains baux emphytéotiques¹⁷³⁶. Au-delà de mesures circonstanciées, il apparaît souhaitable d'élaborer un encadrement législatif plus général de ce contrat, dans un souci de simplification, d'intelligibilité et de cohérence du droit. Au cours du XIX^e siècle, le droit rural connaît un développement considérable qui accentue ses spécificités par rapport au droit civil, à tel point que la nécessité de le codifier se fait jour¹⁷³⁷. Dès lors, à défaut de trouver une place dans le Code Napoléon, la volonté politique et la nécessité économique d'élaborer un Code rural offrent l'opportunité de

¹⁷³⁴ Sur ce point, voir l'analyse réalisée *supra*, p. 325 et s.

¹⁷³⁵ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 54-61, n. 4-9. Voir également *supra*, p. 360.

¹⁷³⁶ En particulier, une loi du 21 juin 1826 (*Bulletin des lois du royaume de France. 8^e série*, t. IV, Paris, Imprimerie nationale, 1826, p. 423-425), une loi du 28 juin 1829 (*Bulletin des lois du royaume de France. 8^e série*, t. X, Paris, Imprimerie nationale, 1829, p. 513-515) et une loi du 21 avril 1832 (*Bulletin des lois du royaume de France. 9^e série*, t. IV, Paris, Imprimerie royale, 1833, p. 263).

¹⁷³⁷ Voir É. BEGUIN, « Code civil 1804-2004 – Droit rural. Vers une autonomie de plus en plus marquée », *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, éd. A. WIJFFELS, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 377-389.

synthétiser les règles qui gouvernent le bail à emphytéose. La préparation de ce code s'accompagne toutefois d'aléas politiques et juridiques qui compromettent son adoption. Ainsi, une lente maturation qui se prolonge pendant une grande partie du XIX^e siècle préside à la consécration légale du régime du bail emphytéotique (A). Finalement, la loi du 25 juin 1902¹⁷³⁸ confirme pour l'essentiel les règles entérinées par la jurisprudence (B).

A. Une lente maturation

En abolissant le système féodal, la législation révolutionnaire a indirectement amorcé un mouvement de transformation de ce qui peut être considéré aujourd'hui comme du droit rural. Dès 1790, l'Assemblée constituante ordonne la préparation d'un Code rural, pensé pour garantir le droit de propriété nouvellement proclamé. Le projet, initialement très ambitieux, débouche sur l'adoption du décret des 28 septembre-6 octobre 1791 concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, connu improprement sous l'appellation de « Code rural »¹⁷³⁹. Ce texte, de portée modeste dans la mesure où son contenu initie seulement le mouvement de modernisation du droit rural, n'aborde pas la question du contrat emphytéotique¹⁷⁴⁰.

Durant le premier Empire, la volonté omniprésente de codifier s'étend également au droit rural¹⁷⁴¹. La principale difficulté réside dans le fait qu'en la matière les usages locaux demeurent vivaces¹⁷⁴². Le respect des spécificités territoriales est ainsi au cœur des préoccupations des praticiens locaux¹⁷⁴³. Au-delà des résistances régionales, la codification des usages locaux – en raison de leur foisonnement et de leur diversité – se révèle

¹⁷³⁸ Ce texte constitue l'une des onze lois composant le Code rural. Pour davantage de détails, voir *infra*, p. 444.

¹⁷³⁹ Duvergier, 2^{ème} éd., t. III, p. 376-392. Pour une analyse de ce décret, voir F. FORTUNET, « Le code rural ou l'impossible codification », *AHRF*, t. 247, 1982, p. 95-112.

¹⁷⁴⁰ Sur la portée de ce décret, voir J.-B. PEROT, *Le Code rural de 1791, commenté & expliqué, d'après la jurisprudence et l'opinion des auteurs, avec une introduction sur les conditions de la propriété territoriale sous le régime féodal*, Reims, Matot-Braine, 1865, p. XXIII-XXIV.

¹⁷⁴¹ R. CABRILLAC, *Les codifications, op. cit.*, p. 276.

¹⁷⁴² Par exemple, dans les Landes, le métayage demeure encadré par les usages locaux jusqu'à la fin du XIX^e siècle : F. DUPUY, « Usages locaux et métayage dans la Grande Lande », *Une France coutumière. Enquête sur les "usages locaux" et leur codification (XIX^e-XX^e siècles)*, éd. L. ASSIER-ANDRIEU, Paris, CNRS, 1990, p. 143-164.

¹⁷⁴³ En particulier au sein des cours d'appel consultées sur le projet de Code rural de 1808 : Y.-F. LE LAY, F. PERMINGEAT, « Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIX^e-XX^e siècles), *Géocarrefour*, t. 83, 2008, p. 45-55.

problématique et explique, en partie, les ajournements répétés dans la préparation d'un Code rural¹⁷⁴⁴.

Un premier projet, élaboré par une commission présidée par Joseph de Verneilh-Puyraseau († 1839), est achevé en 1808¹⁷⁴⁵. Face aux vives critiques essuyées par ce texte, Joseph de Verneilh-Puyraseau prépare un second projet qu'il présente en 1814 devant la chambre des députés. Contrairement à la première version, ce texte prévoit quelques dispositions relatives au bail emphytéotique¹⁷⁴⁶. Le rédacteur, s'il rappelle le silence du Code civil sur ce contrat, considère « convenable, ou dans l'intérêt de l'agriculture, de conserver dans notre législation rurale cette espèce de contrat »¹⁷⁴⁷. Le projet tente de réaliser une synthèse entre l'héritage de l'ancien droit, les principes révolutionnaires et l'esprit du droit contemporain¹⁷⁴⁸. Dans la mesure où les règles de l'ancien droit ne portent pas atteinte à la conception de la propriété défendue par le Code civil, elles sont conservées intactes. Il en est ainsi pour un certain nombre de dispositions du projet de 1814. Notamment, de même que sous l'Ancien Régime, l'emphytéote détient un droit de jouissance et de disposition très étendu (article 5). Cependant, il ne peut prescrire contre son bailleur (article 4). De plus, en vertu de l'obligation d'amélioration inhérente au contrat, le preneur ne peut détériorer le fonds concédé sans sanction (article 6). Enfin, il est tenu des cas fortuits (article 7). Par ailleurs, la limitation de la durée du contrat emphytéotique instaurée par la loi de 1790 est également reprise dans le projet (article 1^{er}). Le rédacteur s'est efforcé de concilier ces dispositions avec l'esprit du Code civil, soit en renvoyant directement (article 5), soit en prévoyant des garanties supplémentaires pour protéger le droit de propriété. En particulier, l'article 9 emprunte à l'ancien droit la règle

¹⁷⁴⁴ Souligné par J. LAFARGUE, « Le maniement du droit dans la France rurale du 19^e siècle. Sur l'efficacité symbolique de champs juridiques incertains », *Ruralia*, t. 15, 2004, n. 1. Voir également F. FORTUNET, « Uniformité du droit et usages locaux. L'économie juridique des contrats agraires en France au XIX^e siècle », *Exploiter la terre...*, *op. cit.*, p. 167-172 ; S. ABERDAM, « Histoire des "usages locaux", 1789-1924. Ambiguïtés, discontinuités, guide d'exploitation », *Une France coutumière...*, *op. cit.*, p. 49-53.

¹⁷⁴⁵ Sur le projet de Code rural de 1808, voir M. VIALARD, « La critique du projet de Code rural de 1808 par la commission consultative de Toulouse », *Identités méridionales : entre conscience de soi et visions de l'autre. Actes du 126^e congrès des sociétés historiques et scientifiques, « Terres et hommes du Sud », Toulouse, 2001*, éd. P. GUILLAUME, Paris, éditions du CTHS, 2003 (*Actes du Congrès national des sociétés savantes*, 126), p. 59-72. Sur le rédacteur, voir S. ABERDAM, « Profil d'un Codificateur. L'expérience révolutionnaire de Verneilh-Puyraseau (1756-1839), rédacteur du projet de Code Rural de 1814 », *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, *Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986*, t. I, éd. M. VOVELLE, Paris, PUF, 1988, p. 205-218.

¹⁷⁴⁶ Livre Ier, titre V, chapitre 5.

¹⁷⁴⁷ J. DE VERNEILH-PUYRASEAU, *Observations des commissions consultatives sur le projet de code rural, recueillies, mises en ordre et analysées, avec un plan de révision du même projet : en vertu d'autorisation de s. exc. le ministre de l'Intérieur*, t. III, Paris, Imprimerie impériale, 1811, p. 624.

¹⁷⁴⁸ Le projet de Joseph de Verneilh-Puyraseau consacre un chapitre de dix articles au bail emphytéotique. Il est rappelé dans son intégralité et mis en parallèle avec les sources d'inspiration du rédacteur dans l'Annexe 3.

selon laquelle faute de paiement de la redevance pendant trois ans consécutifs, le bail emphytéotique pourra être résilié en justice à l'initiative du bailleur. Néanmoins, cet article ajoute que si l'emphytéote ne s'est pas acquitté de sa dette dans le délai octroyé par le juge, le contrat sera automatiquement résolu. Par conséquent, la protection du droit de propriété est renforcée, au détriment de l'emphytéote.

Au cours de la discussion devant les chambres des représentants, le projet est toutefois abandonné. Prévaut alors le sentiment qu'il est préférable de réglementer le droit rural par des lois spéciales sur certaines matières que par un code trop général¹⁷⁴⁹. Quand bien même ce projet n'a pas eu de suite, il importe de relever que le législateur ne rejette plus en bloc le contrat emphytéotique. Il envisage même d'insérer les règles régissant son régime dans le droit codifié. À partir de ce moment et tout au long du XIX^e siècle, l'élaboration d'une législation relative au bail à emphytéose continue d'être associée à la préparation d'un Code rural.

Divers projets, propositions, consultations, enquêtes ou rapports voient le jour dans la première moitié du XIX^e siècle, tels que le projet du député Claude-Joseph Lalouette († 1829), la proposition du baron Louis-Bertrand-Pierre Brun de Villeret († 1845) ou encore une commission sur les vices rédhibitoires en 1834, sans qu'aucun ne parvienne à relancer le mouvement de codification¹⁷⁵⁰. De plus, les instabilités politiques et les nombreux bouleversements constitutionnels ne forment pas un cadre propice à la préparation d'un Code rural. L'idée semble même abandonnée à la suite de la révolution de 1848.

Sous le Second Empire, le Sénat donne l'impulsion nécessaire pour relancer le projet de Code rural qui est remis en discussion dès 1854¹⁷⁵¹. Reprenant la division adoptée dans la loi de 1791 puis dans le projet de Joseph de Verneilh-Puyraseau, ce texte est organisé autour de trois axes : le régime du sol, le régime des eaux et la police rurale. Le Conseil d'État est chargé de la rédaction mais, alors que seuls les deux premiers axes ont fait

¹⁷⁴⁹ Sur ce point, voir F. FORTUNET, « Le code rural ou l'impossible codification », *loc. cit.*, p. 111-112. Ce sentiment perdure par la suite : voir notamment dans l'exposé des motifs du projet de Code rural présenté devant le Sénat en 1876 (*JO*, 31 octobre 1876, p. 7800).

¹⁷⁵⁰ L'ensemble de ces tentatives est rappelé dans l'exposé des motifs du projet de loi sur le Code rural, présenté au Sénat lors de la séance du 13 juillet 1876 (*JO*, 31 octobre 1876, p. 7799-7801).

¹⁷⁵¹ Le Sénat agit alors sur le fondement de l'article 30 de la constitution des 20-21 décembre 1851 : « Le sénat peut, dans un rapport adressé au Président de la République, poser les bases des projets de loi d'un grand intérêt national » (*Le Moniteur universel*, 15 janvier 1852, p. 78). Sur ce nouveau projet de Code rural, voir S. ABERDAM, *Aux origines du Code rural, 1789-1900, un siècle de débats* [étude dactyl.] Nantes, INRA, 1981, p. 52-55.

l'objet d'une discussion, le processus est paralysé en 1870, à la suite de la chute de l'empereur Napoléon III († 1873)¹⁷⁵². Sur la base de ce projet inachevé, notamment en reprenant le plan tripartite, la discussion est relancée sous la Troisième République¹⁷⁵³. Plutôt que d'affronter la difficulté de préparer un code général et unique, le choix est fait de scinder l'effort de codification en plusieurs lois spéciales. Il s'agit à nouveau d'un travail au long cours puisque les discussions relatives à l'encadrement du bail emphytéotique s'éternisent entre 1876 et 1902, date à laquelle une loi spéciale consacre finalement son régime¹⁷⁵⁴. Ce texte fait partie d'un ensemble de onze lois qui devaient permettre d'aboutir à l'élaboration d'un Code rural¹⁷⁵⁵. Il faut, toutefois, attendre 1955 pour qu'un tel code – c'est-à-dire un ensemble unique de dispositions juridiques ordonnées et cohérentes, régissant le droit rural – soit finalement adopté.

Le rappel historique des conditions dans lesquelles a été élaborée la législation rurale au XIX^e siècle met en évidence les difficultés pour réaliser une synthèse des règles juridiques applicables à la matière¹⁷⁵⁶. La préparation de la législation relative au bail emphytéotique illustre particulièrement ce constat et plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette lente maturation législative.

Tout d'abord, il est notable que les discussions parlementaires relatives au bail emphytéotique émaillent le XIX^e siècle, ce qui souligne le fait que l'encadrement de ce contrat demeure une préoccupation constante. Si la codification du droit civil au début du XIX^e siècle a pu apparaître comme une occasion manquée de régler le bail à

¹⁷⁵² Sur l'arrêt des discussions relatives au projet de Code rural en 1870, voir S. ABERDAM, *Aux origines du Code rural...*, op. cit., p. 62.

¹⁷⁵³ *JO*, 31 octobre 1876, p. 7801.

¹⁷⁵⁴ *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. CII, p. 414-417. Paradoxalement, après des travaux préparatoires extrêmement longs, cette loi a été adoptée par le Sénat dans l'urgence et sans discussion (RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, op. cit., p. 39).

¹⁷⁵⁵ Cet ensemble de lois a été voté entre 1881 et 1902. Outre la loi du 25 juin 1902, il s'agit des lois suivantes : loi du 20 août 1881 relative au Code rural (chemins ruraux) (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXXI, p. 355-362), loi du 20 août 1881 relative au Code rural (chemins et sentiers d'exploitation) (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXXI, p. 363), loi du 2 août 1884 sur le Code rural (vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques) (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXXVI, p. 178-187), loi du 4 avril 1889 sur le Code rural (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXXIX, p. 127-128), loi du 9 juillet 1889 sur le Code rural (titres 2 et 3) (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXXIX, p. 259-261), loi du 19 juillet 1889 sur le Code rural (titre 4) (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXXIX, p. 364-366), loi du 22 juin 1890 ayant pour but de modifier le titre II du Code rural (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XC, p. 135-140), loi du 31 juillet 1895 portant modification aux lois du 21 juillet 1881 et 2 août 1884, relatives aux ventes et échanges d'animaux domestiques (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XCV, p. 300-304), loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XCVIII, p. 147-158), loi du 21 juin 1898 sur le Code rural (Livre III : De la police rurale) (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XCVIII, p. 357-375).

¹⁷⁵⁶ Sur ce point, voir F. FORTUNET, « Le code rural ou l'impossible codification », loc. cit., p. 111-112 ; S. ABERDAM, *Aux origines du Code rural...*, op. cit., p. 78-80.

emphytéose¹⁷⁵⁷, quelques décennies plus tard, les civilistes ne doutent plus de la nécessité de codifier les règles qui lui sont applicables¹⁷⁵⁸. D'ailleurs, la multiplication de thèses ou de monographies consacrées au bail emphytéotique à partir des années 1850, et plus encore des années 1870, témoigne du regain d'intérêt pour ce sujet et des nombreuses réactions aux propositions et projets successifs de loi¹⁷⁵⁹. Malgré le besoin pressant de légiférer pour clarifier cette question et se défaire des doutes que le Code civil a fait naître, il semble difficile de faire émerger un consensus. Ainsi, l'examen de la question s'éternise sans trouver d'épilogue.

Ensuite, cette législation doit respecter une certaine cohérence avec les dispositions insérées dans le Code civil. Le Code Napoléon a notamment posé des principes généraux relatifs à la propriété et il régleme certaines institutions qui sont à la confluence du droit civil et du droit rural¹⁷⁶⁰. Dès lors, même si le Code rural reste un ensemble autonome, il est nécessaire de prendre en considération l'esprit du Code civil, pour protéger l'unité de l'ordre juridique. Pour ce qui concerne le bail emphytéotique, dans le silence du Code, il reste malaisé de formuler des règles qui vont, sinon à l'encontre, du moins déforment l'œuvre napoléonienne conçue comme une constitution civile. Il faut alors attendre la fin des années 1850 et les années 1860, c'est-à-dire sous le Second Empire soucieux de

¹⁷⁵⁷ Voir *supra*, p. 319 et s.

¹⁷⁵⁸ Par exemple, en 1883, Georges Tocilescu souligne que : « La nécessité de réglementer législativement une institution aussi utile au point de vue économique, que l'emphytéose, ne pouvait pas échapper à l'attention du gouvernement français ; aussi, une place importante a été donnée dans le projet du Code rural, à ce contrat » (G. TOCILESCU, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 347).

¹⁷⁵⁹ Voir É. PÉPIN-LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, *op. cit.* ; C. KERN, *De emphyteusi. Droit français. De l'emphytéose*, *op. cit.* ; L. CASSIN, *Du bail emphytéotique*, *op. cit.* ; L. BELLIER DU CHARMEIL, *Étude sur le droit emphytéotique et les albergements*, *op. cit.* ; H. FAUCHE, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, *op. cit.* ; A. DE SARRIEU, *Du bail emphytéotique en droit romain et en droit français*, *op. cit.* ; M. GOURAINCOURT, *Droit romain : de l'emphytéose. Droit français : du bail à ferme*, Paris, A. Parent, 1874 ; L. GEOFFRAY, *De l'emphytéose*, *op. cit.* ; L. MILLY, *Étude sur l'emphytéose en droit romain. Étude sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée en droit français*, Paris, Derenne, 1875 ; C. ABADIE, *De l'emphytéose en droit romain. Du bail à ferme en droit français*, Toulouse, P. Privat, 1876 ; C. GUYOT, *Des droits d'emphytéose et de superficie*, *op. cit.* ; J. HELLIOT, *Étude sur l'emphytéose en droit romain et en droit français*, *op. cit.* ; F. ROBIOU, *De l'emphytéose (droit romain et droit français)*, *op. cit.* ; A. ROURE, *L'emphytéose*, *op. cit.* ; E. SIBOULET, *De l'emphytéose (droit romain). Des cours d'eau qui ne sont pas du domaine public (droit français)*, Poitiers, 1879 ; E. FRANÇOIS, *Essai sur l'emphytéose*, *op. cit.* ; G. TOCILESCU, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose, en droit romain, en droit français et en droit roumain*, *op. cit.* ; A. GRANGE, *De la perte et des dégradations de la chose en matière de louage et d'emphytéose, en droit romain. Risques locatifs, spécialement d'après la loi du 5 janvier 1883, en droit français*, Paris, Moquet, 1884 ; M. JOUSSET, *De l'emphytéose en droit romain, sous l'ancien droit, et sous l'empire du code civil*, *op. cit.* ; A. MENARD, *De l'emphytéose (droit romain). De l'administration et de l'aliénation des biens meubles des incapables*, Paris, A. Rousseau, 1885 ; G. BROCARD, *De l'emphytéose en droit romain. De la responsabilité du locataire d'immeuble en cas d'incendie (droit français)*, Paris, A. Giard, 1891 ; G. DUFOUR, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, *op. cit.*

¹⁷⁶⁰ Par exemple, le Code civil consacre un chapitre au bail à cheptel (art. 1800 à 1831) ou encore une disposition à la vaine pâture (art. 648).

poursuivre l'œuvre du Premier Empire, pour qu'une critique libérale du Code Napoléon se fasse véritablement jour, ouvrant la porte à un renouvellement de la législation en matière de droit rural¹⁷⁶¹.

Enfin, de façon épisodique, les événements politiques font passer au second plan le besoin de légiférer sur le contrat emphytéotique. Il apparaît d'autant moins urgent de se pencher sur la question que la jurisprudence est bien établie et constante depuis le milieu du siècle¹⁷⁶². Dès lors, les cocontractants bénéficient d'une sécurité juridique suffisante. Pour preuve, lorsque la loi du 25 juin 1902 vient finalement encadrer le régime du bail emphytéotique, elle se limite, pour l'essentiel, à confirmer la jurisprudence antérieure.

B. Une confirmation de la jurisprudence antérieure

La loi du 25 juin 1902 est une codification à droit constant. Sur le fond, et hormis quelques exceptions, ce texte corrobore la jurisprudence élaborée tout au long du XIX^e siècle. Pourtant, en 1876, la première version du projet de loi laissait augurer de profonds changements dans l'appréhension du bail emphytéotique. Défini par la jurisprudence depuis un demi-siècle comme un contrat par lequel un propriétaire concède un droit réel, immobilier et susceptible d'hypothèque à un preneur, pendant une durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, le bail à emphytéose est distinct de la vente et du louage. Or, le projet de loi va à l'encontre de cette conception et confond le bail emphytéotique avec le bail ordinaire. Dès l'ouverture de la discussion devant le Sénat en 1882, Henri de Gavardie déplore le fait que les rédacteurs n'aient pas jugé bon de proposer une définition de ce contrat¹⁷⁶³. Il remarque au surplus que le projet assimile les baux ordinaires de longue durée et le bail emphytéotique, ce qui lui semble en contradiction tant avec la tradition qu'avec la jurisprudence. Les débats montrent que, si la commission de rédaction a opté pour une telle assimilation, ce n'est pas tant pour remettre en cause la nature du droit d'emphytéose que pour écarter tout risque d'un retour des baux perpétuels¹⁷⁶⁴. À l'issue d'une discussion houleuse, l'assimilation entre bail ordinaire et

¹⁷⁶¹ Ce renouveau dans la pensée juridique est souligné par F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 55-56. Ces auteurs estiment que le renouvellement de la culture juridique est encore plus marqué à partir des années 1870, avec le passage du Second Empire à la Troisième République (*ibid.*, p. 111-114).

¹⁷⁶² Les rares incertitudes jurisprudentielles qui demeurent au cours du XIX^e siècle sont étudiées en détails dans le chapitre suivant. Voir *infra*, p. 484 et s.

¹⁷⁶³ *JO*, 24 janvier 1882, p. 22-23.

¹⁷⁶⁴ *JO*, 11 février 1882, p. 59. Émile Lenoël propose à cette occasion de définir le droit d'emphytéose comme un « droit de transformation » (*ibid.*, p. 63). Sur la nature du droit d'emphytéose, Jean Pointin note

bail emphytéotique est finalement abandonnée, au profit d'un encadrement strict de la durée du second¹⁷⁶⁵. Cette controverse met en évidence un premier enjeu majeur de la loi du 25 juin 1902 : la garantie du droit de propriété. Cet impératif ressort plus encore à l'occasion de la discussion d'autres dispositions controversées.

Cet enjeu surgit en première lecture, en 1882, lorsqu'est posée la question de savoir si « quelle que fût la durée du bail emphytéotique, le preneur aurait toujours le droit d'établir ces servitudes et ces hypothèques, droits réels, et de porter ainsi, dans une certaine mesure, atteinte à la propriété elle-même »¹⁷⁶⁶. Le rapporteur, Charles-Hippolyte Ribière († 1885), qui soulève cette difficulté, ajoute que la loi du 23 mars 1855 impose aux parties de transcrire tous les baux immeubles de plus de dix-huit ans¹⁷⁶⁷. Il s'inquiète alors de la sécurité juridique et de la protection des intérêts des tiers.

Sur le premier point, la question de savoir si l'emphytéote est ou non susceptible de consentir des servitudes sur le fonds emphytéotique divise les sénateurs (article 9)¹⁷⁶⁸. Cette possibilité offerte à l'emphytéote n'apparaît pas dans le projet de loi initial : elle a été ajoutée par la commission chargée de son examen. Le sénateur Henri de Gavardie estime que cette faculté ne devrait pas être permise à l'emphytéote ou qu'au minimum, le consentement du propriétaire devrait être requis¹⁷⁶⁹. Il soutient que seul le bailleur, réel propriétaire, peut créer des servitudes, car il bénéficie du « droit d'établir des modifications fondamentales sur cette propriété »¹⁷⁷⁰. De plus, le sénateur des Landes considère qu'une telle règle contredit l'article 7 de la même loi qui prévoit que l'emphytéote ne peut faire aucun changement relatif à la nature du fonds. Il prétend que consentir une servitude

que la loi de 1902 confirme la jurisprudence (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902 relative à l'emphytéose*, *op. cit.*, p. 32-33) mais il considère également que la loi « ne détermine pas d'une façon suffisamment précise quels sont les caractères essentiels du contrat qu'elle régit » (*ibid.*, p. 79). De manière moins critique, Raïnoff constate la consécration de la jurisprudence antérieure (RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 44).

¹⁷⁶⁵ Le détail de cette discussion a été analysé plus haut à l'occasion de l'examen de la durée du bail emphytéotique dans le droit contemporain. Pour davantage de détails, voir *supra*, p. 339 et s.

¹⁷⁶⁶ *JO*, 27 janvier 1882, p. 30.

¹⁷⁶⁷ Art. 2 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire : « Sont également transcrits, 1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ; 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ; 3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale ; 4° *Les baux d'une durée de plus de dix-huit années* ; 5° Tout acte ou jugement constatant, même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LV, p. 63). Nous soulignons.

¹⁷⁶⁸ La numérotation des articles a passablement changé entre la première version du projet et la loi finalement votée. Les numéros des articles rappelés dans ces développements sont ceux de la loi finale promulguée le 25 juin 1902, et non ceux des projets intermédiaires.

¹⁷⁶⁹ *JO*, 24 janvier 1882, p. 26-27.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 27. Jean Pointin estime que cette disposition a le mérite de prévenir toute controverse (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 134), tandis que pour Georges Tocilescu ou Raïnoff, il s'agit d'une mention superflue (G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 355-356 ; RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 113-114).

constitue un changement radical. En réponse, le rapporteur fait valoir la tradition car « l'ancien droit sans conteste, le droit romain, et l'ancien droit français accordaient cette faculté à l'emphytéote (sic) »¹⁷⁷¹. Il ajoute que cette faculté peut s'avérer nécessaire pour assurer une bonne administration du fonds. Au terme de cette discussion, cette disposition est renvoyée devant la commission qui, prenant acte de cette controverse, propose la rédaction d'un nouvel article 9 dans lequel il est précisé que la servitude ne peut excéder la durée du bail et que l'emphytéote est tenu d'informer le bailleur¹⁷⁷². La nouvelle rédaction met fin au débat par l'adoption de l'article. Cette discussion souligne que, même si la règle antérieure est maintenue, le souci de préserver les intérêts du propriétaire demeure au centre des préoccupations du législateur.

À propos de l'hypothèque, le débat est relancé à l'occasion de l'examen en deuxième lecture de l'article 1^{er} du projet par le Sénat¹⁷⁷³. Principalement, l'alinéa 1^{er}, qui prévoit que « [l]e bail emphytéotique des biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque », suscite des critiques de la part du sénateur Jules Bozérian († 1893). Il souligne que cet article consacre la faculté pour l'emphytéote d'hypothéquer le droit qui lui a été concédé. Il estime que le droit de propriété du bailleur en est menacé et réclame de préciser explicitement dans la loi que le privilège du bailleur prime le droit d'hypothèque du preneur. Charles Griffé († 1895) lui répond qu'insérer une telle disposition spéciale est parfaitement inutile, dans la mesure où il suffit d'appliquer le droit commun du bail ordinaire. Il ajoute que, puisque le bail emphytéotique apparaît selon le texte comme une déclinaison du bail ordinaire, « les principes généraux du droit et les dispositions spéciales qui sont insérées dans le projet répondent surabondamment »¹⁷⁷⁴ à cette préoccupation, sans qu'il soit besoin de préciser davantage. La majorité de l'assemblée se range à cet avis. La discussion souligne, une fois de plus, que la garantie du droit de propriété constitue un leitmotiv du législateur.

En outre, les parlementaires ne sont pas uniquement soucieux de préserver le droit de propriété, ils entendent également garantir l'intérêt de l'État. Cet enjeu ressort particulièrement au cours de la discussion relative à la perception des droits de mutation, qui fait naître quelques oppositions. Étonnamment, le système adopté en deuxième lecture par le Sénat diffère de manière notable de celui que les sénateurs avaient adopté en

¹⁷⁷¹ *JO*, 24 janvier 1882, p. 27.

¹⁷⁷² *JO*, 27 janvier 1882, p. 29-30.

¹⁷⁷³ *JO*, 11 février 1882, p. 66-67.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 67.

première lecture, sans que ce changement ne suscite de discussion. La première version prévoyait que le bail emphytéotique serait purement et simplement assimilé au bail immeuble ordinaire sur cette question. La deuxième version assimile toujours le bail emphytéotique au contrat de louage pour les droits d'enregistrement et de transcription mais pour les droits de mutations, il est désormais soumis à la loi du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798), qui assujettit les baux de longue durée à un impôt spécifique et plus élevé¹⁷⁷⁵. Néanmoins, lors de la deuxième délibération du Sénat sur ce projet, le sénateur Émile Labiche († 1922) propose un amendement pour fractionner le paiement des droits d'enregistrement, de transcription et de mutation¹⁷⁷⁶. Il espère ainsi atténuer le changement de système de perception des droits et alléger les charges du contribuable. Le sénateur présente cet amendement comme une mesure d'équité et se fonde sur la loi du 23 août 1871 qui le prévoit pour les baux ordinaires¹⁷⁷⁷. Il estime alors qu'il s'agit d'appliquer le régime de droit commun. Il se heurte néanmoins à l'opposition du ministre des finances, Léon Say († 1896). Ce dernier fait valoir des difficultés d'ordre pratique qui pourraient rendre malaisé le recouvrement de l'impôt s'il était fractionné¹⁷⁷⁸. En effet, il souligne que pour un bail de longue durée, tel que le bail emphytéotique, des transmissions par voie de succession peuvent se produire, rendant la perception des droits compliquée dans la mesure où il faudrait les demander aux représentants du bailleur et du preneur primitifs au bout de plusieurs dizaines d'années. Indirectement, le ministre des finances défend également l'intérêt de l'État à percevoir immédiatement l'impôt. La question est alors renvoyée devant la commission. Cette dernière s'efforce tout à la fois de donner « satisfaction à l'amendement présenté » mais aussi de « consacrer les réserves que M. le ministre des finances avait demandé qu'on insérât dans la disposition »¹⁷⁷⁹. Une solution de compromis a été choisie : le fractionnement du paiement des droits d'enregistrement est permis tandis que les droits de mutation restent soumis à la loi du 22 frimaire an VII. Pour les droits d'enregistrement, le législateur continue donc de rapprocher baux emphytéotique et

¹⁷⁷⁵ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 90-135. Pour davantage de précisions sur ce point, voir *infra*, p. 466 et s.

¹⁷⁷⁶ *JO*, 18 février 1882, p. 88-90. Dans le même sens, Ferdinand Gazagne (*ibid.*, p. 92-93).

¹⁷⁷⁷ Article 11, alinéa 8 de la loi du 23 août 1871 qui établit des augmentations d'impôts et des impôts nouveaux relatifs à l'enregistrement et au timbre : « Le droit sera exigible lors de l'enregistrement ou de la déclaration. Toutefois, si le bail est de plus de trois ans et si les parties le requièrent, le montant du droit pourra être fractionné en autant de paiements égaux qu'il y aura de périodes triennales dans la durée du bail. Le paiement des droits afférent à la première période sera seul acquitté lors de l'enregistrement ou de la déclaration, et celui des périodes subséquentes aura lieu dans le premier mois de l'année qui commencera chaque période » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LXXI, p. 167).

¹⁷⁷⁸ *JO*, 18 février 1882, p. 90.

¹⁷⁷⁹ *JO*, 28 février 1882, p. 136.

ordinaire¹⁷⁸⁰. Dans le même temps, le législateur décide d'abandonner la règle jurisprudentielle qui prévalait jusqu'alors et qui assimilait le bail emphytéotique à une vente pour le paiement des droits de mutation dus en cas de transmission à cause de mort du droit d'emphytéose et établissait un taux spécifique à ce contrat pour les transmissions entre vifs¹⁷⁸¹. Partant, la loi du 25 juin 1902 met en balance l'intérêt fiscal de l'État et celui de l'emphytéote. Elle allège alors la charge qui pèse sur ce dernier. Le législateur contribue ainsi à moderniser le régime du bail emphytéotique et ne consacre pas aveuglément les règles jurisprudentielles antérieures.

Au cours du processus d'adoption de la loi du 25 juin 1902, certaines dispositions font ainsi l'objet de vives discussions. À travers ces tensions, se dessinent en contrepoint deux enjeux majeurs : la garantie du droit de propriété et la protection des intérêts de l'État. En revanche, d'autres articles de la loi du 25 juin 1902 ont fait consensus et n'ont pas soulevé de difficultés particulières. Il s'agit principalement de dispositions qui confirment les règles posées par la jurisprudence au cours du siècle précédent ou qui transposent le régime de droit commun au bail emphytéotique.

Tout d'abord, certains articles consacrent la jurisprudence développée par les juridictions civiles depuis la période révolutionnaire¹⁷⁸². La loi reprend notamment la règle déjà présente dans l'ancien droit selon laquelle la redevance n'est pas susceptible de réduction (article 4)¹⁷⁸³. L'emphytéote est également obligé au paiement du canon emphytéotique, sans possibilité de déguerpissement (article 6)¹⁷⁸⁴. Par ailleurs, il dispose d'un droit très étendu qui lui permet d'effectuer les changements qui lui sied sur le fonds, dans la mesure où il ne le détériore pas (article 7)¹⁷⁸⁵. En contrepartie, les améliorations

¹⁷⁸⁰ Raïnoff approuve cette mesure en remarquant que « soumettre la constitution de l'emphytéose à un droit de mutation aussi élevé que celui qui frappe la propriété immobilière, c'est donner un coup de grâce à cette institution qu'on veut rajeunir et qu'on entoure de tant de faveurs. Les rédacteurs de la loi de 1902 l'ont fort bien compris, et ils ont bien fait d'éviter ce danger » (RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 153).

¹⁷⁸¹ Sur ce point, voir *infra*, p. 492 et s. Cette mesure est fortement critiquée par Raïnoff (RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 153-159).

¹⁷⁸² Georges Tocilescu le souligne et souscrit pleinement à cette consécration de la jurisprudence (G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 358-360).

¹⁷⁸³ Sur les arrêts relatifs à cette question, voir *supra*, p. 364 et s. Souligné également par RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 119. Jean Pointin remarque qu'il s'agit également d'une solution conforme aux articles 1722, alinéa 1^{er} et 1741 du Code civil, donc au droit commun (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 89).

¹⁷⁸⁴ Sur les arrêts relatifs à cette question, voir *supra*, p. 428.

¹⁷⁸⁵ Sur les arrêts relatifs à cette question, voir *supra*, p. 373 et s. *Contra* : Jean Pointin estime que cette disposition ne suit pas la jurisprudence qui considérait les améliorations comme un élément essentiel du bail emphytéotique (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 110). Cela n'est pourtant pas le cas (voir *supra*, p. 370 et s.).

reviennent au bailleur au terme du contrat. L'emphytéote bénéficie aussi du droit d'accession pendant la durée du bail (article 10). Enfin, l'article 12 consacre la solution de l'ancien droit en attribuant à l'emphytéote les droits de chasse et de pêche ainsi que les droits relatifs aux mines, minières, carrières et tourbières¹⁷⁸⁶. En revanche, il convient de souligner que la loi ne confirme pas les modalités de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique mises en place par la jurisprudence (article 11)¹⁷⁸⁷. Là où la Cour de cassation décidait d'assimiler l'emphytéote à un usufruitier, le législateur l'assimile à un locataire ordinaire.

D'autres articles tendent davantage à rappeler des principes généraux du droit des contrats ou, au moins, à assurer la concordance avec le Code civil. Ainsi, l'article 2 impose le recours à l'écrit pour conclure un bail emphytéotique, dans la mesure où ce contrat affecte la propriété. En outre, toute personne qui peut disposer de ses biens immeubles peut valablement consentir un bail emphytéotique (article 2), ce qui apparaît comme une déclinaison de l'article 537 du Code civil¹⁷⁸⁸. L'article 3 renvoie explicitement au Code civil, donc aux principes de droit commun, pour établir la preuve d'un contrat emphytéotique. De plus, la règle pluriséculaire et emblématique du bail à emphytéose selon laquelle le contrat peut être résolu en cas de non-paiement de la redevance pendant trois ans consécutifs est durcie pour s'approcher de l'esprit du Code civil¹⁷⁸⁹. Le délai est réduit à deux ans, renforçant par-là le droit du bailleur (article 5)¹⁷⁹⁰. En revanche, la résolution doit toujours être prononcée par le juge. Enfin, l'emphytéote demeure tenu de toutes les charges ainsi que des cas fortuits qui peuvent survenir au cours de l'exécution du contrat (article 8)¹⁷⁹¹. Le texte précise toutefois qu'il n'est pas obligé à la reconstruction

¹⁷⁸⁶ Voir RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 96-101 ; J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁷⁸⁷ Sur ce point, voir *infra*, p. 485 et s.

¹⁷⁸⁸ Sur ce point, voir *infra*, p. 459. Georges Tocilescu souligne qu'il s'agit de l'application du droit commun et qu'insérer cet article dans la loi n'était sans doute pas nécessaire (G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 360). Dans le même sens, RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 71. À titre d'indication, l'article 537 dispose que : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ».

¹⁷⁸⁹ Cela ressort d'ailleurs de l'exposé des motifs : *JO*, 1^{er} novembre 1876, p. 7829. Ici, il s'agit de conformer le régime du bail emphytéotique avec l'article 1912 du Code civil qui prévoit la résolution du contrat faute pour le preneur de remplir son engagement. La jurisprudence avait déjà amorcé ce mouvement (voir *supra*, p. 427 et s.). Certains commentateurs estiment que ce changement opéré par la loi n'est pas approprié (par exemple, G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 362-365 ; RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 134-146).

¹⁷⁹⁰ Il s'agit de l'application du droit commun (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 91).

¹⁷⁹¹ Il s'agit aussi de la confirmation de la jurisprudence (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 120).

des bâtiments détruits en raison d'un cas fortuit, conformément à l'article 1722 du Code civil¹⁷⁹². Le législateur ajoute que l'emphytéote est tenu de l'incendie, ce qui est conforme à l'article 1733 du Code civil¹⁷⁹³.

Finalement, malgré quelques changements ici et là qui n'affectent pas l'essence du bail emphytéotique – c'est-à-dire une concession de droit réel en contrepartie d'une redevance périodique – le législateur s'est contenté d'actualiser la jurisprudence élaborée par les juridictions civiles tout au long du XIX^e siècle¹⁷⁹⁴. Il s'agit donc davantage d'une codification à droit constant que de la création d'un régime entièrement nouveau¹⁷⁹⁵. Cette consécration législative permet d'enrayer les dernières controverses qui perduraient, notamment concernant le paiement des droits de mutation. Elle contribue également à simplifier, clarifier et unifier un pan du droit resté longtemps désordonné, tout en identifiant clairement les intérêts en présence. En définitive, l'analyse des dispositions de la loi adoptée le 25 juin 1902 témoigne de la grande continuité de régime dont bénéficie le contrat emphytéotique tout au long du XIX^e siècle.

¹⁷⁹² Pour rappel, l'article 1722 du Code civil dispose que : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

¹⁷⁹³ Pour rappel, l'article 1733 du Code civil dispose que : « Il [le preneur] répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve : que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction ; ou que le feu a été communiqué par une maison voisine ».

¹⁷⁹⁴ G. TOCILESCO, *Étude historique et juridique sur l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 372 ; RAÏNOFF, *L'emphytéose : d'après la loi du 25 juin 1902*, *op. cit.*, p. 165. *Contra* : pour Jean Pointin, la loi de 1902 crée une fâcheuse fusion entre le bail ordinaire et le bail emphytéotique. Il considère que les rédacteurs « n'ont pas échappé à une confusion que facilite l'emploi d'expressions identiques et ont persisté à parler d'un *bail* et non d'un contrat *sui generis* », (J. POINTIN, *Étude de la loi du 25 juin 1902...*, *op. cit.*, p. 164-165).

¹⁷⁹⁵ En effet, la codification-compilation ne peut avoir lieu que lorsqu'un droit préexiste déjà, ce qui est plus aisé sur une matière particulière que sur un pan entier du droit (R. CABRILLAC, *Les codifications*, *op. cit.*, p. 193-194).

CONCLUSION DE CHAPITRE

Au cours du XIX^e siècle, la reconstruction du régime du bail emphytéotique est rendue possible sous l'impulsion décisive des juridictions. Pour faire face au silence de la loi, ces dernières recherchent des fondements juridiques dans l'ancien droit et sélectionnent ceux qui sont susceptibles de s'adapter à l'esprit du Code civil. Durant la première moitié du siècle, elles opèrent ainsi une réception sélective des règles encadrant le bail emphytéotique d'Ancien Régime et les absorbent dans le droit contemporain. Un corps de règles spécifiques au contrat emphytéotique se fait jour. Parmi les civilistes, cet ensemble normatif d'origine jurisprudentielle soulève une réflexion doctrinale mesurée, qui tend à former au fil des décennies un véritable régime juridique, c'est-à-dire un corps de règles homogène et cohérent, caractéristique du bail emphytéotique. L'aboutissement de ce long processus de refondation a finalement lieu par l'adoption de la loi du 25 juin 1902. Cette consécration législative du régime du bail emphytéotique confirme, pour l'essentiel, les solutions jurisprudentielles antérieures et n'apporte pas d'innovations considérables, les nouveautés visant surtout à garantir le droit de propriété du bailleur et à préserver l'intérêt de l'État.

L'étude de la reconstruction de ce régime emporte deux constats. D'une part, elle souligne le rôle fondamental du juge judiciaire, qui, par le biais d'une interprétation inventive, contribue à créer du droit. Cette création jurisprudentielle s'inscrit toutefois dans la tradition : les règles encadrant le bail emphytéotique demeurent d'une remarquable stabilité par rapport à l'ancien droit. Il est loisible de constater que les modifications qui sont apportées à son régime juridique en gestation concourent à concilier ce contrat avec les principes gouvernant le droit contemporain. D'autre part, l'élaboration d'un tel corps de règles conduit à la création d'un droit spécial du bail emphytéotique, par opposition au droit commun des contrats, et concurrent du droit spécial du louage ou de la vente. Cette tension laisse paraître une dialectique entre droit commun et droit spécial, qui met en regard les contrats encadrés par le Code civil avec le bail emphytéotique et parachève l'incorporation de ce dernier au système juridique.

Chapitre 2 L'enrichissement du régime par l'emprunt au droit commun

Au cours du XIX^e siècle, des règles spéciales, caractéristiques du bail emphytéotique, ont été identifiées. Permettant de faire progressivement émerger un régime propre à ce contrat, elles doivent néanmoins être complétées par des règles issues du droit commun pour assurer la sécurité juridique des cocontractants, ainsi que le bon déroulement de l'opération juridique. Dans cette perspective, les juridictions recourent à une méthode habituelle pour enrichir le régime du contrat emphytéotique, en empruntant à d'autres contrats proches les règles qui font défaut. Ce procédé, s'apparentant à un raisonnement par analogie, est fréquemment employé. Il est d'ailleurs clairement exposé dans un jugement du 4 mars 1852, dans lequel le juge affirme que « si le code Napoléon ne trace pas les règles spécialement applicables à cette nature de contrat, ce n'est pas une raison pour ne pas l'assimiler de tout point aux conventions qui s'en rapprochent le plus »¹⁷⁹⁶. L'intention consiste alors à envisager le bail emphytéotique comme un contrat mixte¹⁷⁹⁷. Certes, le bail emphytéotique constitue un contrat à part entière, qualifié comme tel par les juridictions ou les civilistes. Afin de parachever son régime, il cependant est rapproché d'autres institutions avec lesquelles il partage des similitudes. Il est ainsi classique depuis le droit romain de considérer que le bail emphytéotique emprunte à la fois à la vente et au louage. Les juristes du XIX^e siècle tendent également à rapprocher l'emphytéote de l'usufruitier. En d'autres termes, le contrat emphytéotique se décompose en « plusieurs facettes »¹⁷⁹⁸, qui permettent de traiter séparément chaque question particulière. Ce « dépeçage »¹⁷⁹⁹ du contrat doit permettre de respecter au mieux la volonté des parties.

¹⁷⁹⁶ Jugement rapporté à l'occasion de Nîmes, 25 mai 1852, *Rousseau c. Sauvet*, D. 1855, II, p. 262-263. Un tel jugement est confirmé par la cour d'appel. En l'espèce, il s'agit d'un bail à locataire perpétuelle. La méthode ne diffère pas pour le bail emphytéotique. Plus largement, sur la façon dont la jurisprudence applique dans un cas particulier des règles relatives à une autre situation ou une autre institution, voir N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 387-404.

¹⁷⁹⁷ La question des qualifications mixtes a suscité un certain intérêt ces dernières années. Voir notamment, A. BÉNABENT, « L'hybridation dans les contrats », *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 27-31 ; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. droit Nancy, 1992, particulièrement le tome II. Toutefois, cette réflexion a été amorcée bien plus tôt, dès la fin du XIX^e siècle. En particulier, en 1904, Marcel Planiol se propose de rechercher une nouvelle classification des contrats qui permette « d'envisager l'ensemble des contrats, groupés d'après leurs similitudes naturelles » (M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit.*, t. 33, 1904, p. 471).

¹⁷⁹⁸ L'expression est employée par Alain Bénabent (A. BÉNABENT, « L'hybridation dans les contrats », *loc. cit.*, p. 28).

¹⁷⁹⁹ Le terme est utilisé dans P. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., p. 13, n. 15.

À partir de cette qualification mixte, le juge propose une application distributive des règles empruntées aux institutions voisines du bail à emphytéose, en fonction du point de droit qui est soulevé. Il opère une ventilation de ces règles pour enrichir le plus efficacement possible le régime du contrat emphytéotique. Il faut néanmoins préciser qu'à l'égard d'une même règle, la qualification n'est jamais susceptible d'être cumulative. En d'autres termes, il n'est pas possible, pour les parties, de choisir par opportunisme la règle qui les favorise le plus ; la faculté de trancher entre l'une ou l'autre règle est détenue par le juge, qui opère sa sélection en fonction des caractères essentiels du contrat en jeu. Dès lors, il arrive que les lacunes du régime du bail emphytéotique soient comblées en recourant aux règles de la vente et de ses effets (**Section 1**) ou à celles du louage (**Section 2**). Cependant, dans certains cas, la jurisprudence comme la doctrine ne parviennent pas à identifier la solution adéquate. Demeurent ainsi, jusqu'à l'adoption de la loi du 25 juin 1902, des situations dans lesquelles une incertitude juridique subsiste (**Section 3**).

Section 1 Suppléer par la vente et ses effets

Entre le contrat de bail emphytéotique et le contrat de vente, certaines similitudes permettent d'esquisser un rapprochement. Le bail emphytéotique perpétuel est considéré par les révolutionnaires comme une aliénation absolue donc assimilé entièrement à une vente, d'où sa prohibition dans le droit contemporain¹⁸⁰⁰. Ceci dit, le bail emphytéotique temporaire présente lui aussi une certaine analogie avec la vente : il permet la concession d'un droit d'emphytéose qui équivaut à celui d'un quasi-proprétaire¹⁸⁰¹. Par conséquent, en raison de la proximité de ces deux contrats, l'emphytéote se voit reconnaître certains droits. Par exemple, il ne fait pas de doute que le preneur à bail emphytéotique bénéficie du droit de chasse et de pêche¹⁸⁰². Raymond-Théodore Troplong précise que « [l]e quasi-domaine, dont son contrat l'investissait, lui permettait de profiter, indépendamment des fruits, de la chasse, de la pêche »¹⁸⁰³. C'est donc l'étendue du droit d'emphytéose, approchant celui du propriétaire, qui autorise le preneur à bénéficier de droits accessoires,

¹⁸⁰⁰ Voir notamment J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 21-22 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 69-70, n. 79.

¹⁸⁰¹ Par exemple, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 432. Voir aussi *supra*, p. 364 et s.

¹⁸⁰² V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 635-636, n. 646 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 312, n. 519.

¹⁸⁰³ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 142, n. 38.

comme le droit de chasse et de pêche. Pour la même raison, l'emphytéote bénéficie de l'alluvion¹⁸⁰⁴.

Par certains aspects, les ressemblances entre la vente et le bail à emphytéose sont telles que les règles encadrant la première sont employées pour régir le second. Il est donc habituel que les lacunes du régime du bail emphytéotique soient suppléées par les règles relatives à la vente et ses effets dans les situations dans lesquelles l'emphytéote peut être considéré comme un propriétaire. Dans cette hypothèse, la nature réelle du droit d'emphytéose commande l'application du droit commun de la vente. Ce droit commun de la vente est entendu largement, au sens où il comprend l'ensemble des dispositions qui encadrent le contrat de vente mais aussi ses effets (notamment fiscaux et procéduraux). Ces emprunts peuvent être décelés à l'occasion de la constitution du bail emphytéotique (§1), dans les règles encadrant l'imposition de l'emphytéote (§2) mais aussi à travers les actions en justice qui lui sont ouvertes (§3).

§. 1 Conclure un bail emphytéotique : la proximité avec la formation du contrat de vente

Conclure un bail emphytéotique entraîne, pour le propriétaire, une restriction certaine de ses droits. Certes, cette privation est consentie par convention, mais il reste que la formation de ce contrat occasionne une limitation du droit de propriété trop grave pour se passer de garde-fous juridiques. Comme le contrat de vente, le bail à emphytéose met en danger le droit du propriétaire, c'est pourquoi les règles qui encadrent la formation du premier trouvent également à s'appliquer au second. Par exemple, le bail emphytéotique ne peut être consenti que par ceux qui disposent du droit d'aliéner leurs biens. Ce point est largement admis au XIX^e siècle¹⁸⁰⁵ et confirmé par la loi du 25 juin 1902¹⁸⁰⁶. En revanche, d'autres questions soulèvent davantage de discussions : il en est ainsi des formalités

¹⁸⁰⁴ *Ibidem*. Voir aussi J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 146, n. 160 ; É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 312, n. 519 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 458-459, n. 377.

