

DEBAT ACTUEL EN DROIT ROMAIN SUR LE CONCEPT DE PROPRIETE (*)

Dr. Bülent TAHİROĞLU
Professeur agrégé à la Faculté
de Droit d'Istanbul

I. LE CONCEPT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT ROMAIN

La propriété est le droit réel excellence, le plus étendu et le plus ancien de tous les droits réels¹.

L'histoire du droit de propriété a évolué avec la civilisation d'un peuple déterminé. Plusieurs sortes de concepts peuvent être distingués qui peuvent d'ailleurs coexister à certains moments.

La propriété individuelle a été la base de l'organisation économique des peuples civilisés depuis bien des siècles². Dans les sociétés primitives par contre, elle n'existe que pour les choses mobilières, essentiellement les objets à usage personnel : les vêtements, les armes, les ustensiles, les bijoux... Quand les hommes ne cultivent pas la terre et ne vivent que de la chasse, de la pêche et de la cueillette des fruits sauvages, il n'est pas question d'une appropriation de la terre que nous la connaissons³. Par exemple,

(*) Communication présentée à la première semaine juridique Franco-Turque organisée par la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul et l'Institut Français d'Etudes Anatoliennes d'Istanbul (Istanbul, 9-12 mai 1983).

- 1) GIRARD, P.F., Manuel Élémentaire de Droit Romain, Quatrième Edition, Paris, 1906, p. 253.
- 2) WEILL A., Droit civil, les biens, deuxième édition, Paris, 1947, p. 21.
- 3) GIRARD, P.F., Manuel, p. 256; WEILL A., les biens, p. 21.

les descriptions des usages germaniques laissées par César et Tacite révèlent une civilisation notablement inférieure à celle Gallo-Romains. Longtemps errants et mal fixés, les Germains n'ont ni villes ni villages et s'adonnent à l'élevage plus qu'à la culture. La maison et son enclos appartiennent à la famille⁴.

Au contraire, chez les populations agricoles, telle qu'est la population de Rome à la fondation de la ville, on rencontre la propriété du sol⁵. La propriété privée romaine remonte sans doute aux premiers rois⁶. Chez les Romains la propriété individuelle de la terre est connue par la loi des Douze Tables. Selon la tradition, le partage des terres aurait été effectué à Rome sous le règne du roi Numa⁷. A Rome, le sol a, d'abord, été et il est longtemps resté la principale forme de la richesse, en tout cas, la plus convoitée⁸.

La propriété romaine a des origines religieuses. Fustel de Coulanges, dans *La Cité Antique*, applique aux premiers âges de Rome la même thèse qu'aux temps primitifs de la Grèce. A la religion qui dominait alors les âmes, il associe étroitement famille et propriété.

A l'origine, il semble que la propriété romaine participe à la souveraineté de l'Etat. Ce caractère politique de la propriété, cette confusion entre le droit public et le droit privé, l'immunité totale des fonds de terre romains (à la différence des autres fonds : *ager publicus*) l'attestent notamment. Quasi-souveraineté, la propriété individuelle est davantage une "puissance" (*mancipium*) qu'une propriété au sens moderne du mot. C'est une puissance, comparable à la puissance paternel (*potestas*)⁹.

4) TIMBAL P.C., *Histoire des Institutions et des Faits Sociaux*, Troisième Edition, 1966, p. 40; v.: ELLUL J., *Histoire des Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1961, p. 632; LEPOINTE G., *Droit Romain et Ancien Droit Français (Droit des Biens)*, Paris, 1958, p. 167.

5) GIRARD P.F., *Manuel*, p. 256.

6) IMBERT J., *Histoire Economique (Des Origines à 1789)*, Paris, 1965, p. 40.

7) LEPOINTE G., *Droit Romain*, p. 10; WEILL A., *Les biens*, p. 21.

8) CHALLAYE F., *Histoire de la Propriété*, Paris, 1967, p. 30.

9) BONFANTE P., *Proprietà*, II, 1, p. 205; OURLIAC, P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain et Ancien Droit, Les Biens*, Pa-

En dépit des incertitudes encore nombreuses, l'histoire de la propriété dans l'ancien droit romain se caractérise par l'existence d'un pluralisme de types. Ainsi, le fait le plus marquant de l'évolution de la propriété romaine est la diversité des types de propriété. Si l'on peut dégager un concept prééminent de propriété, il n'a jamais été unique à quelque époque l'on se place¹⁰.

C'est sur les diverses phases de cette évolution en somme régulière que nous voudrions un peu insister :

La propriété romaine est aussi bien pour les immeubles que pour les meubles une propriété privée individuelle. Mais ce n'est pas encore la propriété moderne, accessible à toute personne, applicable à toute chose. C'est une institution du droit civil romain¹¹. La société romaine a connu la propriété d'un groupe restreint, masquée par les pouvoirs du chef de famille au point d'être souvent confondue avec la propriété individuelle¹².

La propriété quiritaire (*dominium ex iure quiritium*) ne peut appartenir qu'à un propriétaire romain; elle ne peut porter que sur une chose romaine; elle ne peut être transmise que par un mode romain¹³. Ce sont trois règles qui ont à peu près disparu sous Justinien et qui sont déjà bien atteintes à l'époque classique¹⁴.

Cependant, le régime moderne de la propriété individuelle descend directement du *dominium ex iure quiritium* organisé par la loi des Douze Tables¹⁵.

A côté de la propriété quiritaire, on rencontre à l'époque classique, des types inférieurs de propriété que les auteurs modernes

ris, 1961, p. 63; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, 2, Paris, 1971, p. 75.

10) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 59 et 63; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 71 et 75.