¹⁸⁰⁵ Notamment, C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat...*, *op. cit.*, t. III, ^{vis} Bail emphytéotique, p. 404-405, n. 97-102 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, ^o Emphytéose, p. 641, n. 63-64 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, *op. cit.*, p. 60, n. 75-77.

¹⁸⁰⁶ L'article 2 de la loi du 25 juin 1902 dispose que : « Le bail emphytéotique ne peut être valablement consenti que par ceux qui ont le droit d'aliéner, et sous les mêmes conditions, comme dans les mêmes formes. Les immeubles appartenant aux mineurs ou interdits pourront être donnés à bail emphytéotique en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le Tribunal. Le mari pourra aussi donner à bail emphytéotique les immeubles dotaux avec le consentement de la femme et l'autorisation de la justice ».

requis pour conclure un bail emphytéotique (A), mais aussi des droits d'enregistrement dus par l'emphytéote (B).

A. La reprise des formalités de la vente

La conclusion d'un bail emphytéotique se traduit par la concession d'un droit particulièrement étendu, qui fait apparaître le preneur comme un quasi-proprétaire dans certaines situations. Malgré cette proximité avec le contrat de vente, les formalités auxquelles il doit satisfaire lors de sa formation ont été discutées. Plusieurs difficultés ont été soulevées, notamment le point de savoir si l'écrit est nécessaire à la conclusion d'un bail emphytéotique ou encore si ce contrat est sujet à transcription.

Dès la période révolutionnaire, en matière de droit des biens, les assemblées tentent de mettre en place une réglementation qui permette d'articuler le principe consensualiste et la publicité nécessaire pour protéger la propriété¹⁸⁰⁷. Dans le Code hypothécaire du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798), il est fait le choix d'affirmer l'inopposabilité aux tiers tant que les formalités de publicité n'ont pas été accomplies¹⁸⁰⁸. Les formalités, et non le seul consentement, entérinent le transfert de la propriété. Le Code civil ne reprend pas entièrement le schéma révolutionnaire, ce qui n'est pas sans effet sur les conditions de formation du bail emphytéotique.

Tout d'abord, sous l'empire du Code Napoléon il est admis, par une majorité de la doctrine, qu'un simple accord des volontés entre les parties suffit pour conclure un bail emphytéotique¹⁸⁰⁹. En cela, il se rapproche de la vente, considérée, du moins entre les parties, comme un contrat consensuel¹⁸¹⁰. Toutefois, si l'écrit n'est pas nécessaire *ad validitatem* à la conclusion d'un bail emphytéotique, il l'est *ad probationem*. En effet,

¹⁸⁰⁷ Pour une synthèse, voir L. PFISTER, « The Transfer of Real Property in French Legal History... », *loc. cit.*, p. 164-165; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 196; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 208-212.

¹⁸⁰⁸ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 27. Un décret du 9 messidor an III (27 juin 1795) avait déjà été adopté en ce sens mais il n'a pas été appliqué (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. VIII, p. 151).

¹⁸⁰⁹ En ce sens, *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, *op. cit.*, t. I, V^{is} Bail emphytéotique, p. 481, n. 26-27; C. LANSSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat...*, *op. cit.*, t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 404, n. 95; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 640, n. 57-58.

¹⁸¹⁰ Voir l'article 1583 du Code civil de 1804 qui énonce que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Sur l'articulation entre principe consensualiste et publicité foncière du contrat de vente sous l'empire du Code civil, voir notamment D. DEROUSSIN, « Le contrat à travers le Code civil », *Histoire de la justice*, t. 19, 2009/1, p. 283-284; R.-M. RAMPPELBERG, « La vente est-elle translatrice de propriété ? Variations franco-germaniques sur un thème romain », *RHFD*, t. 19, 1998, p. 49-63.

l'article 19 du décret des 9-25 juillet 1790 concernant l'aliénation de tous les domaines nationaux¹⁸¹¹ et l'article 1341 du Code civil¹⁸¹² imposent la mise par écrit du contrat pour l'administration de la preuve.

Il convient cependant de signaler l'opinion dissidente de Jean-Jacques Gaspard Foelix († 1853) et Mathieu-Richard-Auguste Henrion († 1862) qui précisent, dans leur *Traité des rentes foncières*, que conclure par écrit un bail emphytéotique leur semble toujours nécessaire pour la validité du contrat¹⁸¹³. Pour le démontrer, ils développent un raisonnement *a contrario*. Ils s'appuient sur l'article 1775 du Code civil qui encadre la tacite reconduction du bail rural ordinaire, lorsque le contrat est resté verbal¹⁸¹⁴. Or, la tacite reconduction n'est jamais applicable au bail emphytéotique¹⁸¹⁵. *A contrario*, Jean-Jacques Gaspard Foelix et Mathieu-Richard-Auguste Henrion en déduisent que l'écrit n'est pas seulement nécessaire sous l'empire du Code civil pour administrer la preuve mais qu'il s'impose également comme une condition de validité du contrat emphytéotique. Une telle opinion demeure toutefois isolée et il semble qu'au XIX^e siècle, l'écrit constitue une simple facilité pour fournir la preuve d'un bail à emphytéose. Dès lors, dans la mesure où la vente immobilière est elle-même soumise à l'écrit à titre probatoire, le droit de la vente sert de guide dans la formation du contrat emphytéotique. L'article 3 de la loi du 25 juin 1902 en soumettant la preuve du bail à emphytéose « aux règles du Code civil en matière de baux » change cependant l'appréhension théorique de cette question¹⁸¹⁶, bien qu'en pratique elle ne porte pas à conséquence, dans la mesure où l'écrit n'est pas non plus une condition de validité mais possède une valeur probatoire pour le bail ordinaire.

Ensuite, corroborant le principe consensualiste, le Code civil n'a imposé aucune publicité ou transcription des actes translatifs de droits réels à titre onéreux, pour les rendre

¹⁸¹¹ Cet article est ainsi rédigé : « Seront, au surplus, les baux emphytéotiques et les baux à vie censés compris dans la disposition de l'art. 9 du titre Ier du décret du 14 mai ; mais les baux emphytéotiques ne seront réputés avoir été faits légitimement, que lorsqu'ils auront été précédés et revêtus des solennités qui auraient été requises pour l'aliénation des biens que ces actes ont pour objet » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. I, p. 236).

¹⁸¹² Pour rappel, l'article 1341 du Code civil dispose qu' : « [i]l doit être passé acte devant notaires sous seing privé de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cent cinquante francs, même pour les dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

¹⁸¹³ J.-J.-G. FOELIX, M.-R.-A. HENRION, *Traité des rentes foncières...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸¹⁴ L'article 1775 du Code civil de 1804 dispose que : « Le bail des héritages ruraux, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait, selon l'article précédent ».

¹⁸¹⁵ Sur ce point, voir *supra*, p. 429.

¹⁸¹⁶ L'article 3 de la loi du 25 juin 1902 dispose que : « La preuve du contrat d'emphytéose s'établira conformément aux règles du Code civil en matière de baux ».

opposables aux tiers¹⁸¹⁷. Il faut attendre la loi du 23 mars 1855 pour que la transcription devienne obligatoire pour l'opposabilité aux tiers¹⁸¹⁸. Ce texte prévoit en son article 1^{er} que « sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens [...] tout acte entre vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques »¹⁸¹⁹ et en son article 2 que « sont également transcrits [...] les baux d'une durée de plus de dix-huit années »¹⁸²⁰. Pour certains auteurs de doctrine, il ne fait alors aucun doute que le bail emphytéotique est soumis à la transcription pour sa formation tout comme en cas d'aliénation, dans la mesure où il est susceptible d'hypothèque et où, de surcroît, sa durée excède souvent dix-huit ans¹⁸²¹. À s'en tenir aux textes de la loi et aux opinions doctrinales majoritaires, la transcription devient alors nécessaire pour rendre opposable aux tiers le bail emphytéotique.

Cependant, les juridictions ne se sont pas prononcées sur cette question. La chambre civile de la Cour de cassation a simplement jugé, dans un arrêt du 11 mars 1829¹⁸²², que, sur le fondement de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816¹⁸²³, le préposé de la régie ne peut juger de l'utilité de la transcription. Par conséquent, elle décide qu'il suffit qu'un bail emphytéotique ait été présenté au bureau de l'enregistrement pour que le droit exigé pour

¹⁸¹⁷ À la différence des donations et des hypothèques. Pour les premières, voir l'article 941 du Code civil : « Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayant-cause, et le donateur ». Pour les secondes, voir l'article 2134 du Code civil : « Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi ; sauf les exceptions portées en l'article suivant ».

¹⁸¹⁸ *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LV, p. 55. Glasson explique de façon imagée l'effet de la loi du 23 mars 1855 : « En deux mots, l'état de la propriété foncière est aujourd'hui constaté comme l'état des personnes ; le registre des transcriptions est le registre de l'état civil de la propriété immobilière. Grâce à cette publicité, les personnes prévoyantes ne sont plus soumises à aucun mécompte, et le Crédit foncier est établi sur les bases les plus sérieuses » (E. D. GLASSON, *Éléments du droit français...*, *op. cit.*, t. I, p. 302). Sur cette règle, R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, « Le formalisme de la transcription du contrat de vente immobilière au lendemain de la promulgation de la loi du 23 mars 1855 », *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, éd. N. LAURENT-BONNE, S. TISSEYRE, Paris, LGDJ, 2017, p. 127-143.

¹⁸¹⁹ *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. LV, p. 59-60.

¹⁸²⁰ *Ibid.*, p. 63.

¹⁸²¹ En faveur de la transcription du bail emphytéotique, voir notamment P. PONT, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques...*, *op. cit.*, t. I, p. 419-420, n. 389 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil...*, *op. cit.*, t. I, p. 794. Dans les *Pandectes françaises*, le point de vue est plus nuancé : deux hypothèses sont présentées. Si, en accord avec la jurisprudence, le droit d'emphytéose est qualifié de droit réel immobilier, il est soumis à transcription, en revanche, si on considère le droit d'emphytéose comme un droit personnel et mobilier inférieur à dix-huit ans, il ne l'est pas (H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 641, n. 66-67). Une jurisprudence constante décide que le droit d'emphytéose est susceptible d'hypothèque : voir *supra*, p. 375 et s.

¹⁸²² Civ., 11 mars 1829, *Enregistrement c. Bidault*, D. 1829, I, p. 175, S. 1829, I, p. 163.

¹⁸²³ Cet article est rédigé ainsi : « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté d'un et demi pour cent, et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XV, p. 350).

cette formalité soit perçue par l'administration¹⁸²⁴. L'arrêstiste estime d'ailleurs que « cette jurisprudence attache à une simple erreur une sorte de peine pécuniaire qui souvent peut paraître excessive »¹⁸²⁵. Dans tous les cas, le fait que les juridictions ne se soient pas prononcées sur cette question laisse planer l'incertitude, alimenté par ceux qui considèrent le droit emphytéotique comme un simple droit mobilier¹⁸²⁶. La loi du 25 juin 1902, en imposant le paiement de droits d'enregistrement, lève le doute sur ce point, affirmant pour l'emphytéote l'obligation de procéder aux formalités de transcription.

Les formalités auxquelles les cocontractants d'un bail emphytéotique doivent se soumettre s'apparentent à celles du contrat de vente. Elles permettent ainsi de rendre opposables aux tiers le bail à emphytéose. Il n'est d'ailleurs pas surprenant qu'au XIX^e siècle, la formation de ce contrat bénéficie d'un encadrement strict, eu égard à l'idéologie propriétaire ambiante.

B. L'adoption des droits d'enregistrement prévus pour la vente

Dès le début de la période révolutionnaire, se fait jour une volonté de régénérer le système fiscal¹⁸²⁷. Cette dynamique s'étend à la modernisation de la perception des droits d'enregistrement et de mutation¹⁸²⁸. Une première loi des 5-19 décembre 1790 tente de réformer cette matière, sans grande réussite car elle continue de s'appuyer sur les cadres d'Ancien Régime¹⁸²⁹. Il faut attendre une loi du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798) pour que se fixent les principes du régime des droits d'enregistrement et de mutation¹⁸³⁰. Le bail emphytéotique n'est pas mentionné dans ce texte, ni dans la loi du 16 juin 1824 qui vient le compléter¹⁸³¹. En principe, la loi fiscale est d'interprétation stricte. Dès lors, son silence implique que la constitution d'un droit d'emphytéose ne devrait pas être soumis au paiement de droits de mutation. Or, l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII précise que :

¹⁸²⁴ Il s'agit d'une jurisprudence constante qui concerne tous les actes sujets à transcription. Voir par exemple, Civ., 25 juillet 1827, *Enregistrement c. la duchesse Decrès*, D. 1827, I, p. 320.

¹⁸²⁵ D. 1829, I, p. 175.

¹⁸²⁶ Voir sur ce point, H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 641, n. 68.

¹⁸²⁷ Pour davantage de précisions, voir *infra*, p. 466.

¹⁸²⁸ Sur cette réforme, voir A. KURGANSKY, « Les fondements du régime actuel des droits d'enregistrement », *Histoire du droit des finances publiques. Volume II. Les grandes étapes de l'évolution de la fiscalité d'État, textes à l'appui*, éd. H. ISAIA, J. SPINDLER, Paris, Economica, 1987 (*Finances publiques*), p. 389-460 ; G. ARDANT, *Histoire de l'impôt. Livre II, XVIII^e et XXI^e siècles*, *op. cit.*, p. 172-174.

¹⁸²⁹ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. II, p. 69-81.

¹⁸³⁰ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XI, p. 90-135.

¹⁸³¹ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XXIV, p. 509-512.

« lorsque, dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire ou extrajudiciaire, il y a plusieurs dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, un droit particulier. La quotité en est déterminée par l'article de la présente dans lequel la disposition se trouve classée, ou auquel elle se rapporte »¹⁸³².

Selon Alexandre Kurgansky, les auteurs du XIX^e siècle ont considéré que cette disposition pouvait servir de base légale pour le paiement de droits de mutation par l'emphytéote¹⁸³³. Dans un arrêt du 18 mai 1847, la Cour de cassation a d'ailleurs censuré les juges du fond pour avoir faussement appliqué la loi du 22 frimaire an VII, en décidant que les baux emphytéotiques n'étaient pas soumis au droit proportionnel¹⁸³⁴. Pour la Cour de cassation, ce contrat devrait être soumis audit droit : en l'espèce, il est vrai qu'il s'agissait de régler les droits de mutation pour le transfert du droit d'emphytéose et non pour la formation du contrat.

Lors de la conclusion du bail emphytéotique, des droits d'enregistrement doivent donc être acquittés par le preneur. La loi n'ayant pas prévu ce cas de figure, il est revenu à la doctrine et à la jurisprudence de fixer les modalités de paiement de cette taxe. Il semble qu'une large majorité doctrinale tende à considérer que le bail emphytéotique peut être assimilé à un acte translatif de propriété, autrement dit à une vente¹⁸³⁵. De même, la Cour de cassation estime que le bail emphytéotique a pour effet de transférer au preneur un droit qui « à raison de son étendue, dépasse les limites d'un simple usufruit et constitue, à plus forte raison, en faveur du preneur, sur le sol et ses accessoires, un droit immobilier dont la

¹⁸³² Duvergier, 2^{ème} éd., t. XI, p. 92.

¹⁸³³ Alexandre Kurgansky nuance toutefois la portée de l'article 11 : « À cet effet, l'article 11 de la loi permet d'assujettir, par extension, une convention présentant les caractéristiques essentielles d'un contrat tarifé, au droit fixé pour ce contrat. Il ne faut toutefois pas en conclure que le raisonnement par analogie peut justifier une exemption ou l'exigibilité d'un droit ; la loi d'enregistrement étant de droit étroit et devant toujours être appliqué à la lettre » (A. KURGANSKY, « Les fondements du régime actuel des droits d'enregistrement », *loc. cit.*, p. 401).

¹⁸³⁴ *Le contrôleur de l'enregistrement. Recueil du notariat contenant toutes les décisions administratives et judiciaires sur l'enregistrement, le timbre, les hypothèques et le notariat*, t. XXVIII, éd. E. RIGAUD, P.-L. CHAMPIONNIÈRE *et alii*, Paris, Bureau du journal, 1847, p. 261-262, art. 7851.

¹⁸³⁵ Dans le même sens, voir H. FESSARD, *Dictionnaire de l'enregistrement et des domaines*, t. I, Paris, H. Fessard, 1844, V^{is} Bail emphytéotique, p. 108, n. 4-6 ; *Dictionnaire des droits d'enregistrement...*, *op. cit.*, t. I, V^{is} Bail emphytéotique, p. 485-487, n. 63-74 ; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.*, t. VI, p. 330-332, n. 418-419 ; E. NAQUET, *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement*, *op. cit.*, t. I, n. 176 ; C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement...*, *op. cit.*, t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 418-419, n. 198-201 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 650-651, n. 209-212 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, *op. cit.*, p. 68, n. 177-180.

mutation à titre onéreux donne ouverture au droit fixé pour la transmission des immeubles »¹⁸³⁶.

Toutefois, Paul-Lucas Championnière († 1851) et Esprit Rigaud († 1885) sont d'avis contraire et assimilent le bail emphytéotique à un louage ordinaire pour la perception des droits d'enregistrement¹⁸³⁷. Pour cela, ils se fondent sur l'article 1^{er} de la loi du 16 juin 1824, qu'ils interprètent largement pour y intégrer le bail à emphytéose¹⁸³⁸. Ils remarquent cependant que l'application stricte de cette disposition peut conduire, dans le cas d'un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans, à la perception d'un droit d'une valeur cinq fois supérieure à celui dont s'acquitte un propriétaire. Ils soulignent alors que, dans un souci d'équité, la pratique administrative a plafonné les droits d'enregistrement dus par l'emphytéote¹⁸³⁹. Cependant, cette opinion doctrinale demeure isolée et l'emphytéote se voit appliquer les règles conçues pour le propriétaire pour la fixation des droits d'enregistrement. Il convient néanmoins de souligner que la loi du 25 juin 1902 change de perspective et commande de suppléer les modalités d'enregistrement du bail emphytéotique avec celles du bail ordinaire¹⁸⁴⁰.

En définitive, et malgré le basculement opéré par la loi de 1902 pour les droits d'enregistrement, tout au long du XIX^e siècle, les magistrats et la majorité des auteurs s'inspirent largement du contrat de vente pour compléter le régime du bail emphytéotique, lacunaire quant à ses conditions de formation. Il en est de même pour l'imposition directe de l'emphytéote, qui imite celle d'un propriétaire.

¹⁸³⁶ Civ., 26 avril 1853, *Enregistrement c. Jacquinot*, D. 1853, I, p. 145, S. 1853, I, p. 445. Voir aussi Civ., 1^{er} juillet 1835, *Corbin c. Enregistrement*, D. 1835, I, p. 385 ; Trib. Lille, 13 février 1841, *Debuchy c. Enregistrement*, D. 1841, III, p. 339. *Contra* : Trib. Lille, D. 1839, III, p. 105 ; Trib. Lille, 9 octobre 1838, *Wallaert et Desmons c. Enregistrement*, D. 1839, III, p. 104.

¹⁸³⁷ P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité de droits d'enregistrement...*, op. cit., t. IV, p. 590-591, n. 3542.

¹⁸³⁸ L'article 1^{er} de la loi du 16 juin 1824 dispose que : « Les baux à ferme ou à loyer des biens meubles ou immeubles, les baux de pâturage et nourriture d'animaux, les baux à cheptel ou reconnaissances de bestiaux, et les baux ou conventions pour nourriture de personnes, lorsque la durée sera limitée, ne seront désormais soumis qu'au droit de vingt centimes par cent francs, sur le prix cumulé de toutes les années. Le droit de cautionnement de ces baux sera de moitié de celui fixé par le présent article » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XXIV, p. 509).

¹⁸³⁹ Cependant, Paul-Lucas Championnière et Esprit Rigaud sont en désaccord avec les modalités proposées par l'administration pour fixer ce plafond (*ibid.*, p. 591).

¹⁸⁴⁰ L'article 14, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 juin 1902 dispose que : « L'acte constitutif de l'emphytéose n'est assujéti qu'aux droits d'enregistrement de transcription établis pour les baux à ferme ou à loyer d'une durée limitée » (M. D. GARNIER, *Répertoire général et raisonné...*, op. cit., t. I, V^{is} Bail emphytéotique, n. 2190). Voir également *supra*, p. 492 et s.

§. 2 *Imposer un quasi-proprétaire*

Dès la période révolutionnaire, une refonte générale du système fiscal est opérée¹⁸⁴¹. Le principe d'égalité devant l'impôt est ainsi proclamé dans l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁸⁴². Les révolutionnaires tâchent alors d'instaurer un impôt légitime et égalitaire, en réaction à la fiscalité d'Ancien Régime, considérée comme lourde et arbitraire¹⁸⁴³. L'instauration de cette nouvelle législation n'est pas exempte de critiques : certains font valoir que l'impôt pèse pour l'essentiel sur l'agriculture, accablant l'économie traditionnelle tout en profitant à l'industrie¹⁸⁴⁴. Malgré ces reproches, l'organisation fiscale établie à la fin du XVIII^e siècle et au début du siècle suivant pose les bases de la fiscalité dans le droit contemporain. Pour l'emphytéote, ces bouleversements dans la perception de l'impôt ont des répercussions sur ses propres contributions.

À partir de 1790, l'instauration de quatre nouveaux impôts, les « quatre vieilles », traduit la volonté des révolutionnaires de refonder le système fiscal¹⁸⁴⁵. Soucieux de prélever les contributions fiscales de manière plus équitable, les révolutionnaires n'établissent que des impôts directs : la contribution foncière, la contribution personnelle immobilière, la contribution des portes et fenêtres et la patente. Le législateur tente ainsi de

¹⁸⁴¹ Sur l'impôt à l'époque contemporaine, voir notamment N. DELALANDE, *Les Batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2014, spécialement p. 23-37 ; *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles. Colloque des 2, 3 et 4 mars 2001*, éd. M. LÉVY-LEBOYER, M. LESCURÉ, A. PLESSIS, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006 ; R. SCHNERB, « Quelques observations sur l'impôt en France dans la première moitié du XIX^e siècle », *Deux siècles de fiscalité française. XIX^e-XX^e siècle. Histoire, économie, politique*, éd. J. BOUVIER, J. WOLFF, Paris, La Haye, Mouton Éditeur, 1973 (*Le savoir historique*, 5), p. 71-78 ; G. ARDANT, *Histoire de l'impôt. Livre II, XVIII^e et XIX^e siècles*, op. cit., p. 168-172 et p. 203-204.

¹⁸⁴² Pour rappel, l'article 13 dispose que : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Pour une analyse du principe d'égalité dans l'impôt, voir C. LARRÈRE, « L'égalité fiscale : une invention républicaine ? », *Philosophie de l'impôt*, éd. T. BERNIS, J.-C. K. DUPONT, M. XIFARAS, Bruxelles, Bruylant, 2006 (*Penser le Droit*), p. 89-104.

¹⁸⁴³ Sur la perception de l'impôt à l'époque contemporaine, voir L. LE VAN-LEMESLE, « Les économistes et l'impôt en France au XIX^e siècle », *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles*, op. cit., p. 235.

¹⁸⁴⁴ Ces critiques sont rappelées dans P. VERLEY, « Équité, efficacité, incidence économique de la fiscalité au XIX^e siècle », *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles*, op. cit., p. 62.

¹⁸⁴⁵ Sur la refonte des impôts directs à la période révolutionnaire puis sous les régimes napoléoniens, voir la synthèse de G. ARDANT, *Histoire de l'impôt. Livre II...*, op. cit., p. 168-172. Plus précisément, le décret des 20, 22 et 23 novembre-1^{er} décembre 1790 (*Archives parlementaires de la Révolution française. Archives Parlementaires de 1787 à 1869 – Première série (1787-1799)*, t. XX, 1885, p. 698-701) puis la loi du 3 frimaire an VII (23 novembre 1798) viennent encadrer la contribution foncière (*Bulletin des lois de la République française*, t. 243, Paris, Imprimerie nationale, 1798, n. 2197). Les lois du 7 thermidor an II (25 juillet 1794) et du 3 nivôse an VII (23 décembre 1798) règlent la contribution mobilière (*Bulletin des lois de la République française*, t. 250, Paris, Imprimerie nationale, 1798, n. 2269 et n. 2270). La loi des 2-17 mars 1791 (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. II, p. 230-234) régleme la patente et celle du 4 frimaire an VII (24 novembre 1798) la contribution des portes et fenêtres (*Bulletin des lois de la République française*, t. 242, Paris, Imprimerie nationale, 1798, n. 2195).

protéger le contribuable de tout arbitraire des pouvoirs publics¹⁸⁴⁶. Toutefois, avec l'arrivée au pouvoir de Napoléon Bonaparte, les intentions révolutionnaires sont malmenées¹⁸⁴⁷. Sous les régimes napoléoniens, l'imposition indirecte progresse, ravivant le souvenir des nombreuses taxes indirectes de l'Ancien Régime. En matière fiscale, le XIX^e siècle est ainsi traversé par cette tension entre les idéaux révolutionnaires et le conservatisme napoléonien.

Au regard du bail emphytéotique, seule la contribution foncière, qui est assise sur l'immeuble concédé, présente un réel intérêt¹⁸⁴⁸. Il s'agit alors de décider qui, du preneur ou du bailleur, doit s'acquitter du montant de l'imposition et selon quelles modalités. L'emphytéote étant assimilé à un acheteur, les modalités de paiement de ses impôts sont empruntées à celles d'un propriétaire. En outre, le régime fiscal applicable à l'emphytéote permet aussi de le distinguer d'un preneur à bail ordinaire. Par conséquent, l'emphytéote seul, tenu de toutes les charges pesant sur l'immeuble concédé, est obligé de payer l'impôt (A). Certains aménagements sont toutefois prévus par la loi pour alléger ce fardeau (B).

A. Le principe : une charge réservée à l'emphytéote

Dès 1809, le Conseil d'État est interrogé pour déterminer qui de l'emphytéote ou du bailleur est tenu de payer les contributions foncières qui pèsent sur le fonds emphytéotique¹⁸⁴⁹. Se fondant sur le décret des 23 novembre-1^{er} décembre 1790¹⁸⁵⁰, il estime que « le paiement des contributions étant une charge inséparable de la propriété utile, il ne doit être supporté que par celui qui en jouit, c'est-à-dire par le preneur ou ses ayans-droit »¹⁸⁵¹. Cette interprétation du Conseil d'État s'inscrit dans la continuité du décret de 1790 qui prévoyait le paiement d'un impôt « par égalité proportionnelle, sur toutes les propriétés foncières, à raison de leur revenu net »¹⁸⁵². Cela signifie que « c'est la

¹⁸⁴⁶ En revanche, ces impôts sont particulièrement rigides puisqu'ils ne s'adaptent pas à la situation de chaque contribuable. Sur les avantages et les défauts de l'organisation fiscale révolutionnaire, A. PLESSIS, « L'impôt des français au XIX^e siècle replacé dans une perspective européenne », *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles*, *op. cit.*, p. 36-37.

¹⁸⁴⁷ Sur ce point, voir C. COSTE, « Penser l'impôt au XIX^e siècle. Controverses fiscales et contributions saint-simoniennes dans la France des années 1830 », *Cahiers d'histoire*, t. 124, 2014, p. 45-46.

¹⁸⁴⁸ Sur l'évolution de la contribution directe au cours du XIX^e siècle, R. SCHNERB, « Technique fiscale et partis pris sociaux. L'impôt foncier en France depuis la Révolution », *Deux siècles de fiscalité française...*, *op. cit.*, p. 79-104.

¹⁸⁴⁹ CE avis, 21 janvier 1809, S. 1809, II, p. 69.

¹⁸⁵⁰ Décret sur la contribution foncière des 23 novembre-1^{er} décembre 1790, *Archives parlementaires de la Révolution française. Archives Parlementaires de 1787 à 1869 – Première série (1787-1799)*, t. XX, 1885, p. 698-701.

¹⁸⁵¹ *Ibidem*.

¹⁸⁵² Tit. 1^{er}, art. 1^{er} (*ibid.*, p. 698).

propriété qui seule est chargée de la contribution, et que le propriétaire n'est qu'un agent qui l'acquitte pour elle, avec une portion des fruits qu'elle lui donne »¹⁸⁵³. Partant, l'Assemblée nationale a entendu exiger le paiement de l'impôt de celui qui perçoit effectivement les fruits. Une difficulté pouvait surgir du fait que l'article 10 du titre V du décret de 1790 prévoit un mécanisme de recouvrement par le biais des preneurs de baux à ferme ou à loyer, à charge pour les bailleurs de les rembourser du montant de la contribution¹⁸⁵⁴. Toutefois, là où le locataire ordinaire peut simplement user de l'immeuble loué, l'emphytéote détient un droit beaucoup plus étendu, qui comprend notamment le droit de percevoir les fruits produits par le fonds emphytéotique. Pour cette raison, le Conseil d'État considère que :

« les contributions imposées sur les propriétés tenues à bail emphytéotique, doivent être à la charge de l'emphytéote, lors même qu'il n'a point été astreint expressément à ce paiement par l'acte de bail »¹⁸⁵⁵.

Dans les décennies qui suivent, le Conseil d'État confirme cet avis¹⁸⁵⁶. D'ailleurs, une telle décision n'est pas contestée par les auteurs de doctrine qui se rangent à cette opinion. En particulier, dans le *Répertoire Dalloz*, il est admis que « l'impôt foncier est assis spécialement sur les fruits et revenus des immeubles : aussi doit-il être payé, non par celui qui a la propriété directe, mais par *celui qui a la propriété utile*, comme *l'emphytéote et l'usufruitier* »¹⁸⁵⁷. Il apparaît établi qu'en principe l'emphytéote, qui est tenu de l'ensemble des charges pesant sur le fonds, doit également s'acquitter de l'impôt. À l'inverse,

¹⁸⁵³ Instruction de l'Assemblée nationale, sur la contribution foncière, décrétée les 22 et 23 novembre 1790 (*ibid.*, p. 701).

¹⁸⁵⁴ Tit. V, art. 10 : « Tous fermiers ou locataires seront tenus de payer, en l'acquis des propriétaires, la contribution foncière pour les biens qu'ils auront pris à ferme ou à loyer, et les propriétaires seront tenus de recevoir le montant des quittances de cette contribution pour comptant, sur le prix des fermages ou loyers » (*ibidem*).

¹⁸⁵⁵ S. 1809, II, p. 69.

¹⁸⁵⁶ Notamment, CE, 14 juillet 1841, *Bavoux et Bernard*, S. 1842, II, p. 35 ou encore CE, 14 juin 1855, *Hautoy*, D. 1856, III, p. 2, S. 1856, II, p. 125 dans lequel il est rappelé que « d'après l'avis du conseil d'État du 21 janv. 1809, approuvé le 2 février suivant, les contributions imposées sur les propriétés tenues à bail emphytéotique doivent être à la charge de l'emphytéote, alors même qu'il n'a point été astreint à ce paiement par l'acte de bail ».

¹⁸⁵⁷ D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, *op. cit.*, t. XXVII, V^{is} Impôts directs, p. 302, n. 133. Voir également, É. PÉPIN LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose...*, *op. cit.*, p. 356-357 ; F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif : mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, t. II, Paris, Cotillon, 1860, p. 753-754 ; A. AMIAUD, *Traité-formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, t. I, Paris, Administration du journal des notaires et des avocats, 1890, V^o Bail, p. 281, n. 138 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, *op. cit.*, p. 64, n. 131.

l'emphytéote qui est seul chargé des contributions foncières profite pour son bénéfice exclusif des éventuelles diminutions ou suppressions d'impôts qui peuvent survenir¹⁸⁵⁸.

Un autre point a été rapidement réglé : celui de savoir qui de l'autorité judiciaire ou de l'autorité administrative est compétente pour statuer sur la qualification de droit d'emphytéose dont se prévaut un preneur à bail. Dans une ordonnance du 26 juillet 1837, le Conseil d'État considère que cette question relève de la seule compétence des juridictions judiciaires, dans la mesure où il s'agit de se prononcer sur les conditions et les effets du contrat¹⁸⁵⁹, tandis que les incidences électorales demeurent de la compétence de l'autorité administrative¹⁸⁶⁰. Il découle automatiquement de cette qualification l'obligation de paiement des impôts fonciers. Une telle compétence de l'autorité judiciaire ne suscite pas de difficulté particulière, puisque le juge judiciaire est traditionnellement considéré comme le garant des droits et libertés individuels, donc en particulier de la préservation du droit de propriété¹⁸⁶¹.

B. Les aménagements : une décharge partielle de l'emphytéote

En dépit du principe selon lequel l'emphytéote est tenu de s'acquitter des impôts fonciers assis sur la chose emphytéotique, certains aménagements sont susceptibles de transformer les modalités de perception des impôts.

Tout d'abord, les parties elles-mêmes peuvent décider d'insérer une clause contraire dans le contrat emphytéotique, prévoyant la non-retention des impôts par le preneur. La jurisprudence est constante sur ce point¹⁸⁶². L'essentiel pour les pouvoirs publics étant que l'impôt soit payé, il importe peu que les parties s'accordent pour que le bailleur s'acquitte du montant de la contribution foncière. En cela, la liberté contractuelle ne préjudicie pas à la préservation des intérêts de l'État.

¹⁸⁵⁸ Voir Paris, 1^{er} pluviôse an X, *Héritiers Prieur c. Citoyens Raussin*, dans lequel il est précisé que « l'emphytéote [...] doit seul profiter de la suppression de la dîme, sans être tenu à aucune indemnité envers le propriétaire direct, qui ne peut exiger que sa redevance » (S. 1801, II, p. 303). Cette décision rendue à l'occasion d'un bail conclu avant 1790 est généralisée à l'ensemble des contrats emphytéotiques dans E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, op. cit., p. 65, n. 136.

¹⁸⁵⁹ CE, 26 juillet 1837, *Austruy c. Dassier*, D. 1838, III, p. 127, S. 1838, II, p. 41.

¹⁸⁶⁰ Sur ce point, voir *supra*, p. 396 et s.

¹⁸⁶¹ P. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Paris, LGDJ, 1964 (*Bibliothèque de droit public*, 58), p. 20-21.

¹⁸⁶² Par exemple, Civ., 17 pluviôse an VIII, *La Régie c. Lepetit-Monfleury*, S. 1800, I, p. 282 ; Civ., 2 ventôse an XI, *Spinner c. dame Voyer*, S. 1802, I, p. 241 ; Colmar, 27 mars 1806, *sieur Kehrling c. sieurs Lacombe et consorts*, S. 1805, II, p. 984 ; Cass., 8 décembre 1812, *Durein c. Becker-Volmer*, S. 1813, I, p. 94. Cet aménagement est également évoqué par Raymond-Théodore Troplong : R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, op. cit., t. I, p. 144, n. 39.

Ensuite, et c'est là l'aménagement majeur, le décret des 23 novembre-1^{er} décembre 1790 prévoit la possibilité pour le preneur de faire participer, pour partie, le bailleur au paiement des impôts fonciers¹⁸⁶³. Ce texte ne prévoit qu'une « retenue proportionnelle à la contribution » dont le taux est précisé par des lois postérieures. Une loi du 3 frimaire an VII (23 novembre 1798) fixe d'abord à un quart cette retenue¹⁸⁶⁴, avant qu'une loi du 11 frimaire an VIII (2 décembre 1799) ne la rabaisse à un cinquième¹⁸⁶⁵. Cependant, ces deux textes n'évoquent pas explicitement le bail emphytéotique. Il faut attendre 1809 pour que le Conseil d'État, interrogé sur le point de savoir si ces deux lois lui sont applicables, affirme que « l'emphytéote est autorisé à la retenue du cinquième sur le montant de la redevance pour représenter la contribution due par le bailleur, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé »¹⁸⁶⁶.

En vertu de ces lois de l'an VII et de l'an VIII, l'emphytéote est tenu de s'acquitter du paiement de la contribution foncière, à l'exception d'une partie – un quart jusqu'en 1799 puis un cinquième – que le bailleur doit prendre à sa charge¹⁸⁶⁷. Le preneur peut donc répercuter une partie de ses impôts fonciers directement sur le montant de la redevance. Il partage alors la pression fiscale avec le bailleur. Toutefois, il faut remarquer que c'est l'emphytéote qui demeure directement imposable et ce n'est que dans un second temps, et par ricochet, que le bailleur participe au paiement de la contribution foncière. Malgré cette atténuation du principe selon lequel la charge fiscale pèse sur l'emphytéote, le preneur continue de s'acquitter de la plus grande part de l'impôt direct.

La loi du 25 juin 1902 rappelle le principe selon lequel le preneur est tenu de s'acquitter de l'impôt, mais en laissant à des lois spéciales le soin d'encadrer les aménagements et les

¹⁸⁶³ Tit. 2, art. 6 : « Les propriétaires dont les fonds sont grevés de rentes ci-devant seigneuriales ou foncières, d'agriers, de champarts ou d'autres prestations, soit en argent, soit en denrées, soit en quotité de fruits, feront en acquittant ces rentes ou prestations, une retenue proportionnelle à la contribution, sans préjudice de l'exécution des baux à rente faits sous la condition de la non-retention des impositions royales » (*Archives parlementaires de la Révolution française. Archives Parlementaires de 1787 à 1869 – Première série (1787-1799)*, *op. cit.*, p. 698).

¹⁸⁶⁴ Loi du 3 frimaire an VII relative à la répartition, à l'assiette de recouvrement de la contribution foncière, *Bulletin des lois de la république*, t. 243, Paris, Imprimerie nationale des lois, 1798, p. 1-31. Voir particulièrement les articles 97, 98, 99 et 116.

¹⁸⁶⁵ Art. 1^{er} de la loi du 11 frimaire an VIII qui règle définitivement les contributions directes de l'an VIII : « La proportion de la contribution foncière avec le revenu foncier imposable, est fixée pour l'an VIII au cinquième en principal » (*Bulletin des lois de la République française*, t. 332, Paris, Imprimerie nationale, 1799, p. 1-2).

¹⁸⁶⁶ CE avis, 21 janvier 1809, *S.* 1809, II, p. 69. Il faut souligner qu'un arrêt de la Cour de Paris l'avait déjà affirmé en 1802 mais de façon moins explicite : Civ., 1^{er} pluviôse an X, *Héritiers Prieur c. Citoyens Raussin*, *S.* 1801, II, p. 302.

¹⁸⁶⁷ En ce sens, R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 144, n. 39.

modalités de paiement¹⁸⁶⁸. En cela, la situation de l'emphytéote s'approche davantage de celle d'un véritable propriétaire que de celle du locataire ordinaire, qui n'est pas tenu de la contribution foncière. Il est possible de dresser un constat similaire à propos des actions judiciaires qui sont ouvertes à l'emphytéote.

§. 3 *Défendre le droit d'un quasi-proprétaire*

À l'époque contemporaine, aux yeux des tiers, l'emphytéote est perçu comme un quasi-proprétaire. C'est pourquoi il doit avoir les moyens de se défendre en son nom propre contre les atteintes qui pourraient être faites au fonds concédé. Considéré comme un *juris possessor*¹⁸⁶⁹, l'emphytéote dispose de la faculté d'exercer l'action possessoire, c'est-à-dire « une action appartenant au possesseur d'un immeuble, d'un droit réel immobilier pour se faire maintenir ou réintégrer dans sa possession, en cas de trouble ou d'éviction »¹⁸⁷⁰. Au XIX^e siècle, les actions possessoires sont au nombre de trois : la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre et la réintégrande¹⁸⁷¹. L'action en complainte doit permettre de faire cesser un trouble de fait ou de droit qui porte atteinte à la possession. La dénonciation de nouvel œuvre, quant à elle, peut être exercée dès lors que des travaux menacent la possession. Enfin, la réintégrande vise, comme son nom le laisse présager, à réintégrer le possesseur dans sa possession. En raison de l'étendue du droit réel qui est concédé par le bailleur, la faculté de l'emphytéote de recourir aux actions possessoires ne suscite pas de difficultés particulières parmi les auteurs de doctrine¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁸ L'article 8 de la loi du 25 juin 1902 dispose que : « Le preneur est tenu de toutes les contributions et charges de l'héritage ».

¹⁸⁶⁹ Voir L. WODON, *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, t. II, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Compagnie, 1866, p. 272-274.

¹⁸⁷⁰ F.-X.-P. GARNIER, *Traité de la possession et des actions possessoires et pétitoires*, Paris, Chez l'Éditeur, rue de l'Odéon 36, 1847, p. 13-14.

¹⁸⁷¹ Le recours aux actions possessoires est encadré par les articles 23 à 27 du Code de procédure civile de 1806. Pour un aperçu historique et synthétique sur les actions possessoires, voir J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers, Nature et fondement*, Paris, Economica, 1981, p. 310-321. Sur la distinction entre action possessoire et action pétitoire, voir E. MICHELET, *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, Paris, LGDJ, R. Pichon, R. Durand-Auzias, 1973, p. 8-13. Aujourd'hui, les actions possessoires ont été abrogées au profit du référé possessoire (voir notamment, J. DUBARRY, « Avènement du référé possessoire et premiers éléments de régime : une précision, un avertissement et des hypothèses », *Gaz. Pal.*, t. 17, 4 mai 2021, p. 24-25 ; J.-L. BERGEL, « Feues les actions possessoires, vive la protection possessoire ! », *RDI*, 2015, p. 265).

¹⁸⁷² J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, *op. cit.*, t. II, p. 323, n. 710 ; W. BÉLIME, *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, *op. cit.*, p. 333-334, n. 307 ; C.-J.-A. BIOCHE, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, t. I, Paris, s.n., 1864, V^{is} Actions possessoires, p. 209, n. 222 ; J.-P. MOLITOR, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec les rapports entre la législation romaine et le droit français*, Paris, Auguste Durand, 1868, p. 177-178, n. 97 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 146, n. 160 ;

De plus, l'emphytéote – comme le superficiaire¹⁸⁷³ – peut joindre la possession du propriétaire à la sienne et bénéficier ainsi de la jonction des possessions, prévue par l'article 2235 du Code civil¹⁸⁷⁴. La situation inverse n'est pas admise car le propriétaire n'en a pas la faculté. En cela, la capacité d'ester en justice de l'emphytéote diffère de celle du locataire ordinaire, qui n'a, par l'effet du contrat, qu'une simple détention de l'immeuble, et se rapproche, au contraire, de celle d'un véritable propriétaire.

Les cas dans lesquels l'emphytéote peut agir en justice sont significatifs. Ils traduisent l'idée selon laquelle l'emphytéote est considéré comme un quasi-propriétaire dans ses relations avec les tiers. Plusieurs affaires illustrent ce rapport entre l'emphytéote et les tiers au contrat.

Tout d'abord, les juridictions ont été saisies pour déterminer si l'emphytéote bénéficie de l'action possessoire. Sur le fondement de l'article 23 du Code de procédure civile de 1806, seul le possesseur « à titre non précaire » peut l'exercer¹⁸⁷⁵. Dans un arrêt du 26 juin 1822, la question est donc soulevée : l'emphytéote temporaire possède-t-il à titre non précaire et, par conséquent, est-il recevable à exercer des actions possessoires ? Dans cette affaire, les juges de cassation estiment que les caractères du bail emphytéotique, en particulier le droit très étendu qu'il confère au preneur, permettent de considérer l'emphytéote comme un possesseur non précaire, au sens de l'article 23 du Code de procédure civile¹⁸⁷⁶. Il est donc à même d'« exercer l'action *de in rem* pour se faire maintenir contre tous ceux qui l'y troublent et contre le bailleur lui-même ». Plus encore, ils sanctionnent les juges du fond qui ont méconnu les principes régissant la matière « en confondant le contrat de louage avec le contrat d'emphytéose, le simple fermier avec le possesseur, celui qui possède à titre onéreux avec le possesseur précaire ». Autrement dit, l'emphytéote détient un droit qui l'érige en quasi-propriétaire à l'égard des tiers.

Dans le même sens, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État en matière de travaux publics, le propriétaire n'a pas qualité à agir pour représenter ses locataires et

D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...*, *op. cit.*, t. III, V^{is} Action possessoire, p. 184-185, n. 534.

¹⁸⁷³ Sur la protection possessoire du droit de superficie, voir R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, *Le droit de superficie. Des glossateurs aux premiers commentateurs du code civil (XII^e-XIX^e siècle)*, *op. cit.*, p. 318-340.

¹⁸⁷⁴ Pour rappel, l'article 2235 du Code civil de 1804 dispose que : « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux ».

¹⁸⁷⁵ Art. 23 C. proc. civ. (1806) : « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible, par eux ou les leurs, à titre non précaire ».

¹⁸⁷⁶ Civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourg c. Despagnac*, S. 1822, I, p. 362.

réclamer réparation en leur nom¹⁸⁷⁷. Aussi, un arrêt du 1^{er} avril 1869 transpose, sans aucune modification, cette solution à l'emphytéote¹⁸⁷⁸. En matière de travaux publics, de la même façon que le propriétaire, le preneur à emphytéose se voit refuser toute qualité à agir en lieu et place de ses locataires, pour les dommages qu'ils ont subis. Cet arrêt présente un intérêt majeur dans la mesure où il suggère que l'un des effets du bail emphytéotique – notamment le transfert de droits qui en résulte – consiste à faire de l'emphytéote un propriétaire dans ses rapports avec ses éventuels locataires.

La loi du 25 juin 1902 n'évoque pas les actions judiciaires potentiellement ouvertes à l'emphytéote pour défendre ses droits. En l'absence de dispositions particulières, ce texte semble laisser perdurer les solutions jurisprudentielles élaborées tout au long du XIX^e siècle.

Finalement, que ce soit lors de la conclusion du bail emphytéotique, pour le paiement des impôts directs ou encore l'ouverture des recours en justice, une certaine proximité se fait jour entre l'emphytéote et le nouvel acheteur, justifiant la transposition de dispositions issues de la vente et de ses effets dans le régime du bail emphytéotique. Lorsque ce dernier comporte une lacune sur un point qui conduit à considérer l'emphytéote comme un quasi-propriétaire, ce sont généralement les règles de la vente et de la propriété qui viennent suppléer cette insuffisance. Dans ces hypothèses, l'emphytéote agit comme s'il était propriétaire, ce qui justifie l'application du droit commun – au sens large – de la vente. Au contraire, dans d'autres situations, la doctrine ou la jurisprudence tendent davantage à compléter le régime du bail emphytéotique en empruntant au contrat de louage.

Section 2 Suppléer avec le louage

La possibilité de suppléer les lacunes du régime spécial du contrat emphytéotique avec le droit commun du bail ne soulève guère de controverse. De fait, entre le bail emphytéotique et le bail ordinaire, il est une similitude qui apparaît immédiatement évidente : le preneur ordinaire comme l'emphytéote doivent s'acquitter du paiement d'une redevance. Pierre de touche entre ces deux contrats, elle ne manque pas d'être

¹⁸⁷⁷ Voir notamment CE, 24 janvier 1861, *Massent c. ville d'Amiens*, D. 1861, III, p. 30 ; CE, 7 mars 1861, *Dame de la Grande c. ville de Paris*, D. 1861, III, p. 27 ; CE, 30 juillet 1863, *Marchou et Bardu c. Tacessiaux*, D. 1864, III, p. 106 ; CE, 15 décembre 1865, *ville de Paris c. Lacôte*, D. 1866, III, p. 83.

¹⁸⁷⁸ CE, 1^{er} avril 1869, *Ardoin et compagnie c. ville de Paris*, D. 1870, III, p. 68, S. 1870, II, p. 166.

régulièrement soulignée. Le doyen Proudhon explique notamment que « [l']emphytéose participe du bail à loyer en ce que le preneur qui reçoit le fonds, s'oblige à payer au bailleur un canon ou prix annuel, comme dans le cas de la location »¹⁸⁷⁹. Pareillement, François Laurent soutient que la ressemblance entre le louage et le contrat emphytéotique tient « en ce que le prix de la jouissance de l'emphytéote consiste en une redevance annuelle comme le prix de la jouissance du fermier ou locataire »¹⁸⁸⁰. Cette ressemblance incite les civilistes à recourir au droit du louage pour encadrer les modalités de paiement du canon, dès lors qu'aucune règle spécifique au bail emphytéotique n'aborde la question (§1). Au-delà du paiement de la redevance, les emprunts au droit commun du louage s'avèrent également abondants en matière successorale. Le droit spécial du bail à emphytéose demeurant silencieux en ce domaine, les règles applicables au louage ordinaire sont ainsi mobilisées pour combler cette carence (§2).

§. 1 L'emprunt des principales modalités de paiement d'un loyer ordinaire

Le canon dû par l'emphytéote au bailleur s'apparente au loyer que le locataire ordinaire doit acquitter. Dans les deux cas, l'obligation de payer une redevance périodique pèse sur le preneur à bail¹⁸⁸¹. Dès lors, il n'est pas surprenant de voir les juristes s'inspirer du régime du louage pour préciser les modalités de paiement du canon emphytéotique.

En principe, la redevance due par l'emphytéote présente un caractère modique. D'ailleurs, la modicité du canon emphytéotique, même si elle n'est pas de l'essence du contrat, participe à son équilibre : puisque l'emphytéote est chargé d'améliorer et de mettre en valeur le fonds – ce qui réclame souvent de sa part de lourds investissements –, il n'est tenu de s'acquitter envers le bailleur que d'une redevance d'un faible montant¹⁸⁸². Les auteurs de doctrine ont cherché à expliciter le fondement de cette obligation de paiement. Alexandre Duranton énonce ainsi que la redevance est payée « en reconnaissance du droit de propriété, que se réserve le concédant »¹⁸⁸³. Une telle formulation tend à montrer que la propriété du bailleur lui donne le droit de prétendre au paiement régulier d'un loyer. Cette approche rappelle, en certains points, la conception de l'ancien droit selon laquelle la

¹⁸⁷⁹ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété...*, op. cit., t. II, p. 322, n. 710.

¹⁸⁸⁰ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. VIII, p. 431-432, n. 353.

¹⁸⁸¹ Sur le débat sur le caractère essentiel de l'obligation de payer une redevance dans le contrat emphytéotique, voir *supra*, p. 364 et s.

¹⁸⁸² V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., t. II, p. 365, n. 358 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, op. cit., t. XXIX, V° Emphytéose, p. 646, n. 140.

¹⁸⁸³ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. IV, p. 67, n. 75.

redevance était « recognitive de la directe seigneuriale »¹⁸⁸⁴. Toutefois, dans le droit contemporain, l'acquiescement de la redevance découle du droit de propriété plein et entier, contrairement à ce qui avait lieu sous l'Ancien Régime, où il s'appuyait sur le cisaillement de la propriété et la permanence d'un domaine direct. Au contraire, la plupart des auteurs du XIX^e siècle s'attache à affirmer ce basculement par rapport à l'ancien droit, tout en rappelant que l'abolition de la féodalité ne permet plus désormais de fonder le paiement de la redevance sur la reconnaissance du domaine direct¹⁸⁸⁵. En cela, le fondement de l'obligation de paiement du canon emphytéotique s'approche de celle du locataire ordinaire.

Par ailleurs, les modalités de paiement de la redevance emphytéotique mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine s'inspirent largement du droit commun du louage. Le non-paiement de la redevance constitue ainsi un manquement de l'emphytéote à ses obligations contractuelles, contre lequel le bailleur peut opposer certains recours. Dans tous les cas, les juridictions judiciaires sont seules compétentes pour trancher le litige, sauf si le conflit met en cause un établissement public, auquel cas il relève de la compétence de l'autorité administrative¹⁸⁸⁶. Le bailleur peut demander au juge la résiliation du contrat¹⁸⁸⁷, mais aussi réclamer le paiement des sommes dues par le preneur, voire des dommages et intérêts en cas de détérioration du fonds concédé¹⁸⁸⁸.

Dans certains cas, l'emphytéote, pour éviter de payer les arrérages échus pendant sa jouissance, cède son droit à un tiers. Le juge de cassation a eu à se prononcer pour déterminer à qui du cédant ou du cessionnaire du droit d'emphytéose le bailleur peut réclamer le paiement. En particulier, dans une affaire examinée par la chambre civile le 4 août 1880, la Cour de cassation considère que le premier emphytéote reste tenu des

¹⁸⁸⁴ Sur ce point, voir *supra* p. 196.

¹⁸⁸⁵ En particulier, V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, t. II, p. 365, n. 358 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 68-69, n. 78 ; R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 159 ; J.-C. PERSIL, *Régime hypothécaire...*, *op. cit.*, t. I, p. 318 ; A. VALETTE, *De la propriété et de la distinction des biens...*, *op. cit.*, p. 59 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français...*, *op. cit.*, t. II, p. 640-641 ; E. D. GLASSON, *Éléments du droit français...*, *op. cit.*, t. I, p. 281.

¹⁸⁸⁶ Cela est affirmé par le Conseil d'État dans un avis du 22 janvier 1808 (CE, 22 janvier 1808, *Holley de Ronville c. les hospices de Rouen*, S. 1816, II, p. 308).

¹⁸⁸⁷ Voir *supra*, p. 417 et s.

¹⁸⁸⁸ Voir en ce sens, Req. 30 août 1827, *Coens c. Bouvier et consorts*, D. 1827, I, p. 500, S. 1828, I, p. 200 ; Angers, 21 août 1851, *Héritiers Lefort et Boisdrion c. Hospices de Saumur*, D. 1852, II, p. 17, S. 1851, II, p. 673.

sommes dont il ne s'est pas acquitté durant sa jouissance¹⁸⁸⁹. En l'espèce, des terres marécageuses avaient été concédées à bail emphytéotique, en vue de procéder à leur dessèchement. L'emphytéote s'est abstenu de payer la redevance, avant de céder son droit d'emphytéose. La juridiction considère alors qu'il « est tenu de cette dette tant personnellement que sur la chose même affectée par privilège à la garantie du recouvrement de l'indemnité ». Il faut préciser que, dans cette affaire, la validité de la cession était elle-même douteuse. Cette tentative de fraude a sans doute eu une influence sur la décision des juges. Néanmoins, il apparaît qu'en règle générale l'emphytéote reste tenu personnellement des montants non acquittés durant l'exécution du contrat, quand bien même il tenterait ensuite de se soustraire à ce paiement en cédant le droit d'emphytéose.

En dépit de la proximité entre les modalités de paiement du canon emphytéotique et du loyer du preneur ordinaire, il convient de rappeler qu'une règle spéciale au régime du bail emphytéotique prévoit qu'aucune diminution de la redevance n'est admissible¹⁸⁹⁰, alors que le Code civil le permet pour le bail ordinaire¹⁸⁹¹. Ce principe s'explique car l'emphytéote est tenu des cas fortuits. La jurisprudence adoucit toutefois la rigueur de cette règle dans trois hypothèses spécifiques. Dans ces cas particuliers, elle contribue à rapprocher le régime du bail emphytéotique de celui du bail ordinaire, même si le principe demeure l'impossibilité de révision de la redevance emphytéotique.

La première hypothèse concerne les cas dans lesquels certains emphytéotes ont pu demander une révision à la baisse de leur canon emphytéotique, à la suite de l'abolition de droits féodaux qui leur avaient été imposés lors de la formation du contrat et grevaient le fonds. Par exemple, un preneur, à qui avait été concédé un moulin par un seigneur, se voit accordé par le juge une réduction d'un sixième de sa redevance, en déduction du droit du cours d'eau, disparu par l'adoption de diverses lois révolutionnaires¹⁸⁹². L'emphytéote peut donc demander le retranchement de la portion représentative de droits féodaux sur le

¹⁸⁸⁹ Civ., 4 août 1880, *Commune d'Emmerin c. Tierce*, D. 1881, I, p. 13, S. 1881, I, p. 212.

¹⁸⁹⁰ Sur ce point, voir *supra*, p. 364 et s.

¹⁸⁹¹ L'article 1722 dispose que : « Si pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ». Voir F. LAURENT, *Principes de droit civil français...*, *op. cit.*, t. VIII, p. 422, n. 347.

¹⁸⁹² Civ., 8 février 1828, *Keller c. Patocky*, D. 1829, II, p. 92 : « suivant la jurisprudence constante de la Cour, le droit de *cours d'eau* a été calculé comme entrant pour une fraction dans l'évaluation du prix au-delà de la redevance pour la concession du fonds, toutes les fois que les seigneurs [...] faisaient une concession d'usine ou de fonds pour l'établissement d'usines mues par l'eau ; Que, par l'abolition du droit, les tenanciers sont autorisés à demander une diminution proportionnelle de leurs redevances ».

montant total de sa redevance. En revanche, l'emphytéote qui a continué de verser régulièrement la totalité de ses redevances, après l'abolition des droits féodaux, n'est pas susceptible de se faire restituer les sommes déjà réglées¹⁸⁹³. La Cour de cassation considère alors qu'il s'agit d'une renonciation volontaire à un droit acquis.

La révision du canon emphytéotique est permise par les juridictions dans une deuxième hypothèse. Elles autorisent l'emphytéote à réclamer une diminution de la redevance au bailleur à la suite d'une procédure d'alignement¹⁸⁹⁴. Dans ce cas, le preneur n'est pas fondé à demander une indemnité directement auprès de l'Administration¹⁸⁹⁵. En effet, « l'alignement émanant de la libre réclamation du propriétaire, c'est à celui-ci à en supporter les conséquences »¹⁸⁹⁶. Le juge précise que les intérêts de l'emphytéote « se trouvent garantis par les règles du droit commun »¹⁸⁹⁷, en particulier par les règles encadrant le louage. L'intervention de la puissance publique justifie ici la révision de la redevance.

Pour finir, dès la période révolutionnaire, l'emphytéote peut diminuer le montant de sa redevance d'une partie de ses contributions foncières, ce qui constitue la dernière hypothèse d'aménagement¹⁸⁹⁸.

Parmi ces exceptions au principe général selon lequel le preneur ne peut demander de révision du canon emphytéotique, il convient de noter qu'elles découlent toutes d'un impératif d'ordre public qui est étranger aux parties.

En définitive, il est possible de constater la transposition de certaines règles du contrat de louage au bail emphytéotique pour compléter les modalités de paiement de la redevance. Toutefois, ces emprunts demeurent exclusivement techniques, ne remettant pas en cause la spécificité du contrat emphytéotique. Il faut également remarquer que les juridictions et les auteurs de doctrine apparaissent plus souples que dans l'ancien droit dans l'appréhension de ces modalités de paiement, en introduisant divers aménagements favorables à l'emphytéote. Une telle parenté entre les règles applicables au contrat emphytéotique et au louage se retrouve également dans la succession de l'emphytéote.

¹⁸⁹³ Civ., 10 janvier 1831, *Froehlich c. Ville de Strasbourg*, D. 1831, I, p. 33, S. 1831, I, p. 20.

¹⁸⁹⁴ Paris, 31 mars 1863, *Babut c. Ville de Paris*, S. 1863, II, p. 160 ; Paris, 9 juillet 1895 (3 espèces), *Ville de Paris c. Jaluzot et C^{ie}, Banque parisienne c. Ville de Paris et Compagnie d'assurance la Centrale c. Ville de Paris*, S. 1897, II, p. 313, p. 316 et p. 318.

¹⁸⁹⁵ Contrairement à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Sur ce point, voir *infra*, p. 485 et s.

¹⁸⁹⁶ Paris, 31 mars 1863, *Babut c. Ville de Paris*, S. 1863, II, p. 160.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 161.

¹⁸⁹⁸ Sur ce point, voir *supra*, p. 470 et s.

§. 2 *Le ralliement au régime successoral du locataire ordinaire*

À titre liminaire, avant de s'intéresser aux modalités de la dévolution successorale du bail emphytéotique, il convient de souligner que, dès la période révolutionnaire, le caractère héréditaire de ce contrat a contribué à modifier les rapports de force entre le bailleur et l'emphytéote. Indirectement, l'abolition de la féodalité par les lois révolutionnaires a eu pour effet de fragiliser le droit du bailleur dans le contrat emphytéotique perpétuel, en supprimant le droit de retour en cas d'extinction de la ligne directe descendante du preneur, dont il bénéficiait jusqu'alors. Cette question est soulevée à l'occasion d'une affaire *Lescuyer* devant la Cour d'appel de Rouen¹⁸⁹⁹. En l'espèce, un bail emphytéotique avait été conclu entre une communauté religieuse et un emphytéote en 1735 « pour la durée de la vie du preneur, ses enfants et descendants en ligne directe seulement »¹⁹⁰⁰. Une clause de retour au bailleur était prévue en cas de transmission aux parents collatéraux de l'emphytéote. En 1833, les héritiers de l'emphytéote originaire rachètent la rente emphytéotique, sur le fondement de la loi des 18-29 décembre 1790, puis, en 1845, le sieur Lescuyer, qui exerce l'action au nom de l'État, prétend qu'une partie des terrains anciennement concédés à bail emphytéotique était possédée par des parents collatéraux et non par les descendants directs. Il affirme alors que la clause de retour peut jouer au profit de l'État. Le Tribunal du Havre, confirmé par la Cour d'appel de Rouen, refuse de faire droit à une telle prétention. Sollicité, le juge de cassation appuie la décision des juridictions inférieures dans un arrêt du 6 janvier 1852 et en affine les motifs de la façon suivante :

« Attendu que le bail à rente ou emphytéose au profit des descendants du concessionnaire en ligne directe seulement doit être réputé fait à perpétuité, puisqu'il n'est borné ni à quatre-vingt-dix-neuf ans, ni à trois têtes, que sa durée est indéfinie, et qu'il n'est révocable ni à volonté ni à époque fixe ; Attendu que la clause de retour en cas d'extinction de la ligne directe descendante du concessionnaire, clause dont excipent les demandeurs en cassation, n'est que la reproduction en d'autres termes de la stipulation fondamentale du contrat, c'est-à-dire le bail à rente ou emphytéose au profit seulement des descendants en ligne directe du concessionnaire ; que ce contrat reste donc avec ses effets légaux, savoir : l'obligation pour le bailleur ou ses ayants droits de subir le rachat de la rente réputée perpétuelle, et le droit pour les détenteurs d'affranchir pleinement par ce rachat et

¹⁸⁹⁹ Rouen, 18 décembre 1849, *Lescuyer c. Vasse et autres*, D. 1852, II, p. 148, S. 1850, II, p. 149.

¹⁹⁰⁰ *Ibidem*.

de consolider ainsi entre leurs mains la propriété baillée à eux ou à leur auteur à rente ou emphytéose ; Attendu que ce but d'affranchissement et de consolidation ne serait pas atteint si le rachat opéré laissait subsister le droit de retour, dont le maintien en pareil cas serait incompatible avec l'ensemble de la législation »¹⁹⁰¹.

La Cour de cassation estime que tous les effets de la loi des 18-29 décembre 1790 doivent jouer et, en particulier, que le bailleur doit subir le rachat de la rente, sans pouvoir prétendre exercer la clause de retour prévue au contrat. À la suite du rejet du cadre féodal, la transmission à cause de mort contribue à renforcer le droit de l'emphytéote, au détriment du droit du bailleur. L'impératif politique de déféodalisation prend ici le dessus sur la loi du contrat. Du reste, cette tension entre l'intérêt politique et l'intérêt des particuliers apparaît en contrepoint de l'ensemble du droit successoral, notamment pour ce qui concerne le bail emphytéotique.

La matière successorale constitue un des enjeux majeurs de la période révolutionnaire¹⁹⁰². Les révolutionnaires s'efforcent d'adosser la dévolution de la succession au principe d'égalité. En témoigne la loi des 17-21 nivôse an II (6-10 janvier 1794) qui affirme l'égalité successorale entre les descendants et limite au dixième la faculté de tester¹⁹⁰³. Le dispositif prévu par la législation révolutionnaire va ainsi à l'encontre de nombreuses traditions coutumières, ce qui ne manque pas de susciter des critiques et des contournements. En outre, l'esprit de transaction qui préside à la rédaction du Code civil entraîne lui aussi des modifications du régime successoral : d'un côté, le principe d'égalité entre les héritiers est maintenu mais, de l'autre côté, la quotité disponible est considérablement accrue¹⁹⁰⁴. Ces mutations profondes du droit successoral entraînent des conséquences sur la transmission à cause de mort du bail emphytéotique. L'introduction d'un principe d'égalité successorale apparaît difficilement conciliable avec l'impératif de continuité de l'exploitation du fonds concédé. De fait, l'un des objectifs du

¹⁹⁰¹ Civ., 6 janvier 1852, *Lescuyer et préfet de la Seine-Inférieure c. Vasse et autres*, D. 1852, I, p. 252.

¹⁹⁰² Sur le droit successoral dans le droit révolutionnaire, voir notamment J. POUMARÈDE, « La législation successorale de la Révolution entre l'idéologie et la pratique », *Itinéraire(s) d'un historien du droit...*, op. cit., p. 307-318 ; *La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil*, éd. I. THÉRY, C. BIET, Paris, Imprimerie nationale, 1989 ; A. DEJACE, *Les règles de la dévolution successorale sous la Révolution (1789-1794)*, Bruxelles, Liège, Paris, Bruylant, H. Vaillant-Carmanne, LGDJ, 1957.

¹⁹⁰³ *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. VI, p. 373-384.

¹⁹⁰⁴ Sur cette tension, voir J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire du Code civil. Les partages successoraux inégalitaires au XIX^e siècle », *B.E.C.*, t. 156, 1998, p. 117-141. Sur les dimensions politique et économique du droit successoral sous l'empire du Code civil, voir notamment P. STEINER, « L'héritage au XIX^e siècle en France : loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique*, t. 59, 2008/1, p. 75-97.

législateur révolutionnaire, au moins, en réformant le droit successoral consiste à multiplier le nombre de propriétaires¹⁹⁰⁵. Dans cette optique, le preneur d'un bail à long terme peut pâtir de ce renouvellement de la législation¹⁹⁰⁶.

La faculté de transmettre à cause de mort le droit d'emphytéose est largement admise par les auteurs de doctrine du XIX^e siècle¹⁹⁰⁷. Le droit intermédiaire, puis le Code civil à sa suite, ont voulu bannir les servitudes personnelles, c'est-à-dire « les charges imposées à la personne au profit d'un fonds », mais le droit d'emphytéose, transmissible aux héritiers de l'emphytéote, fait partie des « charges imposées à un fonds en faveur d'une personne », ce qui le rend parfaitement valable¹⁹⁰⁸. D'ailleurs, son caractère héréditaire – qui découle de sa longue durée – constitue l'un des avantages du contrat emphytéotique, pour assurer la durabilité de la gestion de l'immeuble donné à bail¹⁹⁰⁹. C'est pourquoi les règles de dévolution successorale présentent une importance de premier plan, en particulier dans un souci de garantir une certaine sécurité juridique aux cocontractants.

Une première illustration donne immédiatement à voir les conséquences de l'insertion du principe d'égalité successorale dans l'ordre juridique¹⁹¹⁰. En 1807, la Cour de cassation est sollicitée pour trancher le point de savoir si les filles d'un emphytéote peuvent invoquer les articles 732 et 745 du Code civil pour faire valoir leurs droits successoraux sur les biens concédés à emphytéose, alors même que le contrat conclu en 1702 prévoit que seuls les fils pourront succéder à leur père¹⁹¹¹. Il s'agit donc de déterminer s'il faut privilégier la loi du

¹⁹⁰⁵ Le morcellement des fonds demeure une critique persistante au XIX^e siècle. Voir notamment F. LE PLAY, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, t. I, Paris, Henri Plon, 1864, p. 266-269.

¹⁹⁰⁶ Jean Bart et Françoise Fortunet relèvent d'ailleurs qu'en matière successorale, « le législateur de 1804 est animé de la plus grande prudence et même méfiance car il n'entend pas voir ressusciter, sous quelque forme que ce soit, des locations perpétuelles, en instituant un droit perpétuel de jouissance au profit du preneur, ce qui serait synonyme d'atteinte à la liberté du propriétaire et à l'unité de son droit » (J. BART, F. FORTUNET, « L'individu et la terre ou l'ordre des champs d'après le Code civil des français », *Études rurales*, t. 110-112, 1988, p. 64).

¹⁹⁰⁷ Par exemple, A. DURANTON, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, t. IV, p. 76-77, n. 81 ; A. VALETTE, *Traité des privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, t. I, p. 191-192 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 443, n. 361 ; P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français...*, *op. cit.*, p. 564-565.

¹⁹⁰⁸ Ce point est précisément développé dans V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil...*, *op. cit.*, t. II, p. 634.

¹⁹⁰⁹ En particulier, la faculté de pouvoir disposer du droit d'emphytéose à cause de mort le distingue de l'usufruit, qui s'éteint avec le décès de l'usufruitier.

¹⁹¹⁰ Civ., 13 novembre 1807, S. 1808, I, p. 62.

¹⁹¹¹ L'article 732 ancien dispose que : « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour régler la succession » tandis que l'article 745 prévoit que : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages. Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation ».

contrat ou la loi existante au décès de l'emphytéote. La haute juridiction décide « qu'aux termes des art. 732 et 745 de ce Code, les enfans succèdent à leur père, sans distinction de sexe, quelles que soit la nature et l'origine des biens »¹⁹¹². Elle poursuit en affirmant qu'il n'est pas possible « sur le fondement d'une ancienne jurisprudence, [d']admettre une exception à la règle générale établie par la loi nouvelle, et exclure les filles [...] sans commettre un excès de pouvoir, et sans violer les textes des lois précitées »¹⁹¹³. Dès lors, la Cour de cassation fait prévaloir le principe d'égalité successorale, prévu par la loi, au détriment de la loi du contrat. Un tel arrêt témoigne des répercussions des transformations du droit successoral sur la transmission du bail emphytéotique à cause de mort. Par principe, tous les enfans de l'emphytéote sont appelés à la succession, quand bien même le contrat privilégierait expressément certains d'entre eux.

Le régime successoral prévu par la législation révolutionnaire puis le Code Napoléon emporte donc toutes ses conséquences quant au bail emphytéotique. Le droit d'emphytéose entre dans la succession, en application du droit commun du louage¹⁹¹⁴. Ainsi, il peut être transmis par le biais de la succession *ab intestat*, par donation, legs ou même par testament¹⁹¹⁵. Les héritiers peuvent renoncer ou accepter la succession mais dans ce dernier cas, ils sont tenus des dettes¹⁹¹⁶. L'ouverture de la succession offre également la faculté aux héritiers de l'emphytéote d'agir personnellement en justice à l'encontre d'un tiers qui porterait atteinte à la chose concédée à emphytéose¹⁹¹⁷.

Pourtant, certaines pratiques, voire la mise en place de véritables stratégies successorales, permettent de contourner le principe d'égalité entre les descendants. Des coutumes successorales, pourtant en contradiction avec le droit en vigueur, persistent dans de nombreuses zones rurales jusqu'à la fin du XIX^e siècle¹⁹¹⁸. De plus, l'emploi détourné de la vente à réméré ou l'usage d'un équivalent du retrait successoral peuvent permettre de

¹⁹¹² S. 1808, I, p. 72.

¹⁹¹³ *Ibidem*.

¹⁹¹⁴ L'article 1742 du Code civil dispose que : « Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur ».

¹⁹¹⁵ François Laurent souligne toutefois que « l'emphytéose testamentaire n'est qu'une théorie » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 477).

¹⁹¹⁶ *Ibidem*.

¹⁹¹⁷ Par exemple, Civ, 26 décembre 1836, *Héritiers Ratier c. Hérault*, D. 1837, I, p. 217. *Contra* : Ernest Désiré Glasson s'efforce de montrer que le principe du partage égal dans les successions a entraîné un morcellement de la propriété qui a été favorable au développement de l'agriculture (E. D. GLASSON, *Éléments du droit français...*, *op. cit.*, t. I, p. 306-308, n. 111).

¹⁹¹⁸ A. DE BRANDT, *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, Paris, Sirey, L. Larose, 1901, p. 118.

conserver le fonds emphytéotique entre les mains d'un seul héritier¹⁹¹⁹. L'attribution de la totalité de la quotité disponible à l'aîné apparaît également comme un usage répandu parmi les notaires¹⁹²⁰.

En effet, la recherche d'un partage égalitaire dans la succession de l'emphytéote peut donner lieu à des situations complexes. Plusieurs illustrations jurisprudentielles permettent de s'en convaincre, notamment lorsque le règlement de la succession entraîne une situation d'indivision entre les héritiers, parfois inconfortable et souvent source de conflits. Dans un arrêt du 1^{er} novembre 1833, la Cour de cassation ordonne la licitation du fonds emphytéotique, après plusieurs années de litiges entre les bailleurs et les emphytéotes indivis¹⁹²¹. Une autre affaire de 1840 oppose deux frères dont l'un a cédé à l'autre sa part sur l'immeuble concédé à emphytéose, mais après l'avoir vendu au profit d'un tiers¹⁹²². En l'espèce, la Cour de cassation a considéré que, même si le partage n'avait pas encore été effectué, la cession à un tiers de la part de l'un des frères ne peut être considérée comme une aliénation de la chose d'autrui. Le second frère ne peut donc prétendre exercer son droit d'emphytéose, seul, sur l'ensemble de l'immeuble, il doit composer avec le cessionnaire. La volonté du législateur d'instaurer un partage égalitaire entre les descendants peut conduire, par ricochet, à paralyser l'exploitation d'un fonds concédé à bail emphytéotique, soit en raison de conflits entre les descendants, soit à cause du morcellement de la possession qui s'en suit¹⁹²³. Ainsi, en dépit des principes irriguant le droit successoral postrévolutionnaire, les réalités économiques et sociales tendent à faire prévaloir dès que possible un partage inégalitaire dans la transmission héréditaire du droit d'emphytéose. En ce sens, le régime successoral du bail emphytéotique ne diffère pas de celui observé dans plusieurs zones géographiques pour les baux ruraux.

En définitive, pour enrichir certains pans du régime du bail emphytéotique, l'emprunt au droit commun du louage est perceptible. Dans ces situations, l'emphytéote se rapproche

¹⁹¹⁹ Sur ces mécanismes, voir J. BART, F. FORTUNET, « L'individu et la terre ou l'ordre des champs... », *loc. cit.*, p. 59-60.

¹⁹²⁰ J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire du Code civil... », *loc. cit.*, p. 131. L'auteur souligne de surcroît que « [c]'est donc du côté de l'agriculture que se trouvent encore les traditions les plus solides de partage inégalitaire, et ce toujours dans le même but, bien précis d'une transmission intégrale de l'exploitation familiale à un seul héritier » (*ibid.*, p. 134).

¹⁹²¹ Civ., 12 novembre 1833, *Cetty c. les héritiers Rathsamhausen*, D. 1834, I, p. 14.

¹⁹²² Civ., 29 janvier 1840, *Manin c. Henrion*, D. 1840, I, p. 117.

¹⁹²³ Les critiques développées à l'encontre du régime successoral de 1804 sont résumées par Jean Carbonnier (J. CARBONNIER, « Sur un air de famille », *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, éd. I. THÉRY, C. BIET, Paris, Éditions du Centre Georges Pompidou, Imprimerie nationale, 1989, p. XXI-XXII).

d'avantage d'un locataire qui doit rendre des comptes au bailleur, au cours de l'exécution et à l'expiration du contrat, que d'un propriétaire. Le régime du bail emphytéotique est notamment complété par les règles relatives au louage pour les modalités de paiement de la redevance ou dans le domaine successoral. La loi du 25 juin 1902 n'évoque pas ces questions, donnant à penser que les solutions antérieures demeurent valables. Il faut néanmoins admettre que, tout au long du XIX^e siècle, certaines questions restent en suspens : les juges comme la doctrine ne parviennent pas à imposer une règle adéquate, issue de la vente ou du louage, pour parachever le régime du bail emphytéotique.

Section 3 La sécurité du bail emphytéotique contrariée par la persistance d'incertitudes

À l'époque contemporaine, il arrive que les juridictions comme les auteurs de doctrine peinent à adopter une règle qui complèterait pourtant à point nommé le régime du bail emphytéotique. En l'absence de législation, les hésitations perdurent tout au long du XIX^e siècle. Les discussions doctrinales comme la pratique permettent de prendre la mesure de ces tâtonnements.

Tout d'abord, la question de savoir si le trésor découvert sur un fonds concédé à bail emphytéotique revient au bailleur ou au preneur a soulevé des controverses qui n'ont pas été résolues en doctrine. Cette discussion se résume à déterminer si l'emphytéote peut être assimilé à un véritable propriétaire, auquel cas c'est à lui que revient le trésor, ou à un simple usufruitier, qui ne peut y prétendre. Par exemple, Jean-Baptiste Duvergier affirme que le preneur à bail emphytéotique a droit au trésor, car il détient un droit plus étendu que l'usufruitier¹⁹²⁴. Cette opinion est inspirée par l'article 768 du Code hollandais qui confère à l'emphytéote tous les droits attachés à la propriété du fonds, donc notamment le droit au trésor. Toutefois, cette position n'emporte pas l'adhésion de toute de la doctrine. D'autres auteurs doutent d'une telle solution. Raymond-Théodore Troplong ou François Laurent rappellent que l'emphytéote n'est pas propriétaire, dès lors, ils lui refusent tout droit au trésor¹⁹²⁵. Pour affirmer cela, ils se fondent notamment sur l'article 716 du Code civil.

¹⁹²⁴ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 146, n. 161. Il s'appuie notamment sur J. VOËT, *Commentarius ad Pandectas*, t. I, Parisiis, Apud, Gauthier fratres, 1827, p. 578-579, n. 11.

¹⁹²⁵ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 142, n. 38 : « de graves jurisconsultes l'ont repoussée [la solution de Voët] en se fondant sur ce que l'emphytéote n'a pas le domaine de propriété, qui est la source du droit au trésor » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, t. VIII, p. 458, n. 377 :

Enfin, le Code des Deux-Siciles propose une solution de compromis par laquelle il partage le trésor en parts égales entre l'emphytéote et le bailleur¹⁹²⁶. Dans tous les cas, au cours du XIX^e siècle, l'hésitation demeure et la loi du 25 juin 1902 ne fixe pas de solution.

Une autre difficulté subsiste concernant les mines et carrières non ouvertes. Une majorité doctrinale refuse à l'emphytéote la possibilité de les exploiter, arguant qu'il ne peut détériorer le fonds, c'est-à-dire l'appauvrir, ce qu'il ferait inévitablement s'il exploitait les mines et carrières non ouvertes¹⁹²⁷. L'emphytéote est alors rapproché de l'usufruitier. Une telle solution demeure fluctuante, jusqu'à ce que l'article 12 de la loi du 25 juin 1902 la confirme¹⁹²⁸.

Ces questions mettent en évidence le fait que le bail emphytéotique est assimilé tantôt à la vente, tantôt au louage, tantôt à l'usufruit, sans qu'une solution tranchée ne parvienne à émerger. Deux points cristallisent particulièrement les débats doctrinaux et jurisprudentiels et font ressortir les enjeux économiques et politiques associés aux incertitudes du régime du bail emphytéotique. D'une part, l'application de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique au bail à emphytéotique renseigne sur le choix difficile entre les règles de l'usufruit et du louage (§1). D'autre part, le paiement des droits de mutations à cause de mort ou entre vifs suscite une profusion de solutions, mêlant à la fois le droit de la vente, celui du louage, voire celui de l'usufruit (§2).

§. 1 L'encadrement de l'expropriation pour cause d'utilité publique : le choix difficile entre usufruit et louage

À l'époque contemporaine, les textes font valoir l'importance du droit de propriété, tout en réservant la possibilité pour l'État d'exproprier les biens des particuliers sous deux conditions : la constatation légale de l'utilité publique et une indemnisation juste et préalable¹⁹²⁹. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁹³⁰ tout

« il faudrait se prononcer en faveur du bailleur, car lui seul est propriétaire ; d'ailleurs le trésor n'étant ni un fruit ni un produit de la chose, l'emphytéote n'a aucun titre pour le réclamer, pas plus que l'usufruitier ».

¹⁹²⁶ Art. 1686. C'est la solution que soutient également Émile Agnel (É. AGNEL, *Code-manuel des propriétaires...*, *op. cit.*, p. 314, n. 526).

¹⁹²⁷ R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage...*, *op. cit.*, t. I, p. 142-143, n. 38 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code...*, *op. cit.*, t. III, p. 163-165, n. 180.

¹⁹²⁸ L'article 12 de la loi du 25 juin 1902 dispose que : « Le preneur a seul les droits de chasse et de pêche et exerce à l'égard des mines, minières, carrières et tourbières tous les droits de l'usufruitier ».

¹⁹²⁹ Sur l'expropriation pour cause d'utilité publique au XIX^e siècle, voir J.-L. HAROUEL, *Histoire de l'expropriation*, Paris, PUF, 2000 (*Que sais-je ?*, 3580), p. 57-99 ; L. LACCHE, « L'expropriation pour cause d'utilité publique en France au XIX^e siècle. Origines et développement d'un modèle juridique », *L'expropriation – Deuxième partie, Moyen Âge et Temps modernes, Recueils de la Société Jean Bodin*, t. LXVII, Bruxelles, De Boeck, 2000, p. 79-103 ; J.-L. MESTRE, « L'expropriation face à la propriété (du

comme l'article 545 du Code civil – bien que ce dernier n'exige pas que le constat de l'utilité publique soit légal – rappellent cette prérogative de puissance publique¹⁹³¹. L'expropriation pour cause d'utilité publique oppose des intérêts antagonistes : ceux du propriétaire et ceux de l'Administration. Au cours du XIX^e siècle, le législateur entreprend de mettre en place une procédure générale d'expropriation. Une loi du 16 septembre 1807 relative au dessèchement des marais vient poser les premiers jalons en la matière¹⁹³². Si ce texte instaure une véritable procédure d'expropriation, il en confie l'entier déroulement à l'autorité administrative. Puis, une loi du 8 mars 1810 organise la procédure autour de deux phases – une phase administrative et une phase judiciaire (articles 2 et 3) – offrant un système complet pour procéder à une expropriation pour cause d'utilité publique¹⁹³³. En 1833, une loi du 7 juillet prévoit une meilleure protection des intérêts des particuliers, en introduisant un jury composé de propriétaires contribuables¹⁹³⁴. Enfin, une loi du 3 mai 1841 fixe la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, en reprenant pour l'essentiel les mesures prescrites par la loi de 1833¹⁹³⁵.

Durant le XIX^e siècle, les garanties offertes aux propriétaires en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique sont ainsi renforcées. Il importe toutefois de souligner qu'aucune disposition ne vient précisément régir l'expropriation d'un fonds concédé à bail emphytéotique, mais plusieurs dispositions visent les locataires, ce qui peut donner à

Moyen-Âge au Code civil) », *Droits*, t. 1, 1985, spécialement p. 61-62 ; C. DURAND, « Le régime juridique de l'expropriation pour utilité publique sous le Consulat et le Premier Empire », *Extrait des annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence*, t. 41, Aix-en-Provence, Imprimerie d'éditions provençales, 1948.

¹⁹³⁰ L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que : « La propriété 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 ». Nous soulignons. Ce principe est également repris dans le Titre 1^{er} de la Constitution des 3-4 septembre 1791 : « La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice » ; ou encore dans l'article 19 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 : « Nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété sans son consentement, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

¹⁹³¹ Pour mémoire, l'article 545 du Code civil dispose que : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ». Nous soulignons.

¹⁹³² Duvergier, 2^{ème} éd., t. XVI, p. 171-183.

¹⁹³³ Duvergier, 1^{ère} éd., t. XVII, p. 57-61. Pour une analyse de cette loi, voir J.-L. HAROUEL, *Histoire de l'expropriation*, *op. cit.*, p. 77-81. Sur l'application effective de cette loi, voir C. DURAND, « Le régime juridique de l'expropriation... », *loc. cit.*, p. 86-95.

¹⁹³⁴ Duvergier, 1^{ère} éd., t. XXXIII, p. 232-261. Sur les innovations de ce texte, voir R. G. MACKOUNDI LOEMBET, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935 (législation, doctrine et jurisprudence avec des exemples tirés des archives de la Moselle et de la Meurthe-et-Moselle)*, thèse droit université Nancy 2, 2010, p. 40-41.

¹⁹³⁵ Duvergier, 1^{ère} éd., t. XLI, p. 120-173.

penser que les emphytéotes sont également concernés¹⁹³⁶. Malgré tout, il ne semble pas faire de doute, ni pour les juridictions, ni pour la doctrine, que l'emphytéote dont le fonds est exproprié a droit à une indemnité en raison de sa dépossession. La question de l'existence même d'une telle indemnisation n'est jamais posée. En revanche, le point de savoir si elle lui est due directement, ou par l'intermédiaire du bailleur, et selon quelles modalités est largement débattu. Dès lors, deux possibilités sont envisagées : aligner la situation de l'emphytéote sur celle du locataire ordinaire ou rapprocher l'emphytéote de l'usufruitier. Parmi les auteurs, la réponse n'est pas unanime.

La principale difficulté de cette situation réside dans le fait que, selon la durée du bail emphytéotique qui reste à courir, la situation de l'emphytéote se rapproche plus ou moins de celle d'un locataire ordinaire ou d'un véritable propriétaire. Un courant doctrinal majoritaire semble considérer que l'emphytéote doit se voir appliquer les règles prévues pour l'usufruitier, sur le fondement de l'article 39 de la loi du 3 mai 1841¹⁹³⁷. Ils proposent

¹⁹³⁶ Ainsi, l'article 18 de la loi du 8 mars 1810 dispose que : « Dans le cas où il y aurait des tiers intéressés à titre d'usufruitier, de fermier ou de locataire, le propriétaire sera tenu de les appeler avant la fixation de l'indemnité, pour concourir, en ce qui les concerne, aux opérations y relatives ; sinon, il restera seul chargé envers eux des indemnités que ces derniers pourraient réclamer. Les indemnités des tiers intéressés ainsi appelés ou intervenans seront réglées en la même forme que celles dues aux propriétaires » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XVII, p. 59). Il faut noter également l'article 21 de la loi du 7 juillet 1833 qui dispose que : « Dans la huitaine qui suit la notification prescrite par l'art. 15, le propriétaire est tenu d'appeler et de faire connaître au magistrat directeur du jury les fermiers, locataires, ceux qui ont des droits d'usufruit, d'habitation ou d'usage, tels qu'ils sont réglés par le Code civil, et ceux qui peuvent réclamer des servitudes résultant des titres mêmes de propriété ou d'autres actes dans lesquels il serait intervenu ; sinon, il restera seul chargé envers eux des indemnités que ces derniers pourront réclamer. Les autres intéressés seront en demeure de faire valoir leurs droits par l'avertissement énoncé en l'art. 6, et tenus de se faire connaître au magistrat directeur du jury, dans le même délai de huitaine ; à défaut de quoi, ils seront déchus de tous droits à l'indemnité » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XXXIII, p. 248. Cet article est identique dans la loi du 3 mai 1841, voir *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XLI, p. 149) mais aussi les deux premiers alinéas de l'article 39 qui indiquent que : « Le jury prononce des indemnités distinctes en faveur des parties qui les réclament à des titres différents, comme propriétaires, fermiers, locataires, usagers autres que ceux dont il est parlé au premier paragraphe de l'art. 21, etc. Dans le cas d'usufruit, une seule indemnité est fixée par le jury, eu égard à la valeur totale de l'immeuble ; le nu-propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité, au lieu de l'exercer sur la chose » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XXXIII, p. 254. Cet article est reproduit dans des termes identiques dans la loi du 3 mai 1841, voir *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XLI, p. 158-159).

¹⁹³⁷ L'article 39, alinéas 2 et 3, de la loi de 1841 dispose que : « Dans le cas d'usufruit, une seule indemnité est fixée par le jury, eu égard à la valeur totale de l'immeuble ; le nu-propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de l'exercer sur la chose. L'usufruitier sera tenu de donner caution ; les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants en seront seuls dispensés » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XLI, p. 158-159). En ce sens, CAUDAVEINE, THÉRY, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique, suivi de la législation complète, d'un formulaire et du tarif des actes en cette matière, terminé par une table analytique des matières*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1839, p. 229-230, n. 332 ; A. HERSON, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique, ou commentaire de la loi du 3 mai 1841, des ordonnances qui en règlent l'exécution, et du tarif, suivi des exposés des motifs, des rapports et de la discussion aux deux chambres législatives, et accompagné de l'examen raisonné et des motifs de la loi du 24 mai 1842, relative aux portions de route royale abandonnées*, Paris, Comptoir des Imprimeurs-Unis, 1843, p. 192, n. 273 ; G. SABATTIER, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, E. Dujardin, 1860, p. 341 ; C. DELALLEAU, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, t. I, Paris, Imprimerie

que le bailleur reçoive une indemnité qui corresponde au montant de la redevance, tandis que l'emphytéote se verra accorder le reste de l'indemnité – c'est-à-dire le montant représentant la valeur de l'immeuble diminuée de la somme versée au bailleur. En exécution du bail emphytéotique, le preneur a le droit de jouir du bien, ce qui justifie qu'il puisse prétendre au versement de cette indemnité. De son côté, le bailleur continue de toucher la redevance pendant l'exécution du contrat emphytéotique, puis, à l'expiration de celui-ci, l'emphytéote est tenu de lui reverser le montant qu'il a reçu au titre de son indemnité pour cause d'expropriation. L'avantage d'une telle solution réside dans le fait qu'il suffit de fixer une unique indemnité, ce qui facilite la procédure d'expropriation. Toutefois, elle n'est pas forcément au bénéfice du bailleur qui peut être privé du retour sur investissement qu'il espérait de son contrat¹⁹³⁸.

À l'inverse, d'autres auteurs estiment que les modalités d'expropriation de l'emphytéote doivent suivre celles du locataire ordinaire. En particulier, Léon Daffry de la Monnoye († 1901) affirme que la loi de 1841 pose le principe « qui veut qu'une indemnité distincte soit attribuée à chaque ayant droit »¹⁹³⁹. Il considère les aliénas 2 et 3 de l'article 39 de cette loi, sur lesquels se fondent ses contradicteurs, comme des exceptions à ce principe, ne pouvant être interprétées de façon extensive, notamment par voie d'assimilation. Par conséquent, il estime qu'il faut raisonner de la même façon que pour le bail ordinaire et considérer que le jury est tenu de fixer deux indemnités distinctes, une pour le bailleur et l'autre pour l'emphytéote¹⁹⁴⁰.

Bien qu'un courant doctrinal majoritaire se dégage, certaines réticences perdurent quant à la possibilité d'assimiler les modalités d'expropriation de l'emphytéote à la procédure prévue pour l'usufruitier. Dans un arrêt rendu par la chambre des requêtes le 12 mars 1845, c'est la solution que fait prévaloir la Cour de cassation¹⁹⁴¹. Dans cette affaire, un moulin

et librairie générale de jurisprudence, Cosse, Marchal et C^{ie}, 1866, p. 279-282, n. 369 ; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public...*, *op. cit.*, t. VII, p. 93, n. 117. Voir aussi D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...*, *op. cit.*, t. XXIII, V^o Expropriation, p. 645, n. 618.

¹⁹³⁸ C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat...*, *op. cit.*, t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 410, n. 139.

¹⁹³⁹ L. DAFFRY DE LA MONNOYE, *Les lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique expliquées par la jurisprudence, ouvrage présentant, sous forme de commentaire, l'analyse de tous les arrêts rendus, en cette matière par le Conseil d'État et par la Cour de cassation*, Paris, Auguste Durand, 1859, p. 343, n. 13. Il se fonde sur l'alinéa 1^{er} de l'article 39 qui prévoit que : « Le jury prononce des indemnités distinctes en faveur des parties qui les réclament à des titres différents, comme propriétaires, fermiers, locataires, usagers et autres intéressés dont il est parlé à l'art. 21 » (*Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XLI, p. 158).

¹⁹⁴⁰ Dans le même sens, voir la note (4) dans *Duvergier*, 2^{ème} éd., t. XLI, p. 158. Voir aussi A. ANDRÉ, *Dictionnaire de droit commercial, administratif et de procédure dans les matières intéressant le notariat*, *op. cit.*, t. I, p. 159, n. 9.

¹⁹⁴¹ Req., 12 mars 1845, *Laporte c. Levesque*, D. 1845, I, p. 105, S. 1845, I, p. 382.

concéder à bail emphytéotique avait été exproprié au profit de la commune. L'emphytéote reçoit le paiement de l'intégralité de l'indemnité. Le bailleur prétend que cette somme aurait dû lui revenir. Les juges de première instance donnent raison au bailleur mais le jugement est infirmé en appel. Lors du pourvoi en cassation, Raymond-Théodore Troplong, alors conseiller-rapporteur, présente toute une série d'observations qui laissent transparaître l'idée selon laquelle les modalités prévues pour le louage ordinaire pourraient être applicables au bail emphytéotique. Toutefois, la haute juridiction confirme l'arrêt d'appel, en considérant que « la cour royale, après avoir décidé que le preneur était un véritable emphytéote, a pu assimiler son droit sous le rapport de l'importance et de l'émolument à celui d'un usufruitier »¹⁹⁴². Par cette décision, elle valide explicitement la solution retenue par une majorité d'auteurs. Cette situation semble se présenter rarement devant les juridictions et aucune autre décision ne confirme explicitement l'arrêt de la Cour de cassation de 1845.

Au contraire, un arrêt de la Cour de Rouen du 20 novembre 1878 prend le parti opposé, en choisissant d'appliquer les modalités d'expropriation prévues pour le bail ordinaire au contrat emphytéotique¹⁹⁴³. Confirmant le jugement de première instance, la cour d'appel affirme :

« [q]u'au point de vue spécial qui préoccupe le juge dans la cause, la prétendue analogie de l'emphytéose avec l'usufruit ne peut avoir aucune autorité juridique, alors surtout que l'habitation qui, suivant les art. 625 et suiv. c. civ., s'établit et se perd comme l'usufruit et se confondait même avec lui dans le règlement d'une indemnité unique aux termes de la loi de 1833, se résout aujourd'hui par une innovation législative en une indemnité distincte ; [q]ue l'argument tiré de ce que l'emphytéose est un droit réel, susceptible d'hypothèque comme l'usufruit, n'est pas mieux fondé, puisque les servitudes et les droits d'usage dans les forêts sont aussi des droits réels et n'en sont pas moins l'objet d'évaluations indépendantes ; [q]u'on ne peut donc assimiler des hypothèses, entièrement différentes, et appliquer l'exception de l'indemnité unique à des cas où l'indemnité est essentiellement mobile et variable »¹⁹⁴⁴.

Cet arrêt reprend pour l'essentiel les arguments développés par Léon Daffry de la Monnoye, rejetant dès lors le courant doctrinal majoritaire mais aussi la décision de la Cour de cassation rendue en 1845. Il faut néanmoins ajouter qu'il est suggéré dans l'arrêt

¹⁹⁴² *D.* 1845, I, p. 107, *S.* 1845, I, p. 385.

¹⁹⁴³ Rouen, 20 novembre 1878, *Veuve Leclerc c. Préfet de la Seine -Inférieure*, *D.* 1879, II, p. 256, *S.* 1879, II, p. 24.

¹⁹⁴⁴ *Ibidem*.

de la cour d'appel, sans détails précis, qu'il existe un « traité intervenu entre l'Administration et les occupants à titre emphytéotique » et que fixer une indemnité unique « aurait pour conséquence nécessaire de faire payer deux fois par l'Administration la part d'indemnité due aux emphytéotes ». Dans cette hypothèse, il est alors possible que les juridictions se soient bornées à préserver les intérêts pécuniaires de l'Administration. Néanmoins, le rappel des faits et la motivation de l'arrêt demeurent succincts, ce qui rend délicat tout éclaircissement.

L'incompatibilité entre les deux décisions mentionnées apparaît difficile à dépasser. À tout le moins, cette incertitude pourrait illustrer les obstacles rencontrés par la Cour de cassation, tout au long du XIX^e siècle, pour imposer la souveraineté de ses décisions aux cours d'appel¹⁹⁴⁵. Toujours est-il que les analyses proposées dans les recueils de jurisprudence ne permettent pas de dégager une solution claire. Dans les *Pandectes françaises*, il est expliqué qu'« [e]n cas d'expropriation du fonds et des constructions élevées par l'emphytéote, pour cause d'utilité publique, la Cour de cassation décide qu'il y a lieu à deux indemnités, l'une au propriétaire, l'autre à l'emphytéote »¹⁹⁴⁶, tout en ajoutant qu'« [i]l a, toutefois, été décidé que la situation de l'emphytéote est, en cas d'expropriation, la même que celle d'un usufruitier »¹⁹⁴⁷, ce qui se contredit.

Les commentateurs n'ont pas manqué de relever cette impasse jurisprudentielle et ont aussi essayé d'y trouver un remède¹⁹⁴⁸. Ils font notamment valoir deux autres décisions, qui n'apportent pourtant pas de réelle clarification. En effet, dans les deux cas, le problème de droit auquel les juridictions étaient confrontées ne concerne pas la fixation de l'indemnité, car ces deux arrêts ne mettent pas en cause les modalités de l'indemnisation mais se focalisent sur la décision du jury. Dans un premier arrêt du 19 juillet 1843, la Cour de cassation laisse aux tribunaux ordinaires le soin de décider ultérieurement si l'indemnité doit être versée distinctement ou non à l'emphytéote ou au bailleur. En revanche, elle sanctionne le jury qui n'a pas prévu les deux hypothèses¹⁹⁴⁹. Partant, la chambre civile ne

¹⁹⁴⁵ Sur cette question, Sur ce point, L. SOULA, « Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la cour de cassation... », *loc. cit.*, p. 417-436.

¹⁹⁴⁶ H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 645, n. 133. Ce n'est pas la Cour de cassation qui rend une telle décision mais bien la Cour de Rouen.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*, n. 134.

¹⁹⁴⁸ Voir notamment la note sous *D.* 1879, II, p. 256.

¹⁹⁴⁹ Civ., 19 juillet 1843, *Préfet du Nord c. Blanquart*, *S.* 1843, I, p. 733 : « Qu'en vue de la solution alternative que ce débat pouvait recevoir des tribunaux ordinaires auxquels le jugement devait en être laissé, le jury était astreint à faire un règlement qui pourvût aux deux hypothèses, c'est-à-dire à déterminer l'indemnité pour le cas où il serait décidé qu'il y avait lieu de n'en accorder qu'une seule sur laquelle le propriétaire et l'emphytéote auraient à faire déterminer plus tard leurs droits, et, d'un autre côté, à fixer deux indemnités distinctes pour le cas où il serait jugé qu'une indemnité spéciale revenait à chacun de ceux-ci ». Il

prend pas position ici sur la manière d'établir l'indemnité due à l'emphytéote. De la même façon, dans le second arrêt, le 1^{er} avril 1868, la chambre civile juge valable la décision du jury qui fixe une offre unique mais arrange également la répartition entre l'emphytéote et le bailleur¹⁹⁵⁰. De nouveau, il n'est pas question pour la Cour de cassation de décider quelles modalités trouvent à s'appliquer dans la fixation de l'indemnité due en raison d'une expropriation pour cause d'utilité publique d'un fonds concédé à emphytéose.

Finalement la loi du 25 juin 1902, qui règle le régime du bail emphytéotique, prévoit que le jury fixera deux indemnités distinctes pour le bailleur et le preneur¹⁹⁵¹. En conséquence, le législateur de 1902 tend à faire basculer le bail emphytéotique davantage vers le louage ordinaire. Si cette solution a le mérite de la clarté et de la simplicité, elle va à l'encontre de tout un mouvement doctrinal et jurisprudentiel.

De surcroît, les juridictions ont été confrontées à une question complémentaire : l'indemnité d'expropriation doit-elle prendre en compte les constructions élevées volontairement ou en exécution du contrat par l'emphytéote ? Un arrêt du 22 juin 1885 est venu préciser ce point. En l'espèce, un fonds avait été concédé à bail emphytéotique pour quatre-vingt-dix-neuf ans par les hospices de Roubaix à plusieurs preneurs¹⁹⁵². Parmi eux, certains emphytéotes étaient tenus d'élever des constructions par la lettre même du contrat, tandis que d'autres n'étaient pas soumis à une telle obligation. En 1881, ces terrains font l'objet d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique par la ville. Des emphytéotes qui ont construit volontairement des bâtiments sur le fonds concédé demandent une indemnité spécifique en compensation de leur perte. Pour répondre à leur demande, la Cour de cassation commence par relever la différence de situation entre ceux qui sont obligés à la construction et les autres. Dans le premier cas, il n'y a pas de doute que les bâtiments construits sont la propriété du bailleur. Au contraire, dans le second cas,

s'agit d'ailleurs d'une jurisprudence constante : en cas de litige sur le fond du droit, le jury est tenu de proposer une indemnité unique mais aussi une indemnité alternative. Par exemple, pour une servitude : Civ., 6 décembre 1842, *Vaissier c. la ville de Besançon*, D. 1843, I, p. 33 ; pour un bail ordinaire : Civ., 1^{er} mars 1843, *Labbé c. préfet de la Seine*, D. 1843, I, p. 161 ; pour une vente : Civ., 15 mai 1843, *Corneille c. Bernex-Philipon*, D. 1843, I, p. 287. Ces décisions sont conformes à l'alinéa 3 de la loi du 3 mai 1841 qui prévoit que : « Lorsqu'il y a litige sur le fond du droit ou sur la qualité des réclamants, et toutes les fois qu'il s'élève des difficultés étrangères à la fixation du montant de l'indemnité, le jury règle l'indemnité indépendamment de ces litiges et difficultés, sur lesquels les parties sont renvoyées à se pourvoir devant qui de droit » (*Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XLI, p. 159).

¹⁹⁵⁰ Civ., 1^{er} avril 1868, *Deladerière c. ville de Roubaix*, D. 1868, I, p. 220, S. 1868, I, p. 369.

¹⁹⁵¹ Art. 11 : « En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, le bailleur devra faire connaître le droit de l'emphytéote conformément aux dispositions de l'article 21 de la loi du 3 mai 1841. Des indemnités distinctes sont accordées au bailleur ou au preneur ». Pour davantage de détails, voir *supra*, p. 446 et s.

¹⁹⁵² Req., 22 juin 1885, *Hospices de Roubaix c. Veuve Descat et autres*, D. 1886, I, p. 268, S. 1888, I, p. 130.

les constructions volontairement édifiées sont la propriété de l'emphytéote. La juridiction ajoute qu'il faut prendre en compte les droits des parties au moment de la procédure d'expropriation et non tels qu'ils auraient pu être à l'expiration du contrat. Par conséquent, le juge de cassation décide que l'indemnité afférente aux constructions élevées volontairement doit être intégralement versée à l'emphytéote. À l'inverse, celle qui se rattache aux constructions élevées par obligation contractuelle revient au bailleur. Une telle solution ne semble pas avoir été remise en cause¹⁹⁵³.

Enfin, il faut remarquer que la possibilité pour l'emphytéote de réclamer une indemnité en raison de l'ingérence de la puissance publique reste cantonnée au cadre spécifique de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. En cas de dépossession par suite d'alignement, le propriétaire demeure le seul à pouvoir réclamer une indemnité tandis que le preneur n'est pas fondé à être indemnisé¹⁹⁵⁴. Dans cette hypothèse, l'Administration n'a pas intérêt à déposséder, contrairement à l'expropriation. L'emphytéote n'est alors considéré que comme un « ayant droit secondaire », qui « ne peut qu'exercer un recours contre le propriétaire, soit en indemnité, soit en diminution du prix de bail ou redevance »¹⁹⁵⁵.

La procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique donne à voir un flottement dans le régime applicable à l'emphytéote. Dans l'obscurité de la loi, il apparaît impossible, tant à la doctrine qu'à la jurisprudence, de trancher entre les règles relatives à l'usufruit et celles du bail ordinaire. Leurs hésitations perdurent tout au long du XIX^e siècle, jusqu'à ce que la loi de 1902, mettant fin à cette incertitude, n'assimile finalement l'emphytéote au locataire ordinaire en ce domaine. Une dernière indécision demeure, qui emporte des enjeux pécuniaires importants. En effet, à mi-chemin entre usufruitier et locataire ordinaire quant à l'expropriation pour cause d'utilité publique, pour ce qui concerne le paiement des droits de mutation, la situation de l'emphytéote apparaît encore plus confuse.

¹⁹⁵³ Voir notamment, C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat...*, op. cit., t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 410-411, n. 138 et n. 145.

¹⁹⁵⁴ Sur l'alignement au XIX^e siècle, voir A. FAURE, « Spéculation et société : les grands travaux à Paris au XIX^e siècle », *Histoire, Économie & Société*, t. 23, 2004/3, p. 433-448.

¹⁹⁵⁵ Paris, 31 mars 1863, *Babut c. Ville de Paris*, S. 1863, II, p. 161. Dans le même sens, J.-C. MARQUIS DE PEYRONNY, E. DELAMARRE, *Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Marescq Aîné, 1859, p. 84-86, n. 85.

§. 2 *Les modalités de paiement des droits de mutation : la confusion entre vente, louage et usufruit*

La question du paiement des droits de mutation a donné lieu à une jurisprudence nourrie, dans la mesure où, au regard de la spécificité du bail emphytéotique, « il a fallu rechercher avec quel droit l'emphytéose avait les analogies les plus sensibles, les points de ressemblance les plus nombreux. Était-ce avec le droit résultant d'un droit au bail ordinaire, ou avec le droit d'usufruit, ou avec le droit de propriété ? »¹⁹⁵⁶. Au cours du XIX^e siècle, plusieurs tendances se succèdent pour répondre à cette question, d'autant plus que les lois de référence en la matière ne mentionnent pas le bail à emphytéose¹⁹⁵⁷. De surcroît, trancher dans un sens ou dans l'autre dépend largement de la manière dont la jurisprudence qualifie le droit d'emphytéose. Or, entre domaine utile, quasi-domaine, propriété temporaire ou droit réel, les solutions jurisprudentielles ont évolué entre ces différentes qualifications¹⁹⁵⁸. Dès lors, une certaine confusion règne pour déterminer le montant des droits de mutation dus par l'emphytéote en cas de transmission de son droit à cause de mort ou par cession entre vifs. Tour à tour, le bail emphytéotique est tantôt rapproché du louage ordinaire, tantôt du contrat de vente, voire de l'usufruit.

Dans un premier temps, la régie avait coutume d'imposer aux héritiers de l'emphytéote le paiement du même droit qu'à ceux des preneurs à bail ordinaire et elle faisait peser sur les héritiers du bailleur la totalité du droit de mutation immobilière. Toutefois, un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 26 novembre 1833 remet en cause cette pratique¹⁹⁵⁹. En l'espèce, l'hôtel de Suède, situé rue Richelieu, à Paris, avait été concédé à bail emphytéotique pour quatre-vingt-dix-neuf ans par le marquis de Sainte-Croix au sieur Bony. Puis, le marquis a vendu l'immeuble le lendemain de la conclusion du bail emphytéotique au sieur Petit-Bergons, à condition qu'il n'entre en jouissance de l'immeuble qu'à l'expiration du bail emphytéotique. Conformément à son habitude, la régie fait peser sur le sieur Petit-Bergons la totalité du droit de mutation immobilière et ne demande qu'un droit équivalent au bail ordinaire au sieur Bony. L'acquéreur de l'immeuble grevé du droit d'emphytéose conteste alors le montant des droits de mutation

¹⁹⁵⁶ L'enjeu de la question des droits de mutation est ainsi résumé dans la note (1) sous Civ., 6 mars 1850, *Enregistrement c. Ducatel*, D. 1850, I, p. 129.

¹⁹⁵⁷ Il s'agit des lois du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798) et du 16 juin 1824 relatives à l'enregistrement. Pour la présentation de ces lois, voir *supra*, p. 470.

¹⁹⁵⁸ Ce point a été développé *supra*, p. 350 et s.

¹⁹⁵⁹ Civ., 26 novembre 1833, *Petit-Bergons c. Enregistrement*, D. 1834, I, p. 28, S. 1833, I, p. 867.

qui lui sont demandés. La chambre civile estime que le vendeur était en droit « de vendre séparément la propriété et l'usufruit de ses immeubles ». La juridiction condamne alors la décision de première instance, en estimant que les juges ont fait une mauvaise application de la loi « en mettant à la charge de Petit-Bergons, acquéreur de la nue propriété, le paiement *du droit proportionnel dont aurait été passible le nouveau possesseur desdits usufruit et jouissance* ». Par cette décision, la Cour de cassation invite la régie à revoir ses modalités de perception des droits de mutation pour le bail emphytéotique.

À la suite de cet arrêt, un nouveau système est appliqué par la régie. Contrairement à ce qui était suggéré dans la décision de 1833, elle n'assimile pas le bail emphytéotique à l'usufruit dans le paiement des droits de mutation mais elle applique aux héritiers de l'emphytéote le même taux que celui des transmissions de propriété. Cette pratique fait l'objet de nombreuses critiques de la part de plusieurs auteurs, qui plaident pour la mise en place d'un taux spécifique pour le contrat emphytéotique¹⁹⁶⁰. Ils soulignent, que le droit d'emphytéose se différencie à la fois du droit au bail ordinaire, de l'usufruit ou du droit de propriété. Par conséquent, aucune des modalités prévues par la loi ne peut être transposée telle quelle au contrat emphytéotique. Au contraire, Paul-Lucas Championnière et Esprit Rigaud militent en faveur de l'assimilation du bail à emphytéose au bail ordinaire. Certes, ils admettent la proximité entre le droit de l'emphytéote et celui du propriétaire ou de l'usufruitier mais, ne manquent pas de rappeler qu'ils ne peuvent être confondus. C'est pourquoi la transmission héréditaire du droit d'emphytéose n'est « pas plus que celle du bail ordinaire, comprise dans la disposition du tarif qui frappe les mutations de biens en *propriété* ou en *usufruit* ; elle ne peut donc, plus que celle-ci, donner ouverture au droit de succession »¹⁹⁶¹. Les mêmes auteurs font également valoir qu'il doit exister une cohérence d'ensemble dans le système des droits d'enregistrement et de mutations. Or, Paul-Lucas Championnière et Esprit Rigaud rapprochent le bail à emphytéose du louage ordinaire pour le paiement des droits d'enregistrement. En conséquence, ils affirment que « dès-lors qu'on reconnaît que le droit des actes translatifs de propriété ou d'usufruit n'est pas exigible sur l'acte constitutif de l'emphytéose, on ne peut percevoir le droit de mutation en propriété ou usufruit sur la succession qui transfère le bail aux héritiers du preneur »¹⁹⁶². En dépit des critiques émanant de la doctrine, les juridictions confirment dans les années

¹⁹⁶⁰ Par exemple, H. FESSARD, *Dictionnaire de l'enregistrement et des domaines, op. cit.*, t. I, V^{is} Bail emphytéotique, p. 108, n. 5 ; E. NAQUET, *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement, op. cit.*, t. II, p. 271, n. 700.

¹⁹⁶¹ P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement...*, *op. cit.*, t. IV, p. 604, n. 3559. Souligné par l'auteur.

¹⁹⁶² *Ibidem*.

qui suivent la nouvelle pratique de la régie, consistant à soumettre la transmission du droit d'emphytéose au droit applicable à la transmission de propriété¹⁹⁶³.

Prenant finalement en compte les reproches adressés à ce système, la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mars 1850 condamne, à nouveau, les modalités de perception des droits de mutation du bail emphytéotique¹⁹⁶⁴. Cette décision impose le paiement d'un droit proportionnel spécifique au bail emphytéotique, dépendant des années de jouissance qui restent à courir au moment de la mutation. Ainsi, s'il reste vingt ans et plus à courir, le droit de mutation payé par les héritiers de l'emphytéote est identique à celui dû en cas de transmission de la propriété pleine est entière. En revanche, s'il reste moins de vingt ans à courir, le droit de mutation se calcule par le produit du revenu de l'immeuble par le nombre d'années de jouissance. Dans ce cas, les héritiers du bailleur s'acquitteront du reste des droits de mutation, correspondant au montant pour la mutation de propriété entière auquel on soustrait le droit payé par le preneur. Cette solution, plus complexe, présente l'avantage de préserver les intérêts du Trésor, tout en introduisant une plus grande équité dans le paiement des droits de mutation entre le bailleur et l'emphytéote. Elle préserve également le particularisme du droit d'emphytéose.

De la même façon que pour les droits de mutation à cause de mort, ceux dus en raison de la transmission entre vifs du droit d'emphytéose se fixent peu à peu. Initialement, la régie et certaines décisions de justice assimilaient le bail emphytéotique à un louage ordinaire¹⁹⁶⁵. Par la suite, pour suppléer les insuffisances de la loi, les modalités prévues pour le contrat de vente sont appliquées à l'emphytéote. La cession d'un bail emphytéotique donne ouverture au droit proportionnel de transmission immobilière. À partir des années 1840, la jurisprudence est constante sur ce point¹⁹⁶⁶. Paul-Lucas

¹⁹⁶³ Par exemple, Trib. Seine, 31 mars 1837, *D.* 1837, III, p. 140 ; Civ., 1^{er} avril 1840, *Enregistrement c. Donat-Demessine*, *D.* 1840, I, p. 140, *S.* 1840, I, p. 433 ; Civ., 24 juillet 1843, *Enregistrement c. Vanlerberghe et autres*, *D.* 1843, I, p. 397, *S.* 1843, I, p. 830 ; Trib. Lille, 3 mars 1849, *D.* 1849, V, p. 149. Cette solution est largement reprise dans les dictionnaires, répertoires et recueils. Voir notamment *Dictionnaire des droits d'enregistrement...*, *op. cit.*, t. I, V^{is} Bail emphytéotique, p. 485-488 ; C. LANSEL, D. DIDIO, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement...*, *op. cit.*, t. III, V^{is} Bail emphytéotique, p. 418-419 ; H.-F. RIVIÈRE *et alii*, *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, t. XXIX, V^o Emphytéose, p. 649-650 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général et alphabétique du droit français...*, *op. cit.*, p. 68, n. 177-188.

¹⁹⁶⁴ Civ., 6 mars 1850, *Enregistrement c. Ducatel*, *D.* 1850, I, p. 29, *S.* 1850, I, p. 210.

¹⁹⁶⁵ Par exemple, Régie, 6 octobre 1838, *D.* 1829, III, p. 104 ; Lille, 27 janvier 1838, *M^e Crousse c. Enregistrement*, *D.* 1838, III, p. 199.

¹⁹⁶⁶ Civ., 1^{er} avril 1840, *Enregistrement c. Donat-Demessine*, *D.* 1840, I, p. 140, *S.* 1840, I, p. 433 ; Trib. Lille, 8 janvier 1846, *D.* 1846, III, p. 264 ; Civ., 18 mai 1847, *Enregistrement c. Rauzier*, *D.* 1847, I, p. 176, *S.* 1847, I, p. 623 ; Civ., 23 février 1853, *Enregistrement c. Flament*, *D.* 1853, I, p. 53, *S.* 1853, I, p. 206 ; Civ., 24 août 1857, *Enregistrement c. chemin de fer de Paris à Orléans*, *D.* 1857, I, p. 326, *S.* 1857, I, p. 854 ; Civ., 11 novembre 1861, *Enregistrement c. Hamelin*, *D.* 1861, I, p. 444, *S.* 1862, I, p. 91. C'est aussi à cette

Championnière et Esprit Rigaud condamnent cette solution jurisprudentielle, estimant que les dispositions législatives relatives à la tarification des baux est suffisamment large pour inclure le contrat emphytéotique¹⁹⁶⁷. En revanche, en cas d'extinction du bail à emphytéose, il n'est dû aucun droit particulier à l'Administration, sauf si l'emphytéote a cédé son droit à titre onéreux au bailleur car, dans cette hypothèse, le propriétaire est également cessionnaire d'un bail¹⁹⁶⁸. Enfin, les juridictions ont eu à intervenir pour mettre fin à des cas de fraude devenus fréquents. Le plus souvent, le montage suivant était mis en place : un propriétaire cède à bail emphytéotique un terrain avant de vendre la nue-propriété à un tiers qui la revend à l'emphytéote. Dans cette situation, les juridictions décident qu'il s'agit d'une vente dissimulée et qu'il y a donc lieu de percevoir les droits de mutation pour la valeur totale de l'immeuble et non uniquement de la nue-propriété¹⁹⁶⁹.

Un autre problème demeurait en suspens : sur quelle base calculer les droits de mutation, autrement dit comment déterminer le revenu du bail emphytéotique ? Se confond-il avec la redevance ou faut-il prendre en compte d'autres facteurs ? Il semble que les juridictions ne confondent pas le revenu de l'immeuble grevé d'un droit d'emphytéose avec le canon emphytéotique. Dans le cadre de la succession, ils considèrent plutôt qu'à la suite d'une concertation entre les héritiers et la régie, voire d'une expertise, les parties doivent parvenir à s'accorder sur une valeur qui reflète la situation économique de l'immeuble¹⁹⁷⁰. En cas de cession du droit d'emphytéose, le droit de mutation est calculé à partir du prix de vente et de la valeur des charges mais non à partir du montant de la redevance¹⁹⁷¹. La valeur des charges dépend notamment des clauses contractuelles, comme l'obligation d'entretien¹⁹⁷² ou les constructions qui sont élevées sur le fonds concédé¹⁹⁷³. Si

époque que la qualification du droit d'emphytéose par les juridictions évolue vers la notion de quasi-domaine : voir *supra*, p. 359 et s.

¹⁹⁶⁷ P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement...*, *op. cit.*, t. IV, p. 224-225, n. 3072. En ce sens, voir également le commentaire de l'arrêtiste sous Lille, 27 janvier 1838, *M^e Crousse c. Enregistrement*, *D.* 1838, III, p. 199.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 614-615, n. 3574.

¹⁹⁶⁹ Trib. Seine, 24 mars 1836, *Labie c. Enregistrement*, *D.* 1837, III, p. 32 ; Civ., 1^{er} février 1859, *Enregistrement c. Lemaire*, *D.* 1859, I, p. 54.

¹⁹⁷⁰ Trib. civ. Seine, 9 décembre 1840, *Héritiers Trancard*, *D.* 1841, III, p. 95 ; Civ., 17 novembre 1852, *Héritiers Besnard c. Enregistrement*, *D.* 1852, I, p. 262.

¹⁹⁷¹ Lille, 8 janvier 1846, *D.* 1846, III, p. 264.

¹⁹⁷² Trib. Seine, 16 mars 1831, *Petit-Bergons c. Enregistrement*, *D.* 1832, III, p. 127 ; Trib. Lille, 13 février 1841, *Debuchy c. Enregistrement*, *D.* 1841, III, p. 339.

¹⁹⁷³ Civ., 1^{er} juin et 1^{er} juillet 1835, *Enregistrement c. Corbin et Corbin c. Enregistrement*, *D.* 1835, I, p. 385.

seule la nue-propriété de l'immeuble baillé à emphytéose est cédée, il y a lieu de calculer le montant du droit de mutation uniquement sur la valeur de la nue-propriété¹⁹⁷⁴.

Par ailleurs, les juridictions ont également eu à se prononcer sur le point de savoir si l'emphytéote devait s'acquitter d'un supplément en cas de vente ou de transmission héréditaire des constructions élevées sur le fonds. Dans un jugement du 27 janvier 1838, le Tribunal de Lille décide que :

« Attendu que le preneur emphytéote ne possède qu'à titre de jouissance ; Qu'il ne peut aliéner et hypothéquer qu'au même titre ; Que les constructions qu'il incorpore au domaine direct, et, à plus forte raison, lorsqu'il a été stipulé, comme dans l'espèce, que le propriétaire bailleur aurait la faculté de les ab[and]onner ou de les reprendre comme matériaux à emporter ; Qu'ainsi le preneur ne possède aussi ces constructions qu'à titre de jouissance »¹⁹⁷⁵.

Selon la juridiction, le propriétaire du fonds l'est aussi des constructions élevées par l'emphytéote, en exécution du contrat. Le preneur ne détient donc qu'un droit de jouissance sur les constructions. Par conséquent, la transmission entre vifs ou à cause de mort des constructions élevées par l'emphytéote donne lieu au paiement d'un droit équivalent à celui du locataire ordinaire. Paul-Lucas Championnière et Esprit Rigaud ajoutent, néanmoins, que le preneur est considéré comme plein propriétaire de ses constructions lorsqu'il les a construites volontairement et non en exécution du bail emphytéotique. Dans ce cas, l'emphytéote transmet non seulement le droit au bail mais également la propriété des constructions. Partant, « il y a lieu de percevoir deux droits, l'un sur la cession du bail, l'autre sur les constructions ; dans la succession, les héritiers doivent déclarer ce dernier objet »¹⁹⁷⁶.

Il faut souligner un dernier point, restreint au bail emphytéotique concédé par des personnes morales. Elles font l'objet d'une taxation particulière. Comme les biens qu'elles possèdent peuvent en théorie demeurer indéfiniment en leur propriété, elles n'acquittent pas de droit de succession. Pour éviter cette disparité entre personnes physiques et personnes morales ainsi que préserver les intérêts pécuniaires de l'État, une loi du

¹⁹⁷⁴ Civ., 26 novembre 1833, *Petit-Bergons c. Enregistrement*, D. 1834, I, p. 28, S. 1833, I, p. 867 ; Civ., 30 avril 1834, *Enregistrement c. demoiselle Dumont-Defrainoys*, D. 1834, I, p. 212, S. 1834, I, p. 342.

¹⁹⁷⁵ Trib. Lille, 27 janvier 1838, D. 1838, III, p. 199.

¹⁹⁷⁶ P.-L. CHAMPIONNIÈRE, E. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement...*, op. cit., t. IV, p. 607-608, n. 3562.

20 février 1849 a établi une taxe qui vient compenser l'absence de droits de transmission entre vifs et à cause de mort¹⁹⁷⁷. Le rapporteur Jules Grévy († 1887) souligne que cette loi vise à « faire cesser un préjudice notable pour le trésor, et [à] contribuer à remettre dans le commerce la dixième partie du territoire, qui en est sortie au grand dommage de la prospérité publique »¹⁹⁷⁸. Une telle taxe s'applique pour tous les immeubles soumis à la contribution foncière, donc en particulier les immeubles concédés à bail emphytéotique¹⁹⁷⁹. De plus, la jurisprudence du Conseil d'État a entériné une solution particulièrement sévère vis-à-vis des personnes morales dans la mesure où elles prennent seules en charge l'entièreté du montant de la taxe, sans pouvoir demander une répartition du paiement avec l'emphytéote¹⁹⁸⁰. Une telle solution est critiquée par Anselme Batbie († 1887) qui remarque qu'elle « se concilie mal avec celle émanée des mêmes juges qui accorde une déduction de moitié pour les immeubles grevés d'un droit d'usufruit »¹⁹⁸¹. Il reconnaît toutefois qu'il est malaisé de déterminer une déduction de taxe applicable dans le cas d'un bail emphytéotique, dans la mesure où cela varie en fonction de multiples éléments, notamment la durée du contrat ou encore la redevance prévue. Par ailleurs, il faut admettre qu'une telle jurisprudence ne concorde pas non plus avec le principe selon lequel l'emphytéote est tenu de s'acquitter des impôts¹⁹⁸². Il s'agit toutefois de la solution retenue en pratique.

Pour ce qui concerne les droits de mutation, la pratique judiciaire comme la doctrine inclinent à faire osciller le régime applicable au bail emphytéotique entre le droit commun du louage, celui de la vente et reprise de règles relatives à l'usufruit. Peu à peu, une tendance semble toutefois se dégager. D'abord, associé au louage, à partir du premier tiers du XIX^e siècle, il est finalement rapproché des règles applicables au contrat de vente. Si le système hybride qui est finalement retenu à partir de 1860 cherche à prendre en compte les

¹⁹⁷⁷ *Duvergier*, 1^{ère} éd., t. XLIX, p. 29-30.

¹⁹⁷⁸ Rapporté dans le *Duvergier* : *ibid.*, p. 29.

¹⁹⁷⁹ L'article 1^{er} dispose que : « Il sera établi, à partir du 1^{er} janvier 1849, sur les biens immeubles passibles de la contribution foncière, appartenant aux départements, communes, hospices, séminaires, fabriques, congrégations religieuses, consistoires, établissements de charité, bureaux de bienfaisance, sociétés anonymes, et tous établissements publics légalement autorisés, une taxe annuelle représentative des droits de transmission entre-vifs et par décès. Cette taxe sera calculée à raison de soixante-deux centimes et demi pour franc du principal de la contribution foncière » (*ibid.*, p. 29-30).

¹⁹⁸⁰ Il s'agit d'une jurisprudence constante. Voir, en particulier, CE, 3 février 1853, *Ville de Bordeaux*, D. 1853, III, p. 39 ; CE, 9 février 1869, *Congrégation d'Ernemont*, D. 1870, III, p. 95, S. 1870, II, p. 95 ; CE, 22 février 1870, *Compagnie des entrepôts de la ville de Paris*, S. 1871, II, p. 192.

¹⁹⁸¹ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif ...*, op. cit., t. VI, p. 121, n. 148.

¹⁹⁸² Pour une synthèse des critiques adressées à cette jurisprudence, voir D. DALLOZ *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique...*, op. cit., t. XLII, V^o Taxes, p. 9-10, n. 30-31.

différences entre les deux contrats, l'influence de la vente sur les droits de mutation du bail emphytéotique reste prégnante. Elle l'est encore davantage avec l'adoption de la loi du 25 juin 1902 qui revient au système d'assimilation pur et simple des droits de mutation du contrat de vente et du bail emphytéotique¹⁹⁸³. Le bail emphytéotique est alors assimilé à un bail ordinaire pour le paiement des droits d'enregistrement et à une vente pour les droits de mutations entre vifs ou à cause de mort. À nouveau, pour compléter le régime du bail à emphytéose, une ventilation a lieu entre le droit commun de la vente et du louage.

¹⁹⁸³ L'article 14 de la loi du 25 juin 1902 dispose que : « L'acte constitutif de l'emphytéose n'est assujéti qu'aux droits d'enregistrement et de transcription établis pour les baux à ferme ou à loyer d'une durée limitée. Les mutations de toute nature ayant pour objet soit le droit du bailleur, soit le droit du preneur, sont soumises aux dispositions de la loi du 22 frimaire an VII et des lois subséquentes concernant les transmissions de propriété d'immeubles. Le droit est liquidé sur la valeur vénale déterminée par une déclaration estimative des parties ». Confirmé par la doctrine, par exemple, M. D. GARNIER, *Répertoire général et raisonné...*, *op. cit.*, t. I, V^{is} Bail emphytéotique, n. 2189-2191.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Dès le début de l'époque contemporaine, certaines règles, caractéristiques du bail emphytéotique, ont été puisées dans l'ancien droit. Identifiées très tôt, elles apparaissent généralement d'une remarquable stabilité. Elles sont pourtant insuffisantes pour parachever un régime complet du bail emphytéotique, ce qui implique qu'elles doivent être complétées par toute une série de dispositions conformes à l'esprit des lois contemporaines. Cet arsenal normatif supplétif est, le plus souvent, emprunté au louage ou à la vente, parfois à l'usufruit. L'étude des décisions judiciaires et des ouvrages de doctrine permet alors de faire ressortir un schéma dans le choix, effectué par les juristes du XIX^e siècle, d'appliquer à une situation donnée le régime d'une des institutions voisines du contrat emphytéotique. Il apparaît que, selon les situations, ce sont tantôt les dispositions relatives à la vente et à ses effets, tantôt celles encadrant le louage ou l'usufruit qui s'appliquent au bail emphytéotique. D'un côté, le moteur de l'opération juridique réside dans l'étendue du droit concédé à l'emphytéote et justifie qu'il soit considéré comme un quasi-proprétaire ; de l'autre côté, l'emphytéote est freiné par ses obligations envers le bailleur et la nécessité de garantir le droit de propriété de ce dernier. Ainsi, la conclusion du contrat emphytéotique, l'imposition directe ou la capacité à agir en justice de l'emphytéote sont encadrées par des règles découlant du contrat de vente ou de ses effets. Au contraire, les modalités de paiement de la redevance et la dévolution successorale relèvent de dispositions empruntées au louage. Il arrive cependant que les juristes ne parviennent pas à s'accorder sur la règle à faire prévaloir. De telles incertitudes juridiques perdurent, notamment pour la procédure d'expropriation pour cause d'utilité public ou le montant des droits de mutation entre vifs ou à cause de mort, jusqu'à l'adoption de la loi du 25 juin 1902.

Il importe de souligner que les emprunts, réalisés aux institutions qui présentent des analogies avec le bail emphytéotique, restent du ressort de la technique juridique et ne modifient en rien l'esprit de ce contrat. Il s'agit, pour les juristes, de trouver une solution pragmatique aux situations concrètes qui se présentent au cours de la vie du contrat. Ceci dit, au-delà du caractère pragmatique du raisonnement mis en place par les juridictions et la doctrine, le recours à une telle ventilation entre les règles du louage, de la vente et de l'usufruit présente un réel intérêt théorique. Manifestation flagrante de la dialectique entre droit commun et droit spécial, cette application distributive des régimes se présente comme un précieux témoignage de la souplesse et de l'inventivité des solutions juridiques.

CONCLUSION DE PARTIE

Le passage du bail emphytéotique de l'ancien droit au droit contemporain s'accompagne d'une refondation de ce contrat. L'action des révolutionnaires provoque une lame de fond par le biais de laquelle ils entendent « déféodaliser » la société. Le bail emphytéotique en subit les retombées. Parmi les mesures adoptées au cours la période révolutionnaire, la prohibition de la perpétuité des baux et l'abandon de la simultanéité des propriétés remettent directement en cause les fondements du bail emphytéotique. Si le législateur révolutionnaire laisse une place réduite au bail emphytéotique, le législateur napoléonien l'ignore complètement. Le silence du Code civil sur la question du bail emphytéotique donne lieu à des controverses doctrinales qui interpellent sur la survie même de ce contrat. Au cours du XIX^e siècle, les juridictions, soutenues par une partie de la doctrine, s'emploient alors à redéfinir la notion de bail emphytéotique. À cette occasion, les juges dégagent des solutions pour distinguer les baux entachés de féodalité, qui sont abolis, des autres, qui sont conservés. La rénovation de ce contrat dans le droit contemporain retient d'ailleurs l'attention des publicistes qui s'intéressent tant à la technique contractuelle qu'aux implications politiques qui en découlent. Dans le même temps, les juridictions reconstruisent le régime du bail à emphytéose. Pour cela, elles s'appuient sur les règles héritées de l'ancien droit, qu'elles s'efforcent de mettre en conformité avec le nouvel ordre juridique. Elles identifient ainsi un régime spécial du bail emphytéotique qu'elles complètent, en fonction des besoins, avec le droit commun. Ces solutions jurisprudentielles permettent, malgré quelques incertitudes, de garantir la sécurité juridique des cocontractants tout au long du XIX^e siècle. Finalement, la loi du 25 juin 1902 consacre, pour l'essentiel, la jurisprudence antérieure et tranche les dernières difficultés techniques. Elle prend ses racines dans plus d'un siècle de débats sur la nature de ce contrat et ses principaux aspects juridiques.

À partir de la Révolution, en parallèle du changement de paradigme affectant la propriété, le bail emphytéotique perd la fonction de modèle, qui avait été la sienne à la fin de l'Ancien Régime, et devient une institution d'exception. La refondation du bail emphytéotique à l'époque contemporaine met ainsi en exergue le rôle créateur de droit du juge. Elle relativise également la volonté, affichée par les révolutionnaires, de faire table rase du passé, au moins en matière de droit des biens. Toutefois, aux yeux des juristes contemporains, le bail emphytéotique apparaît comme un vestige de l'ancien droit, un îlot

résistant à la vague du Code civil et dont l'évolution reste éminemment liée aux choix politiques.

CONCLUSION

Plus de quatre siècles se sont écoulés entre l'entrée du bail emphytéotique dans les coutumes officielles et sa consécration par la loi du 25 juin 1902. Durant cette période, ce contrat a été implanté dans deux systèmes juridiques dont les fondements et les méthodes diffèrent à bien des égards. D'origine romaine, il a été intégré dans le droit coutumier, sous l'influence conjointe de la doctrine, de la pratique judiciaire et des commissaires royaux. À partir de cette assimilation, il s'impose progressivement comme un archétype des concessions foncières d'Ancien Régime, ce qui lui porte préjudice à compter de la période révolutionnaire. Les juristes font alors face à une alternative : abandonner ce vestige figurant une organisation foncière héritée de la féodalité ou le réinventer pour le conformer à l'ordre juridique postrévolutionnaire. Institution étrangère au droit dans lequel il est transposé dans un cas comme dans l'autre, le bail emphytéotique accompagne ainsi les tribulations du paradigme de la propriété.

L'enracinement du bail emphytéotique dans l'ancien droit apparaît comme le fruit des influences exercées réciproquement par le droit savant et les droits coutumier et féodal. Contrat introduit en France à la faveur de la diffusion de l'enseignement du droit romain et au contact des pratiques étrangères (notamment italienne et germanique), le bail à emphytéose fait une entrée discrète dans quelques coutumes officielles, en particulier dans le Nord-Est du royaume. À cette occasion, il acquiert certains traits saillants du droit coutumier et se dépouille d'une partie de sa romanité. Ainsi compris, il voit sa définition évoluer, en parfait accord avec le système des propriétés simultanées dans lequel il s'inscrit. Il désigne la concession du domaine utile d'un immeuble à un emphytéote, à charge pour ce dernier de le mettre en valeur ou de l'entretenir et de s'acquitter d'une redevance périodique envers le seigneur direct. Le contrat emphytéotique est ainsi absorbé par l'ancien droit. Il suscite également un intérêt doctrinal marqué. Certains auteurs de l'époque moderne l'envisagent comme un outil conceptuel à partir duquel recenser, classer

et plus généralement penser les baux de longue durée coutumiers et féodaux. En cela, le bail emphytéotique s'érige en modèle des concessions de longue durée d'Ancien Régime.

La refondation du bail emphytéotique à l'aune du droit contemporain se heurte au mouvement de « déféodalisation » de la société, engagé par les révolutionnaires dès 1789. Face aux métamorphoses du droit qui en résultent, des aménagements substantiels du bail à emphytéose doivent être mis en œuvre pour assurer sa survie. En réponse à un législateur tantôt hostile tantôt indifférent, les juridictions, soutenues par une partie de la doctrine, entreprennent de rénover ce contrat et de reconstruire son régime, en conformité avec les principes nouveaux du droit civil. Désormais restreint dans sa durée et progressivement détaché de la théorie du double domaine, le bail emphytéotique est compris comme le contrat par lequel un bailleur concède pour une période ne pouvant excéder quatre-vingt-dix-neuf ans un droit réel, aliénable et susceptible d'hypothèque, sur un bien immeuble à un emphytéote, qui est tenu de payer une redevance en contrepartie. La loi du 25 juin 1902 finit par entériner l'essentiel des solutions jurisprudentielles élaborées tout au long du siècle précédent.

Le bail emphytéotique est donc autant le fruit de ces continuités que de ces ruptures. Il s'impose comme un contrat original, résultat des emprises successives par lesquelles il a été façonné. Tout au long de l'époque moderne puis contemporaine, certains éléments typiques du bail emphytéotique perdurent. Il en est ainsi de la longue durée qui le caractérise. De même, il reste conçu comme un contrat spécifique, ni louage, ni vente, qui emprunte des traits essentiels à l'un et l'autre de ses contrats voisins. En dépit du renouvellement de cette institution, le bail emphytéotique conserve, dans sa substance, son particularisme.

En revanche, l'appréhension des liens entre propriété, droit réel et longue durée a connu des mutations profondes au fil du temps, qui ont eu des répercussions sur la compréhension du bail à emphytéose. Le mouvement plus général de renforcement des droits de l'exploitant au cours de l'époque moderne conduit d'abord à affermir les droits de l'emphytéote, au détriment de ceux du propriétaire direct. À partir de la période révolutionnaire, cette dynamique se renverse : désormais, le droit du propriétaire – inviolable et sacré – est protégé, aux dépens du preneur. Ce premier mouvement se double d'une deuxième évolution concomitante. Là où le rapport entre les personnes et les biens instauré par le bail emphytéotique apparaissait comme un modèle sous l'Ancien Régime, il

est considéré comme une anomalie à l'époque contemporaine. De principe, il est devenu exception.

Étudier le bail emphytéotique de la rédaction des coutumes à sa consécration légale à l'aube du XX^e siècle contribue à mettre en évidence les phénomènes de transfert résultant des contacts entre droits savant, coutumier et féodal, mais aussi, entre ancien droit et droit contemporain. L'évolution de ce contrat atteste bien de deux processus d'acculturation juridique successifs. Le premier peut être qualifié d'acculturation par assimilation, dans la mesure où le contrat de droit savant a été modifié au contact des règles coutumières jusqu'à se fondre entièrement dans l'organisation foncière d'Ancien Régime¹⁹⁸⁴. Le second s'apparente davantage à une acculturation par réinterprétation, au sens où le bail emphytéotique a été réinventé par les juristes postrévolutionnaires qui l'ont débarrassé de tout substrat féodal, dans l'objectif de rompre avec le passé¹⁹⁸⁵. Assimilation et réinterprétation participent d'une même logique, montrant la plasticité des solutions retenues pour préserver un outil juridique pratique. En outre, de tels processus soulignent le pragmatisme des acteurs qui, confrontés à la nécessité de résoudre des cas concrets, n'hésitent pas à adapter voire transformer le matériau original pour en préserver l'utilité. À partir de ce constat, trois séries de conséquences se dégagent, relatives à la technique juridique, l'histoire des sources et les répercussions politiques.

D'un point de vue technique, l'observation de ces phénomènes de transferts invite à considérer les différents degrés de réception d'une institution dans un droit qui lui est étranger. Dans le cas du bail emphytéotique, loin d'être complète, sa transplantation dans l'ancien droit demeure partielle : dans la forme, il reste absent des coutumes du Nord-Ouest et, sur le fond, les règles de droit romain sont dénaturées tant par la relecture doctrinale que par les pratiques locales. De la même façon, son importation dans le droit contemporain procède d'une sélection rigoureuse, réalisée par les juridictions, des règles héritées de l'ancien droit. De surcroît, la fixation du régime du bail à emphytéose offre l'opportunité de scruter les rapports entre droit supplétif et droit impératif ou encore droit commun et droit spécial, illustrant de quelle manière ces couples antagonistes assurent la

¹⁹⁸⁴ L'acculturation par assimilation peut être définie comme « l'acculturation des sociétés dont le droit se modifie au profit d'un autre, présenté ou imposé comme plus naturel ou plus raisonnable » (N. ROULAND, « Acculturation juridique », *loc. cit.*, p. 5).

¹⁹⁸⁵ L'acculturation par réinterprétation peut être définie comme celle qui correspond « à des sociétés qui choisissent de rompre avec leur passé » (*ibidem*).

cohésion et la cohérence de l'ordre juridique. Enfin, l'examen du bail emphytéotique attire l'attention sur la tendance des juristes à recourir à des constructions intellectuelles avec le souci continu d'organiser le droit, voire de l'unifier. De tels outils mis au service du raisonnement font alors ressortir l'élaboration d'un langage propre à la communauté des juristes.

Du point de vue de l'histoire des sources, penser le bail emphytéotique révèle, en contrepoint, les rôles respectifs des acteurs du droit ainsi que les rapports de force qu'ils entretiennent. Ainsi, il importe de souligner l'inventivité des auteurs de l'ancien droit qui, lorsqu'ils développent des solutions, n'hésitent pas à déformer les règles juridiques pour les conformer aux réalités économiques et sociales. Dans le même sens, la reconstruction du bail emphytéotique dans le droit contemporain démontre la vitalité de la jurisprudence tout au long du XIX^e siècle. Sans se cacher, le juge se montre créateur de droit, contribuant à relativiser le légicentrisme ambiant. En la matière, le législateur se borne d'ailleurs le plus souvent à entériner le résultat des tâtonnements doctrinaux et jurisprudentiels, sans être à l'initiative des innovations et ceci, tant à l'époque moderne que contemporaine. Dès lors, le bail emphytéotique constitue un moyen de mettre en exergue, tour à tour, l'opposition et la coopération entre les différents acteurs du droit. Il concourt à identifier la façon dont ces acteurs effectuent et justifient les emprunts entre des ordres normatifs qui coexistent ou se succèdent.

D'un point de vue plus politique, l'intégration du bail emphytéotique dans l'ordre juridique apparaît intrinsèquement liée à la conception dominante de la propriété. Objet de la pensée politique tout autant que juridique, le rapport entre une personne et un bien est toujours tributaire des cadres conceptuels des périodes considérées. Les fondements supposés légitimes de l'appropriation privée reposent ainsi sur l'interprétation dominante à un moment donné¹⁹⁸⁶, ce qui rejaillit sur la manière d'envisager les baux de longue durée dans l'ordre politique. En particulier, c'est à partir de la conformité ou la non-conformité à ces principes légitimes que les acteurs du droit décident les règles qui sont applicables, celles qui doivent être supprimées, conservées ou réformées. Dès lors, un cas-limite comme le bail emphytéotique, qui entraîne la constitution d'un droit quasiment équivalent à celui d'un propriétaire, conduit à repenser la délimitation entre propriété, longue durée et droit réel.

¹⁹⁸⁶ Sur les changements affectant les fondements du droit de propriété à travers l'histoire, voir M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 484-490.

* *

*

Depuis la loi du 25 juin 1902, les dispositions encadrant le bail emphytéotique de droit privé ont été actualisées par un décret du 16 mars 1983¹⁹⁸⁷ ainsi qu'une loi du 24 mars 2014¹⁹⁸⁸. Ces textes se sont bornés à ajuster le régime du bail à emphytéose pour l'adapter aux nouveaux enjeux économiques et sociaux, sans en modifier l'essence. Dans le même temps, on a pu assister à l'amorce d'un mouvement vers le droit public : la loi du 5 janvier 1988 a ainsi créé un bail emphytéotique administratif, réservé aux personnes publiques¹⁹⁸⁹. Plus encore, depuis le début du XX^e siècle, le mécanisme contractuel du bail emphytéotique s'est déplacé dans la sphère internationale, où il se présente comme un instrument original pour le développement et le maintien des relations entre États. La France en a ainsi fait l'expérience dans ses rapports avec l'Italie. En effet, aux termes d'une convention ratifiée le 24 décembre 1936, l'Italie a concédé à bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans la jouissance du Palais Farnèse à la France, à charge pour elle de s'acquitter d'un loyer symbolique d'une lire¹⁹⁹⁰. Conformément à l'obligation d'amélioration inhérente au contrat emphytéotique, l'État français poursuit une politique active de restauration, qu'il finance entièrement seul¹⁹⁹¹. Au-delà de l'emprunt par le droit international d'un mécanisme de droit interne, une telle convention contribue également à entretenir les liens entre les deux États contractants. En témoigne l'usage auquel est destiné le Palais Farnèse. De manière étonnante, l'École française de Rome et l'Ambassade de France en Italie cohabitent au sein de ce bâtiment, consolidant les relations tant culturelles que diplomatiques entre les parties au contrat.

Institution composite, le bail emphytéotique se révèle un outil de mise à disposition des biens susceptible de s'adapter aux opérations juridiques les plus diverses¹⁹⁹². Il présente ainsi tous les aspects d'un contrat souple et malléable, deux caractères qui lui assurent longévité et pérennité et lui ont permis de résister aux changements d'ordres juridiques.

¹⁹⁸⁷ Décret n° 83-212 du 16 mars 1983 portant révision du code rural en ce qui concerne les dispositions législatives relatives aux baux ruraux.

¹⁹⁸⁸ Art. 113 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement urbain et un urbanisme rénové.

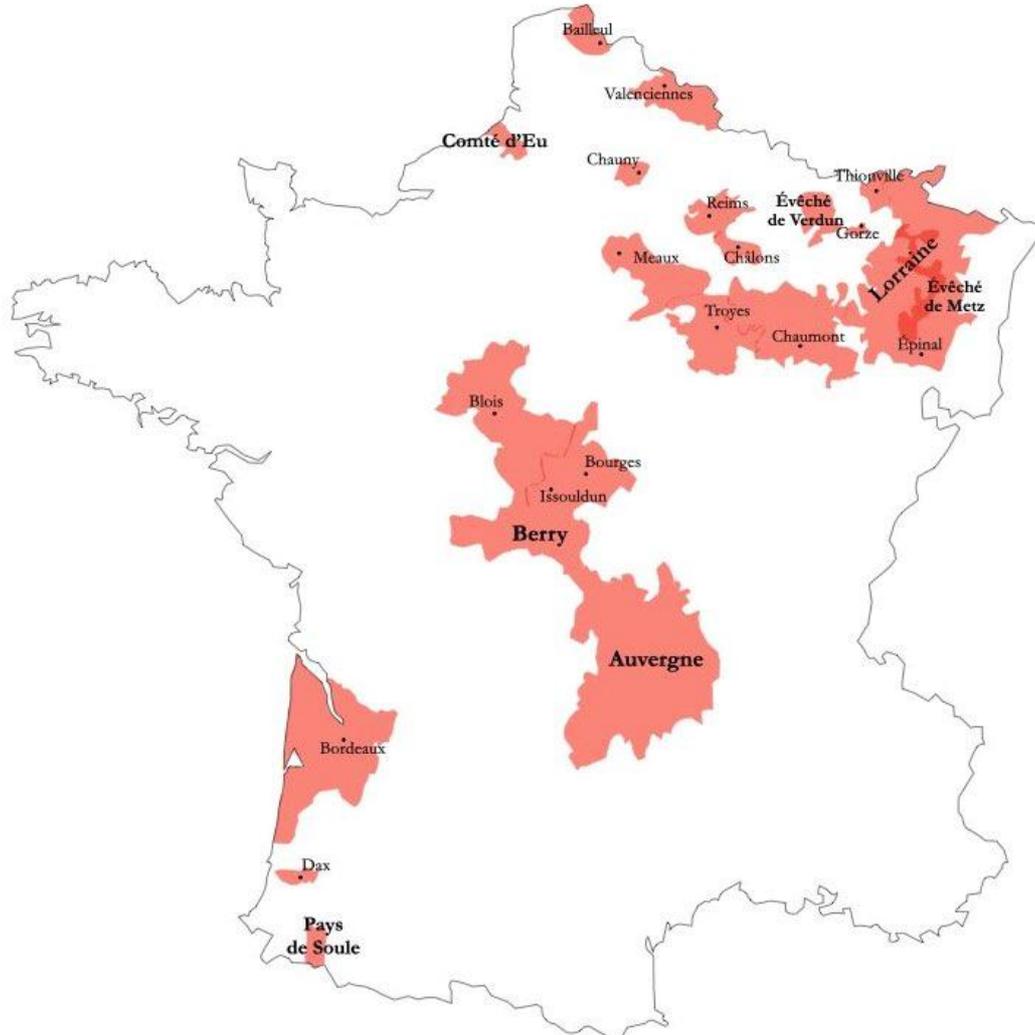
¹⁹⁸⁹ Art. 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

¹⁹⁹⁰ Pour un aperçu de l'histoire franco-italienne du Palais Farnèse, voir E. GRUAU, F.-C. UGINET, *Palais Farnèse*, Paris, Milan, Nihil obstat, 5 Continents, 2007, p. 11-14.

¹⁹⁹¹ M. GRAS, « L'École française de Rome dans le Palais Farnèse (1875-2010) », *Mélanges de l'École française de Rome*, t. 122-2, 2010, p. 371-383.

¹⁹⁹² En ce sens, Gérard Béaur, Rosa Congost et Pablo F. Luna font état de la flexibilité du bail emphytéotique qui parvient à se renouveler, face aux changements qui affectent le contexte juridique, politique, économique ou social (G. BÉAUR, R. CONGOST, P. F. LUNA, « Emphyteusis : A Practical Question ? », *loc. cit.*, p. 18-26).

Annexe 1



Carte des coutumes rédigées dans lesquelles le bail emphytéotique a été reçu

Légende

Bordeaux Ville

Berry Région

Ressort de coutume où le bail emphytéotique a été officiellement reçu

Annexe 2

Comparaison entre la coutume d’Auvergne de 1510 et la traduction en français du Masuer de 1505

<p>Coutume d’Auvergne (1510)</p>	<p><i>Le masuer en françois, selon la coustume du haut et bas pays d’Auvergne, et la manière comme on assist rante au dit pays coustumier. Et aussi les ordonnances royaulx faictes par mes seigneurs les présidents et conseillers tenans les grans jours de par le roy nostre sire en la ville de Montferrand, Lyon, Claude Davost, 1505, au titre « Du louage et droit d’emphytéose » (sauf mention contraire)</i></p>
<p>I. Jaçoit que par cy-devant le Seigneur direct ou féodal & aussi le lignager eussent peu retenir la chose vendue, dedans quarante jours après l’acquisition, à les compter du temps que ledit Seigneur ou lignager l’ont sceu ou peu sçavoir, qui estoit à entendre pour le temps qu’ils pourroient estre certifiez, veu la distance des lieux ; toutesfois pour raison de l’incertitude dudit temps, & obvier à plusieurs procès & inconvéniens qui s’en pourroient ensuivre.</p>	<p>« Celuy qui demande la retenue soit le seigneur direct ou lignagier doit venir dedans vl jours après la vente faicte ou après ce qu’il a sceu ou peu savoir la vente avoir este faicte. Car après les vl jours passés il ne sera point reeu.», f. xliiii (v.)</p>
<p>II. A esté advisé par les Estats, que le Seigneur direct ou féodal pourra retraire ledit héritage vendu dedans trois mois, à iceux compter du jour de la possession réelle prinse par l’acheteur, & non plustost : Laquelle possession ledit acheteur, ou autre pour luy, prendra en la présence de deux tesmoins du lieu & justice où ladite chose est scituée. Et est ledit temps de trois mois continuel ; & court contre toutes personnes mineurs de vingt-cinq ans, femmes mariées, & autres personnes quelsconques, sçachans ou ignorans.</p>	
<p>III. La chose tenue en fief ou directe, se peut vendre sans le congé ou licence du Seigneur direct ou féodal ; & pourtant ne tombe en commise, n’aussi par faute de payer les cens par deux ou trois ans, n’autre temps.</p>	<p>« Et n’est point nécessaire a celluy qui a achate la chose qu’il notifie la vente au seigneur direct on au lignagier par la coustume. Fault aussy que celluy qui demande la retenue au premier jour présente l’argent qu’elle a couste avec les coustemens. » Fo. vliiii (verso) « Si le censivier a vendu la chose movant de la censive sans le sceu du seigneur direct ou a cessé de paier la censive par troys annés ou par autre long temps, pourtant n’est pas la chose confisquée au seigneur direct par la coustume que si seroit bien de droit. », f. xliiii (r.)</p>

<p>IV. Cens sur cens n'a point de lieu sans le consentement du Seigneur direct ; & est commis & confisqué le surcens, & toute autre charge annuelle assise sur l'héritage tenu à cens, audit Seigneur direct ; en faisant faire déclaration par justice de ladite commise, & non autrement.</p> <p>V. Toutesfois par la surcharge, l'héritage où ledit surcens ou autre charge est assis, n'est commis.</p>	<p>« Mais si le censivier a mis surcens sur la chose mouvant de la censive d'aultruy le surcens est confisqué au seigneur direct mais non pas ipso iure. Mais il fault declaracion & se peuvent les parties despartir dudit surcens. Et n'y aura point de confiscacion par avant que le seigneur direct y soit venu pour asseurement ou aye demandé la confiscacion car après la demande du seigneur direct ne s'en pourroit l'en pas despartir que le surcens ne fust confisqué au seigneur direct et les arreyrages dudit surcens payés. », <i>ibid.</i></p>
<p>VI. Le Seigneur direct peut faire assener sur la chose tenue de luy, pour sçavoir à quel titre celui qui la porte le tient, pour en avoir les droits de directe ; c'est à sçavoir la retenue ou ventes à son chois, ou pour estre payé du cens & des arrérages, si aucuns en sont deuz. Et pour ce peut faire deffendre au tenancier tous us & exploits, jusques à ce qu'il aura eu sesdits droits.</p>	<p>« Et aussi pour le droit de directe pourra le seigneur direct venir par exécution qui se appelle assenement, car par vertu d'une sauvegarde il peut faire mettre la main à la chose mouvant de sa censive pour estre paie du cens, des arreyrages & des aultres droitz de la directe & aussi peut mettre la main sur les fruits estans dedans pour se quelque soyent cuilliz. & aussi se peut faire les assenement pour savoir à quel titre le tenancier tient la chose pour en avoir les droitz de directe. », f. xliii (r.).</p>
<p>VII. Aussi peut le Seigneur direct venir par action personnelle contre l'acheteur qui tient l'héritage tenu de sa directe, pour estre payé des lods, ventes & arrérages de son temps.</p>	<p>« Le censivier peut agir pour la chose quil tient de cenive tant pétitoirement que possessoirement », f. lxxv (r.)</p> <p>« Mais au cas présent si le seigneur direct vient par voye d'action il doit demander au vendeur les arreyrages qui sont deuz par avant la vente & les arreyrages qui sont deuz après ladicte vendition à l'acheteur », f. xlvi (r.)</p>
<p>VIII. Si plusieurs héritages sont vendus ensemble pour un mesme prix, le Seigneur direct n'est receu à demander la retenue de l'un sans l'autre, (sinon du consentement de l'acheteur,) si le totage des choses vendues est tenu de sa directe.</p>	<p>« Le seigneur direct est tenu de monstrier l'értaige pour lequel il demande le cens, & faire veue. Si ce n'est qui le demande sur tous les biens du tenancier », <i>ibid.</i></p>
<p>IX. Mais si partie des choses vendues, est tenue de luy en directe, & partie non, le Seigneur direct pourra avoir par retenue ce qui sera tenu de luy en directe seigneurie, en rendant pour le retour le sort principal & loyaux coustemans, <i>pro rata.</i></p>	
<p>X. Toutesfois si l'acheteur offre la totalité des choses vendues, le Seigneur direct sera tenu de les prendre.</p>	<p>Au titre Du retrait & résolution des contrats :</p> <p>« Si une chose ou plusieurs ont esté vendues et le lignagier veult tant seulement avoir la retenue de lune dicelles il ne sera point recevable si la partie nen est contente, mais faudroit qu'il achetast tout ce qui a esté vendu. », f. xlix (r.)</p>

XI. Et <i>idem</i> du Seigneur féodal, quant ès choses féodales.	« Et pareillement au seigneur féodal ou au seigneur direct », f. xlix (v.)
XII. Gens d'Église, Communauté, Collèges, Luminiers, Confrères & autres semblables qui au profit de leurs Églises, Communauté ou Collèges, acquièrent ou à eux adviennent par mortaille, dédicacion, confiscation ou autrement, héritages tenus en directe, peuvent estre contraints par les Seigneurs directs vuidier leurs mains dedans an & jour de la chose ainsi acquise, à compter du jour du commandement de ce faire.	« Si la chose qu'est tenue de censive a esté vendue ou donnée par le censivier à l'église le seigneur direct peut contraindre l'église que la mete hors de ses mains dans ung an pour son interests. », f. lxx (r.)
XIII. Et à faute d'obéir, peuvent lesdits Seigneurs directs, lesdits an & jour passez, jour desdits héritages ; & faire les fruits leurs, jusques à ce qu'ils soient aliénez à personne capable.	Titre Des fiefs : « Après que le seigneur foedal aura fait faire l'empêchement & le bail sal est en demeure de faire le fief, le seigneur foedal peut recueillir les fruitz & les faire siens iusques que le fief luy scaura fait », f. xlvi (r.)
XIV. Pareillement le pourra faire le Seigneur justicier, pour l'interest de ses droits de confiscation & mortaille, soit la chose allodiale ou tenue à censive, à faute de ce faire par le Seigneur direct.	« Et pareillement fait le seigneur justicier de la haulte & moyenne justice pour interests qu'il a de la confiscation & de la mortaille. Et pareillement fait celuy qui se fdt avoir droit de morte main. », f. lxx (r.)
XV. Le lignager est préféré au Seigneur direct quant à la retenue de la chose vendue : toutesfois quand le Seigneur direct achète la chose movant de son cens sans fraude, (ce qu'il sera tenu affirmer par serment,) le lignager ne la peut retraire.	« Le lignagier qui demande la retenue de la chose vendue doit estre préféré au seigneur direct qui demande ladicte retenue. Mais si le censivier a vendue la chose au seigneur direct, le lignagier ne pourroit pas avoir la retenue. », f. xliii (v.)
XVI. Le Seigneur util peut gupir & quitter l'héritage movant d'autrui cens, en payant préalablement les arrages deuz à cause dudit héritage de tout le temps passé jusques à ladite gupine ; & en baillant acte d'icelle gupine à ses despens au Seigneur direct, & laissant la chose quitte en bon estat, & non autrement.	« Le censivier se peut acquiter de son cens en gupissant la chose. Si ce n'est qu'il aye esté couvenance qu'il ne puisse gupir. Mesmement jusques à certain temps. », f. xliiii (r.)
XVII. Et si ledit Seigneur direct est appelé en jugement contradictoire, pour veoir faire ladite gupine, s'il ne compare, & est adjourné en personne ou domicile, la gupine se peut faire en vertu du premier deffaut.	« La grupine se peut faire tant en jugement que dehors permise que si elle se fait dehors quelle se face à la personne du seigneur direct. Et ne se peut pas faire en domicile. Et si le censivier dung coliege ou d'une université veult faire la grupine aud coliege ou université hors jugement il fault qu'il le face en consulat qu'il y ayt assemblée commune ou au coliege quant ilz tiennent coliege referendo singula singulis. », <i>ibid.</i> et v.
XVIII. Aussi ledit Seigneur util peut gupir ledit héritage au Seigneur direct hors jugement, en la personne d'iceluy Seigneur direct.	« La grupine se peut faire tant en jugement que dehors permise que si elle se fait dehors quelle se face à la personne du seigneur direct. », <i>ibid.</i>
XIX. Si le Seigneur direct, son Receveur ou Commis, à receu particulièrement son cens d'aucuns particuliers tenanciers des héritages movans de sa censive à un seul & mesme cens,	« Si ung tenancier tient ung mas ou plusieurs héritages par une censive il ne peut pas vendre ou diviser ledit mas ou héritages par parties sans le consentement du seigneur direct. Et si se fait

<p>pourtant n'est sondit cens divisé, sinon qu'autrement il ait expressément accordé la division de sondit cens.</p>	<p>il la devise le seigneur direct porra demander tout son cens sur une checune partie. Le contraire est es héritiers, car les héritiers peuvent partir entre eulx ledit mas ou héritaiges sans le vouloir ou consentement dudit seigneur direct. », <i>ibid.</i></p>
<p>XX. Le droit de retenue ou prélation de chose féodale ou censivière, est cessible par le Seigneur féodal ou direct ; combien qu'autrement soit en retrait lignager, où l'on ne peut retraire si n'est pour foy & non pour autre.</p>	
<p>XXI. Celuy qui a recogneu tenir aucun héritage en censive, & promis payer ledit cens, posé qu'il die n'en estre tenancier, jusques il ait nommé le nouveau tenancier dudit héritage.</p>	<p>Titre Des fiefs : « le contraire est sil a fait l'empêchement à cause de la nommée n'a pas esté baillée. Car les fruitz ne seront pas siens. Touteffoys demeureront les fruitz empêchés iusques ad ce quil aura baillé ladite nommée. », f. xlviij (v.)</p>

Annexe 3

Les influences du projet de Code rural de 1814 de Joseph de Verneilh-Puyraseau

Articles du chapitre relatif au bail emphytéotique	Influences
Art. 1 ^{er} . On appelle <i>bail emphytéotique</i> , le contrat par lequel le propriétaire d'un héritage le délaisse pour en jouir pendant un long espace de tems, moyennant une redevance annuelle, payable en argent, grains ou autres espèces, et sous telles autres charges ou conditions licites convenues entre les parties contractantes.	J. DOMAT, <i>Les lois civiles dans leur ordre naturel, op. cit.</i> , t. I, p. 63 : « L'emphytéose, ou bail emphytéotique, est un contrat par lequel le maître d'un héritage le donne à l'emphytéote, pour le cultiver & améliorer : & pour en jouir & disposer à perpétuité, moyennant une certaine redevance en deniers, grains, ou autres espèces, & les autres charges dont on peut convenir ».
Art. 2. La durée du bail emphytéotique sera de trente-un ans au moins, et de cent ans au plus. Les baux qui n'excéderont pas trente ans sont rangés dans la classe des <i>baux à ferme</i> , et seront régis par les règles qui leur sont propres, conformément au Code Napoléon.	Article 1 ^{er} de la loi des 18-29 décembre 1790 Articles 1763 à 1778 C. civ.
Art. 3. Le droit d'enregistrement sur les baux emphytéotiques depuis trente-un ans jusqu'à cinquante ans, sera fixé au double du tarif du même droit pour les baux de neuf ans ; pour ceux depuis cinquante ans jusqu'à soixante-quinze ans, il sera fixé au triple, et depuis soixante-quinze jusqu'à cent ans, au quadruple.	Innovation du projet, en contradiction avec la solution doctrinale et jurisprudentielle (pour davantage de détails, voir p. 457 et s.)
Art. 4. L'emphytéote ni ses héritiers ne peuvent prescrire, par aucun laps de temps, l'héritage donné à titre d'emphytéose ; mais si l'héritage avait été aliéné par l'emphytéote, le tiers détenteur pourra le prescrire par trente ans de possession légitime, à compter du jour de l'expiration du bail emphytéotique.	Articles 2236 et 2239 C. civ.
Art. 5. L'emphytéote peut faire dans l'héritage tous les changemens utiles que ferait un bon père de famille ; comme arracher un vieux plant pour en substituer un nouveau, démolir selon le besoin pour rebâtir, et autres semblables. À l'égard des bois taillis ou de futaie, des arbres épars et des arbres fruitiers, l'emphytéote aura les mêmes droits, et sera soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier, conformément aux articles 590, 591, 592, 593 et 594 du Code Napoléon.	Règle issue de l'ancien droit (pour davantage de détails, voir p. 89 et s. et p. 365 et s.) Articles 590 à 594 C. civ.
Art. 6. L'emphytéote ne peut détériorer l'héritage, ni ôter les améliorations qu'il y aurait faites. S'il détériorait, le propriétaire pourra faire résilier le bail, et faire condamner le preneur à réparer les détériorations commises.	Règle issue de l'ancien droit (pour davantage de détails, voir p. 89 et s.)

<p>Art. 7. Tous cas fortuits soit ordinaires soit extraordinaires, excepté les seuls ravages de la guerre, sont aux périls de l'emphytéote, à moins d'une convention contraire dans le contrat.</p>	<p>Règle issue de l'ancien droit (pour davantage de détails, voir p. 110 et s. et p. 421)</p>
<p>Art. 8. L'emphytéote ne peut déguerpir ou abandonner l'héritage au propriétaire avant l'expiration du bail, si ce n'est dans le cas où une partie assez considérable dudit héritage aurait été détruite sans qu'il y eût de sa faute : cette circonstance sera soumise à l'arbitrage des tribunaux.</p>	<p>Solution jurisprudentielle imposée par les juridictions du XIX^e siècle (pour davantage de détails, voir p. 424)</p>
<p>Art. 9. Faute de paiement de la redevance promise pendant trois ans consécutifs, l'emphytéote pourra être dépossédé, quand même il n'y aurait pas de clause résolutoire à cet égard dans le contrat. Les tribunaux fixeront alors, suivant les circonstances, un délai dans lequel l'emphytéote sera tenu de payer tous les arrérages : s'il n'a point satisfait dans ledit délai, le bail emphytéotique sera résilié de droit en vertu du premier jugement, et sans qu'il soit besoin d'en rendre aucun autre pour l'expulsion du preneur.</p>	<p>Règle issue de l'ancien droit (pour davantage de détails, voir p. 135 et s. et p. 423)</p>
<p>Art. 10. L'emphytéote est tenu, à moins de convention contraire, de toutes les réparations grosses et menues qui surviennent pendant la durée du bail : s'il était expulsé, faute de payer la redevance, il ne lui sera tenu compte par le propriétaire, que de la valeur actuelle de celles qui ont réellement amélioré l'héritage.</p>	<p>Règle issue de l'ancien droit (pour davantage de détails, voir p. 89 et s. et p. 425)</p>

Index des noms

A

Acollas (Émile), 292, 361
Agnel (Émile), 292, 363, 364, 369, 417, 420, 421, 424, 425, 433, 435, 452, 453, 478
Amiaud (Albert), 420, 462
Argenson (René-Louis Voyer d'), 258
Argou (Gabriel), 75, 78, 82, 90, 96, 97, 100, 112, 113, 114, 116, 121, 124, 125, 138, 143, 145, 146, 154, 191, 205
Aubry (Charles), 292, 313, 321, 322, 335, 362, 368, 370, 415, 432, 435, 469
Aucoc (Léon), 379

B

Baquet (Jean), 56, 82, 88, 89, 127, 152, 188, 199, 205
Barbosa (Agostino), 61, 75, 102
Baron (Éguiner), 54, 65, 95, 111, 112, 119, 136, 184, 206
Basnage de Franquesney (Henry), 152, 231, 249
Batbie (Anselme), 337, 376, 378, 458, 481, 491
Battur (Georges-Bonaventure), 323, 372
Baudouin (François), 61, 65, 81, 90, 111, 112, 183
Baudry-Lacantinerie (Gabriel), 322, 370, 456
Bélimé (William), 362, 465
Bohier (Nicolas), 50, 54, 243, 530
Boncerf (Pierre-François), 260, 265
Boucher d'Argis (Antoine-Gaspard), 98, 102, 116, 122, 138, 142, 154, 156, 198, 199, 206, 210, 232
Boullenois (Louis), 166, 237, 241, 249
Bourjon (François), 56, 78, 83, 94, 96, 100, 103, 122, 125, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 142, 144, 165, 190, 198, 206
Boutaric (François de), 60, 72, 86, 87, 91, 93, 112, 115, 122, 124, 130, 138, 139, 150, 151, 155, 186, 189, 199, 232, 241, 248, 249
Buridan (Jean-Baptiste de), 102, 121, 139, 165, 197
Burlamaqui (Jean-Jacques), 118

C

Caseneuve (Pierre de), 86, 243, 244
Cauwès (Paul), 340

Championnière (Paul-Lucas), 323, 354, 417, 458, 459, 487, 489, 490
Choppin (René), 97, 116, 127, 158, 159, 166, 169, 170, 248
Colmet de Santerre (Édouard), 292, 310, 323, 335, 358, 363, 365, 417
Coquille (Guy), 19, 69, 73, 93, 97, 130, 156, 179, 190, 199, 200, 202, 214, 218, 229
Coras (Jean de), 66, 100, 111, 112, 119, 157, 184, 240
Cormenin (Louis-Marie de Lahaye, Victomte de), 385
Cottureau (Thomas-Jules-Armand), 57, 78, 103, 146, 152, 156, 166, 167, 190, 205
Courcelle-Seneuil (Jean-Gustave), 327, 340
Cujas (Jacques), 65, 79, 80, 88, 95, 100, 111, 112, 114, 120, 136, 137, 143, 150, 157, 184, 206, 223, 242, 345, 355, 357

D

Daffry de la Monnoye (Léon), 481, 482
Daloz (Désiré), 59, 178, 179, 220, 269, 284, 285, 290, 302, 305, 308, 330, 358, 362, 363, 367, 370, 371, 372, 385, 386, 399, 432, 433, 451, 462, 466, 481, 491, 558
Delvincourt (Claude Étienne), 322, 335, 362, 371, 432
Demante (Antoine-Marie), 292, 310, 323, 335, 358, 362, 365, 417, 432
Demolombe (Charles), 322, 354, 362, 432
Denisart (Jean-Baptiste), 59, 70, 77, 110, 132, 144, 187, 198
Despeisses (Antoine), 59, 64, 87, 93, 100, 112, 115, 121, 124, 137, 138, 142, 150, 157, 158, 189, 198, 199, 202, 203, 213, 214, 218
Domat (Jean), 68, 82, 84, 87, 91, 98, 101, 110, 113, 118, 122, 130, 139, 144, 153, 198, 199, 203, 204, 406, 435
Doneau (Hugues), 65, 72, 78, 80, 83, 95, 100, 103, 104, 111, 112, 114, 119, 143, 184, 185
Du Caurroy (Gabriel), 281, 292, 303, 312, 323, 335, 358, 432
Du Moulin (Charles), 65, 82, 87, 114, 115, 144, 177, 197, 218, 219, 221, 223, 227, 240, 243, 247, 248, 249, 355
Du Pineau (Gabriel), 64, 170, 192, 193, 199, 215, 243, 247

Dunod de Charnage (François-Ignace), 60, 112, 155, 379

Durand de Maillane (Pierre-Toussaint), 62, 75, 77

Duranton (Alexandre), 292, 303, 304, 310, 311, 321, 323, 335, 361, 362, 363, 364, 367, 368, 370, 372, 432, 434, 452, 468, 469, 474

Duvergier (Jean-Baptiste), 336, 341, 371, 417, 421, 423, 424, 425, 453, 465, 477, 478

F

Favard de Langlade (Guillaume-Jean), 310, 323, 351, 372, 390

Favre (Antoine), 82, 112, 143, 243, 521

Ferrière (Claude de), 62, 68, 69, 70, 78, 82, 86, 90, 92, 93, 95, 97, 102, 103, 112, 113, 115, 116, 117, 127, 132, 133, 138, 139, 142, 143, 145, 146, 149, 150, 151, 152, 154, 168, 169, 171, 172, 186, 197, 198, 199, 204, 218, 227, 229, 406

Fleury (Claude), 62, 75, 76, 102, 103, 124, 140, 189, 190, 199, 206

Foelix (Jean-Jacques-Gaspard), 292, 310, 311, 322, 360, 361, 370, 452, 455

G

Gin (Pierre-Louis-Claude), 96, 103, 124, 127, 133, 154, 187, 189, 206

Glasson (Ernest Désiré), 191, 305, 306, 312, 335, 358, 456, 469, 475

Grimaudet (François), 56, 82, 124, 125, 126, 152, 213, 237, 244, 248

Grotius (Hugo), 68, 83, 171, 268, 269

Guillouard (Louis-Vincent), 292, 304, 313, 322, 363, 432

H

Harcher (Jean-Baptiste-Louis), 100, 103, 125, 190, 225

Heineccius (Johann Gottlieb), 73, 87, 96, 149, 153, 157, 185, 198, 204, 244

Henrion de Pansey (Pierre-Paul-Nicolas), 60, 86, 87, 96, 97, 98, 100, 136, 186, 190, 199, 225, 226, 241, 242, 243, 244, 249

Hervé (François), 60, 86, 91, 100, 104, 151, 180, 187, 190, 224, 355

Hévin (Pierre), 192, 205, 240, 241

Huc (Théophile), 312, 322, 335, 358, 363, 365

L

Lancellotti (Giovanni Paolo), 62

Laurent (François), 80, 281, 303, 304, 311, 312, 313, 323, 345, 358, 360, 363, 367, 368, 417, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 433, 452, 453, 456, 468, 470, 474, 475, 477

Le Caron (Louis dit Charondas), 35, 75, 78, 82, 86, 87, 89, 96, 100, 103, 115, 116, 122, 127, 129, 136, 138, 139, 144, 149, 152, 154, 155, 166, 168, 169, 170, 171, 186, 198, 199

Le Douaren (François), 54, 242

Le Trosne (Guillaume-François), 257

Lefevre de la Planche, 78, 128, 133

Locke (John), 269, 294

Loisel (Antoine), 56, 62, 127, 165, 199, 200

Loyseau (Charles), 70, 82, 87, 90, 93, 94, 97, 103, 116, 117, 122, 141, 143, 146, 152, 189, 199, 200, 206, 237, 243

M

Maleville (Jacques de), 311, 315, 316, 318, 320, 329, 371

Maran (Guillaume), 65, 100, 119, 157

Marcadé (Victor-Napoléon), 292, 301, 303, 311, 323, 361, 363, 365, 432, 452, 468, 469, 474

Ménon Marquis de Tubilly (Louis-François-Henri de), 252

Merlin (Philippe-Antoine), 142, 191, 192, 223, 301, 323, 350, 362, 363, 372, 416, 421, 423, 424, 425

Mirabeau (Victor Riqueti de), 251, 252, 256

Molières-Fonmaur (Benoît-Léon), 72, 124, 130, 190, 197

Mornac (Antoine), 119, 130, 136, 143

P

Pasquier (Étienne), 19, 30, 35, 76, 90, 102, 103, 112, 114, 123, 124, 187, 202, 211, 240

Pattullo (Henry), 252, 254

Persil (Jean-Charles), 310, 323, 351, 360, 372, 417, 432, 434, 469

Peyrusse (Antoine), 63, 68, 69, 93, 96, 98, 100, 112, 116, 121, 130, 138, 139, 142, 143, 150, 154

Pithou (Pierre), 61, 121

Pocquet de Livonnière (Claude), 127, 129, 190, 192, 199, 200, 205, 218, 225, 230, 243

Pont (Paul), 322, 370, 417, 420, 432, 433, 456

Pothier (Robert-Joseph), 57, 60, 68, 79, 82, 84, 97, 100, 103, 113, 125, 134, 137, 148, 149, 151, 188, 199, 200, 205, 208, 223, 232, 237, 292, 318, 355, 406, 435
Prévost de la Jannès (Michel), 78, 100, 205
Proudhon (Jean-Baptiste-Victor), 292, 303, 311, 312, 322, 335, 351, 362, 363, 365, 367, 369, 371, 385, 417, 421, 422, 432, 434, 435, 465, 468
Pufendorf (Samuel von), 87, 89, 91, 96, 97, 154, 185, 243, 269

R

Rau (Charles-Frédéric), 292, 313, 321, 322, 335, 362, 368, 370, 415, 432, 435, 469
Reiffenstuel (Anaklet), 59, 63, 66, 75, 91, 123, 172, 173
Rigaud (Esprit), 323, 354, 417, 458, 459, 487, 489, 490
Riston (Albert), 59, 102, 112, 116, 132, 139, 154, 156
Rivière (Hippolyte-Ferréol), 256, 262, 265, 303, 309, 361, 363, 365, 370, 423, 424, 425, 453, 454, 456, 457, 458, 468, 483, 488
Roustain (Jean-Baptiste-Pierre), 281, 292, 303, 312, 323, 335, 358, 432
Rutherford (Thomas), 269

S

Say (Jean-Baptiste), 340, 445

Schmalzgrueber (Franz), 59, 66, 75, 76, 77, 89, 103, 123, 140, 172
Simonde de Sismondi (Jean-Charles-Léonard), 340, 341
Soulatges (Antoine), 48, 68, 69

T

Thieriot (Jean-Baptiste-François-Nicolas), 57, 131, 133, 139, 154, 166, 232
Tiraqueau (André), 72, 120, 126
Toullier (Charles-Bonaventure-Marie), 322, 335, 336, 358, 362, 371, 432
Troplong (Raymond-Théodore), 177, 287, 292, 304, 310, 312, 313, 321, 323, 335, 341, 354, 355, 356, 357, 361, 362, 367, 415, 416, 417, 421, 422, 423, 424, 425, 433, 436, 452, 463, 464, 469, 477, 478, 482
Turgot (Anne-Robert-Joseph), 259

V

Valette (Auguste), 312, 322, 358, 363, 365, 368, 415, 432, 469, 474
Viollet (Paul), 335, 358, 363, 474

W

Wolff (Christian), 96, 98, 113, 130, 152, 155, 157, 183, 189, 190, 198, 243, 244, 460

Index des matières

- Action possessoire, 382-382 ; 414 ; 466-465
- Albergement, 193-193 ; 216-217 ; 361
- Aliénation (du droit d'emphytéose), 53 ; 61-63 ; 72 ; 75-78 ; 117-134 ; 135 ; 144 ; 173 ; 175 ; 214 ; 216 ; 223 ; 272 ; 300 ; 328 ; 420-421 ; 429.
- Bail à domaine congéable, 188 ; 191.
- Bail héréditaire d'Alsace, 188 ; 194-194 ; 339.
- Biens nationaux, 290-291.
- Bordelage, 188 ; 190-191 ; 229-229.
- Cahier de doléances, 261-273 ; 285 ; 290.
- Capacité, 59-64 ; 123 ; 150 ; 387-390 ; 453.
- Code civil, 314-320 ; 325-329.
- Code rural, 286 ; 337-337 ; 437-448.
- Commise, 46 ; 52 ; 137-140 ; 145-145 ; 158 ; 191 ; 215 ; 218 ; 229 ; 232 ; 247 ; 248 ; 423.
- Complant, 127 ; 192 ; 200 ; 215 ; 230-230.
- Concessions (de droit administratif), 374-386.
- Consentement, 64-71 ; 119-123 ; 420-421.
- Déguerpissement, 90 ; 116 ; 140-142 ; 158 ; 215 ; 229 ; 253 ; 328 ; 424 ; 446.
- Directe, 60 ; 86 ; 86 ; 97 ; 101 ; 115 ; 193 ; 227 ; 250 ; 266 ; 307.
- Dominium*, 79-83 ; 107 ; 347-352 ; 359.
- Droits d'enregistrement, 73-74 ; 384 ; 445-445 ; 457-459.
- Droits de mutation, 128-134 ; 486-492.
- Droit de prélation, 123-125 ; 158 ; 213 ; 306.
- Droit de vote, 386-395.
- Droit réel, 82-84 ; 360-363 ; 368-369 ; 376 ; 377 ; 436 ; 442.
- Expropriation, 478-485.
- Extinction,
- Causes, 136-143 ; 422-424.
 - Effets, 143-146 ; 424-425.
- Fief, 222-228 ; 238-250.
- Fieffe, 206 ; 215 ; 230.
- Féodalité, 281-284 ; 287 ; 293 ; 293.
- Droits féodaux, 264-266 ; 285.
 - Vice de féodalité, 299-308.
- Force majeure, 110-117 ; 421-422.
- Formalités, 71-78 ; 454-457.
- Hypothèque, 146 ; 147 ; 208 ; 219 ; 231 ; 290 ; 297 ; 323 ; 332 ; 351 ; 371-372 ; 376 ; 384 ; 410 ; 414 ; 420 ; 443-444 ; 456.
- Impôts, 156-159 ; 460-464.
- Obligation d'amélioration, 89-94 ; 199-200 ; 229 ; 366-367 ; 438.
- Obligation de délivrance, 85-89.
- Obligation de paiement, 94-99 ; 363-365.
- Ordre public, 293 ; 304 ; 310 ; 311 ; 323 ; 471.
- Perpétuité, 99-105 ; 283-343.
- Perte (du fonds), 83 ; 110-113 ; 116-116 ; 141 ; 150 ; 230-232 ; 328 ; 423.
- Physiocrates, 250-260 ; 273 ; 340.
- Prescription, 74 ; 77 ; 99 ; 102 ; 104 ; 154 ; 221 ; 227 ; 248.

Preuve, 65-70 ; 74 ; 85 ; 122 ; 157 ; 165 ;
266 ; 308 ; 431 ; 447 ; 455.

Projet de Code civil, 293-298.

Quasi-dominium, 79-79 ; 355-358 ; 433.

Rachat, 164 ; 207 ; 267 ; 281 ; 285 ; 289 ;
292 ; 304 ; 307 ; 318 ; 327 ; 339 ; 353 ; 473.

Reconnaissance, 49 ; 69 ; 266-267 ; 328.

Redevance

- Modicité, 97 ; 115 ; 156 ; 366-366 ; 468.

- Révision, 114-117 ; 422.

Retrait

- féodal, 123-125 ; 213 ; 217-218.

- lignager, 124 ; 126-127 ; 214 ; 248.

Succession, 160-173 ; 472-476.

Tacite reconduction, 146 ; 424 ; 455.

Terme (du contrat), 104 ; 135 ; 143 ; 145-
146 ; 149 ; 166 ; 227 ; 423 ; 424.

Transcription, 297 ; 371 ; 445 ; 455-457.

Sources et bibliographie

A. Sources imprimées

1. Coutumes

Anciennes coutumes de la ville d'Agen, Bordeaux, J.B. Lacornée, 1760.

BOURDOT DE RICHEBOURG (Charles-Antoine), *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules*, Paris, Michel Brunet, 1724, 4 vol.

Les statuts et coutumes de la ville de Bragerac, Bordeaux, J.B. Lacornée, 1760.

Texte de la coutume de Limoges, Bordeaux, J.B. Lacornée, 1760.

2. Législation

a. Époque moderne

ISAMBERT (François-André) et alii, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789 ; contenant la notice des principaux monumens des mérovingiens, des carolingiens et des capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres-patentes, réglemens, arrêts du conseil, etc., de la troisième race*, Paris, Plon, 1821-1833.

b. Époque contemporaine

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Vienne, 1812.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin, 1794.

Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises imprimé par ordre du sénat et de la chambre des députés, éd. MAVIDAL (Jérôme), LAURENT (Émile), Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, 102 vol.

Bulletin des lois de la République française, Paris, Imprimerie nationale, 1794-1931.

Code civil des Français, Paris, 1804.

Code de la construction et de l'habitation, Paris, 1978.

Code de procédure civile, Paris, 1806.

Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, Munich, 1756.

Codice civile, Rome 1865.

Código civil, Lisbonne, 1867.

Código civil, Madrid, 1889.

Code général des collectivités territoriales, Paris, 1996.

Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'État, publiée sur les éditions officielles du Louvre ; de l'Imprimerie nationale, par Baudouin ; et du bulletin des lois ; De 1788 à 1824 inclusivement, par ordre chronologique, Avec un choix d'Instruction ministérielles, et des Notes sur chaque Loi, indiquant 1° les Lois analogues ; 2° les Décisions et Arrêts des Tribunaux et du Conseil d'État ; 3° les Discussions rapportées au Moniteur ; Suivie d'une table analytique et raisonnée des matières, éd. DUVERGIER (Jean-Baptiste), Paris, A. Guyon et Scribe, L. Larose, Sirey, 1824-1949, 148 vol.

Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'État, publiée sur les éditions officielles du Louvre ; de l'Imprimerie nationale, par Baudouin ; et du bulletin des lois ; De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique ; continué depuis 1830, Avec un choix d'Actes inédits, d'Instructions ministérielles et des Notes sur chaque Loi, indiquant 1° les Lois analogues ; 2° les Décisions et Arrêts des Tribunaux et du Conseil d'État ; 3° les Discussions rapportées au Moniteur ; Suivie d'une table analytique et raisonnée des matières, éd. DUVERGIER (Jean-Baptiste), Paris, A. Guyon et Scribe, Bureau de l'Administration, 1834-1845, 37 vol.

FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, comprenant sans morcellement ; 1° le texte des divers projets ; 2° celui des observations du tribunal de cassation et tribunaux d'appel ; 3° toutes les discussions puisées littéralement tant dans les procès-verbaux du Conseil-d'État que dans ceux du Tribunat, et 4° les exposés de motifs, rapports, opinions et discours tels qu'ils ont été prononcés au Corps législatif et au Tribunat,* Paris, Videcoq, 1836, 15 vol.

Gazette nationale ou le Moniteur universel, Paris, 1789-1901.

Journal officiel de la République française, Paris, 1876-1902.

LOCRÉ (Jean-Guillaume), *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, des Procès-Verbaux du Conseil d'état, des Observations du Tribunat, des Exposés de motifs, des Rapports et Discours, &c., &c.,* Paris, Imprimerie impériale, 1805-1807, 5 vol.

VERNEILH-PUYRASEAU (Joseph DE), *Observations des commissions consultatives sur le projet de code rural, recueillies, mises en ordre et analysées, avec un plan de révision du même projet : en vertu d'autorisation de s. exc. le ministre de l'Intérieur,* t. III, Paris, Imprimerie impériale, 1810-1814, 4 vol.

3. Doctrine

a. Époque moderne

ARGENTRÉ (Bertrand D'), *Coutumes générales du païs et duché de Bretagne et usemens locaux de la mesme province,* Rennes, Guillaume Vatar, 1745-1748, 3 vol.

ARGENSON (René-Louis DE VOYER D'), *Mémoires et journal inédit du marquis d'Argenson, ministre des affaires étrangères sous Louis XV,* Paris, Jannet, 1859-1867, 9 vol.

ARGOU (Gabriel), *Institution au droit françois,* Paris, Mequignon, 1787, 2 vol.

AUTOMNE (Bernard), *Commentaire sur la coutume générale de la ville de Bordeaux et pays bourdelois,* Bordeaux, Étienne Labottière, 1728.

AUZANET (Barthélémy), *Œuvres,* Paris, Nicolas Gosselin, 1708.

BAQUET (Jean), *Les œuvres de Me Jean Bacquet, avocat du Roy en la Chambre du trésor,* Lyon, Duplain, 1744.

BARBOSA (Agostino), *Augustini Barbosa, I.U.D. Lusitani, protonotarii apostolici, & sacrae Congregationis Indicis Consultoris, collectanea ex doctoribus tum priscis, tum neotericis in codicem iustiniani,* Lugduni, Sumptib. Haered. Petri Prost, Philippi Borde, & Laurentij Arnaud, 1648, 2 vol.

BARON (Éguiner), *Institutionum civilium ab iustiniano caesare editarum lib. IIII. Bipartito commentario quam brevissime illustrati, cuius pars altera Romanum, altera Gallicum ius ad singulos titulos complectitur,* Poitiers, Frères de Marnef, 1546.

BASNAGE DE FRANQUESNEY (Henry), *Traité des hypothèques,* Rouen, Jean Lucas, 1687, 2 vol.

ID., *La coutume réformée du païs et duché de Normandie,* Rouen, Veuve Antoine Maury, Pierre Ferrand, 1694, 2 vol.

- BAUDEAU (Nicolas), *Première introduction à la philosophie économique ou Analyse des état policés*, 1767, éd. DUBOIS (Auguste), Paris, Librairie Paul Geuthner, 1910 (*Collection des économistes et des réformateurs sociaux de la France*).
- BAUDOIN (François), *Jurisprudentia romana et attica : continens varios commentatores, qui jus romanum & atticum : item classicos aliosque auctores veteres emendarunt, explicarunt, illustrarunt*, t. I, Lugduni Batavorum, Apud Abrahamum Kallewier, Johan et Herman Verbeek, 1738.
- BILLECART (Louis), *Coustumes de Chaalons, avec les commentaires de Maistre Louis Billecart, avocat en parlement, où sont traitées les plus belles et les plus importantes questions du droit coutumier*, Paris, Charles de Sercy, 1676.
- BOHIER (Nicolas), *Consuetudines inclite civitatis & septene biturigum*, Lugduni, Joanne de la place, 1517.
- BONCERF (Pierre-François), *Les inconvénients des droits féodaux. Ouvrage brûlé en 1776, en exécution de l'Arrêt du Parlement du 23 février, les Chambres assemblées, les Princes et Pairs y séant*, s.l., s.n., 1791.
- BOUCHEL (Laurent), *La bibliothèque canonique, contenant par ordre alphabétique toutes les matières ecclésiastiques et bénéficiales qui ont été traitées par Maistre L. Bouchel, avocat au Parlement de Paris, dans sa somme Bénéficiale*, Paris, Guillaume de Luynes, 1689, 2 vol.
- BOUCHER D'ARGIS (Antoine-Gaspard), « Emphytéose », *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, éd. DIDEROT (Denis), LE ROND D'ALEMBERT (Jean), t. V, Paris, Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, 1755, p. 580-581.
- ID., *Code rural ou Maximes et Réglements concernant les biens de campagne*, Paris, Prault, 1774.
- BOULLENOIS (Louis), *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes ou statuts par forme d'observations*, Paris, Guillaume Desprez, 1766, 2 vol.
- BOURJON (François), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes, tirés des loix, ordonnances, des arrêts, des jurisconsultes et des auteurs, et mis dans l'ordre d'un commentaire complet et méthodique sur cette coutume : contenant dans cet ordre les usages du Châtelet sur les liquidations, les comptes, les partages, les substitutions, les dîmes, et toutes autres matière*, Paris, Grangé et Cellot, 1770, 2 vol.
- BOUTARIC (François DE), *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales par M. noble François de Boutaric*, éd. SUDRE (Théodore), Toulouse, Les librairies associés, 1775.
- BRISOT DE WARVILLE (Jacques-Pierre), DUPONT DE NEMOURS (Pierre-Samuel), TURGOT (Anne-Robert-Joseph), *Œuvres posthumes de M. Turgot, ou Mémoire de M. Turgot sur les administrations provinciales, mis en parallèle avec celui de M. Necker, suivi d'une Lettre sur ce plan et des Observations d'un républicain sur ces mémoires et en général sur le bien qu'on doit attendre de ces administrations dans les monarchies*, Lausanne, s. n., 1787.
- BRODEAU (Julien), *Coustume de la prevosté et vicomté de Paris, commentée par feu Maistre Julien Brodeau*, Paris, Jean Guignard et René Guignard, 1669, 2 vol.
- BURIDAN (Jean-Baptiste DE), *Coustumes de la cité et ville de Rheims, villes et villages régis selon icelles, avec les commentaires sur chacun article, autorisez et confirmez par les loix romaines, et par les interprètes, par les conférences d'autres coutumes, par les ordonnances et par les arrêts qui servent à l'interprétation du texte, et à la décision des questions qui s'y prennent*, Paris, Louis Billaine, 1665.
- BURLAMAQUI (Jean-Jacques), *Principes du droit de la nature et des gens*, Paris, B. Warée, 1820-1821, 5 vol.
- CASENEUVE (Pierre DE), *Le franc-alleu de la province de Languedoc, établi et défendu*, Toulouse, Jean Boude, 1645.
- CHOPPIN (René), *Les œuvres*, Paris, Jacques d'Allin, 1662.

- CONNAN (François), *Francisci Connani Parisiensis Consiliarii Regii, ac supplicum libellorum in Regia magistri, Commentariorum Iuris civilis Libri X*, Paris, Michaelis Vascosani, 1558.
- COQUILLE (Guy), *Conférence des coutumes de France, réduites en épitomés selon les titres du droit*, Paris, C. Besogne, 1642.
- ID., *Questions et réponses sur les articles des coutumes de France*, Paris, Iulian Iacquin, 1644.
- ID., *Les œuvres de Me Guy Coquille*, Paris, Anthoine de Cay, 1646.
- CORAS (Jean DE), *In titulum codicis Justiniani, De jure emphyteutico cum indice*, Lugduni, Apud Gulielmum Rouillium, 1550.
- COTTEREAU (Thomas-Jules-Armand), *Le droit général de la France, et le droit particulier à la Touraine et au Lodunois, contenant les matières civiles, criminelles et ecclésiastiques, et une explication méthodique des dispositions des coutumes de Touraine et de Lodunois*, Tours, Vauquer-Lambert, 1778, 6 vol.
- Coutumes générales et locales du pays et duché de Bourbonnois, avec le commentaire dans lequel ces coutumes sont expliquées, Suivant les observations manuscrites & sentimens des plus savans magistrats, & plus habiles avocats de la province, qui ont vécu depuis la rédaction de ces coutumes, jusqu'à présent ; les sentences contradictoires de la sénéchaussée & siège présidial de Moulins, rendues sur les contestations formées touchant l'explication de ces coutumes ; les arrêts qui sont intervenus sur ces sentences ; l'usage qui s'observe dans la province ; à quoi on a joint les notes de M. Charles Dumoulin, les décisions tirées des commentaires imprimés de M. Jean Papon, Jean Duret, Jacques Potier, & la conformité de ces coutumes, avec l'ancienne coutume de cette province, le droit écrit, & les autres coutumes du royaume*, éd. AUROUX DES POMMIERS (Matthieu), Riom, Martin Dégoutte, 1780, 2 vol.
- CUJAS (Jacques), *Opera omnia in decem tomos distributa*, Neapoli, Apud Vincentium Pauria, 1758, 10 vol.
- DESPEISSES (Antoine), *Œuvres*, t. III, Lyon, Les Frères Bruyset, 1750.
- DILANGE (Nicolas-Louis), *Coutumes générales de la ville de Metz et les pays messin, corrigées ensuite des résolutions des trois états de ladite ville, ès années 1616, 1617 et 1618, avec les procez-verbaux de correction. Enrichies d'un commentaire sur les principaux articles*, Metz, Veuve Brice Antoine, 1732.
- DOMAT (Jean), *Les loix civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, Paris, Etienne Faneau, 1735, 2 vol.
- DONEAU (Hugues), *Hugonis Donelli iurisconsulti et antecessoris Opera omnia. Commentarium de iure civili*, Luciae, I. Riccomini, 1762-1770.
- DU MOULIN (Charles), *Caroli Molinaei franciae et germaniae celeberrimi jurisconsulti, et in supremo parisiorum senatu antiqui advocati, omnia quae extant opera, ex variis librorum apothecis, in quibus latebant, nunc primum eruta, et simul typis commissa, permultisque mendis, quibus sensim scatebant, ad exemplaria tum ab Authore recognita, tum a Viris Doctissimis, jurisque peritissimis inter legendum notata, et quam fieri potuti diligentissime purgata*, Parisiis, Joannis Guignard, 1681, 5 vol.
- ID., *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes par M. Henrion de Pensey, avocat au Parlement*, Paris, Valade, 1773.
- DUNOD DE CHARNAGE (François-Ignace), *Observations sur les titres des droits de justice, des fiefs, des cens, des gens mariés et de successions, de la coutume du comté de Bourgogne, avec les traités à l'usage de la même province sur les institutions contractuelles, la puissance paternelle, les sociétés tacites, les baux à cheptel et une dissertation sur les incendies*, Besançon, Cl. Jox. Daclin, 1756.
- DU PINEAU (Gabriel), *Coutumes du pays et duché d'Anjou, conférées avec les coutumes voisines et corrigées sur l'ancien original manuscrit ; avec le commentaire de Me Gabriel Du Pineau, conseiller du Roy au Présidial d'Angers. Auquel il a joint les notes de Me Charles Du Moulin et celles de quelques officiers et avocats au même Présidial. Ensemble plusieurs traitez*

- particuliers ; questions et consultations du même Auteur, sur diverses matières de droit romain, canonique et coutumier*, Paris, Charles Osmont, 1698.
- DURAND DE MAILLANE (Pierre-Toussaint), *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Paris, Cl.-Jean-Baptiste Bauche, 1761, 2 vol.
- ID., *Institutes du droit canonique, traduites en françois, et adaptées aux Usages présens d'Italie & de l'Église Gallicane, par des explications qui mettent le Texte dans le plus grand jour, & le lient aux principes de la Jurisprudence Ecclésiastique actuelle, précédées de l'histoire du droit canon. Ouvrage élémentaire, utile à toute sorte de personnes, mais indispensable pour l'étude du Droit Canonique*, Lyon, Jean-Marie Bruyset, 1770.
- Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, Paris, Liège, Panckoucke, Plomteux, 1782-1791, 10 vol.
- FAGNAN (Prosper), *Prosperi Fagnani Jus canonicum sive commentaria in primum librum decretalium, cum disceptatione de grangiis, quae in aliis Editionibus desiderabatur ; ac ipso Textu suis locis aptè disposito*, Coloniae, Apud Wilhelmum Metternich, 1704.
- FAVRE (Antoine), *Codex Fabriani, definitionum forensium et rerum in sacro sabaudiae senatu tractarum, ad ordinem titulorum codicis iustiniani, quantum fieri potuit ad usum forensem accomodatus, et in novem libros distributus*, Geneva, Apud Petrum & Iacobum Chouët, 1640.
- FERRIÈRE (Claude DE), *La jurisprudence du Digeste de Justinien conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines*, Paris, Jean Cochart, 1677.
- ID., *Introduction à la pratique contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume*, Paris, Jean Cochart, 1679.
- ID., *Traité des fiefs suivant les coutumes de France et l'usage des provinces de droit écrit*, Paris, Jean Cochart, 1680.
- ID., *La jurisprudence du Code de Justinien conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines*, t. I, Paris, Jean Cochart, 1684.
- ID., *La jurisprudence des Nouvelles de Justinien conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines*, t. II, Paris, Jean Cochart, 1688.
- ID., *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, Paris, M. Guignard, 1714, 4 vol.
- ID., *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris revue corrigée et augmentée par M. Sauvan d'Aramon*, Paris, Libraires associés, 1770.
- FERRIÈRE (Claude-Joseph DE), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Veuve Brunet, 1769.
- FÉVRET (Charles), *Traité de l'abus, et du vrai sujet des appellations qualifiées du nom d'abus*, Lausanne, Société des libraires, 1778, 2 vol.
- FLEURY (Claude), *Institution au droit ecclésiastique*, Lyon, Hilaire Baritel, 1692.
- ID., *Institution au droit françois*, Paris, Auguste Durand, 1858, 2 vol.
- FRANÇOIS (François), *Observations des coutumes de Tholose, conférées au droit romain et coutumier de France*, Lyon, Barthélémy, Ancelon, 1615.
- GIBERT (Jean-Pierre), *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales, suivant les principes du Droit commun, & les Usages de France*, Paris, Jean Mariette, 1720.
- GIN (Pierre-Louis-Claude), *Analyse raisonnée du droit françois, par la comparaison des dispositions des Loix Romaines, & de celles de la Coutume de Paris, suivant l'ordre des Loix Civiles de Domat ; avec un Texte de la Coutume de Paris, dans lequel les Articles sont rétablis dans l'ordre que les Réformateurs leur ont donné*, Paris, Servière, 1782.
- GOUSSET (Jean), *Les loix municipales et les coutumes générales de bailliage de Chaumont en Bassigny & ancien ressort d'iceluy*, Épinal, P. Hovion, 1623.
- GRIMAUDET (François), *Œuvres*, Paris, Robert Foüet, 1669.
- GROTIUS (Hugo), *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. BARBEYRAC (Jean), Caen, Presses universitaires de Caen, 2011 (*Bibliothèque de philosophie politique et juridique*), 2 vol.

- GUYOT (Germain-Antoine), *Traité ou dissertations sur plusieurs matières féodales, tant pour le pays coutumier, que pour les pays de droit écrit*, Paris, Saugrain, 1738-1751, 5 vol.
- HARCHER (Jean-Baptiste-Louis), *Traité des fiefs sur la coutume de Poitou*, Poitiers, J. Félix Faulcon, 1762, 2 vol.
- HEINECCIUS (Johann Gottlieb), *Éléments du droit civil romain, selon l'ordre des Institutes de Justinien ; Arrangés suivant une méthode plus utile aux Étudiants*, trad. BERTHELOT (Jean-François), Paris, Tardieu Denesle et Cie, 1812, 3 vol.
- HERICOURT DU VATIER (Louis D'), *Les loix ecclésiastique de France dans leur ordre naturel et une analyse des livres du droit canonique conferez avec les usages de l'Église gallicane*, Paris, Denys Mariette, 1730.
- HENRION DE PANSEY (Pierre-Paul-Nicolas), *Dissertations féodales*, Paris, Théophile Barrois, 1789, 2 vol.
- HERVÉ (François), *Théorie des matières censuelles et féodales*, Paris, Knapen et Fils, 1785-1788.
- HÉVIN (Pierre), *Consultations et observations sur la coutume de Bretagne*, Rennes, Guillaume Vatar, 1734.
- ID., *Questions et observations concernant les matières féodales par rapport à la coutume de Bretagne*, Rennes, Guillaume Vatar, 1736.
- Journal économique, ou Mémoires, notes et avis sur l'Agriculture, les Arts, le Commerce, & tout ce qui peut avoir rapport à la santé, ainsi qu'à la conservation & à l'augmentation des biens des Familles*, Paris, Antoine Boudet, 1759-1772.
- LABBÉ DE MONTVERNON (Gabriel), *Les coutumes générales des pays et duché de Berry*, Paris, chez Nicolas Buon, 1607.
- LAMOIGNON (Guillaume DE), *Recueil des arrêtés de M. le Président de Lamoignon*, Paris, Joseph Merlin, 1777.
- LANCELLOTTI (Giovanni Paolo), *Institutiones iuris canonici, quibus ius pontificium singulari methodo libris quatuor comprehenditur*, Tolosa, Apud Bernardum Dupuy, 1652.
- LE BRUN (Denis), *Traité des successions*, Paris, Knapen, 1775.
- LE CAMUS D'HOULOUBE (Bertrand-Louis), *Coutumes du Boulonnois, conférées avec les coutumes de Paris, d'Artois, de Ponthieu, d'Amiens et de Montreuil ; le droit commun de la France et la jurisprudence des arrêts*, Paris, Didot, 1777, 2 vol.
- LE CARON (Louis dit CHARONDAS), *Pandectes ou Digestes du droit Français*, Lyon, Jean Veyrat, 1597.
- ID., *Responses ou décisions du droict françois, confirmées par arrests des cours souveraines de ce royaume et autres... enrichies de singulières observations du droict romain*, Paris, N. du Fossé, 1605.
- ID., *Coutumes de la ville, prevosté et vicomté de Paris : ou droit civil parisien*, Paris, Nicolas Fosse, 1614.
- LE DOUAREN (François), *Francisci Duareni jurisconsulti celeberrimi opera omnia diligenter emendata & aucta opportunis notis*, Lucae, Josephi Rocchii, 1765-1768, 4 vol.
- LEFÈVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales ou Traité du domaine*, Paris, Desaint & Saillant, Vincent, 1764-1765, 3 vol.
- LEMERCIER DE LA RIVIÈRE (Pierre-Paul), *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Londres, Paris, Jean Nourse, Dessaint, 1767.
- LE PESANT DE BOISGUILBERT (Pierre), *Le Détail de la France, la cause de la diminution de ses biens, & la facilité du remède en fournissant en un mois, tout l'argent dont le Roi a besoin, & enrichissant tout le monde*, s.l., s.n., 1695.
- LE PRESTRE DE VAUBAN (Sébastien), *Projet d'une dixme royale : qui supprimant la taille, les aydes, les douanes d'une province à l'autre, les décimes du Clergé, les affaires extraordinaires ; & tous autres impôts onéreux & non volontaires : Et diminuant le prix du sel de moitié & plus, produiroit au Roy un revenu certain et suffisant, sans frais ; & sans être à*

- charge à l'un de ses sujets plus qu'à l'autre, qui s'augmenteroit considérablement par la meilleure culture des terres, s.l., s.n., 1707.*
- LE TROSNE (Guillaume-François), *De l'ordre social, ouvrage suivi d'un traité élémentaire sur la valeur, l'argent, la circulation, l'industrie et le commerce intérieur et extérieur*, Paris, les frères De Bure, 1777.
- ID., *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt*, Basle, Pierre J. Duplain, 1788, 2 vol.
- L'HOMMEAU (Pierre DE), *Les maximes generalles du droict françois : divisée en trois livres*, Rouen, C. le Villain, 1612.
- LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil*, Paris, Imprimerie de Desveux, Royez, 1794-1795.
- LOISEL (Antoine), *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences & proverbes tant anciens que modernes, du Droict Coustumier & plus ordinaire de la France*, Paris, Henry Le Gras, 1637.
- LOYSEAU (Charles), *Les œuvres de Maistre Charles Loyseau, avocat en Parlement. Contenant les cinq livres du droit, des Offices, les Traitez des Seigneuries, des Ordres & simples Dignitez, du Déguerpissement & Délaissement par Hypothèque, de la Garantie des Rentes, & des Abus des Justices de Villages*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1701.
- MARAN (Guillaume), *Opera omnia seu paratitla digestorum et varii tractatus juris civilis, t. II, Trajecti ad Rhenum, Apud Joannem Broedelet*, 1741.
- MENON MARQUIS DE TURBILLY (Louis-François-Henri DE), *Mémoire sur les défrichemens*, Paris, veuve d'Houry, 1760.
- MICHAUX (P.-G.), *Les coutumes considérées comme loix de la nation dans son origine et dans son état actuel*, Paris, Merigot le jeune, 1783.
- MIRABEAU (Victor Riqueti DE), *L'ami des hommes, ou Traité de la population*, Avignon, s.n., 1756-1760, 3 vol.
- MOLIÈRES-FONMAUR (Benoît-Léon), *Traité des droits de lods et ventes, selon le droit commun du Royaume, tant des Pays de Coutume que des Pays de Droit Écrit*, Lyon, Frères Perisse, 1783, 2 vol.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, L'Harmattan, 2021 (*les Classiques des Classiques*).
- ID., *De l'esprit des lois*, éd. EHRARD (Jean), Éditions sociales, Paris, 1969 (*Les classiques du peuple*).
- MORGUES (Jacques), *Les statuts et coutumes du pays de Provence*, Aix, Charles David, 1658.
- MORNAC (Antoine), *Antonii Mornacii in senatu parisiensi patroni observationes in quatuor priores libros codicis, ad usum fori gallici*, Lutetiae parisiorum, Montalant, 1721.
- PASQUIER (Étienne), *Les recherches de la France*, Paris, Laurens Sonnius, 1621.
- ID., *L'interprétation des Institutes de Justinian avec la conférence de chasque paragraphe aux ordonnances royaux, arrestz de parlement et coutumes générales de la France*, Paris, Videcoq aîné, A. Durand, 1847.
- PATTULLO (Henry), *Essai sur l'amélioration des terres*, Paris, Durand, 1758.
- PEYRUSSE (Antoine DE), *Abrégé et sommaire des contracts d'emphytéose, et bail à rente, des rentes foncières, & droicts seigneuriaux*, Cahors, Jean Dalvy, 1614.
- PITHOU (Pierre), *Coutumes du bailliage de Troyes en Champagne, conférées aux coutumes de France, augmentées sur chascun tiltre d'observations amples et nécessaires*, Paris, Cardin Besongne, 1629.
- ID., *Libertés de l'Église gallicane, suivies de la déclaration de 1682, avec une introduction et des notes par M. Dupin*, Paris, Baudouin Frères, 1824.
- POCQUET DE LIVONNIÈRE (Claude), *Traité des fiefs*, Paris, P.G. Le Mercier, 1756.
- POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, Paris, Bechet Aîné, F.-M. Maurice, 1824-1825.

- POULLAIN DU PARC (Auguste-Marie), *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, François Vatar, 1767-1771, 12 vol.
- PRÉVOST DE LA JANNÈS (Michel), *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Paris, Briasson, 1759, 2 vol.
- PROHET (Claude Ignace), *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne, conférées avec le droit civil, & avec les coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berri, & de Nivernois*, Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1695.
- PUFENDORF (Samuel VON), *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*, trad. BARBEYRAC (Jean), Amsterdam, Briasson, 1734, 2 vol.
- QUESNAY (François), *Tableau oeconomique*, s.l., s.n., 1759.
- RAGUEAU (François), *Les coutumes générales des pays et duché de Berry. Avec le Commentaire, & Conférences des autres Coutumes, & statuts de France*, Paris, Pierre Chevalier, 1615.
- REIFFENSTUEL (Anaklet), *Jus canonicum universum complectens tractatum de regulis juris. Volumen Quartum, Libri III Decretalium titulos continens a secto ad trigesimu*, éd. PELLETIER (Victor), Parisiis, Apud Lucovicum Vivès, 1867.
- RENUSSON (Philippe DE), *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Paris, G. David, 1733.
- RISTON (Albert), *Analyse des coutumes dans le ressort du Parlement de Lorraine, Adaptées au Droit commun & aux Loix particulières à cette Province. Avec une Table des Villes, Bourgs, Villages, Hameaux et Censes du même ressort, & indication des Lieux où la Justice s'administre en première instance par les Officiers Royaux, de la Coutume qui les régit, de l'Évêché, du Bailliage & de la Maîtrise des Eaux & Forêts dont ils dépendent*, Nancy, Dominique Mathieu, 1782.
- RUTHERFORTH (Thomas), *Institutes of natural law being the substance of a course of lectures on Grotius De Jure Belli et Pacis*, Cambridge, J. Bentham, 1754, 2 vol.
- SALIGNAC DE LA MOTHE-FENELON (François DE), *Les Aventures de Télémarque*, Paris, veuve Claude Barbin, 1699.
- SALVAING DE BOISSIEU (Denis DE), *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, Grenoble, André Faure, 1731.
- SCHMALZGRUEBER (Franz), *Jus ecclesiasticum universum*, t. III, Ingolstadii, sumptibus J. A de la Haye, 1726.
- SOULATGES (Jean-Antoine), *Coutumes de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse, en latin et en français*, Toulouse, Jean Duplex et Antoine Laporte, 1770.
- TERRIEN (Guillaume), *Commentaire du droit civil tant public que privé, observé au Pays & Duché de Normandie*, Rouen, François Vaultier & Louys du Mesnil, 1654.
- THIERIOT (Jean-Baptiste-François-Nicolas), *Principes de la coutume de Chaumont en Bassigny. Avec ses différences de celle de Paris. Ouvrage utile aux gens d'affaires, Bourgeois, Praticiens de Campagne, à tous chefs de Famille, & aux Jeunes-Gens qui se destinent au Palais*, Chaumont, Paris, Troyes, Claude Bouchard, veuve Amaulry, veuve Lefebvre, 1765.
- ID., *L'esprit de la coutume de Troyes comparée à celle de Paris*, Troyes, Paris, Veuve Lefebvre, Veuve Amaulry, 1765.
- TIRAQUEAU (André), *Andreae Tiraquelli Regii in Curia parisiensi senatoris commentarii*, Lugduni, Apud Guliel. Rovillium, 1573.
- VATTEL (Emer DE), *Questions de droit naturel et observations sur le traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf*, Berne, Société Typographique, 1762.
- WOLFF (Christian), *Principes du droit de la nature et des gens*, éd. FORMEY (Jean-Henry-Samuel), Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1988 (*Bibliothèque de Philosophie politique et juridique. Textes et Documents*) [édition d'Amsterdam, 1758].

YOUNG (Arthur), *Voyages en France*, trad. SÉE (Henri), Paris, Armand Colin, 1931 (*Les classiques de la Révolution française*).

b. *Époque contemporaine*

ABADIE (Casimir), *De l'emphytéose en droit romain. Du bail à ferme en droit français*, Toulouse, P. Privat, 1876.

ACOLLAS (Émile), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, Ernest Thorin, 1869, 3 vol.

AGNEL (Émile), *Code-manuel des propriétaires de biens ruraux et d'usines, des fermiers, des colons partiaires, métayers et chepteliers*, Paris, Mansut, 1848.

AMIAUD (Albert), *Traité-formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, Paris, Administration du journal des notaires et des avocats, 1893-1895, 4 vol.

ANDRÉ (Albert), *Dictionnaire de droit commercial, administratif et de procédure dans les matières intéressant le notariat*, Paris, Marchal & Billard, Delamotte fils & C^{ie}, 1887-1890, 4 vol.

AUBRY (Charles), RAU (Charles-Frédéric), *Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1897-1922, 12 vol.

AUCOC (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, Paris Dunod, 1878-1882, 3 vol.

BATBIE (Anselme), *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, la comparaison de notre législation avec les principales lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne, la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789*, Paris, L. Larose et Forcel, 1885-1894, 9 vol.

BATTUR (Georges-Bonaventure), *Traité des privilèges et hypothèques*, Paris, Guillaume, 1823, 4 vol.

BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel), *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, Paris, Sirey, L. Larose, L. Tenin, 1911-1914, 3 vol.

BELIME (William), *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, Joubert, 1842.

BELLIER DU CHARMEIL (L.), *Étude sur le droit emphytéotique et les albergements*, Grenoble, A. Baratier, 1864.

BIOCHE (Charles-Jules-Armand), *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, Paris, s.n., 1864, 6 vol.

BOITET (Marcel), *L'emphytéose et la loi du 25 juin 1902*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1903.

BROCCARD (G.), *De l'emphytéose en droit romain. De la responsabilité du locataire d'immeuble en cas d'incendie (droit français)*, Paris, A. Giard, 1891.

BROGLIE (Victor DE), *Écrits et discours*, Paris, Didier et C^{ie}, 1863, 3 vol.

CASSIN (Léon), *Du bail emphytéotique*, Caen, E. Poisson, 1858.

CAUDAVEINE, THÉRY, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique, suivi de la législation complète, d'un formulaire et du tarif des actes en cette matière, terminé par une table analytique des matières*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1839.

CAUWÈS (Paul), *Cours d'économie politique contenant avec l'exposé des principes l'analyse des questions de législation économique*, Paris, L. Larose & Forcel, 1893, 4 vol.

CHAMPIONNIÈRE (Paul-Lucas), RIGAUD (Esprit), *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un Dictionnaire analytique, au moyen duquel on retrouve facilement toutes les lois, décrets, avis du conseil*

- d'État, décisions judiciaires, ou administratives, et questions que contient le traité*, Paris, Charles Hingray, 1835-1851, 6 vol.
- CORMENIN (Louis-Marie DE LAHAYE, VICOMTE DE), *Questions de droit administratif*, Paris, M. Ridler, 1822, 2 vol.
- COURCELLE-SENEUIL (Jean-Gustave), *Traité théorique et pratique d'économie politique*, Paris, F. Amyot, 1867, 2 vol.
- DAFFRY DE LA MONNOYE (Léon), *Les lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique expliquées par la jurisprudence, ouvrage présentant, sous forme de commentaire, l'analyse de tous les arrêts rendus, en cette matière par le Conseil d'État et par la Cour de cassation*, Paris, Auguste Durand, 1859.
- DALLOZ (Désiré) et alii, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1845-1870, 47 vol.
- DARESTE DE LA CHAVANNE (Rodolphe), *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, Auguste Durand, 1862.
- DELALLEAU (Charles), *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Cosse, Marchal et C^{ie}, 1866, 2 vol.
- DELVINCOURT (Claude Étienne), *Cours de Code Napoléon. Ouvrage divisé en deux parties, dont la première contient la troisième édition des Institutes de droit civil français, du même auteur, revue et corrigée par lui ; et la seconde, les notes et explications sur lesdites Institutes*, Paris, P. Gueffier, 1813, 2 vol.
- DEMANTE (Antoine-Marie), COLMET DE SANTERRE (Édouard), *Cours analytique de Code civil*, Paris, E. Plon et C^{ie}, 1881-1889, 8 vol.
- DEMOLOMBE (Charles), *Traité de la distinction des biens. De la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Paris, Imprimerie générale, Durand & Pédone-Lauriel, Hachette et C^{ie}, Cossen Marchal et Billard, 1875 (*Cours de Code Napoléon*, 9).
- DESCAT (Joseph), *Essai sur le bail emphytéotique : loi du 25 juin 1902*, Toulouse, Saint-Cyprien, 1903.
- Dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèques*, t. I, Paris, Bureau du journal de l'enregistrement, 1855.
- DU CAURROY (Adolphe-Marie), BONNIER (Édouard), ROUSTAIN (Jean-Baptiste-Pierre), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, G. Thorel, 1848-1851, 2 vol.
- DUFOUR (Gabriel), *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence, concernant l'exercice de l'autorité du chef de l'État, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, de la cour des comptes, du conseil d'État, l'Algérie, les colonies, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les bois et forêts, les chemins de fer, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc.*, Paris, Delamotte, 1868-1901, 12 vol.
- DUFOUR (Gaston), *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Paris, Chevalier-Marescq, 1893.
- DURANTON (Alexandre), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Alex-Gobelet, 1828, 6 vol.
- DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code ; ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique ; par C.-B.-M. Toullier, Continuation (articles 1582 et suivants)*, Paris, Jules Renouard, 1836, 6 vol.
- DUVERGIER DE HAURANNE (Prosper), *Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, Michel Lévy Frères, 1857-1871, 10 vol.
- FAUCHE (Henri), *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Paris, C. de Mourgues frères, 1865.

- FAVARD DE LANGLADE (Guillaume-Jean), *Répertoire de la législation du notariat*, Paris, F. Didot, 1829, 2 vol.
- FESSARD (H.), *Dictionnaire de l'enregistrement et des domaines*, Paris, H. Fessard, 1844, 2 vol.
- FOELIX (Jean-Jacques-Gaspard), HENRION (Mathieu-Richard-Auguste), *Traité des rentes foncières, suivant l'ordre de Pothier et d'après les principes de la législation nouvelle ; ouvrage où sont discutées les principales questions relatives aux privilèges et hypothèques*, Paris, J.-J. Blaise, Deschamps, Les Auteurs, 1828.
- FOUCART (Émile Victor), *Éléments de droit public et administratif, ou exposition des principes du droit public positif précédés de la constitution du 14 janvier 1852 et des sénatus-consultes des 7 novembre et 25 décembre 1852*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855, 3 vol.
- FRANÇOIS (Eugène), *Essai sur l'emphytéose*, Grenoble, Imprimerie Maisonville, 1883.
- FUZIER-HERMAN (Édouard), *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, L. Larose & Forcel, 1886-1924, 35 vol.
- GARNIER (François-Xavier-Paul), *Traité de la possession et des actions possessoires et pétitoires*, Paris, Chez l'Éditeur, rue de l'Odéon 36, 1847.
- GARNIER (Maurice Désiré), *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement des domaines et des hypothèques. Nouveau traité en forme de dictionnaire des droits d'enregistrement, de transcription, de timbre, de greffe, d'hypothèques et des contraventions dont la répression est confiée à l'administration de l'enregistrement*, Paris, Le Bertre-Garnier, 1890-1908, 9 vol.
- GEOFFRAY (Léon), *De l'emphytéose*, Paris, Lahure, 1875.
- GERANDO (Joseph-Marie DE), *Institutes du droit administratif français, ou Elémens du Code administratif*, Paris, Nève, 1829-1836, 6 vol.
- GLASSON (Ernest Désiré), *Éléments du droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, Paris., A. Durand et Pedone-Lauriel, Guillaumin et C^{ie}, 1875, 2 vol.
- GOURAINCOURT (Maxime), *Droit romain : de l'emphytéose. Droit français : du bail à ferme*, Paris, A. Parent, 1874.
- GRANGÉ (Albert), *De la perte et des dégradations de la chose en matière de louage et d'emphytéose, en droit romain. Risques locatifs, spécialement d'après la loi du 5 janvier 1883, en droit français*, Paris, Moquet, 1884.
- GRENIER (Jean), *Traité des hypothèques*, Clermont-Ferrand, Thibaud-Landriot, 1824, 2 vol.
- GUILLOUARD (Louis-Vincent), *Traité du contrat de louage, Livre III, Titre VIII du Code civil*, Paris, A. Durand, Pedone-Lauriel, 1891, 2 vol.
- GUYOT (Charles), *Des droits d'emphytéose et de superficie*, Nancy, Crépin-Leblond, 1876.
- HELLIOT (J. Sully), *Étude sur l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Bordeaux, E. Crugy, 1877.
- HERSON (A.), *De l'expropriation pour cause d'utilité publique, ou commentaire de la loi du 3 mai 1841, des ordonnances qui en règlent l'exécution, et du tarif, suivi des exposés des motifs, des rapports et de la discussion aux deux chambres législatives, et accompagné de l'examen raisonné et des motifs de la loi du 24 mai 1842, relative aux portions de route royale abandonnées*, Paris, Comptoir des Imprimeurs-Unis, 1843.
- HUC (Théophile), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, F. Pichon, 1892-1903, 15 vol.
- JOUSSET (Maxime), *De l'emphytéose en droit romain, sous l'ancien droit, et sous l'empire du code civil*, Paris, Rousseau, 1885.
- KERN (Charles), *De emphyteusi. Droit français. De l'emphytéose*, Strasbourg, G. Silbermann, 1855.

- KOCH (Christophe-Guillaume), *Traité sur la nature des biens ruraux dans les deux départements du Rhin, ci-devant province d'Alsace*, Strasbourg, Imprimerie d'André Ulrich, 1797.
- LAFERRIÈRE (Firmin), *Cours de droit public et administratif : mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, Paris, Cotillon, 1860, 2 vol.
- LANSEL (Charles), DIDIO (Désiré), *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement ou dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile et fiscale (avec formules)*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1879-1898, 24 vol.
- LA POIX DE FRÉMINVILLE (Marie Joseph DE), *Traité de la minorité et de la tutelle*, Clermont, Imprimerie de Thibaud-Landriot frères, 1845, 2 vol.
- LATTES (Elia), *Studi storici sopra il contratto d'enfiteusi nelle sue relazioni col colonato ossia dell'influenza del contratto enfiteutico spru i progressi dell'agricoltura e sopra la libertà personale degli agricoltori specialmente in Italia*, Torino, Stamperia reale, 1868.
- LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, Paris, Bruxelles, A. Durand, Pedone-Lauriel, Bruylant-Christophe & Comp., 1869-1878, 33 vol.
- LE PLAY (Frédéric), *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, Paris, Henri Plon, 1864, 2 vol.
- LOCRÉ (Jean-Guillaume), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827-1831, 31 vol.
- ID., *Législation sur les mines et sur les expropriations pour cause d'utilité publique*, Paris, Trettel et Würtz, 1828.
- MALEVILLE (Jacques DE), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État contenant le texte des lois ; le précis des observations faites sur chaque article, et les motifs de la décisions du conseil ; l'indication de la conformité ou de l'opposition de ces articles aux lois anciennes ; les arrêts rendus par la cour de cassation pour en fixer le sens ; et les observations particulières de l'auteur, pour concilier et rectifier quelques-uns de ces articles, et faciliter l'intelligence des autres*, Paris, Garnery, Laporte, 1805.
- MARCADÉ (Victor-Napoléon), *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité, résumé après le commentaire de chaque titre*, Paris, Delamotte fils et C^{ie}, 1884-1894, 6 vol.
- MÉNARD (Anthime), *De l'emphytéose (droit romain). De l'administration et de l'aliénation des biens meubles des incapables*, Paris, A. Rousseau, 1885.
- MERLIN (Philippe-Antoine), *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Paris, Garnery, 1819-1827, 7 vol.
- MILLY (Lucien-Paul-Henri), *Étude sur l'emphytéose en droit romain. Étude sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée en droit français*, Paris, Derenne, 1875.
- MOLITOR (Jean-Philippe), *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec les rapports entre la législation romaine et le droit français*, Paris, Auguste Durand, 1868.
- MORISE (Paul), *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Amiens, Bonvallet, 1879.
- PÉPIN-LE HALLEUR (Émile), *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Paris, Joubert, 1843.
- PEROT (J.-B.), *Le Code rural de 1791, commenté & expliqué, d'après la jurisprudence et l'opinion des auteurs, avec une introduction sur les conditions de la propriété territoriale sous le régime féodal*, Reims, Matot-Braine, 1865.
- PERSIL (Jean-Charles), *Régime hypothécaire ou commentaire sur le dix-huitième titre du livre troisième du Code Napoléon, relatif aux privilèges et hypothèques ; contenant les Décisions Ministérielles ; la Jurisprudence de la Cour de Cassation ; les Arrêts et Jugemens des Cours et Tribunaux de l'Empire ; Suivi des Formules des Bordereaux nécessaires pour les Inscriptions*, Paris, P. Gueffier, 1809.

- ID., *Régime hypothécaire ou commentaire sur le XVIII titre du livre III du Code civil relatif aux privilèges et hypothèques ; contenant les décisions ministérielles, la jurisprudence de la cour de cassation et les arrêts et jugements des cours et tribunaux du royaume ; suivi des formules et bordereaux nécessaires pour les inscriptions*, Paris, Nève, 1833, 2 vol.
- PEYRONNY (Jean-Charles MARQUIS DE), DELAMARRE (Emmanuel), *Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Marescq Ainé, 1859.
- POINTIN (Jean), *Étude de la loi du 25 juin 1902 relative à l'emphytéose*, Amiens, T. Jeunet, 1904.
- PONT (Paul), *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, mis en rapport avec les lois sur la transcription, sur la tenue des registres hypothécaires, sur l'hypothèque maritime, etc.*, Paris, Delamotte et fils, 1876 (*Explication théorique et pratique du Code civil*, 10), 2 vol.
- PRIMOIS (Pierre), *Du bail emphytéotique : d'après la loi du 25 juin 1902 (livre I, titre V du Code rural)*, Caen, C. Valin, 1904.
- PROUDHON (Jean-Baptiste-Victor), *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, Paris, Victor Lagier, 1823-1827, 9 vol.
- ID., *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, Victor Lagier, 1839, 3 vol.
- PUGNIÈRE (Roger), *Du bail emphytéotique*, Paris, A. Rousseau, 1904.
- RAÏNOFF, *L'emphytéose (d'après la loi du 25 juin 1902)*, Paris, L. Larose, 1903.
- RIVIÈRE (Hippolyte-Ferréol) et alii, *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, Paris, A. Chevalier-Marescq, E. Plon, Nourrit et C^{ie}, 1886-1909.
- RIVIÈRE (Hippolyte-Ferréol), « Examen doctrinal. Des baux ruraux ou tenures d'une durée perpétuelle », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, t. 35, 1869, p. 193-214.
- ROBIOU (Félix), *De l'emphytéose (droit romain et droit français)*, Rennes, H. Vatar, 1877.
- RODIÈRE (Aimé), PONT (Paul), *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leurs biens. Ouvrage contenant en outre l'examen du droit d'enregistrement dans ses rapports avec les conventions matrimoniales*, Paris Delamotte, 1865-1869, 3 vol.
- ROLLAND DE VILLARGUES (Jean-Joseph-François), *Répertoire de la jurisprudence du notariat, par une réunion de magistrats, de jurisconsultes, de notaires et de chefs de l'administration de l'enregistrement*, Paris, L'administration de la jurisprudence du notariat, 1840-1845, 9 vol.
- ROURE (Auguste), *L'emphytéose*, Lille, Danel, 1879.
- ROZY (H.), « L'article 1743 au point de vue économique. Lettre adressée à M. Jozon », *Revue pratique de droit français*, t. 20, 1865, p. 468-478.
- SABATIER (Gustave), *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, E. Dujardin, 1860.
- SARRIEU (Alphonse DE), *Du bail emphytéotique en droit romain et en droit français*, Toulouse, Bonnal et Gibrac, 1866.
- SAY (Jean-Baptiste), *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses*, Paris, Deterville, 1803, 2 vol.
- SIBOULET (E.), *De l'emphytéose (droit romain). Des cours d'eau qui ne sont pas du domaine public (droit français)*, Poitiers, 1879.
- SIMONDE DE SISMONDI (Jean-Charles-Léonard), *Nouveaux principes d'économie politique ou de la richesse dans ses rapports avec la population*, Paris, Delauney, Treuttel et Wortz, 1819, 2 vol.
- TOCILESCO (Georges), *Étude historique et juridique sur l'emphytéose, en droit romain, en droit français et en droit roumain*, Paris, A. Derenne, 1883.
- TOCQUEVILLE (Alexis DE), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères, 1856.
- TOULLIER (Charles-Bonaventure-Marie), *Le droit civil français suivant l'ordre du code. Ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, Warée, 1811-1831, 13 vol.

- TROPLONG (Raymond-Théodore), *Des privilèges et hypothèques, ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil*, Paris, Charles Hingray, 1838, 4 vol.
- ID., *De l'échange et du louage. Commentaire des titres VII et VIII du livre II du Code civil*, Paris, Charles Hingray, 1859, 2 vol.
- VALETTE (Auguste), *Traité des privilèges et hypothèques*, Paris, Joubert, 1846.
- VAULABELLE (Achille DE), *Histoire des deux Restaurations jusqu'à l'avènement de Louis-Philippe (de janvier 1813 à octobre 1830)*, Paris, Perrotin, 1860, 8 vol.
- VIOLLET (Paul), *Précis de l'histoire du droit français, accompagné de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886.
- VOET (Johannes), *Commentarius ad Pandectas*, Parisiis, Apud, Gauthier fratres, 1827, 4 vol.
- WODON (Léon), *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Compagnie, 1866, 2 vol.

4. Recueils de jurisprudence

a. Époque moderne

- Actes de notoriété donnés par MM. les avocats et procureurs généraux au Parlement de Provence. Avec des observations*, Avignon, Veuve Girard et François Seguin, 1772.
- BARDET (Pierre), *Recueil d'arrests du Parlement de Paris, pris des mémoires de M. Pierre Bardet... Avec les notes et dissertation de M. Claude Berroyer*, Avignon, P.-J. Roberty, 1773, 2 vol.
- BASSET (Jean-Guy), *Plaidoyez de Maistre Jean Guy Basset, advocat consistorial au parlement de Grenoble. Ensemble divers arrests & reglemens du Conseil & dudit parlement, sur plusieurs notables questions és matières bénéficielles, civiles & criminelles*, Grenoble, Jacques Petit, 1668.
- ID., *Recueil de plusieurs notables arrests de la Cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*, Grenoble, François Provensal, 1681, 2 vol.
- BLONDEAU (Claude), GUERET (Gabriel), *Journal du Palais ou recueil des principales décisions de tous les parlements et cours souveraines*, Paris, D. Thierry, J. et M. Guignard, 1701, 2 vol.
- BOHIER (Nicolas), *Decisiones burdegalenses, summa diligentia et erudition collectae et explicatae*, Genève, Excudebat Philippus Albert, 1620.
- BRETONNIER (Barthélémy-Joseph), *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent dans les différents tribunaux du royaume. Avec des Réflexions pour concilier la diversité de la Jurisprudence, & la rendre uniforme dans tous les Tribunaux*, Paris, Le Boucher, 1783.
- BRODEAU (Julien), *Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la cour de Parlement de Paris*, Paris, P. Rocolet et Jean Guignard, 1644.
- BRILLON (Pierre-Jacques), *Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle des Parlemens de France et autres tribunaux*, Paris, Michel Brunet, 1711, 3 vol.
- CAMBOLAS (Jean DE), *Décisions notables sur diverses questions du droit, jugées par plusieurs arrests de la Cour de Parlement de Tolose*, Toulouse, Jean Boude, 1659.
- CATELLAN (Jacques DE), *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse qui contiennent beaucoup de décisions nouvelles de toute sorte de matières*, Toulouse, Caranove, 1756.
- DEBÉZIEUX (Balthasar), *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, Paris, P.G. Le Mercier, Desaint & Saillant, Herissant, 1750.
- DENISART (Jean-Baptiste), *Actes de notoriété donnés au Châtelet de Paris, sur la jurisprudence et les usages qui s'y observent*, Paris, Desaint, 1769.

- ID., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à par jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1783-1807, 13 vol.
- DUBOIS D'HERMAVILLE (Antoine-Augustin) *et alii*, *Recueil d'arrêts du Parlement de Flandres*, Lille, J.-B. Henry, 1773, 2 vol.
- DUFRESNE (Jean), *Journal des principales audiences du Parlement, depuis l'année 1623 jusques en 1657. Avec les arrêts intervenus en icelles*, Paris, G. et G. Alliot, 1665, 2 vol.
- DU PERIER (Scipion), *Œuvres de Scipion Du Perier*, Avignon, Henri-Joseph Joly, 1759, 3 vol.
- Journal du Palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Jean-François Forest, 1690-1735, 6 vol.
- GUYOT (Joseph-Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Panckoucke, 1775-1783, 64 vol.
- HOUARD (David), *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la Coutume de Normandie, où l'on trouve la résolution des questions les plus intéressantes du droit civil et ecclésiastique de cette province, conformément à la jurisprudence des arrêts*, Rouan, Le Boucher, 1780.
- LA ROCHE-FLAVIN (Bernard DE), *Arrests notables du Parlement de Toulouse, donnez & prononcez sur diverses matières, Civiles, Criminelles, Bénéficiales, & Féodales*, Toulouse, Imprimerie de N. Caranove, 1745.
- LE PRESTRE (Claude), *Questions notables de droit, décidées par plusieurs arrests de la cour de Parlement*, Paris, J.-B. Goignard, 1679.
- LOÛET (George), *Recueil de plusieurs arrests notables du Parlement de Paris*, éd. Julien BRODEAU, Paris, M. Guignard, C. Robustel, 1712.
- MERLIN (Philippe-Antoine), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1812-1825, 17 vol.
- ID., *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Paris, Garnery, 1827-1830, 8 vol.
- MONTHOLON (Jacques DE), *Arrests de la cour prononcez en robes rouges*, Paris, C. Cramoisy, 1622.
- OLIVE DU MESNIL (Simon D'), *Questions notables du droict, decidées par divers arrests de la Cour de parlement de Toulouse*, Toulouse, J.-D. Camusat, 1682.
- PAPE (Guy), *La jurisprudence du célèbre conseiller et juriconsulte Guy Pape, dans ses décisions. Avec plusieurs remarques importantes, dans lesquelles sont entr'autres employés plus de mille arrêts du parlement de Grenoble*, éd. CHORIER (Nicolas), Grenoble, Veuve A. Giroud, Paris, Saillant et Nyon, 1769.
- PERRIER (François), *Arrests notables du parlement de Dijon, recueillis par M. François Perrier, substitut du Mr le Procureur Général, avec des observations sur chaque question, par Guillaume Raviot ecuyer, avocat au Parlement, & Conseil des Etats de Bourgogne*, Dijon, Arnould-Jean-Baptiste Auge, 1735, 2 vol.
- [*Recueil d'arrêts de Lorraine depuis 1565 jusqu'en 1763*], t. 1, Table des matières contenues au présent recueil d'arrests ; où toutes les questions se trouveront aisément, le tout y étant par ordre et lettres alphabétiques en deux tomes ; à commencer depuis les années 1565 jusqu'en 1763 [Documents patrimoniaux, Université de Lorraine, consulté le 13 avril 2020, <http://pulsar-bu.univ-lorraine.fr/items/show/72>].
- ROUSSEAUD DE LA COMBE (Nicolas-Guy DU), FUET (Louis), *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale, par ordre alphabétique avec les pragmatiques, concordats, bulles & indults des Papes ; Ordonnances, édits & déclarations de nos Rois ; Arrêts & reglemens intervenus sur cette matière dans les differens tribunaux du royaume jusqu'à présent par Me Guy Du Rousseaud de La Combe, avocat au Parlement sur les mémoires de feu Me Fuet, aussi avocat au Parlement*, Paris, De Nully, 1748.

b. Époque contemporaine

DALLOZ (Désiré) *et alii*, *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1825-1902.

Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire par une société d'hommes de loi, Paris, Girardin et Maret, 1796.

La Gazette du Palais, Paris, s.n., 1886-1902.

Le contrôleur de l'enregistrement. Recueil du notariat contenant toutes les décisions administratives et judiciaires sur l'enregistrement, le timbre, les hypothèques et le notariat, éd. RIGAUD (Esprit), CHAMPIONNIÈRE (Paul-Lucas) *et alii*, Paris, Bureau du journal, 1820-1892, 73 vol.

SIREY (Jean-Baptiste) *et alii*, *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs*, Paris, Sirey, 1791-1902.

5. Répertoires notariaux

a. Époque moderne

CASSAN (Jean), *Le nouveau et parfait notaire réformé suivant les nouvelles ordonnances*, Paris, Théodore Le Gras, 1749.

CORROZET (Étienne), *L'office et pratique des notaires, contenant les divers contracts & actes plus notables dépendans dudit office, ausquels chacun selon son sujet a esté adjousté plusieurs Décisions & Arrests de la Cour, intervenus sur l'exécution & en conséquence d'iceux*, Paris, Gervais Clouzier, 1665.

FERRIÈRE (Claude DE), *La science parfaite des notaires, ou le moyen de faire un parfait notaire. Contenant les Ordonnances, Arrests & Règlements rendus touchant la fonction des Notaires. Avec une facile instruction pour dresser toutes sortes d'Actes, Contracts, Testaments & autres, suivant l'usage & le style des Provinces de Droit écrit, & de celles qui sont réglées par les Coutumes*, Paris, Charles Osmont, 1682.

b. Époque contemporaine

Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement ou Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile et fiscale (avec formules), éd. LANSEL (Charles), Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1879, 24 vol.

LEDRU, *La clef du notariat, ou Exposition méthodique des connaissances nécessaires à un notaire ; contenant des principes sûrs, puisés dans les meilleurs Auteurs, pour rédiger avec intelligence toutes sortes d'actes et de contrats ; avec des formules dressées sur ces mêmes principes*, Paris, Senlis, Veuve Dabo, Tremblay, 1822.

6. Textes de droit romain

Corpus iuris civilis, éd. KRÜGER (Paul), MOMMSEN (Theodor), Berlin, Weidmannos, 1893.

B. Bibliographie

1. Ouvrages

- ABERDAM (Serge), *Aux origines du Code rural, 1789-1900, un siècle de débats* [étude dactyl.] Nantes, INRA, 1981.
- Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, éd. CONGOST (Rosa), LUNA (Pablo F.), Turnhout, Brepols, 2018 (*Rural History in Europe*, 15).
- ALTEROCHE (Bernard D'), *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume : XI^e-XV^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.
- ANCEL (Marie-Elodie), *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002.
- ANTOINE (Annie), BOEHLER (Jean-Michel), BRUMONT (Francis), *L'agriculture en Europe occidentale à l'époque moderne*, Paris, Belin, 2000 (*Histoire Belin sup*).
- ANTONMATTEI (Paul-Henri), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992 (*Bibliothèque de droit privé*, 220).
- ARDANT (Gabriel), *Histoire de l'impôt*, Paris, Fayard, 1972, 2 vol.
- AUBENAS (Roger), *Cours d'histoire du droit privé : Anciens pays de droit écrit, XIII^e-XVI^e siècle. Tome IV : Autour de la propriété foncière, Moyen-Âge et ancien régime*, Aix-en-Provence, La Pensée universitaire, 1955.
- AUDREN (Frédéric), HALPÉRIN (Jean-Louis), *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013.
- Aux origines des cimetières contemporains. Les réformes funéraires de l'Europe occidentale. XVIII^e-XIX^e siècle*, éd. BERTRAND (Régis), CAROL (Anne), Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2016 (*Corps et âmes*).
- AYNÈS (Laurent), CROCQ (Pierre), *Les sûretés. La publicité foncière*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014 (*Droit civil*).
- BALAT (Nicolas), *Essai sur le droit commun*, Paris, LGDJ, 2016 (*Bibliothèque de droit privé*, 571).
- BARBARIN (Renée), *La condition juridique du bâtard d'après la jurisprudence du Parlement de Paris du Concile de Trente à la Révolution française*, Mayenne, Imprimerie Floche, 1960.
- BARBIERI (Jean-François), *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, th. droit Toulouse, 1977.
- BARENOT (Pierre-Nicolas), *Les recueils de jurisprudence, Miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Paris, LGDJ, 2022 (*Bibliothèque d'Histoire du droit et droit romain*, 39).
- BARJOT (Dominique), CHALLINE (Jean-Pierre), ENCREVÉ (André), *La France au XIX^e siècle. 1814-1914*, Paris, PUF, 1995 (*Premier Cycle*).
- BART (Jean), *Recherches sur l'histoire des successions ab intestat dans le droit du Duché de Bourgogne du XIII^e à la fin du XVI^e siècle (coutume et pratique)*, Paris, Société des Belles lettres, 1966.
- ID., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchrestien, 2009 (*Domat, droit privé*).
- BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), *Histoire du droit canonique et des institutions de l'Église latine (xv^e-xx^e siècle)*, Paris, Economica, 2014 (*Corpus Histoire du droit*).
- BASTIER (Jean), *La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse (1730-1790)*, Paris, Commission d'Histoire économique et sociale de la Révolution française, 1975 (*Mémoires et Documents*, 30).
- BEAUNE (Henri), *Droit coutumier français. t. III : La condition des biens*, Lyon, Paris, Delhomme et Briguët, 1885.
- BERKOVICZ (Grégory), LANG (Armand), *Les baux emphytéotiques administratifs*, Paris, LexisNexis, 2011.

- BERMAN (Harold J.), *Law and Revolution II : The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, trad. WIJFFELS (Alain), *Droit et Révolution. L'impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Paris, Fayard, 2010 (*Les quarante piliers. Série matériaux*).
- BERTRAND (André), *De la législation de la sépulture*, Paris, A. Chevalier-Marescq et C^{ie}, 1904.
- BEUCHER (René), *Du bail à complant dans le département de Maine-et-Loire*, Paris, Jouve et Boyer, 1899.
- BIGOT (Grégoire), *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999 (*Bibliothèque de science administrative*, 15).
- ID., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002 (*Droit fondamental*).
- BIROCCHI (Italo), *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna, I : Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997 (*Il Diritto nella Storia*, 5).
- BLOCH (Marc), *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1968.
- BLUCHE (Frédéric), *Le bonapartisme*, Paris, PUF, 1981 (*Que sais-je ?*).
- BLUCHE (Frédéric), RIALS (Stéphane), TULARD (Jean), *La Révolution française*, Paris, PUF, 2003 (*Que sais-je ?*).
- BOBBIO (Norberto), *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1998 (*La pensée juridique*).
- BODIN (Charles-Edmond), *Plan du cours de droit romain professé à la faculté de Rennes*, Paris, Rennes, Arthur Rousseau, J. Plihon et L. Hervé, 1885, 2 vol.
- BOISBAUDRY (Hervé DU), *Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu : fidèle dignitaire de Napoléon*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2021.
- BONNECASE (Julien), *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustre représentants*, Paris, De Boccard, 1924 (*Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions*, 19).
- BOTTIGLIERI (Anna), *La nozione romana di eufiteusi*, Napoli, Edizione scientifica italiana, 1994 (*ESI-uni*, 28).
- BOUCOMONT (Antoine), *Des mainmortes personnelle et réelle en Nivernais*, Paris, L. Larose, 1896.
- BOUDON (Jacques-Olivier), *Religion et politique en France depuis 1789*, Paris, Armand Colin, 2007 (*Cursus*).
- BOURNAZEL (Éric), POLY (Jean-Pierre), *La mutation féodale (x^e-xii^e siècle)*, Paris, PUF, 2004 (*Nouvelle Clío. L'histoire et ses problèmes*, 68).
- BOUTRUCHE (Robert), *Une société provinciale en lutte contre le régime féodal : l'alleu en Bordelais et en Bazadais du XI^e au XVIII^e siècle*, Rodez, Imprimerie P. Carrère, 1947 (*Publications de la Faculté des Lettres de l'université de Strasbourg*, 100).
- BRANDT (Alexandre DE), *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, Paris, Sirey, L. Larose, 1901.
- BRETTON (Philippe), *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Paris, LGDJ, 1964 (*Bibliothèque de droit public*, 58).
- BRISSET (Jacqueline), *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Paris, PUF, 1967 (*Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Série « Droit privé »*, 3).
- BUISSON (Michel), *La publicité des hypothèques et des actes translatifs de propriété dans l'ancienne France jusqu'à nos jours*, thèse dact., Paris, 1962.
- CABRILLAC (Rémy), *Les codifications*, Paris, PUF, 2002 (*Droit, éthique, société*).
- CALASSO (Francesco), *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF (*Thémis, Droit privé*), 2002.

- CARDOSO-ROULOT (Nélia), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, L'Harmattan, 2008.
- CAUVIÈRE (Henry), *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, Paris, A. Rousseau, 1910.
- CAVANNA (Adriano), *Storia del diritto moderno in Europa : Le fonti e il pensiero giuridico*, t. I, Milano, A. Giuffrè, 1982.
- CAZALS (Géraldine), *L'arrestographie flamande (1668-1789). Jurisprudence et littérature juridique à la fin de l'Ancien Régime*, Genève, Droz, 2018 (*Bibliothèque des Lumières*).
- CENCETTI (Giorgio), *Il contratto di enfiteusi nella dottrina del glossatori e dei commentari*, Bologna, Cuppini, 1939.
- CHABRAND (Louis), *Étude sur Gui Pape (1404 ? – 1477)*, Paris, Sirey, 1912.
- CHARTIER (Jean-Luc), *Portalis, le père du Code civil*, Paris, Fayard, 2004.
- CHAUFFARDET (Marcel), *Le problème de la perpétuité de la propriété. Étude de sociologie juridique et de droit positif*, Paris, Sirey, 1933.
- CHÈNE (Christian), *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit, 1679-1793*, Genève, Droz, 1982 (*Travaux d'histoire éthico-politique*, 39).
- CHENON (Émile), *Étude sur l'histoire des alleux en France : avec une carte des pays allodiaux*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888.
- CHEVALLIER (Jean-Jacques), *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Armand Colin, Dalloz, 2001.
- CHEVREAU (Emmanuelle), *Le temps et le droit : la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris, De Boccard, 2006.
- CHEVREAU (Emmanuelle), MAUSEN (Yves), BOUGLÉ (Claire), *Histoire du droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2011 (*Objectif droit*).
- CHIANÉA (Gérard), *La condition juridique des terres en Dauphiné au XVIII^e siècle (1700-1789)*, Paris, La Haye, Mouton, 1969 (*Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Grenoble. Collection du Centre de recherche d'histoire économique, sociale et institutionnelle. Série Histoire institutionnelle*, 2).
- CLERE (Jean-Jacques), *Les paysans de la Haute-Marne et la Révolution française. Recherches sur les structures foncières de la communauté villageoise (1780-1825)*, Paris, Éditions du C.T.H.S., 1988.
- Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, éd. REVET (Thierry), Paris, LGDJ, 2005 (*Bibliothèque de l'Institut André Tunc*, 6).
- COING (Helmut), *Europäisches Privatrecht, t. I : Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, C.H. Beck, 1985.
- CORTESE (Ennio), *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1962 (*Ius nostrum*, 6).
- ID., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992.
- CRESP (Marie), *Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.
- CROUY-CHANEL (Emmanuel DE), *Le contribuable-citoyen : histoire d'une représentation fiscale*, th. droit Paris I, 1999.
- DANNHORN (Wolfgang), *Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe. Ein Beitrag zur Entstehung des Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2003 (*Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 21).
- DAUGERON (Bruno), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, 2011 (*Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, 103).
- DEJACE (André), *Les règles de la dévolution successorale sous la Révolution (1789-1794)*, Bruxelles, Liège, Paris, Bruylant, H. Vaillant-Carmanne, LGDJ, 1957.

- DELALANDE (Nicolas), *Les Batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2014.
- DEROUSSIN (David), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012 (*Corpus, Histoire du droit*).
- DERRUPPÉ (Jean), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952.
- Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, Lamy-PUF, 2010.
- Doléances. La plainte politique, voie de régulation des rapports gouvernés-gouvernants (XIII^e-XVIII^e siècle)*, éd. BUBENICEK (Michelle), FORONDA (François), Paris, École nationale des chartes, 2022 (*Études et rencontres de l'École des chartes*).
- DURAND (Charles), *L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814. Extrait des Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence (Nouvelle série n°48 – Année 1955)*, Aix-en-Provence, Imprimerie des croix provençales, 1955.
- FAIVRE-FAUCOMPRÉ (Rémi), *Le droit de superficie. Des glossateurs aux premiers commentateurs du code civil (XII^e-XIX^e siècle)*, th. droit Paris II, 2018.
- FALLETTI (Louis), *Le retrait lignager en droit coutumier français*, Paris, PUF, 1923.
- Fiefs et féodalité dans l'Europe méridionale (Italie, France du Midi, Péninsule ibérique) du X^e au XIII^e siècle. Colloque international organisé par le Centre européen d'art et civilisation médiévale de Conques et l'Université de Toulouse-Le Mirail, Conques, 6-8 juillet 1998*, éd. BONNASSIE (Pierre), CURSENTE (Benoît), DÉBAX (Hélène), Toulouse, CNRS, Université de Toulouse-Le Mirail, 2002.
- FILHOL (René), *Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, Sirey, 1937.
- FORRAY (Vincent), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, 2007 (*Bibliothèque de droit privé*, 480).
- FOSSIER (Robert), *Enfance de l'Europe (X^e-XII^e siècle). Aspects économiques et sociaux*, Paris, PUF, 1982 (*Nouvelle Clio. L'histoire et ses problèmes*, 17), 2 vol.
- François Quesnay et la physiocratie*, éd. INED, Paris, PUF, 1958.
- GANSHOF (François Louis), *Qu'est-ce que la féodalité ?*, Paris, Tallandier, 2015 (*Texto*).
- GARAUD (Marcel), *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804), t. II : La Révolution et la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1959.
- GARNSEY (Peter), *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, trad. HASNAOUI (Alexandre), *Penser la propriété. De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, Les Belles lettres, 2013 (*Histoire*, 118).
- GARRIGOU (Alain), *Le vote et la vertu. Comment les Français sont devenus électeurs*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.
- GARSONNET (Jean-Baptiste-Eugène), *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, L. Larose, 1879.
- GAU-CABÉE (Caroline), *Droits d'usage et Code civil : l'invention d'un hybride juridique*, Paris, LGDJ, 2006 (*Bibliothèque de droit privé*, 450).
- GAUDEMET (Jean), *Les sources du droit canonique (VIII^e-XX^e siècle). Repères canoniques, Sources occidentales*, Paris, Cerf, 1993 (*Droit canonique. Études*).
- ID., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science du droit*, Paris, Montchrestien, 2006.
- GAZZANIGA (Jean-Louis), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992 (*Droit fondamental*).
- GENY (François), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, 2 vol.
- GIBERT (Louis-François), DESPONT (Jean-Jacques), *Jacques de Maleville (1741-1824), rédacteur du Code civil*, Neuvic, Les Livres de l'Îlot, 2022 (*Collection Périgord Documents*, 1).

- GIORDANENGO (Gérard), *Le droit féodal dans les pays de droit écrit. L'exemple de la Provence et du Dauphiné. XII^e-début XIV^e siècle*, Rome, École française de Rome, 1988 (*Bibliothèque des écoles françaises d'Athènes et de Rome*, t. 266).
- GIRARD (Paul Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003.
- GODDING (Philippe), *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du XII^e au XVIII^e siècle*, Bruxelles, Palais des académies, 1987 (*Mémoires de la classe des lettres*, 14).
- GOLDIE-GENICON (Charlotte), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009 (*Bibliothèque de droit privé*, 509).
- GRAND (Roger), *Le contrat de complot depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, Sirey, 1917.
- GRATEAU (Philippe), *Les cahiers de doléances. Une relecture culturelle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2001 (*Histoire*).
- GREN (Marie), *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2019 (*Nouvelle bibliothèque de thèses*, 185).
- GRINBERG (Martine), *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 2006.
- GROSSI (Paolo), *Il dominio e le cose. Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992.
- ID., *Locatio ad longum tempus : locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014 (*Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, 63).
- GRUAU (Élise), UGINET (François-Charles), *Palais Farnèse*, Paris, Milan, Nihil obstat, 5 Continents, 2007.
- GUERREAU (Alain), *Le féodalisme. Un horizon théorique*, Paris, Le Sycomore, 1980.
- HAIJE (Antoine), *Études sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain*, Paris, Saint-Brieuc, E. de Boccard, F. Guyon, 1926.
- HAKIM (Nader), *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 (*Bibliothèque de droit privé*, 381).
- HALPÉRIN (Jean-Louis), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987 (*Bibliothèque d'histoire du droit et de droit romain*, 23).
- ID., *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992 (*Histoires*).
- ID., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004 (*Champs histoire*).
- ID., *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008 (*Histoire du droit*).
- HAROUËL (Jean-Louis), *Histoire de l'expropriation*, Paris, PUF, 2000 (*Que sais-je ?*, 3580).
- HAZARD (Paul), *La pensée européenne au XVIII^e siècle de Montesquieu à Lessing*, Paris, Boivin & C^{ie}, 1946, 3 vol.
- HENRY (Xavier), *La technique des qualifications contractuelles*, th. droit Nancy, 1992.
- HUFTEAU (Yves-Louis), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965 (*Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Série « Droit privé »*, 2).
- JAUME (Lucien), *Le religieux et le politique dans la Révolution française. L'idée de régénération*, Paris, PUF, 2015 (*Léviathan*).
- JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 (*Méthodes du droit*).
- JHERING (Rudolf VON), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. MEULENAERE (Octave DE), Paris, Gand, A. Marescq, F. Clemm, 1877.
- KOSCHAKER (Paul), *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, C.H. Beck, 1953.
- KRYNEN (Jacques), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009 (*Bibliothèque des histoires*).
- KUHN (Thomas S.), *The structure of Scientific Revolutions*, trad. MEYER (Laure), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2018 (*Champs sciences*).

- LACHIVER (Marcel), *Dictionnaire du monde rural. Les mots du passé*, Paris, Fayard, 1997.
- La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, éd. CARBASSE (Jean-Marie), DEPAMBOUR-TARRIDE (Laurence), Paris, PUF, 1999 (*Droit et Justice*).
- La circulation du modèle juridique français. Journées franco-italiennes*, éd. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Paris, Litec, 1993 (*Travaux de l'Association Henri Capitant*, 44).
- La coutume d'Auvergne. Formation et expression d'un patrimoine juridique*, éd. GARNIER (Florent), *Revue d'Auvergne*, t. 125/599, 2011.
- La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil*, éd. THÉRY (Irène), BIET (Christian), Paris, Imprimerie nationale, 1989.
- LAPLANCHE (Jean DE), *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1925.
- LAQUERRIÈRE-LACROIX (Aude), *L'évolution du concept de propriété à l'époque post-classique*, th. Paris 2, 2004.
- LAQUIÈZE (Alain), *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, 2002 (*Léviathan*).
- La Règle de l'unité ? Le juge et le droit dans la France moderne (XV^e-XVIII^e siècle)*, éd. ARABEYRE (Patrick), PONCET (Olivier), Paris, Classiques Garnier, 2019 (*Histoire du droit*, 5).
- LARRÈRE (Catherine), *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle : du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992 (*Léviathan*).
- La vie des normes, Savoirs en prisme*, t. 3, 2014 [en ligne : <https://savoirenprisme.wordpress.com/numeros/n03-2014/>, consulté le 14 mars 2023].
- LEBRUN (Auguste), *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé : contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Paris, LGDJ, 1932.
- LE CERF (René), *Étude sur le domaine congéable ou bail à convenant*, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1872.
- L'Écriture des juristes. XVI^e-XVIII^e siècle*, éd. GIAVARINI (Laurence), Paris, Éditions Classiques Garnier, 2010 (*Études et essais sur la Renaissance*, 90).
- Le Discours juridique. Langage, signification et valeurs, Droit & société*, t. 8, 1988.
- LEFORT (Joseph), *Étude sur l'histoire de la propriété. Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée*, Paris, Ernest Thorin, 1875.
- Le langage du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 19, 1974.
- Les conflits horizontaux de normes. Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, éd. PÉRALDI LENEUF (Fabienne), SCHILLER (Sophie), Paris, Mare & Martin, 2014 (*Collection Droit public*).
- Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, éd. CAPITANT (Henri), TERRÉ (François), LEQUETTE (Yves), Paris, Dalloz, 2015, 2 vol.
- Les modèles propriétaires. Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012 (*Actes & Colloques*).
- Les mouvements longs des marchés immobiliers ruraux et urbains en Europe (XVI^e-XIX^e siècles)*, éd. DURBAN (Michel), SERVAIS (Paul), Louvain-la-Neuve, Academia, 1994.
- LÉVY (Jean-Philippe), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle*, Paris, Sirey, 1939 (*Annales de l'université de Lyon. 3^e série droit*, 5).
- LÉVY (Jean-Philippe), CASTALDO (André), *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010.
- LÉVY-BRUHL (Henri), *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.
- LEYTE (Guillaume), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1996.

- L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles. Colloque des 2, 3 et 4 mars 2001*, éd. LÉVY-LEBOYER (Maurice), LESCURE (Michel), PLESSIS (Alain), Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006.
- L'influence du Code civil dans le monde. Travaux de la semaine internationale de droit (Paris 1950)*, éd. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Paris, A. Pedone, 1954.
- L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, éd. Van de Kerchove (Michel), Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978 (*Collection générale*, 13).
- MACKOUNDI LOEMBET (Rodrigue Goma), *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935 (législation, doctrine et jurisprudence avec des exemples tirés des archives de la Moselle et de la Meurthe-et-Moselle)*, thèse droit université Nancy 2, 2010.
- MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent), GAUTIER (Pierre-Yves), *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2012 (*Droit civil*).
- MALLET-BRICOUT (Blandine), *Le numerus clausus des droits réels : la fin d'un mythe*, Montréal, Les éditions Thémis, 2017 (*Conférence Albert-Mayrand*, 19).
- MARIE (Léon), *Du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats de droit civil*, Caen, Imprimerie Ch. Valin, 1896.
- MARTIN (Jean-Clément), *Idées reçues sur la Révolution française*, Paris, Le Cavalier bleu, 2021 (*Idées reçues*).
- MARTIN (Olivier), *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, Paris, Arthur Rousseau, 1901.
- MARTIN (Xavier), *Nature humaine et Révolution française, du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Poitiers, DMM, 2015.
- MASSON (Pierre), *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du moyen âge et dans le droit français*, Dijon, Impr. du Palais, 1933.
- MAYALI (Laurent), *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées XIII^e-XV^e siècles*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987.
- MERGEY (Anthony), *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010.
- MESTRE (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985 (*Droit fondamental*).
- MEYLAN (Guerric), *L'âge de la majorité coutumière en France du XVI^e au XVIII^e siècle*, th. droit Paris 2, 2003.
- MEYNIAL (Edmond), *Histoire du droit privé : Répétitions écrites. Les droits réels*, Paris, Les Cours de droit, 1931.
- MICHAUT (Françoise), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, Montréal, Budapest, L'Harmattan, 2001 (*Logiques juridiques*).
- MICHELET (Elisabeth), *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, Paris, LGDJ, R. Pichon, R. Durand-Auzias, 1973.
- MITTEIS (Ludwig), *Zur geschichte der erbpacht im aterthum*, Leipzig, B.G. Teubner, 1901.
- MONTEIL (Maurice), *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Paris, L. Larose, 1902.
- MOUSNIER (Roland), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue (1598-1789)*, Paris, PUF, 2005 (*Quadrige*).
- NANZ (Klaus-Peter), *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. Nis 18. Jahrhundert* (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln, t. 9), München, Schweitze, 1985.
- NAQUET (Éliacin), *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement*, Paris, Larose, 1899, 3 vol.

- NIORT (Jean-François), *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 2 vol.
- NUSSY SAINT-SAENS (Marcel), *Le Pays de Soule : essai sur la coutume baque*, Bordeaux, Clèdes & Fils, 1955.
- OLIVIER-MARTIN (François), *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, Éditions Cujas, 1972, 2 vol.
- Ordre, nature, propriété*, éd. KLOTZ (Gérard), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (*Analyse, épistémologie, histoire économiques*, 28).
- OST (François), *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999.
- OURLIAC (Paul), MALAFOSSÉ (Jean DE), *Histoire du droit privé. t. II : Les biens*, Paris, PUF, 1971 (*Thémis*).
- PATAULT (Anne-Marie), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989 (*Droit fondamental*).
- PEGUERA POCH (Marta), *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009 (*Histoire du droit*).
- PETOT (Pierre), *Cours d'histoire du droit privé : Questions relatives au droit des successions*, Paris, Les Cours de droit, 1955-1956.
- PETRONIO (Ugo), *La lotta per la codificazione*, Turin, Giappichelli, 2002.
- PIANO MORTARI (Vincenzo), *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, Giuffrè 1962.
- PICHONNAZ (Pascal), *Les fondements romains du droit privé*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess Éditions Romandes, 2020.
- PINATEL (José), *L'emphytéose dans l'ancien droit provençal*, Marseille, Imprimerie de la société du « Petit Marseillais », 1938.
- PISSARD (Hippolyte), *Essai sur la connaissance de la preuve des coutumes en justice, dans l'ancien droit français et dans le système romano-canonique*, Paris, Rousseau, 1910.
- PLESSIX (Benoît), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003.
- POUMARÈDE (Jacques), *Géographie coutumière et mutations sociales. Les successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1972.
- PRÉVOST (Xavier), *Jacques Cujas (1522-1590), Jurisconsulte humaniste*, Genève, Librairie Droz, 2015.
- Property Rights, Land Markets and Economic Growth in the European Countryside (13th-20th Centuries)*, éd. BÉAUR (Gérard) et alii, Turnhout, Brepols, 2013.
- Propriété et Révolution. Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, éd. KOUBI (Geneviève), Paris, Toulouse, Éditions du CNRS, Presses de l'Université de Toulouse 1, 1990.
- RAYNAL (Louis-Hector CHAUDRU DE), *Histoire du Berry depuis les temps les plus anciens jusqu'en 1789*, Bourges, Librairie de Vermeil, 1844, 4 vol.
- Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve (Deuxième partie : Moyen Âge et Temps modernes)*, t. XVII, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1965.
- RENOUX-ZAGAMÉ (Marie-France), *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003 (*Léviathan*).
- ID., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987 (*Travaux de droit, d'économie, de sciences politiques, de sociologie et d'anthropologie*, 153).
- RIALS (Stéphane), *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980.
- ID., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 (*Pluriel*).
- RICCA-BARBERIS (Mario), *Enfiteusi*, Torino, Giappichelli, 1952.

- RIGAUDIÈRE (Albert), *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, Economica, 2010 (*Histoire du droit*).
- RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 2014 (*Anthologie du droit*).
- ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999.
- ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992 (*Bibliothèque des histoires*).
- ROVAN (Joseph), *Histoire de l'Allemagne. Des origines à nos jours*, Paris, Seuil, 1999 (*Points*, H254).
- SACCO (Rodolfo), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991 (*Études juridiques comparatives*).
- SAGNAC (Philippe), *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, Classiques Garnier, 1998 (*La Bibliothèque des Lettres*) [texte de l'édition de Paris, 1898].
- SAINTOURENS (Bernard), *Essai sur la méthode législative. Droit commun, droit spécial*, th. droit, Bordeaux, 1986.
- SANTARELLI (Umberto), *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1984.
- SCAFFARDI (Gian Paolo), *Studi sull'enfiteusi*, Milano, Giuffrè, 1981 (*Università di Parma, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza*, 50).
- SÉE (Henri), *Les classes rurales en Bretagne du XVI^e siècle à la Révolution*, Brionne, Gérard Monfort, 1978.
- SEFTON-GREEN (Ruth), *La notion d'obligation fondamentale : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 2000.
- SERRE (Henri), *Les concessions de terrains dans les cimetières*, Aix, Niel-Tournel, 1911.
- SERVERIN (Evelyne), *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985 (*Critique du droit*).
- SOLEIL (Sylvain), *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS Éditions, 2014 (*Les voies du droit*).
- STOLLEIS (Michel), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, t. I : Reichspublizistik und Polizeiwissenschaft, 1600-1800*, trad. SENELLART (Michel), *Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et la science de la police, 1600-1800*, Paris, PUF, 1998 (*Fondements de la politique*).
- Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècle). Bilan et perspectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la recherche scientifique et l'École française de Rome (Rome, 10-13 octobre 1978)*, Rome, École française de Rome, 1980 (*Collection de l'École française de Rome*, 44).
- TAROZZI (Simona), *Norme e prassi. Gestione fondiaria ecclesiastica e innovazioni giuridiche negli atti negoziali ravennati dei secoli V-VII*, Milano, Jouvence, 2017 (*Radices. Collana di studi sui diritti dell'antichità*, 2).
- TESSIER (Philippe), *François Denis Tronchet ou La Révolution par le droit*, Paris, Fayard, 2016.
- THEISEN (Frank), *Studien zur Emphyteuse in ausgewählten italienischen Regionen des 12. Jahrhunderts : Verrechtlichung des Alltags ?*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2003 (*Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, 162).
- THIREAU (Jean-Louis), *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Librairie Droz, 1980.
- TISSERANT (Clément), *Emphytéose et fief au Moyen Âge. Édition critique et commentaire du Tractatus de jure emphyteotico de Pierre Hélie*, Paris, École des Chartes, 2002 (*Mémoires et documents de l'École des Chartes*, 113).

- TODESCAN (Franco), *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. II, Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano, Giuffrè, 1987 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26).
- TRIGEAUD (Jean-Marc), *La possession des biens immobiliers, Nature et fondement*, Paris, Economica, 1981.
- VALLAS (Maurice), *La coutume de Blois*, Paris, France Lanore, 1987.
- VAN COSTENOBEL (André), *Les emphytéoses concédées par les hospices civils de Lille (Nord) de 1821 à 1826*, th. droit Lille, 1929.
- VAN DE KERCHOVE (Michel), OST (François), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 (*Les voies du droit*).
- VAN KAN (Joseph), *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, Rousseau & Cie, 1929.
- VERHEIN (Klaus), *Lehen und Feudal-Emphyteuse. Eine Untersuchung über die Abhängigkeitsformen weltlicher Staaten vom Heiligen Stuhle von der Mitte des 11. bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts*, th. droit Hambourg, 1951.
- VIARD (Paul), *André Alciat, 1492-1550*, Paris, Sirey, 1926.
- VILLEY (Michel), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003.
Vocabulaire juridique, éd. CORNU (Gérard), Paris PUF, 2018.
- WAREMBOURG (Nicolas), *Guy Coquille et le droit français : Le droit commun coutumier dans la doctrine du XVI^e siècle*, th. droit, Lille, 2005.
- WEIDENFELD (Katia), *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Paris, De Boccard, 2001 (*Romanité et modernité du droit*).
- WEULERSSE (Georges), *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, Paris, Félix Alcan, 1910.
- ID., *Les physiocrates*, Paris, G. Doin & C^{ie}, 1931 (*Encyclopédie scientifique. Bibliothèque d'économie politique*).
- ID., *La physiocratie à l'aube de la Révolution : 1782-1792*, Paris, Éditions des Hautes Études en Sciences Sociales, 1985.
- XIFARAS (Mikhaïl), *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004 (*Fondements de la politique*).
- YOLKA (Philippe), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997 (*Bibliothèque de droit public*, 191).
- YVER (Jean), *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966.
- ZÉNATI (Frédéric), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991 (*Méthodes du droit*).
- ZINK (Anne), *L'héritier de la maison. Géographie coutumière du Sud-Ouest de la France sous l'Ancien Régime*, Paris, 1993.

2. Articles

- ABERDAM (Serge), « Profil d'un Codificateur. L'expérience révolutionnaire de Verneilh-Puyraseau (1756-1839), rédacteur du projet de Code Rural de 1814 », *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, t. I, éd. VOVELLE (Michel), Paris, PUF, 1988, p. 205-218.
- ID., « Histoire des "usages locaux", 1789-1924. Ambiguïtés, discontinuités, guide d'exploitation », *Une France coutumière. Enquête sur les "usages locaux" et leur codification (XIX^e-XX^e siècles)*, éd. ASSIER-ANDRIEU (Louis), Paris, CNRS, 1990, p. 49-53.
- AGACHE (Alfred), « La "Housing Question" à Londres », *La science sociale*, 1902, t. 33, p. 359-368.

- ALLIOT (Michel), « L'acculturation juridique », *Ethnologie générale*, éd. POIRIER (Jean), Paris, Gallimard, 1968, p. 1180-1246.
- ANCEL (Marie-Elodie), « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, éd. REVET (Thierry), Paris, LGDJ, 2005, p. 285-307.
- ANTOINE (Annie), « La seigneurie en France à l'époque moderne », *Noblesse française et noblesse polonaise. Mémoire, identité, culture XVI^e-XX^e siècles*, éd. FIGEAC (Michel), DUMANOWSKI (Jaroslaw), Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2006 (*Politiques et élites*), p. 207-225.
- ARABEYRE (Patrick), « Culture juridique et littérature européennes chez les derniers bartolistes français (première moitié du xvi^e siècle », *Clio@Themis*, t. 2, 2009 [en ligne : <http://journals.openedition.org/cliiothemis/1781>, consulté le 20 avril 2023].
- ID., « Entre *priscus docendi stylus* et *nova docendi methodus*. Visions renaissantes du panthéon des juristes français », *Historia et ius*, t. 8, 2015, paper 10, p. 1-16 [en ligne : http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/arabeyre_8.pdf, consulté le 20 avril 2023].
- AUBENAS (Roger), « Quelques réflexions sur les problèmes de la pénétration du droit romain dans le Midi de la France », *Annales du Midi*, t. 76, 1964, p. 371-377.
- AVOUT (Louis D'), « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », *D.* 2012, p. 1934-1936.
- AVOUT (Louis D'), MALLET-BRICOUT (Blandine), « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53-61.
- AZIMI (Vida), « Une tentative d'unification du droit civil : le projet inédit de Laverdy et Langlois », *MSHDB*, t. 42, 1985, p. 123-156.
- BACOT (Guillaume), « Le système électoral de la Restauration : un laboratoire d'idées et de solutions toujours actuel », *RDP*, 2011/2, p. 463-488.
- ID., « Le suffrage censitaire d'après les débats parlementaires du début de la monarchie de Juillet », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, t. 38, 2013/2, p. 241-255.
- BARBIERI (Jean-François), « Revirement : le "droit de jouissance spécial" peut à nouveau être perpétuel ! », *LPA*, t. 138, 22 août 2018, p. 10-12.
- BARENOT (Pierre-Nicolas), HAKIM (Nader), « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini*, t. 41, 2012, p. 251-297.
- BART (Jean), « Le droit privé de la Révolution ou la régénération de la société par la loi », *Le Temps des constitutions (actes du colloque organisé par la Commission franco-américaine d'échanges universitaires et culturels)*, Paris, Focus, 1988, p. 37-43.
- ID., « L'individu et ses droits », *La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil [actes du séminaire, Paris, 1989]*, éd. THÉRY (Irène), BIET (Christian), Paris, Imprimerie nationale Centre Georges Pompidou, 1989, p. 351-362.
- BART (Jean), FORTUNET (Françoise), « L'individu et la terre ou l'ordre des champs d'après le Code civil des français », *Études rurales*, t. 110-112, 1988, p. 57-68.
- BAVIERA (Giovanni), « Il fr. 3 §4 D. XXVII, 9 e la sua interpolazione (Contributo alla storia dell'enfiteusi) », *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, Imprimerie générale du Midi, 1908, p. 375-383.
- BÉAUR (Gérard), « L'accession à la propriété en 1789 », *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, Paris, ADEF, 1991, p. 21-29.
- ID., « Contrats d'exploitation et système de contrats dans la France d'Ancien Régime », *Exploiter la Terre. Les contrats agraires de l'Antiquité à nos jours. Actes du colloque international tenu à Caen du 10 au 13 septembre 1997*, éd. BÉAUR (Gérard), ARNOUX (Mathieu), VARET-VITU (Anne), Rennes, Association d'Histoire des Sociétés Rurales, 2003 (*Bibliothèque d'Histoire Rurale*, 7), p. 35-44.

- ID., « Les rapports de propriété en France sous l’Ancien Régime et dans la Révolution. Transmission et circulation de la terre dans les campagnes françaises du XVI^e au XIX^e siècle », *Ruralité française et britannique, XIII^e-XX^e siècles. Approches comparées*, éd. VIVIER (Nadine), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005 (*Histoire*), p. 187-200.
- ID., « Révolution et redistribution des richesses dans les campagnes : mythe ou réalité ? », *AHRF*, t. 352, 2008, p. 209-239.
- ID., « The Many Faces of Emphyteusis in France. An Overview, with a Case Study from the Meaux Region (1600-1800) », *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, éd. CONGOST (Rosa), LUNA (Pablo F.), Turnhout, Brepols, 2018 (*Rural History in Europe*, 15), p. 75-96.
- BÉAUR (Gérard), CONGOST (Rosa), LUNA (Pablo F.), « Emphyteusis : A Practical Question ? », *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, éd. CONGOST (Rosa), LUNA (Pablo F.), Turnhout, Brepols, 2018 (*Rural History in Europe*, 15), p. 11-38.
- BÉGUIN (Étienne), « Code civil 1804-2004 – Droit rural. Vers une autonomie de plus en plus marquée », *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, éd. WIJFFELS (Alain), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 377-389.
- BEIGNIER (Bernard), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *RHFD*, t. 6, 1988, p. 77-101.
- BELLET (Pierre), « Rapport de synthèse », *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges. Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées italiennes de Florence, 1980*, t. XXXI, éd. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Paris, Economica, 1982, p. 5-12.
- BELLAGAMBA (Ugo), « Les tentatives de réforme hypothécaire de la fin de l’Ancien Régime jusqu’au Code civil (1771-1804) », *MSHDB*, t. 62, 2005, p. 165-203.
- BÉNABENT (Alain), « L’hybridation dans les contrats », *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 27-31.
- BERGEL (Jean-Louis), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255-272.
- ID., « Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans », *RDI*, 2013, p. 80-82.
- ID., « Feues les actions possessoires, vive la protection possessoire ! », *RDI*, 2015, p. 265.
- BERLAUD (Catherine), « Nature du bail du Palm Beach », *Gaz. Pal.*, t. 32, 29 septembre 2016, p. 28.
- BERTHE (Maurice), « Le droit d’entrée dans le bail à fief et le bail à acapte du Midi de la France (XII^e-XV^e siècle) », *Fiefs et féodalité dans l’Europe méridionale (Italie, France du Midi, Péninsule ibérique) du X^e au XIII^e siècle. Colloque international organisé par le Centre européen d’art et civilisation médiévale de Conques et l’Université de Toulouse-Le Mirail, Conques, 6-8 juillet 1998*, éd. BONNASSIE (Pierre), CURSENTE (Benoît), DÉBAX (Hélène), Toulouse, CNRS, Université de Toulouse-Le Mirail, 2002, p. 237-278.
- BESNIER (Robert), « Le transfert de propriété dans les pays de nantissement à la fin de l’Ancien Régime », *Revue du Nord*, t. 40, 1958, p. 195-200.
- BIENVENU (Jean-Jacques), « L’esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *Mélanges Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013, p. 493-498.
- BIGOT (Grégoire), « L’exorbitance dans la formation historique du droit administratif », *L’exorbitance du droit administratif*, éd. MELLERAY (Fabrice), Paris, LGDJ, 2004, p. 25-43, réimpr. ID., *Ce droit qu’on dit administratif... Études d’histoire du droit public*, Paris, La Mémoire du Droit, 2015, p. 87-118.
- ID., « La distinction du droit public et du droit privé au prisme de la doctrine française du premier XIX^e siècle », *La summa divisio droit public/droit privé dans l’histoire des systèmes juridiques en Europe (XIX^e-XXI^e siècles)*, éd. ALVAZZI DEL FRATE (Paolo), BLOQUET (Sylvain),

- VERGNE (Arnaud), Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018 (*Colloques & essais*, 58), p. 15-36.
- ID., « Rapport introductif. Une histoire de la propriété publique », *La propriété publique*, éd. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, Paris, Dalloz, 2020, p. 3-21.
- BIROCCHI (Italo), « Notazioni sul contratto (a proposito di un recente lavoro di G. Alpa) », *Quaderni fiorentini*, t. 19, 1990, p. 637-659.
- ID., « Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune », *Vendita e trasferimento della proprietà nelle prospettive storico-comparatistica*, t. I, éd. VACCA (Letizia), Milan, Giuffrè, 1991, p. 139-167.
- BLAUFARB (Rafael), « Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux : le débat sur les rentes foncières, 1789-1811 », *AHRF*, t. 359, 2010, p. 119-140.
- BLOCH (Claudine), HILAIRE (Jean), « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile », *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ? Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986*, t. II, éd. VOVELLE (Michel), Paris, PUF, 1988, p. 469-482.
- BLUM (Edgar), « La commise féodale », *TVR*, t. 4, 1923, p. 31-102.
- BODINIER (Bernard), « La vente des biens nationaux : essai de synthèse », *AHRF*, t. 315, 1999, p. 7-19.
- BOEHLER (Jean-Michel), « L'art d'être propriétaire sans l'être tout en l'étant. Pratiques emphytéotiques dans la campagne alsacienne aux XVII^e et XVIII^e siècles », *Revue d'Alsace*, t. 140, 2014, p. 79-96.
- ID., « *Erblehn* and *Hoflehn* in Germanic Lands. Disguised Forms of Ownership ? The Alsatian Countryside in the Seventeenth and Eighteenth Centuries », *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, éd. CONGOST (Rosa), LUNA (Pablo F.), Turnhout, Brepols, 2018 (*Rural History in Europe*, 15), p. 97-112.
- BONNASSIE (Pierre), « Du Rhône à la Galice : genèse et modalités du régime féodal », *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècle). Bilan et perspectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la recherche scientifique et l'École française de Rome (Rome, 10-13 octobre 1978)*, Rome, École française de Rome, 1980 (*Collection de l'École française de Rome*, 44), p. 17-56.
- BONNIN (Bernard), « La fiscalité monarchique en Dauphiné sous l'Ancien Régime : de la taille personnelle à la taille réelle. Parcellaires et péréquaire », *De l'estime au cadre en Europe. L'époque moderne*, éd. TOUZERY (Mireille), Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2007, p. 511-527.
- BOSC (Yannick), « Liberté et propriété. Sur l'économie politique et le républicanisme de Condorcet », *AHRF*, t. 366, 2011, p. 53-82.
- BOUDEVILLE (Jacques Raoul), « Les physiocrates et le circuit économique », *Revue d'économie politique*, t. 64, 1954/3, p. 456-481.
- BOUDJAABA (Fabrice), « Emphyteusis in Practice in Eighteenth-Century Normandy. Why Choose the Fief ? », *Agrarian Change and Imperfect Property. Emphyteusis in Europe (16th to 19th centuries)*, éd. CONGOST (Rosa), LUNA (Pablo F.), Turnhout, Brepols, 2018 (*Rural History in Europe*, 15), p. 113-131.
- BOUDON (Julien), « Les projets de code civil "de Cambacérès" et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, t. 39, 2004/1, p. 91-106.
- BOUDOT (Michel), « L'image du "démembrement" dans la doctrine française », *Jurisprudence. Revue critique*, t. 1, 2010, p. 33-45.
- BOUINEAU (Jacques), « Une limite du droit romain sous la Révolution, la première loi du 11 brumaire an VII sur l'hypothèque », *Méditerranées*, t. 5, 1995, p. 51-74.

- BOYER (Georges), « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz, Sirey, 1960, p. 257-282.
- ID., « De la conception du fief chez Dumoulin et des conséquences qu'il en tire », *Mélanges Georges Boyer. Mélanges d'histoire du droit occidental*, t. I, éd. OURLIAC (Paul), Paris, Sirey, 1962 (*Recueil de l'académie d'administration*, 1), p. 37-56.
- BOYER (Laurent), « Le droit romain dans les pays du centre de la France », *IRMAe*, Pars V, 4, d, 1977, p. 48-55.
- BREJON DE LAVERGNÉE (Jacques), « La pénétration du droit romain dans les pays de l'Ouest de la France », *Recueil des Mémoires et Travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des Anciens pays de droit écrit*, t. 6, 1967, p. 55-61.
- BUBENICEK (Michelle), « Droit romain et pratique. Le droit romain dans une affaire de "Bail" d'enfants mineurs en parlement au milieu du XIV^e siècle », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. KRYNEN (Jacques), Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 3), p. 421-439.
- BURDEAU (François), « L'administration des fonds patrimoniaux et emphytéotiques au Bas-Empire romain », *RIDA*, t. 20, 1973, p. 285-311.
- BÜRGE (Alfons), « Vom Aufstieg und Fall einer Eigentumskonzeption. Überlegungen zum Erkenntniswert einiger beliebter Denkmuster », *Ius commune*, t. 18, 1991, p. 275-285.
- CABANIS (André), « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 171-183, réimpr. ID., *Mélanges en hommage à André Cabanis*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2015 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 20), p. 481-491.
- ID., « Le Code hors la France », *Mélanges en hommage à André Cabanis*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2015 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 20), p. 493-526.
- CAILLEMER (Robert), « Le retrait lignager dans le droit provençal », tiré à part de *Studi in onore di Carlo Fadda*, Naples, L. Pierro e fils, 1906.
- CARBASSE (Jean-Marie), « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droit*, t. 3, 1986, p. 25-37.
- CARBONNIER (Jean), « Note sur des notes d'arrêts. Chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du Doyen René Savatier au Dalloz », *D.* 1970, p. 137-139.
- ID., « *Usus hodiernus pandectarum* », *Mélanges en l'honneur de Imre Zajtay*, éd. GRAVESON (Ronald Harry) *et alii*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1982, p. 107-116.
- ID., « Le Code civil », *Les lieux de mémoire, II – La Nation*, t. II, éd. NORA (Pierre), Paris, Gallimard, 1986 (*Bibliothèque illustrée des histoires*), p. 293-315.
- ID., « Sur un air de famille », *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, éd. THÉRY (Irène), BIET (Christian), Paris, Éditions du Centre Georges Pompidou, Imprimerie nationale, 1989, p. I-XXIV.
- ID., « Le droit de propriété dans la vision révolutionnaire », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014 (*Anthologie du droit*), p. 345-351.
- CASTALDO (André), « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. À propos de vues nouvelles I », *Droits*, t. 46, 2007, p. 117-158.
- CHAUVEAU (Maxime), « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.*, 1931, p. 539-612.
- CHAZAL (Jean-Pascal), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 279-309.

- CHENE (Christian), « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil des mémoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, t. 13, 1985, p. 179-187.
- CHEVRIER (Georges), « Remarques sur la distinction entre l'acte créateur d'obligation et l'acte translatif de propriété dans quelques chartes du Nord de la France et de la Belgique », *Revue du Nord*, t. 40, 1958, p. 209-211.
- CHICOT (Pierre-Yves), « Droit positif et sacré : l'exemple du droit de propriété inspiré de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Les annales de droit*, t. 8, 2014, p. 33-57.
- CLAVÉRO (Bartolomé), « Enfitensis, ¿Que hay en un nombre ? », *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 56, 1986, p. 467-519.
- CLÈRE (Jean-Jacques), « L'abolition des droits féodaux en France », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, t. 94-95, 2005, p. 135-157.
- COING (Helmut), « Römisches Recht in Deutschland », *IRMAe*, Pars V, 6, Paris-Milan, 1964, p. 98-102.
- COMBY (Joseph), « L'impossible propriété absolue », *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, Paris, ADEF, 1991, p. 9-20.
- CORNU (Gérard), « Le règne discret de l'analogie », *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998 (*La Doctrine juridique*), p. 331-345.
- CORNU-THÉNARD (Nicolas), « Le modèle romain du "corps de droit administratif" dans la pensée de Maurice Hauriou », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, t. 41, 2015, p. 209-229.
- COSTE (Clément), « Penser l'impôt au XIX^e siècle. Controverses fiscales et contributions saint-simoniennes dans la France des années 1830 », *Cahiers d'histoire*, t. 124, 2014, p. 45-62.
- COUDERT (Jean), « L'ainesse roturière en Lorraine : les vicissitudes de la coutume de Void », *Droit privé et institutions régionales. Études offertes à Jean Yver*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 157-167.
- CUMYN (Michelle), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *Les cahiers du droit*, t. 52, 2011, p. 351-378.
- DANOS (Frédéric), « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC*, t. 115, 2018, p. 436-440.
- DANTZER (Thibaut), « La révision du loyer du bail emphytéotique », *Droit de l'immobilier et urbanisme*, t. 9, 1^{er} octobre 2016, p. 5.
- DAUCHY (Serge), « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, t. 256, 2014, p. 325-343.
- DEROUET (Bernard), « Pratiques successorales et rapport à la terre : les sociétés paysannes d'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, t. 44/1, 1989, p. 173-206.
- DEROUSSIN (David), « Du contractuel au statutaire : la vente de la chose louée du droit romain à l'interprétation de l'article 1743 C. civ. », *Passé et présent du droit. Autour de la codification*, t. II, éd. DEROUSSIN (David), GARNIER (Florent), Paris, Le Manuscrit, 2007, p. 25-93.
- ID., « Le contrat à travers le Code civil », *Histoire de la justice*, t. 19, 2009/1, p. 247-289.
- ID., « L'ancien droit des fictions », *Les fictions en droit. Actes du colloque intitulé "Les artifices du droit : les fictions"*, éd. CAIRE (Anne-Blandine), Clermont-Ferrand, École de droit-Université d'Auvergne, 2015 (*Centre Michel de l'Hospital*), p. 23-69.
- ID., « Éléments pour une généalogie du livre III du titre III du Code civil », *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, éd. PIGNARRE (Geneviève), Paris, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2016 (*Colloques & Essais*), p. 35-73.
- ID., « Penser l'ancien droit des contrats », *Penser l'ancien droit privé*, éd. PRÉVOST (Xavier), LAURENT-BONNE (Nicolas), Paris, Lextenso, 2018, p. 133-156.

- ID., « Pothier, la coutume (d'Orléans) et le droit coutumier », *Les décisionnaires et la coutume. Contribution à la fabrique de la norme*, éd. GARNIER (Florent), CAZALS (Géraldine), Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1, 2018, p. 413-447.
- ID., « Domat, principes et règles du droit », *Mélanges en l'honneur du Professeur Nicole Dockès*, éd. BARRIÈRE (Louis-Augustin) *et alii*, Paris, Éditions de la Mémoire du droit, 2018, p. 313-350.
- ID., « *Praescriptione omnia iura tolluntur* : les prescriptions dans l'Ancien Droit Français », *Limitation and Prescription : A Comparative Legal History*, éd. DONDORP (Harry), IBBETSON (David), SCHRAGE (Elto J. H.), Berlin, Duncker & Humblot, 2019, p. 363-420.
- DERRUPÉ (Jean), « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », *Mélanges Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 169-177.
- DESCIMON (Robert), « Quelques réflexions à propos des commissaires du roi dans la rédaction des coutumes au XVI^e siècle », *Cahiers du centre de recherches historiques*, t. 26, 2001 [en ligne, consulté le 20 avril 2023, <https://doi.org/10.4000/ccrh.1393>].
- DI DONATO (Francesco), « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus*, t. 21, 2013, p. 237-292.
- DI SIMONE (Maria Rosa), « Le Code civil autrichien en Italie », *RHDF*, t. 89, 2011, p. 115-125.
- DORIGNY (Marcel), « Propriété (Droit de) », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. SOBOUL (Albert) *et alii*, Paris, PUF, 2006 (*Quadrige*), p. 869-870.
- DOUSSET (Christine), « Entre tolérance et violence : la Révolution française et la question religieuse », *Religions, pouvoir et violence*, éd. CABANEL (Patrick), BERTRAND (Michel), Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2004 (*Tempus*), p. 137-150.
- DROSS (William), « La perpétuité des droits réels *sui generis* », *JCP G*, t. 36, 2012, p. 1557-1559.
- DUBARRY (Julien), « Avènement du référé possessoire et premiers éléments de régime : une précision, un avertissement et des hypothèses », *Gaz. Pal.*, t. 17, 4 mai 2021, p. 24-25.
- DUBLED (Henri), « Aspects de la vie économique de Strasbourg aux XIII^e et XIV^e siècles : baux et rentes », *Archives de l'Église de l'Alsace*, t. 22, 1955, p. 23-56.
- DUCROS (François-Régis), « Le statut des biens ecclésiastiques dans l'ancien droit canonique. Éléments de théorie juridique », *L'année canonique*, t. 50, 2008/1, p. 105-129.
- ID., « L'aliénation des biens ecclésiastiques sous l'Ancien Régime », *Hypothèses*, t. 13, 2010/1 p. 201-209.
- DUPARC (Pierre), « Les tenures en hébergement et en abergement », *B.E.C.*, t. 122, 1964, p. 5-88.
- DUPUY (Francis), « Usages locaux et métayage dans la Grande Lande », *Une France coutumière. Enquête sur les "usages locaux" et leur codification (XIX^e-XX^e siècles)*, éd. ASSIER-ANDRIEU (Louis), Paris, CNRS, 1990, p. 143-164.
- DURAND (Charles), « Le régime juridique de l'expropriation pour utilité publique sous le Consulat et le Premier Empire », *Extrait des annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence*, t. 41, Aix-en-Provence, Imprimerie d'éditions provençales, 1948.
- FAIVRE-FAUCOMPRÉ (Rémi), « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium et proprietas* dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècles) », *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque tenu à l'université Panthéon-Assas (Paris II), les 6 et 7 juin 2013*, éd. LAURENT-BONNE (Nicolas), POSE (Nicolas), SIMON (Victor), Paris, Mare & Martin, 2014 (*Histoire du droit*), p. 103-117.
- ID., « Le formalisme de la transcription du contrat de vente immobilière au lendemain de la promulgation de la loi du 23 mars 1855 », *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, éd. LAURENT-BONNE (Nicolas), TISSEYRE (Sandrine), Paris, LGDJ, 2017, p. 127-143.
- FARON (Olivier), « Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIX^e siècle) », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, *Publications de l'École française de Rome*, t. 206, 1995, p. 101-113.

- FAURE (Alain), « Spéculation et société : les grands travaux à Paris au XIX^e siècle », *Histoire, Économie & Société*, t. 23, 2004/3, p. 433-448.
- FEENSTRA (Robert), « *Dominium utile est chimaera* : Nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent) », *TVR*, t. 3-4, 1966, p. 381-397.
- ID., « Les origines du *dominium utile* chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani) », *Flores legum H. J. Scheltema*, Antecessori Groningano, oblato, éd. FEENSTRA (Robert), LOKIN (Johannes Henricus Antonius), VAN DER WAL (Nicolaas), Groningen, Wolters-Noordhoff, 1971, p. 49-93 ; réimpr. ID., *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde, Presse universitaire de Leyde, 1974, p. 215-259.
- ID., « L'emphytéose et le problème des droits réels », *La formazione storica del diritto moderno in Europa [Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto]*, t. III, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 1977, p. 1295-1320.
- ID., « Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen », *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, éd. BEHREND (Okko) *et alii*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1978, p. 209-234.
- ID., « *Dominium* and *ius in re aliena* : The Origins of a Civil Law Distinction », *New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas*, éd. P. BIRKS, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 111-122 ; réimpr. ID., *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th centuries*, Aldershot, Ashgate, 1996, n. III.
- ID., « Real Rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann », *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th centuries*, Aldershot, Brookfield, Variorum, 1996 (*Collected studies series*), n. XIII.
- FÉRAL (Pierre), « Arrentements perpétuels baux de métayage et à cheptel en Gascogne du XVI^e au XVIII^e siècle », *Les revenus de la terre. Complant, champart, métayage, en Europe occidentale (IX^e-XVIII^e siècles)*, éd. HIGOUNET (Charles), Toulouse, Presses universitaires du Midi, Comité départemental du tourisme du Gers, 1987 (*Flaran*, 7), p. 145-181.
- FERREIRA (Oscar), « Le Code civil portugais de 1867 est-il un code "français" ou un "anti-code" français ? Éléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : Antonio Luis de Seabra », *RHD*, t. 92, 2014/1, p. 55-98.
- FILHOL (René), « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Colloque organisé les 16 et 17 mai 1960*, éd. GILISSEN (John), Bruxelles, Les Éditions de l'Institut de Sociologie, 1962 (*Études d'histoire et d'ethnologie juridiques*, 3), p. 63-85.
- FIORI (Roberto), « Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica », *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, Jovene Editore, 2003, p. 182-194.
- FORIERS (Paul), « La preuve dans l'École de droit naturel », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve (Deuxième partie : Moyen Âge et Temps modernes)*, t. XVII, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1965, p. 169-192.
- ID., « Les lacunes du droit », *Logique et Analyse*, t. 37, 1967, p. 57-77.
- FORTUNET (Françoise), « Le code rural ou l'impossible codification », *AHRF*, t. 247, 1982, p. 95-112.
- ID., « De la réformation à la codification : remarques sur l'exposé des motifs », *MSHDB*, t. 42, 1985, p. 117-121.
- ID., « Uniformité du droit et usages locaux. L'économie juridique des contrats agraires en France au XIX^e siècle », *Exploiter la Terre. Les contrats agraires de l'Antiquité à nos jours. Actes du colloque international tenu à Caen du 10 au 13 septembre 1997*, éd. BÉAUR (Gérard), ARNOUX (Mathieu), VARET-VITU (Anne), Rennes, Association d'Histoire des Sociétés Rurales, 2003 (*Bibliothèque d'Histoire Rurale*, 7), p. 167-172.

- ID., « Baux », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. SOBOUL (Albert) et alii, Paris, PUF, 2006 (*Quadrige*), p. 100-101.
- FRÊCHE (Georges), « Compoix, propriété foncière, fiscalité et démographie historique en pays de taille réelle (XVI-XVIII) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 18, 1971, p. 321-353.
- FRELON (Élodie), « L'ancien droit du trésor au temps modernes. Théories et pratique privatistes (XVI^e-XVIII^e siècles) », *RHD*, t. 91, 2013, p. 689-706.
- GALLET (Jean), « Domaine direct/Domaine utile », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, éd. BÉLY (Lucien), Paris, PUF, 2010 (*Quadrige*), p. 417-418.
- ID., « Féodalité », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, éd. BÉLY (Lucien), Paris, PUF, 2010 (*Quadrige*), p. 540-541.
- GANGHOFER (Roland), « Les régimes matrimoniaux du centre de l'Alsace aux XVI^e et XVII^e siècles », *Droit privé et institutions régionales. Études offertes à Jean Yver*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 267-283.
- ID., « La protection du mineur dans un droit au confluent des systèmes français et germanique : le droit alsacien », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. L'enfant, Deuxième partie : Europe médiévale et moderne*, t. XXXVI, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1976, p. 285-328.
- GANGHOFER (Roland), LEVRESSE (René), « Le droit romain en Alsace du XII^e au XVI^e siècle », *IRMAe*, Pars V, 4, g, Milan, 1977.
- GAU-CABÉE (Caroline), « La jurisprudence et les silences du code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, t. 47, 2008, p. 3-21.
- GAUDEMET (Jean), « Les transferts de droit », *L'année sociologique*, t. 27, 1976, p. 29-59.
- ID., « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime », *La formazione storica del diritto moderno in Europa : atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Firenze 25-29 april 1973)*, t. I, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, p. 157-194.
- ID., « Les persistances du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », *"Excerptiones iuris" : Studies in honor of André Gouron*, éd. DURAND (Bernard), MAYALI (Laurent), Berkeley, The Robbins Collection, 2000 (*Studies in comparative legal history*), p. 227-260.
- GAUDEMET (Yves), « Les baux emphytéotiques des personnes publiques, une longue histoire », *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon. Institutions et libertés*, éd. DEGOFFE (Michelle), POUJADE (Bernard), Paris, LexisNexis, 2015, p. 391-399.
- GAURIER (Dominique), « Le *precarium* romain, la *tenancy at will* du droit foncier anglais et le bail à domaine congéable des "usements" bretons. Similitudes ou fausses ressemblances ? », *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, éd. BERLINGIN (Maxime), RUELLE (Annette), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 29-77.
- GAY (Jean-Lucien), « Au sujet des origines du contrat de location d'immeubles dans le comté de Bourgogne (XIII^e-XV^e siècle) », *MSHDB*, t. 47, 1990, p. 97-113.
- GAZZANIGA (Jean-Louis), « Rédaction des coutumes et codification », *Droits*, t. 26, 1997, p. 71-80.
- GERAUD-LLORCA (Édith), « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789) », *La doctrine juridique*, éd. POIRMEUR (Yves), BERNARD (Alain), Paris, PUF, 1993, p. 53-76.
- GHESTIN (Jacques), « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p. 251-262.
- GIL (Guilhem), « Perpétuité du droit de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété », *LEDIU*, t. 111, juillet 2018, p. 3.
- GILISSEN (John) « Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas », *TVR*, t. 18, 1950/2, p. 239-290.

- ID., « Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne », *Le problème des lacunes en droit*, éd. PERELMAN (Chaim), Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 197-246.
- GILLES (David), « Claude-Joseph Ferrière et Jean Domat : Deux regards sur le droit romain », *Les représentations du droit romain en Europe aux temps modernes. Table ronde du C.E.R.H.I.I.P. Aix-en-Provence – 13 octobre 2006*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 131-171.
- GIORDANENGO (Gérard), « Vocabulaire et formulaires féodaux en Provence et en Dauphiné (XII^e-XIII^e siècles) », *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècle). Bilan et perspectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la recherche scientifique et l'École française de Rome (Rome, 10-13 octobre 1978)*, Rome, École française de Rome, 1980 (*Collection de l'École française de Rome*, 44), p. 85-107.
- ID., « La féodalité », *La France médiévale*, éd. FAVIER (Jean), Paris, Fayard, 1983, p. 183-199.
- ID., « Les féodalités italiennes », *Les féodalités*, éd. POLY (Jean-Pierre), BOURNAZEL (Éric), Paris, PUF, 1998 (*Histoire générale des systèmes politiques*), p. 211-262.
- ID., « La littérature juridique féodale », *Le vassal, le fief et l'écrit. Pratiques d'écriture et enjeux documentaires dans le champ de la féodalité (XI^e-XV^e siècles)*, *Actes de la journée d'étude organisée à Louvain-la-Neuve le 15 avril 2005*, éd. NIEUS (Jean-François), Louvain-la-Neuve, Publications de l'Institut d'études médiévales, 2007, p. 11-34.
- GIRAUD (Charles), « Précis de l'ancien droit coutumier français (2^e article) », *BEC*, t. 13, 1852, p. 1-22.
- GOUTTE (Pierre-Henri), « Évidence, ordre naturel et science économique dans l'œuvre de Quesnay », *Ordre, nature, propriété*, éd. KLOTZ (Gérard), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (*Analyse, épistémologie, histoire économiques*, 28), p. 119-178.
- GOYARD-FABRE (Simone), « École du droit naturel moderne et rationalisme juridique (XVII^e-XVIII^e) », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2010, p. 564-571.
- GRABER (Frédéric), « Entre commodité et consentement. Des enquêtes publiques au XVIII^e siècle », *Participations*, t. 3, 2012/2, p. 93-117.
- GRAS (Michel), « L'École française de Rome dans le Palais Farnèse (1875-2010) », *Mélanges de l'École française de Rome*, t. 122-2, 2010, p. 371-383.
- GROSSI (Paolo), « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *Quaderni fiorentini*, t. 5-6, 1976-1977, p. 201-338 ; réimpr. ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 439-569.
- ID., « Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna') » *Quaderni fiorentini*, t. 14, 1985, p. 401-456, réimpr. ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 385-437.
- ID., « Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto a proposito di un recente "corso" di lezioni) », *Quaderni fiorentini*, t. 15, 1986, p. 593-619.
- ID., « La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico », *Quaderni fiorentini*, t. 17, 1988, p. 359-422 ; réimpr. ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 603-665.
- ID., « Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas) », *Quaderni fiorentini*, t. 19, 1990, p. 179-208, réimpr. ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 217-246.
- GRZEGORCZYK (Christophe), « Ordre juridique comme réalité », *Droits*, t. 35, 2002, p. 103-118.
- GUIBET-LAFAYE (Caroline), « La naturalisation de l'appropriation privative », *Revue de philosophie économique*, t. 15, 2014/2, p. 35-68.
- GUIZZI (Vincenzo), « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo, I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *TVR*, t. 37, 1969, p. 1-46.

- GUTH (Christian), « La *Practica forensis* de Jean Masuer. Étude et édition », *B.E.C.*, 1995, p. 43-45.
- GUYON (Gérard Daniel), « Les annotations de la coutume de Bordeaux et la romanisation du droit pénal », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. KRYNEN (Jacques), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 3), p. 297-328.
- HALPÉRIN (Jean-Louis), « Le codificateur au travail, Cambacérès et ses sources », *Cambacérès, fondateur de la justice moderne. Actes du colloque tenu à Montpellier*, éd. CHATEL DE BRANCION (Laurence), Saint-Remy-en-l'Eau, Éditions Monelle Hayot, 2001, p. 154-165.
- ID., « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001, p. 17-30.
- ID., « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, éd. CAYLA (Olivier), RENOUX-ZAGAMÉ (Marie-France), Paris, Rouen, LGDJ, Publications de l'Université de Rouen, 2001 (*La pensée juridique*), p. 151-163.
- ID., « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *AHRF*, t. 328, 2002, p. 135-151.
- ID., « Exégèse (École) », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2010, p. 681-685.
- ID., « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés », Conférence faite au Japon aux Universités Nanzan (Faculté de droit, Nagoya) et Keio (Faculté de droit, Tokyo), les 25 et 26 février 2010, accessible en ligne [<https://hal-ens.archives-ouvertes.fr/hal-00460386>, consulté le 5 avril 2023].
- ID., « *Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali*. Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes », *TVR*, t. 80, 2012, p. 353-397.
- HAMON (Thierry), « L'exploitation des terres agricoles en droit coutumier breton (XVI^e-XIX^e siècle) », *Terre, Forêt et Droit : Actes des journées internationales d'histoire du droit (12-15 juin 2002)*, éd. DUGAS DE LA BOISSONNY (Christian), Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2006, p. 273-318.
- HAURIOU (André), « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Paris, Sirey, 1934, p. 92-99.
- HEBRAUD (Pierre), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 1-58.
- HÉLAS (Jean-Claude), « L'emphytéose en Cévennes et Gévaudan au xv^e siècle », *Annales du Midi*, t. 97/169, 1985, p. 25-38.
- ID., « Emphyteusis tenure: its role in the economy and in the rural society of eastern Languedoc », *Urban and Rural communities in medieval France. Provence and Languedoc, 1000-1500*, éd. REYERSON (Kathryn), DRENDEL (John), Leiden, Boston, Köln, Brill, 1998 (*The medieval Mediterranean*, 18), p. 193-208.
- HERMENT (Laurent), « Le capitalisme agraire au XIX^e siècle : le champ des possible », *L'Homme & la Société*, t. 193-194, 2014, p. 17-36.
- HERRERA (Carlos Miguel), « Concepts juridiques et contraintes de l'argumentation », *Droits*, t. 55, 2012/1, p. 3-22.
- HIGOUNET (Charles), « Essai sur les granges cisterciennes », *L'économie cistercienne. Géographie et mutations*, éd. HIGOUNET (Charles), Toulouse, Presses universitaires du Midi, Comité départemental du tourisme du Gers, 1983 (*Flaran*, 3), p. 157-180.
- HILAIRE (Jean), « Coutume et droit écrit : recherche d'une limite », *MSHDB*, 1987, p. 153-175.
- ID., « Coutumes rédigées et "gens des champs" », *RHD*, t. 65, 1987, p. 545-573 ; réimpr. HILAIRE (Jean), TERRÉ (François), *La vie du droit : coutumes et droit écrit*, Paris, PUF, 1994 (*Droit, éthique, société*), p. 125-156.

- ID., « Vivre sous l'empire du Code civil. Les partages successoraux inégalitaires au XIX^e siècle », *B.E.C.*, t. 156, 1998, p. 117-141.
- ID., « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^e siècle », *Le Code civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, éd. LEQUETTE (Yves), LEVENEUR (Laurent), Paris, Dalloz, 2004, p. 155-170.
- HUBERT (Étienne), « Urbanisation, propriété et emphytéose au Moyen Âge : remarques introductives », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 1995, p. 1-8.
- HUDAULT (Joseph), « 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.
- IKNI (Guy-Robert), « Nuit du 4 août », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. SOBOUL (Albert) et alii, Paris, PUF, 2006 (*Quadrige*), p. 791-792.
- JAMIN (Christophe), « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 37, 1992, p. 247-267.
- ID., « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », *Mélanges Christian Mouly*, t. I, Paris, Litec, 1998, p. 69-83.
- JAUBERT (Pierre), « À propos de l'ancienne et de la nouvelle coutume de Bordeaux : bilan et perspectives », *Droit privé et institutions régionales, Études historiques offertes à Jean Yver*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 407-429.
- JAVANAUD (Caroline), « Le statut de l'étranger dans le Royaume de France, du Moyen-âge à la Révolution », *Regards sur le droit des étrangers. Actes du colloque de l'ADOC du 24 octobre 2008*, éd. BIOY (Xavier), Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso Éditions, 2010, p. 17-30.
- JEANCLOS (Yves), « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *Hommages à Gérard Boulvert*, Nice, Université de Nice, 1987, p. 333-356.
- JOSSERAND (Louis), « Force majeure et cas fortuit », *DH*, 1934, p. 25-28.
- KAMPS (Werner), « L'emphytéose en droit grec et sa réception en droit romain », *La tenure. Recueil de la société Jean Bodin, t. III*, Bruxelles, Nouvelle société d'éditions, 1938, p. 67-121.
- KELLEY (Donald R.), SMITH (Bonnie G.), « What Was Property ? Legal Dimensions of the Social Question in France (1789-1848) », *Proceedings of the American Philosophical Society*, t. 128, 1984, p. 200-230.
- KILGUS (Nicolas), « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité : une nouvelle étape ? », *D. actualité*, 19 juin 2018.
- KLIMRATH (Henri), « Étude sur les coutumes », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 6, 1837, p. 1-157.
- KRYGIER (Martin), « Law as tradition », *Law and Philosophy*, t. 5, 1986, p. 237-262.
- KRYNEN (Jacques), « Droit romain et État monarchique. À propos du cas français », *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge. Actes du colloque organisé par l'université du Maine les 25 et 26 mars 1994*, éd. BLANCHARD (Joël), Paris, Picard, 1995, p. 13-23.
- ID., « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, t. 7, 2000, p. 171-187.
- ID., « Le droit romain "droit commun de la France" », *Droits*, t. 38, 2003, p. 21-36.
- ID., « La réception du droit romain en France. Encore la bulle *Super speculam* », *RHFD*, t. 28, 2008, p. 227-262.
- KURGANOSKY (Alexandre), « Les fondements du régime actuel des droits d'enregistrement », *Histoire du droit des finances publiques. Volume II. Les grandes étapes de l'évolution de la*

- fiscalité d'État, textes à l'appui*, éd. ISAIA (Henri), SPINDLER (Jacques), Paris, Economica, 1987 (*Finances publiques*), p. 389-460.
- LACCHÈ (Luigi), « L'expropriation pour cause d'utilité publique en France au XIX^e siècle. Origines et développement d'un modèle juridique », *L'expropriation – Deuxième partie, Moyen Âge et Temps modernes, Recueils de la Société Jean Bodin*, t. LXVII, Bruxelles, De Boeck, 2000, p. 79-103.
- LAFARGUE (Jérôme), « Le maniement du droit dans la France rurale du 19^e siècle. Sur l'efficacité symbolique de champs juridiques incertains », *Ruralia*, t.15, 2004 [en ligne : <http://journals.openedition.org/ruralia/1023>, consulté le 19 février 2023].
- LANDAU (Peter), « Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie », *“Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert” : Festschrift Knut Wolfgang Nörr*, éd. ASCHERI (Mario) *et alii*, Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2003, p. 457-474.
- LAPRAT (René), « Aubains (incapacité bénéficiaire des) », *Dictionnaire de droit canonique*, éd. NAZ (Raoul), t. I, Paris, Librairie Letouzey et Ané, col. 1332-1380.
- LAQUERRIÈRE-LACROIX (Aude), « Le droit des particuliers sur les domaines impériaux. Réflexions à partir du Code Théodosien », *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, éd. CROGIEZ-PÉTREQUIN (Sylvie), JAILLETTE (Pierre), Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2012 (*Histoire et civilisations*), p. 311-328.
- LARDEUX (Gwendoline), « La perpétuité des droits réels ou Boileau à la Cour de cassation : vingt fois sur le métier », *LPA*, t. 138, 26 septembre 2018, p. 3-7.
- LARRÈRE (Catherine), « Une philosophie de la propriété. Les physiocrates entre droit naturel et économie », *Fisiocrazia e proprietà terriera a cura di Manuela Albertone*, Napoli, Bibliopolis, 2004 (*Studi settecenteschi*, 24), p. 49-70.
- ID., « L'égalité fiscale : une invention républicaine ? », *Philosophie de l'impôt*, éd. BERNS (Thomas), DUPONT (Jean-Claude K.), XIFARAS (Mikhaïl), Bruxelles, Bruylant, 2006 (*Penser le Droit*), p. 89-104.
- LATOUCHE (Serge), « L'ordre naturel comme fondement imaginaire de la science sociale », *Ordre, nature, propriété*, éd. KLOTZ (Gérard), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (*Analyse, épistémologie, histoire économiques*, 28), p. 193-211.
- LEBEN (Charles), « Ordre juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2010, p. 1113.
- LE BRAS (Gabriel), « La Concorde des droits savants dans le domaine des contrats », *Études d'histoire du droit dédiées à M. Auguste Dumas*, Aix-en-Provence, Imprimerie d'éditions provençales, 1950 (*Annales de la faculté de droit d'Aix*, 43), p. 147-158.
- LEFEBVRE (Georges), « Les recherches relatives à la répartition de la propriété et de l'exploitation foncière à la fin de l'Ancien Régime », *Revue d'histoire moderne*, t. 14, 1928, p. 103-130.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. L'enfant, Deuxième partie : Europe médiévale et moderne*, t. XXXVI, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1976, p. 266-269.
- ID., « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », *Le Code civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, éd. LEQUETTE (Yves), LEVENEUR (Laurent), Paris, Dalloz, 2004, p. 77-86.
- LEGAY (Marie-Laure), « L'État, les pouvoirs intermédiaires et la réforme cadastrale dans la France du XVIII^e siècle », *De l'estime au cadre en Europe. L'époque moderne*, éd. TOUZERY (Mireille), Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2007, p. 373-389.
- LE LAY (Yves-François), PERMINGEAT (Frédérique), « Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIX^e-XX^e siècles), *Géocarrefour*, t. 83, 2008, p. 45-55.

- LEPOINTE (Gabriel), « Le concept de la propriété dans le Code civil : ses origines et son évolution durant le xix^e siècle », *Études de droit contemporain. VI^e confrères international de droit comparé – Hambourg 1962*, Paris, Éditions Cujas, 1962 (*Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris*, 23), p. 101-109.
- LE ROUX (Thomas), « Les mines en révolution : utilité publique et concessions en débats, 1789-1810 », *Les dynamiques économiques de la Révolution française, colloque des 7 et 8 juin 2018*, éd. ABERDAM (Serge), CONCHON (Anne), MARTIN (Virginie), Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2021 (*Histoire économique et financière – Ancien Régime*), p. 61-78.
- LESPINASSE (René DE), « Notice sur les redevances roturières du Nivernois appelées bordelages », *B.E.C.*, 1868, p. 140-155.
- LE VAN-LEMESLE (Lucette), « Les économistes et l'impôt en France au XIX^e siècle », *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles. Colloque des 2, 3 et 4 mars 2001*, éd. LÉVY-LEBOYER (Maurice), LESCURE (Michel), PLESSIS (Alain), Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, p. 235-248.
- LEVENEUR (Laurent), « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », *Le Code civil, une leçon de légistique*, éd. SAINTOURENS (Bernard), Paris, Economica, 2006 (*Études juridiques*, 24), p. 123-149.
- LÉVY (Jean-Philippe), « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen Âge », *RHD*, t. 25, 1957, p. 1-53.
- ID., « Preuve », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2010, p. 1195-1201.
- LE YONCOURT (Tiphaine), « Le contentieux administratif dans l'histoire du droit local électoral », *RDP*, 2017/6, p. 1525-1540.
- LEYTE (Guillaume), « Des arrêts aux arrêtistes. Généalogie de quelques arrêts de principe du parlement de Paris », *Histoire et Archives*, t. 12, 2002, p. 115-138.
- LIBCHABER (Rémy), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437-458.
- ID., « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le titre préliminaire du Code civil*, éd. FAURÉ (Georges), KOUBI (Geneviève), Paris, Economica, 2003 (*Collection Études juridiques*, 16), p. 143-158.
- ID., « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC*, 2013/2, p. 584-592.
- ID., « L'article 543, entre vérité et légendes », *Tribonien*, t. 5, 2020, p. 46-56.
- LOGORAS-FLAVIGNY (Patrick), « Cambacérès et Locke », *AHRF*, t. 307, 1997, p. 105-115.
- LORTEAU (Steve), « La philosophie du droit systématique de l'encyclopédiste Antoine-Gaspard Boucher d'Argis », *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, t. 54, 2019, p. 147-164.
- LOYNES DE FUMICHON (Bruno DE), « Les professeurs de l'université d'Orléans au temps de la première renaissance (1500-1525) et la réception de l'humanisme juridique », *Bulletin de la société archéologique et historique de l'Orléanais*, t. 184, 2020, p. 13-49.
- LUCIFREDI PETERLONGO (Maria Emilia), « *In dubio contra fiscum ?* », *Rivista Italiana di diritto finanziario*, t. 20, 1942, p. 87-116.
- MALAUURIE (Philippe), « Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », *JCP G*, t. 29, 2000, I, p. 246.
- MARTIN-PORTIER (Christine), « À la recherche de revenus sûrs : le cas des ventes déguisées en baux emphytéotiques au miroir de l'enquête de Charles II dans la viguerie de Tarascon en 1297-1299 », *Rives nord-méditerranéennes*, t. 28, 2007, p. 35-44.
- MAZEAUD (Denis), « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, éd. PIGNARRE (Geneviève), Paris, Dalloz, 2005 (*Thèmes et commentaires*), p. 73-97.

- MEIJERS (Eduard Maurits), « Le soi-disant “*jus ad rem*”, *Études d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, Universitaire Pers Leiden, 1966, p. 175-189.
- MESTRE (Jean-Louis), « L'expropriation face à la propriété (du Moyen-Âge au Code civil) », *Droits*, t. 1, 1985, p. 51-62.
- MEYNIAL (Edmond), « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », *Revue générale du droit*, 1903, p. 326-351 et p. 446-457.
- ID., « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVE siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique », *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, 1908, p. 409-461.
- ID., « Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français », *TVR*, 1923, p. 401-421.
- MORANGE (Jean), « La Déclaration et le droit de propriété », *Droits*, t. 8, 1988, p. 101-110.
- MOREAU-DAVID (Jacqueline), « Actes de notoriété, coutume et usage dans l'Ancien Régime », *Coutumes, doctrine et droit savant*, éd. AUGUSTIN (Jean-Marie), GAZEAU (Véronique), Poitiers, LGDJ, 2007, p. 167-180.
- MOURY (Jacques) « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD civ.*, 2004, p. 471-480.
- NAGLE (Jean), « Un aspect de la propriété seigneuriale à Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles : les lods et ventes », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, t. 24, 1977/4, p. 570-581.
- NEGRI (Antonio), « Valorisation du travail et destinée de la propriété individuelle dans le matérialisme des Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, 1992, p. 199-212.
- ORMIÈRES (Jean-Louis), « L'incidence de la Révolution française sur les baux ruraux », *Exploiter la Terre. Les contrats agraires de l'Antiquité à nos jours. Actes du colloque international tenu à Caen du 10 au 13 septembre 1997*, éd. BÉAUR (Gérard), ARNOUX (Mathieu), VARET-VITU (Anne), Rennes, Association d'Histoire des Sociétés Rurales, 2003 (*Bibliothèque d'Histoire Rurale*, 7), p. 379-386.
- OST (François), « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *Annales de droit de Louvain*, t. 59, 1999/1, p. 17-44.
- OURLIAC (Paul), « Le retrait lignager dans le Sud-Ouest de la France », *RHDF*, t. 29, 1952, p. 328-355.
- ID., « Tenures et contrats agraires », *Atti del « Primo Convegno Internazionale di Diritt Agrario »*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 17-19.
- ID., « L'évolution de la condition de la femme en droit français », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. 14, 1967, p. 43-71.
- ID., « Les coutumes du Sud-Ouest de la France », *Études d'histoire du droit médiéval*, t. I, Paris, Picard, 1979, p. 3-15.
- ID., « L'esprit du droit méridional », *Études d'histoire du droit médiéval*, t. I, Paris, Picard, 1979, p. 311-327.
- ID., « 1210-1220 : la naissance du droit français », *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, t. III, Milan, Cisalpino-Goliardica, 1982, p. 489-510.
- PALLASSE (Maurice), « La renaissance du droit romain en Alsace du XIII^e au XVI^e siècle », *MSHDB*, t. 18, 1956, p. 83-106.
- PARADISI (Bruno), « La renaissance du droit romain entre Italie et France », *Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque organisé par la faculté de droit et d'administration de l'université de Varsovie, en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei, le 8-10 octobre 1973*, éd. KUPISZEWSKI (Henryk), WOŁODKIEWCZ (Witold), Varsovie, Université de Varsovie, Faculté de droit et d'administration, 1978, réimpr. ID., *Studi sul medioevo giuridico*, t. II, Roma Nella sede dell'Istituto, 1987 (*Studi storici*), p. 695-709.
- PATAULT (Anne-Marie), « La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *RHD*, t. 61, 1983, p. 217-237.

- ID., « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », *L'évolution contemporaine du droit des biens. Troisièmes Journées Renée Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Paris, PUF, 1991 (*Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers*, 19), p. 3-12.
- ID., « Propriété (Droit de) », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 1253-1259.
- PECOUT (Thierry), « Les actes de reconnaissances provençaux des XIII^e-XIV^e siècles : une source pour l'histoire du pouvoir seigneurial », *Le médiéviste devant ses sources. Questions et méthodes*, éd. CAROZZI (Claude), TAVIANI-CAROZZI (Huguette), Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2004 (*Le temps de l'histoire*), p. 271-286.
- PETOT (Pierre), « L'hommage servile, essai sur la nature juridique de l'hommage », *RHD*, 1927, p. 68-107.
- PETRONIO (Ugo), « Attività giuridica e giurisprudenza in Francia dopo il *Code civil* », *Rivista di diritto civile*, t. 57, 2011/6, p. 615-649.
- ID., « L'idée de code avant et après la codification », *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, éd. CHEVREAU (Emmanuelle), MASI DORIA (Carla), RAINER (Johannes Michael), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2019, spécialement p. 723-744.
- PFISTER (Laurent), « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale du droit*, t. 38/2, 2008, p. 303-338.
- ID., « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *RDC*, 2013/4, p. 1261-1284.
- ID., « La propriété dans l'ABGB, entre modernité et tradition », *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, éd. MEISSEL (Franz-Stefan), PFISTER (Laurent), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 49-88.
- ID., « Propriété démembrée ou démembrements de propriété », *Dictionnaire des biens communs*, éd. CORNU (Marie), ORSI (Fabienne), ROCHFELD (Judith), Paris, PUF, 2017 (*Quadrige*), p. 964-969.
- ID., « The Transfer of Real Property in French Legal History: Between the Consensualist Principle and Formalities », *Übertragung von Immobilienrechten im internationalen Vergleich. Conference on real property law and land register*, éd. SCHMOECKEL (Mathias), Baden-Baden, Nomos, 2018 (*Schriften zum Notarrecht*, 52), p. 157-192.
- ID., « Jouir perpétuellement de la chose d'autrui, "une idée sauvage" ? Sur la durée des droits réels dans la doctrine du XIX^e siècle », *Tribonien*, t. 5, 2020, p. 8-26.
- PILLORGET (René), « L'université de Bourges au XVI^e siècle », *L'État et les forces spirituelles. Colloque de Tours, 1976, EthnPsychologie*, t. 32, 1977, p. 117-133.
- PLANIOL (Marcel), « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit.*, t. 33, 1904, p. 470-490.
- PLESSIS (Alain), « L'impôt des français au XIX^e siècle replacé dans une perspective européenne », *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles. Colloque des 2, 3 et 4 mars 2001*, éd. LÉVY-LEBOYER (Maurice), LESCURE (Michel), PLESSIS (Alain), Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, p. 13-47.
- PLESSIX (Benoit), « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, t. 38, 2003/2, p. 113-134.
- PLUNIAN (Sébastien), « La réception du bail emphytéotique administratif par le droit des contrats administratifs », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, éd. CLAMOUR (Guylain), UBAUD-BERGERON (Marion), Montpellier, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 719-757.
- POLETTI (Louis-Antoine), « Un droit réel de jouissance spéciale grevant un lot au profit d'un autre lot est perpétuel », *Defrénois*, t. 139, 30 août 2018, p. 32-34.

- POLLAUD-DULIAN (Frédéric), « Du droit commun au droit spécial – et retour », *Aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925-950.
- POUMARÈDE (Jacques), « De la difficulté de penser la propriété (1789-1793) », *Propriété et Révolution. Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, éd. KOUBI (Geneviève), Paris, Toulouse, Éditions du CNRS, Presses de l'Université de Toulouse 1, 1990, p. 27-42.
- ID., « Les arrêtistes du Parlement de Toulouse », *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*, éd. POUMARÈDE (Jacques), THOMAS (Jack), Toulouse, Framespa, 1996, p. 369-391.
- ID., « Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du parlement de Bordeaux », *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, éd. ALLINNE (Jean-Pierre), Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011 (*Méridiennes*), p. 123-137.
- ID., « La législation successorale de la Révolution entre l'idéologie et la pratique », *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, éd. ALLINNE (Jean-Pierre), Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011 (*Méridiennes*), p. 307-318.
- POUSSAU (Jean-Pierre), « Le dynamisme de l'économie française sous Louis XVI », *Revue économique*, t. 40, 1989/6, p. 965-984.
- PREVOST (Xavier), « *Mos gallicus jura docendi*, La réforme humaniste de la formation des juristes », *RHFD*, t. 89, 2011, p. 491-513.
- ID., « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), les 6 et 7 juin 2013*, éd. LAURENT-BONNE (Nicolas), POSE (Nicolas), SIMON (Victor), Paris, Mare & Martin, 2014 (*Histoire du droit*), p. 119-138.
- ID., « La réticence des humanistes envers le consensualisme », *Revue des contrats*, 2015/1, p. 140-144.
- ID., « *Ius in artem redigere*. Ramisme et systématisme chez quelques jurisconsultes humanistes français (Coras, Doneau, Grégoire) », *RHD*, t. 97, 2019, p. 463-482.
- PUGLIESE (Giovanni), « Diritti reali », *Enciclopedia del diritto*, t. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 755-776.
- RAMIS-BARCELO (Rafael), « La recepción de la obra de Rodolfo Agricola en los juristas (1500-1600) », *RHD*, t. 97, 2019/4, p. 443-482.
- RAMPENBERG (René-Marie), « La vente est-elle translatrice de propriété ? Variations franco-germaniques sur un thème romain », *RHFD*, t. 19, 1998, p. 49-63.
- REGNAULT (Henri), « L'insinuation des actes emportant transfert de propriété à titre onéreux dans l'ancien droit », *Mélanges Paul Fournier*, Paris, Sirey, 1929, p. 665-683.
- RÉMY (Philippe), « La part faite au juge », *Pouvoirs*, t. 107, 2003/4, p. 22-36.
- ID., « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, t. 1, 1985, p. 115-123.
- RENOUX-ZAGAMÉ (Marie-France), « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », *Droits*, t. 1, 1985, p. 17-31.
- ID., « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *RHFD*, t. 10-11, 1990, p. 133-152.
- ID., « Propriété », *Dictionnaire de philosophie politique*, éd. RAYNAUD (Philippe), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 1996, p. 503-508.
- ID., « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil », *Droits*, t. 41, 2005/1, p. 19-36.
- ID., « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : les leçons des plaidoyers du Parquet », *Traditions savantes et codification. Actes du VII^e Congrès ARISTEC. Poitiers, 8, 9, et*

- 10 septembre 2005, éd. OPHÈLE (Claude), RÉMY (Philippe), Poitiers, Université de Poitiers, LGDJ, 2007, p. 3-22.
- RETAT (Pierre), « La jouissance physiocratique », *Ordre, nature, propriété*, éd. KLOTZ (Gérard), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (*Analyse, épistémologie, histoire économiques*, 28), p. 179-191.
- REULOS (Michel), « L'importance des praticiens dans l'humanisme juridique », *Pédagogues et Juristes. Congrès du Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de Tours : Été 1960*, Paris, J. Vrin, 1963 (*De Pétrarque à Descartes*, 4), p. 119-133.
- ID., « Les juristes humanistes et la Coutume de Normandie », *Droit privé et institutions régionales, Études historiques offertes à Jean Yver*, éd. SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS DES PAYS DE L'OUEST DE LA FRANCE, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 605-613.
- ID., « L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) au XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle », *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, t. I, Florence, L.S. Olschki, 1977, p. 281-288.
- REMET (Thierry), « Présentation », *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, éd. REMET (Thierry), Paris, LGDJ, 2005, p. IX-X.
- ID., « Rapport de synthèse », *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, éd. REMET (Thierry), Paris, LGDJ, 2005, p. 595-603.
- ID., « Un nouveau cas de propriété divisé », *RTD Civ.*, 2012, p. 553-555.
- RIALS (Stéphane), « Le contrôle de l'État sur les chemins de fer (des origines à 1914) », *Administration et contrôle de l'économie (1800-1914)*, Genève, Droz, 1985, p. 78-93.
- RICHARD (Hugues), « Les juristes nivernais et l'ancienne université de Bourges. Ébauche d'une recherche », *MSHDB*, t. 57, 2000, p. 171-183.
- RICHARDOT (Hubert), « Le fief roturier à Toulouse aux XII^e et XIII^e siècles », *RHD*, t. 14, 1935, p. 307-359 et p. 495-569.
- ID., « Francs-fiefs. Essai sur l'exemption totale ou partielle des services de fief », *RHD*, t. 26, 1949, p. 229-273.
- RIGAUDIÈRE (Albert), « La pénétration du vocabulaire édictal romain dans les coutumiers français des XIII^e et XIV^e siècles », *El dret comú y Catalugna. Actes du colloque tenu à Barcelone, les 30 mai-1^{er} juin 1996*, éd. IGLESIA-FERREIROS (Aquilino), Barcelone, Fundacio Noguera, 1997, p. 161-197 ; réimpr. ID., *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (XIII^e-XV^e siècle)*, Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2003 (*Histoire économique et financière – Moyen Âge*), p. 67-92.
- ID., « Un rêve royal français : l'unification du droit », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, t. 148, 2004/4, p. 1553-1567.
- RIVÉRO (Jean), « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, p. 99-102.
- ROBIN (Régine), « Fief et seigneurie dans le droit et l'idéologie juridique à la fin du XVIII^e siècle », *Annales historiques de la Révolution française*, t. 206, 1971, p. 554-602.
- ROSSI (Giovanni), « Le *questiones de iure emphyteutico* di Giasone del Maino. Il giurista di diritto comune al lavoro : noto di método », *Giasone del Maino (1439-1519), Diritto, politica, letteratura nell'esperienza di un giurista rinascimentale*, éd. DEZZA (Ettore), COLLOCA (Stefano), Bologne, Il Mulino, 2020, p. 15-37.
- ROULAND (Norbert), « Acculturation juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 4-6.
- ROUMY (Franck), « Histoire du notariat et du droit notarial en France », *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, éd. SCHMOECKEL (Mathias), SCHUBERT (Werner), Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 125-165.

- ID., « La contribution du droit canonique médiéval à l'élaboration d'une typologie des filiations dans les droits européens contemporains », *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 1 : Zivil- und Zivilprozessrecht*, éd. CONDORELLI (Orazio), ROUMY (Franck), SCHMOECKEL (Mathias), Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2009 (*Norm und Struktur*, 37/1), p. 265-287.
- ID., « *Excerpta Rotomagensia*, un des plus anciens témoignages de la diffusion du droit de Justinien en France au XII^e siècle », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, éd. D'ALTEROCHE (Bernard), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 917-947.
- ROUVIÈRE (Frédéric), « Le revers du principe "Différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, éd. CHÉROT (Jean-Yves) *et alii*, Bruxelles, Bruylant, 2013 (*Penser le droit*, 20), p. 415-448.
- RÜFNER (Thomas), « The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of *Dominium Utile* », *The Creation of the Ius Commune. From Casus to Regula*, éd. CAIRNS (John W.), DU PLESSIS (Paul J.), Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, p. 127-142.
- SAINT-ALARY-HOUIN (Corinne), « Le bail emphytéotique, un vieux contrat toujours séduisant », *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, éd. DECOCQ (Georges) *et alii*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 319-328.
- SAHLINS (Peter), « Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne. Réponse à Simona Cerutti », *Annales. HSS*, t. 63, 2008/2, p. 385-398.
- SAGNAC (Philippe), « Les ventes de biens nationaux d'après des recueils de documents et des travaux récents », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, 1905/10, p. 737-775.
- SAUVEL (Tony), « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5-53.
- SCHNERB (Robert), « Quelques observations sur l'impôt en France dans la première moitié du XIX^e siècle », *Deux siècles de fiscalité française. XIX^e-XX^e siècle. Histoire, économie, politique*, éd. BOUVIER (Jacques), WOLFF (Jean), Paris, La Haye, Mouton Éditeur, 1973 (*Le savoir historique*, 5), p. 71-78.
- ID., « Technique fiscale et partis pris sociaux. L'impôt foncier en France depuis la Révolution », *Deux siècles de fiscalité française. XIX^e-XX^e siècle. Histoire, économie, politique*, éd. BOUVIER (Jacques), WOLFF (Jean), Paris, La Haye, Mouton Éditeur, 1973 (*Le savoir historique*, 5), p. 79-104.
- SCHOLTENS (J. E.), « Bartolus and his Doctrine of Subjective Rights », *Acta Juridica*, 1958, p. 163-169.
- SCHRAGE (Eltjo J. H.), « *Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte », « *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert* »: *Festschrift Knut Wolfgang Nörr*, éd. ASCHERI (Mario) *et alii*, Köln, Weimar, Wien, Böhlau Verlag, 2003, p. 913-958.
- SERMET (Laurent), « Propriété (Droit de -) et biens », *Dictionnaire des droits de l'homme*, éd. ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël) *et alii*, Paris, PUF, 2008, p. 645-649.
- SERRAND (Pierre), « La loi dans la pensée des rédacteurs du code civil », *Droits*, t. 42, 2005, p. 31-48.
- SICARD (Germain), « Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Propriété et Révolution. Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, éd. KOUBI (Geneviève), Paris, Toulouse, Éditions du CNRS, Presses de l'Université de Toulouse 1, 1990, p. 17-26.
- SIZAIRE (Christophe), « Qualification et révision de la redevance », *Construction-urbanisme*, t. 10, octobre 2016, comm. 135.
- SOBOUL (Albert), « La Révolution française et la "féodalité" », *AHRF*, t. 193, 1968, p. 289-298.
- ID., « Survivances "féodales" dans la société rurale du XIX^e siècle », *Annales E.S.C.*, t. 23, 1968, p. 965-986.

- SOTTY (Richard), « Les actions qualifiées d' "utiles" en droit romain classique », *Labeo*, t. 25, 1979, p. 139-162.
- SOULA (Laurence), « Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la cour de cassation. Le Chaos de la jurisprudence au XIX^e siècle », *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XXe siècles)*, éd. KRYNEN (Jacques), GAVEN (Jean-Christophe), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2012 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 17), p. 417-436.
- STEINBERG (Sylvie), « "Au défaut des mâles" Genre, succession féodale et idéologie nobiliaire (France, XVI^e-XVII^e siècles) », *Annales HSS*, t. 67, 2012, p. 679-713.
- STEINER (Philippe), « Le projet physiocratique : théorie de la propriété et lien social », *Revue économique*, t. 38, 1987/6, p. 1111-1128.
- ID., « L'héritage au XIX^e siècle en France : loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique*, t. 59, 2008/1, p. 75-97.
- STURM (Fritz), « La nature juridique de la *rei vindicatio* », *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, t. II, éd. FEENSTRA (Robert) et alii, Amsterdam, J. C. Gieben, 1995, p. 505-512.
- 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 », *RDP*, 1974, p. 1295-1318.
- SURATTEAU (Jean-René), « Coups d'État du directoire (Les) », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. SOBOUL (Albert) et alii, Paris, PUF, 2006 (*Quadrige*), p. 300-306.
- TEYSSIER (Éric), « La vente des biens nationaux et la question agraire, aspects législatifs et politiques, 1789-1795 », *Rives nord-méditerranéennes*, t. 5, 2000, p. 45-62.
- TEYSSOT (Josiane), « Jean Mazuer, un grand juriste riomois au XV^e siècle », *L'Histoire en Auvergne. Revue archéologique et historique*, t. 2, 1995, p. 83-85.
- THEISEN (Frank), « Überlegungen zum Beitrag der Kanonistik zur Entwicklung der Emphyteuse im 13. Jahrhundert », *Proceedings of the Eleventh International Congress of Medieval Canon Law (Catania, 30 July-6 August 2000)*, Vatican, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2006, p. 649-660.
- THÉRY (Philippe), « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, t. 23, 1996, p. 41-52.
- ID., « Le juge dans le Code civil », *Le Code civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 657-670.
- THIREAU (Jean-Louis), « L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI^e siècle. Continuité ou rupture ? », *RHFD*, t. 2, 1985, p. 27-36.
- ID., « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD*, t. 10-11, 1990, p. 153-191.
- ID., « La doctrine civiliste avant le Code civil », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 13-51.
- ID., « Le jurisconsulte », *Droits*, t. 20, 1994, p. 21-30.
- ID., « L'alliance des lois romaines avec le droit français », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. KRYNEN (Jacques), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, 3), p. 347-374.
- ID., « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, éd. CARBASSE (Jean-Marie), DEPAMBOUR-TARRIDE (Laurence), Paris, PUF, 1999 (*Droit et Justice*), p. 141-149.
- ID., « Fondements romains et fondements coutumiers du code civil », *Droits*, t. 42, 2005, p. 3-18.
- ID., « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, éd. REVET (Thierry), Paris, LGDJ, 2005, p. 157-174.
- ID., « La coutume dans son ordre naturel, ou la doctrine coutumière saisie par le rationalisme », *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*,

- éd. BURGAUD (Emmanuelle), DELBREL (Yann), HAKIM (Nader), Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 1017-1040.
- ID., « Droit commun », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 445-448.
- ID., « Droit français », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 484-487.
- ID., « Humaniste (jurisprudence) », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, Lamy-PUF, 2010, p. 795-800.
- THOMAS (Yan), « Le droit entre les mots et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 23, 1978, p. 93-114.
- THUNIS (Xavier), « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 521-542.
- TISSET (Pierre), « Mythes et réalités du droit écrit », *Mélanges Pierre Petot*, Paris, LGDJ, 1959, p. 553-560.
- TIXIER (Jean-Luc), « Le bail réel immobilier », *RDI*, t. 9, 2013, p. 398-404.
- TOUBERT (Pierre), « Emphyteusis, Erbleihe », *Lexikon des Mittelalters*, t. III, Stuttgart, Brepols, 1977-1999, col. 1892-1895.
- TSCHAEN (Louis), « Le cadastre de la province d'Alsace (1760-1764). Initiative d'un intendant novateur », *De l'estime au cadre en Europe. L'époque moderne*, éd. TOUZERY (Mireille), Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2007, p. 117-146.
- TUDESQ (André-Jean), « Les listes électorales de la Monarchie censitaire », *Annales E.S.C.*, t. 13, 1958/2, p. 277-288.
- VACCARI (Paolo), « Enfiteusi (storia) », *Enciclopedia del diritto*, t. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 915-920.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (Gabriel DE LA BROUË, MARQUIS DE), « La définition de la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.*, 1905, p. 443-495.
- VEILLON (Didier), « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI^e au XVIII^e siècle », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, t. 3, 2011, p. 149-161.
- VENDRAND-VOYER (Jacqueline), « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont I*, t. 18, 1981, p. 313-381.
- ID., « La coutume rédigée (1510), ses commentaires, ses commentateurs », *La coutume d'Auvergne. Formation et expression d'un patrimoine juridique*, éd. GARNIER (Florent), *Revue d'Auvergne*, t. 125/599, 2011, p. 9-18.
- VERGER (Jacques), « La fondation de l'université de Bourges (1463-1474) », *Journal des Savants*, 2014, p. 235-268.
- VERLEY (Patrick), « Équité, efficacité, incidence économique de la fiscalité du XIX^e siècle », *L'impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles. Colloque des 2, 3 et 4 mars 2001*, éd. LÉVY-LEBOYER (Maurice), LESCURE (Michel), PLESSIS (Alain), Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, p. 49-66.
- VERN (Flora), « Le droit réel de jouissance spéciale, toujours ? », *Gaz. Pal.*, t. 325, 17 juillet 2018, p. 17-19.
- VIADER (Roland), « Les contrats agraires dans le sud de la France (X^e-XV^e siècles) », *Contratti agrari e rapporti di lavoro nell'Europa medievale. Atti del Convegno internazionale di studi Montalcino, 20-22 settembre 2001*, éd. CORTONESI (Alfio), MONTANARI (Massimo), NELLI (Antonella), Bologna, Clueb, 2006, p. 225-250.
- VIDAL (Michel), « La propriété dans l'École de l'Exégèse en France », *Quaderni fiorentini*, 1978, p. 7-40.

- ID., « Taille réelle et droit de franc-fief en Languedoc : cumul ou incompatibilité », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, t. 13, 1985, p. 189-202.
- ID., « Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e siècle », *RHD*, t. 86, 2008, p. 263-273.
- VIALARD (Marianne), « La critique du projet de Code rural de 1808 par la commission consultative de Toulouse », *Identités méridionales : entre conscience de soi et visions de l'autre. Actes du 126^e congrès des sociétés historiques et scientifiques, « Terres et hommes du Sud »*, Toulouse, 2001, éd. GUILLAUME (Pierre), Paris, éditions du CTHS, 2003 (*Actes du Congrès national des sociétés savantes*, 126), p. 59-72.
- VILLERS (Robert), « La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. L'étranger (deuxième partie)*, t. X, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1958, p. 139-150.
- ID., « Les preuves dans l'ancien droit français du XVI^e au XVIII^e siècles », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve (Deuxième partie : Moyen Âge et Temps modernes)*, t. XVII, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1965, p. 345-356.
- VILLEY (Michel), « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne. Suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs », *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, Publication de l'université de Paris, Sirey, 1950, p. 187-225.
- ID., « Les fondateurs de l'École du droit naturel moderne au XVII^e siècle », *Archives de philosophie du droit*, t. 6, 1961, p. 73-105.
- ID., « Notes sur le concept de propriété », *Critique de la pensée juridique moderne. Douze autres essais*, Dalloz, Paris, 1976, p. 187-200.
- VOILLIOT (Christophe), « Les élections au suffrage censitaire en France (1814-1848) : mythes et réalités », *Les Français et le vote, depuis 1789. 11^e colloque historique des bords de Marne, 22 septembre 2012*, Le Perreux-sur-Marne, Communauté d'agglomération de la Vallée de la Marne, 2013, p. 27-39.
- WEIDENFELD (Katia), « Le modèle romain dans la construction d'un droit public médiéval : "assimilations et distinctions fondamentales" devant la justice aux XIV^e et XV^e siècles », *RHD*, t. 81, 2003, p. 479-502.
- WIJFFELS (Alain), « Ancien Régime France : Legal Particularism under the Absolute Monarchy », *The Laws' Many Bodies. Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c1600-1900*, éd. DONLAN (Sean Patrick), HEIRBAUT (Dirk), Berlin, Duncker & Humblot, 2015 (*Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, 32), p. 81-108.
- XIFARAS (Mikhaïl), « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *Droits*, t. 42, 2005/3, p. 49-74.
- ID., « Comment rendre le passé contemporain ? », *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*, éd. PREVOST (Xavier), LAURENT-BONNE (Nicolas), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 27-32.
- YVER (Jean), « Les caractères originaux de la coutume de Normandie », *Mémoires de l'Académie des Sciences, Arts et Belles-Lettres de Caen*, t. 12, 1952, p. 307-356.
- ID., « Les caractères originaux du groupe des coutumes de l'Ouest de la France », *RHDFE*, 1952/1, p. 18-79.
- ID., « Les deux groupes de coutumes du Nord », *Revue du Nord*, t. 140, 1953, p. 197-220 et t. 141, 1954, p. 5-36.
- ID., « Sur deux jugements du Maître-échevin de Metz (1361 et 1376), concernant le partage successoral entre enfants de plusieurs lits. Étude de géographie coutumière », *Mélanges Louis*

Falletti [Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Lyon], t. II, Paris, Dalloz, 1971, p. 591-600.

ID., « Le président Thibault Baillet et la rédaction des coutumes, 1496-1514 », *RHD*, t. 64, 1986, p. 19-42.

ZELLER (Olivier), « Baux généraux, baux particuliers et emphytéoses. Points de droit et pratiques au XVIII^e siècle », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, éd. FARON (Olivier), HUBERT (Étienne), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1995 (*Collection d'histoire et d'archéologie médiévales*, 2), p. 85-100.

Table des matières

SOMMAIRE.....	7
REMERCIEMENTS.....	9
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	11
INTRODUCTION	13
PARTIE I..L'ENRACINEMENT DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE DANS L'ANCIEN DROIT	
29	
TITRE I LA NATURALISATION D'UN CONTRAT D'ORIGINE ROMAINE DANS L'ANCIEN DROIT	33
<i>Chapitre 1 Les contours de la notion de bail emphytéotique</i>	<i>35</i>
Section 1 La transplantation du bail emphytéotique dans l'ancien droit.....	36
§. 1 Une transposition imparfaite du bail emphytéotique romain dans le groupe des coutumes du Nord-Est.....	37
A. Une introduction timide du bail emphytéotique dans les pays de coutumes.....	37
B. Les facteurs de la réception officielle.....	40
§. 2 L'assimilation du bail emphytéotique romain dans les pays de droit écrit	45
A. Le bail emphytéotique dans les coutumes rédigées du Midi.....	45
B. L'influence de la pratique méridionale sur les coutumes du Centre.....	51
Section 2 Le renouvellement du bail emphytéotique dans l'ancien droit.....	56
§. 1 Les hésitations relatives à la formation du contrat : entre consentement et formalités.....	58
A. Un consentement nécessaire mais insuffisant	58
1. Les qualités des parties	59
2. L'expression du consentement des parties.....	64
B. Un transfert de droit formaliste	71
C. Le cas particulier du bail emphytéotique ecclésiastique.....	75
§. 2 La qualification controversée du droit d'emphytéose.....	78
§. 3 Une identification rationnelle des obligations essentielles du bail emphytéotique	
84	
A. Une obligation de délivrance.....	85
B. Une obligation d'amélioration.....	89
C. Une obligation de paiement de la redevance.....	94
§. 4 La remise en cause du caractère perpétuel du bail emphytéotique.....	99
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	107
<i>Chapitre 2 La fixation du régime du bail emphytéotique</i>	<i>109</i>
Section 1 L'altération des règles romaines encadrant le bail emphytéotique.....	109
§. 1 Une répartition distributive des risques	110
A. Le partage de la responsabilité en cas de perte de la chose emphytéotique	111
B. Un refus persistant de réévaluer la redevance	114
§. 2 Un encadrement corrigé de la procédure d'aliénation	117
A. L'abandon du consentement du bailleur	119
B. Le paiement de droits de mutation d'origine seigneuriale	128
§. 3 Une fin de contrat tempérée au profit de l'emphytéote.....	135
A. Les causes d'extinction assouplies sous l'influence du droit coutumier.....	136
B. Les effets de l'extinction encadrés par l'ancien droit	143
Section 2 L'enrichissement du régime du bail emphytéotique par le droit commun coutumier	147
§. 1 L'insertion du bail emphytéotique dans l'organisation foncière d'Ancien Régime	147

A.	La fixation de l'étendue des droits de l'emphytéote.....	148
1.	L'emphytéote, un propriétaire aux yeux des tiers	149
2.	Des limites aux droits de l'emphytéote dans ses rapports avec le bailleur ..	154
B.	Les contreparties d'un droit d'emphytéose étendu	156
§. 2	L'application du régime successoral coutumier	160
A.	Une concordance tenue entre inégalité successorale et bail emphytéotique	161
B.	La préservation de l'intérêt familial.....	164
1.	La condition des biens	164
2.	La condition des personnes.....	167
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	175
TITRE II	LE RAYONNEMENT DU MODÈLE EMPHYTÉOTIQUE DANS L'ANCIEN DROIT	177
<i>Chapitre 1</i>	<i>La construction doctrinale du modèle emphytéotique</i>	179
Section 1	La définition du modèle	181
§. 1	Une compréhension du bail emphytéotique dépendante des méthodes utilisées 181	
A.	L'actualisation des classifications romaines	182
B.	La recherche de similitudes par la comparaison.....	188
§. 2	Le bail emphytéotique, pivot de la réflexion sur les concessions de longue durée 195	
A.	La mise en évidence des critères du modèle	196
B.	L'identification inachevée du bail emphytéotique à un genre des baux de longue durée.....	201
Section 2	Les utilités du modèle.....	211
§. 1	Un cadre technique d'interprétation de l'ancien droit	212
A.	Éclairer les incertitudes du droit coutumier	212
B.	Trancher les différends judiciaires.....	216
§. 2	Une réponse pragmatique aux insuffisances de l'ancien droit	222
A.	Comblar les lacunes du droit féodal	222
B.	Comblar les lacunes du droit coutumier	228
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	235
<i>Chapitre 2</i>	<i>Les mises à l'épreuve du modèle emphytéotique</i>	237
Section 1	Les réticences des feudistes : la concurrence du fief	238
§. 1	La divergence persistante des notions.....	240
§. 2	La réaffirmation de la spécificité des régimes.....	247
Section 2	La critique physiocrate : une relecture économique	250
§. 1	De sérieuses réserves à l'encontre du bail emphytéotique	251
§. 2	Un statut ambigu de l'emphytéote.....	255
Section 3	L'ambivalence des cahiers de doléances de 1789 : entre intérêt économique et dérives féodales.....	260
§. 1	Le rejet des charges imposées à l'emphytéote	262
§. 2	La reconnaissance de l'utilité du bail emphytéotique.....	270
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	275
	CONCLUSION DE PARTIE.....	277

**PARTIE II LA REFONDATION DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE À L'AUNE DU DROIT
CONTEMPORAIN.....279**

TITRE I	LA REMISE EN CAUSE DES FONDEMENTS SUBSTANTIELS.....	281
<i>Chapitre 1</i>	<i>Le rejet catégorique de la perpétuité</i>	283
Section 1	Expurger le bail emphytéotique de la féodalité.....	284
§. 1	L'épuration engagée par le législateur.....	285
A.	Une éviction sans appel par la législation révolutionnaire.....	286
B.	Une condamnation confirmée dans les projets de Code civil.....	293
§. 2	La traque poursuivie par la jurisprudence.....	298
A.	Caractériser le vice de féodalité à partir de la perpétuité	299
1.	La détermination du champ d'application de la loi	299

2.	L'instauration d'un double-filtre.....	304
B.	« Déféodaliser » le bail emphytéotique.....	308
Section 2	La difficile survie du bail emphytéotique.....	313
§. 1	La contestation de l'existence du bail emphytéotique.....	314
A.	L'opportunité manquée de refonder le bail emphytéotique.....	314
1.	Dans les travaux préparatoires.....	315
2.	La controverse doctrinale.....	321
B.	L'exception française à l'aune des codifications européennes.....	325
§. 2	La survie du bail emphytéotique assurée par la jurisprudence.....	329
A.	La reconnaissance de l'existence du bail emphytéotique.....	330
B.	La préservation d'une institution d'exception.....	334
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	343
<i>Chapitre 2</i>	<i>La difficulté de s'affranchir du domaine divisé.....</i>	<i>345</i>
Section 1	La confrontation de l'emphytéose à la conception unitaire de la propriété.....	346
§. 1	Le maintien latent de la division du domaine.....	346
A.	La permanence du domaine utile.....	347
B.	Les hésitations jurisprudentielles et doctrinales : dépasser la division du domaine.....	352
§. 2	La soumission à la conception unitaire de la propriété.....	359
A.	La redéfinition du bail emphytéotique.....	360
1.	La concession d'un droit réel en contrepartie d'une redevance.....	360
2.	L'identification de caractères habituels.....	365
B.	La rénovation du droit d'emphytéose.....	368
Section 2	Le renouvellement de l'intérêt porté au bail emphytéotique.....	373
§. 1	L'utilisation du bail emphytéotique dans la consolidation du droit administratif 374	
A.	L'analogie entre les concessions de droit public et le bail emphytéotique.....	374
B.	L'autonomisation des concessions de droit public.....	380
§. 2	L'emphytéote, un quasi-proprétaire électeur.....	386
A.	Préserver l'ordre politique.....	387
B.	Favoriser l'esprit conservateur.....	391
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	397
TITRE II	LA RECONSTRUCTION PROGRESSIVE DU RÉGIME DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE.....	399
<i>Chapitre 1</i>	<i>La réception sélective des règles d'Ancien Régime.....</i>	<i>401</i>
Section 1	La réponse face au silence du Code civil.....	401
§. 1	Exhumer des fondements juridiques, l'héritage de l'ancien droit.....	402
A.	Opérer une sélection parmi les sources de l'ancien droit.....	404
B.	Recourir à un « droit commun » d'Ancien Régime.....	408
§. 2	Conformer l'ancien droit aux principes du Code civil, une interprétation jurisprudentielle.....	413
A.	La reprise explicite des règles de l'ancien droit.....	413
B.	La réappropriation nécessaire de l'ancien droit.....	419
Section 2	La formation progressive d'un corps de règles cohérent et homogène.....	426
§. 1	Une reconstruction jurisprudentielle et doctrinale.....	426
A.	L'apport des juridictions à la systématisation du régime.....	427
B.	Une consolidation doctrinale inachevée.....	432
§. 2	Une consécration légale tardive.....	436
A.	Une lente maturation.....	437
B.	Une confirmation de la jurisprudence antérieure.....	442
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	449
<i>Chapitre 2</i>	<i>L'enrichissement du régime par l'emprunt au droit commun.....</i>	<i>451</i>
Section 1	Suppléer par la vente et ses effets.....	452
§. 1	Conclure un bail emphytéotique : la proximité avec la formation du contrat de vente 453	
A.	La reprise des formalités de la vente.....	454

B.	L'adoption des droits d'enregistrement prévus pour la vente	457
§. 2	Imposer un quasi-propiétaire	460
A.	Le principe : une charge réservée à l'emphytéote	461
B.	Les aménagements : une décharge partielle de l'emphytéote	463
§. 3	Défendre le droit d'un quasi-propiétaire.....	465
Section 2	Suppléer avec le louage	467
§. 1	L'emprunt des principales modalités de paiement d'un loyer ordinaire.....	468
§. 2	Le ralliement au régime successoral du locataire ordinaire	472
Section 3	La sécurité du bail emphytéotique contrariée par la persistance d'incertitudes 477	
§. 1	L'encadrement de l'expropriation pour cause d'utilité publique : le choix difficile entre usufruit et louage.....	478
§. 2	Les modalités de paiement des droits de mutation : la confusion entre vente, louage et usufruit.....	486
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	493
	CONCLUSION DE PARTIE.....	495
	CONCLUSION.....	497
	ANNEXE 1	503
	ANNEXE 2.....	505
	ANNEXE 3.....	509
	INDEX DES NOMS	511
	INDEX DES MATIÈRES.....	515
	SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	517
A.	Sources imprimées.....	517
1.	Coutumes	517
2.	Législation	517
a.	Époque moderne	517
b.	Époque contemporaine.....	517
3.	Doctrine	518
a.	Époque moderne	518
b.	Époque contemporaine.....	525
4.	Recueils de jurisprudence	530
a.	Époque moderne	530
b.	Époque contemporaine.....	532
5.	Répertoires notariaux.....	532
a.	Époque moderne	532
b.	Époque contemporaine.....	532
6.	Textes de droit romain.....	532
B.	Bibliographie.....	533
1.	Ouvrages	533
2.	Articles.....	542
	TABLE DES MATIÈRES	565

Le bail emphytéotique.

De la rédaction des coutumes à la loi du 25 juin 1902

Résumé

Retracer l'histoire juridique du bail emphytéotique conduit à une réflexion plus large sur l'acculturation d'un contrat d'origine romaine dans l'ancien droit puis le droit contemporain. À compter de la rédaction officielle des coutumes, le bail emphytéotique s'enracine dans l'ancien droit. En acquérant certains traits saillants du droit coutumier, tout en se dépouillant d'une partie de sa romanité, ce contrat est naturalisé. Simultanément, il est compris par une partie de la doctrine d'Ancien Régime comme un modèle des baux de longue durée, participant aux tentatives vers la systématisation, voire l'unification, du droit. Dès 1789, la refondation du bail emphytéotique à l'aune du droit contemporain est amorcée. Face à un législateur tantôt indifférent tantôt hostile, les juridictions, au renfort desquelles certains auteurs prêtent leur plume, rénovent le contrat et son régime, jusqu'à ce que la loi du 25 juin 1902 finisse enfin par consacrer l'essentiel des solutions jurisprudentielles élaborées au cours du XIX^e siècle. Assimilé dans l'ancien droit puis réinterprété pour se conformer aux principes irriguant le droit civil postrévolutionnaire, le bail emphytéotique résiste aux changements d'ordres juridiques. Il se révèle ainsi un outil de mise à disposition des biens, distinct de la vente et du louage, dont la plasticité lui assure longévité et pérennité.

MOTS-CLÉS : DROIT RÉEL ; DOUBLE DOMAINE ; DROIT DE PROPRIÉTÉ ; BAIL DE LONGUE DURÉE ; BAIL PERPÉTUEL ; EMPHYTÉOSE, BAIL EMPHYTÉOTIQUE.

Emphyteusis.

From the drafting of the customs to the law of 25 June 1902

Abstract

Tracing the legal history of emphyteusis leads to a broader reflection on the acculturation of a contract of Roman origin into the old French law and then into the postrevolutionary one. From the official drafting of the customs, emphyteusis took root in the old French law. By acquiring key features of customary law, while at the same time abandoning some of its Roman law attribute, this contract was naturalized. It was simultaneously understood by some of the old French authors as a model for long-term leases, participating in attempts to systematize, and even unify, law. As early as 1789, the regeneration of emphyteusis in light of new civil law principles began. Confronted to a legislator that was sometimes indifferent and sometimes hostile, the courts, with the support of certain authors, renovated the contract and its regime, until the law of 25 June 1902 finally enshrined most of case law solutions developed during the 19th century. Absorbed in the old French law and then reinterpreted to be conformed to the principles irrigating postrevolutionary civil law, emphyteusis resisted the changes in legal orders. It is thus a tool for making property available, distinct from sale and lease contracts, whose plasticity ensures its longevity and durability.

KEYWORDS: REAL RIGHT; DUAL OWNERSHIP; OWNERSHIP; LONG-TERM LEASING; PERPETUAL LEASING; EMPHYTEUSIS.