11) GIRARD P.F., Manuel, p. 260.

12) GIRARD P.F., Manuel, p. 258; LEPOINTE G., Droit Romain, p. 110.

13) GIRARD P.F., Manuel, p. 260; MONIER R., Manuel Élémentaire de Droit Romain, Tome Premier, Paris, 1938, p. 470.

14) GIRARD P.F., Manuel, p. 260.

15) WEILL A., les biens, p. 22.

qualifient de propriété prétorienne (ou *in bonis*), de propriété provinciale et de propriété pérégrine¹⁶.

A la fin de la République et durant l'époque classique, le préteur protège certaines personnes qui n'ont pas le *dominium* sur une chose. Le préteur pérégrin et le gouverneur de province en dehors de Rome protègent le propriétaire pérégrin sur sa *res peregrina*. C'est la complexité de la propriété romaine¹⁷.

Théoriquement, aux yeux des Romains de la République et du Haut-Empire, le *dominium ex iure Quiritium* mérite seul le nom de propriété : c'est la maîtrise la plus complète que l'on puisse avoir sur une chose¹⁸.

La notion de propriété s'est progressivement étendue¹⁹. A mesure que les Romains étendent leur domination hors de Rome et de l'Italie, ils comprennent la nécessité d'accorder ce droit, selon certaines conditions, aux étrangers et de l'appliquer aux biens possédés dans tout l'Empire. Le droit de propriété perd son caractère étroitement national; il s'universalise. Il pourra, dès lors, se répandre au cours des siècles, à travers le vaste monde²⁰.

L'Etat abandonnait, moyennant une faible redevance, les terres du domaine public, notamment les terres conquises. D'abord on n'avait que l'usufruit mais, vers la fin du II^e siècle avant J.-C. le droit d'usage s'est transformé en une propriété véritable. La richesse mobilière aussi s'est développée²¹.

Même les termes qui signifient la propriété se transforment. La notion de *dominium* remplace celle du *mancipium*. Celui-ci est un simple pouvoir sur les choses, ce qui englobe aussi bien la propriété que l'usufruit ou d'autres droits réels (servitudes). Le *dominium*

16) MONIER R., Manuel, p. 466; ELLUL J., Histoire des Institutions, p. 402.

17) v. LEPOINTE G., Droit Romain, p. 47-51.

18) MONIER R., Manuel, p. 466.

19) LEPOINTE G., Droit Romain, p. 10.

20) CHALLAYE F., Histoire de la Propriété, p. 97.

21) CHALLAYE F., Histoire de la Propriété; v. SCHNAPPER B. - RICHARDOT H., histoire des faits économiques jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Troisième Edition, 1971, p. 58.

est au contraire un pouvoir absolu, de maîtrise complète de la chose, exclusive de tout partage. L'emploi de ce terme de *dominium* au sens de propriété apparaît aux environs 40 av. J.-C. Mais ce *dominium* n'est pas un droit (*ius*) exercé sur une chose, il se confond et s'assimile avec elle²².

Dominium et *proprietas* sont, dès l'époque classique, synonymes. Le propriétaire a un pouvoir de maître (*dominus*) sur la chose, celle-ci appartient à un individu déterminé à l'exclusion de tout autre, elle lui est propre. Ce caractère exclusif a été dégagé par antithèse, par opposition à l'usufruit. Le nu propriétaire a la *proprietas* (Gai. 2, 33), et plus précisément la *nuda proprietas* (Gai. 2, 30); quand il récupère l'usufruit de son bien, il a la *plena proprietas* (D. 7, 1, 46). C'est également par opposition à l'usufruit que les Byzantins dégageront le caractère absolu de la propriété (*plena in re potestas*) (I. 2, 4, 4)²³.

La tendance essentielle vers l'unification du droit de propriété est accomplie sous Justinien, qui fusionne droit civil et droit prétorien; le droit civil est moins formaliste, moins strict qu'autrefois, il faisait place à l'équité comme le faisait le droit prétorien²⁴.

L'oeuvre de synthèse réalisée par la doctrine du Bas-Empire apparaît très fragile en matière de propriété. La complexité des notions juridiques concernant les biens se laisse difficilement enserrer dans une notion rigide de *proprietas*, unique et absolue. La synthèse qui s'est opérée au détriment des propriétés prétoriennes, provinciales et pérégrines est exacte, mais elle vient tard. Le centre d'intérêt de la question s'est déplacé, il réside dans ces droits que les nécessités économiques ont fait concéder aux exploitants, dès l'époque classique (superficie, emphytéose, locations à long terme). Surtout, au Bas-Empire, en dépit de sa primauté de principe, la *proprietas* va voir les droits qu'elle confère considérablement réduits au nom de l'utilité publique. A l'inverse, elle va devenir la

22) ELLUL J., Histoire des Institutions, p. 401-402.

23) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 76-77;
OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé,
p. 88-89.

24) LEPOINTE G., Droit Romain, p. 52.

source de devoirs nombreux et variés au gré de la politique fiscale et économique de l'Etat. Les rapports de voisinage ne sont plus seulement des rapports entre individus, ils s'insèrent dans une ébauche de réglementation générale de la propriété, tout particulièrement dans les villes²⁵. Les règlements d'urbanisme, d'abord limités à Byzance, sont étendus à toutes les cités de l'Empire.

Après la chute de l'Empire d'occident, à partir du VI^e siècle, les Francs adoptent la propriété privée à l'image romaine. A la terre s'attache non seulement la possibilité de vivre, mais aussi l'exercice du pouvoir. Le roi lui-même n'est puissant que dans la mesure où il tient le sol. La propriété ne peut plus être seulement affaire privée, comme dans le droit romain, elle est le fondement du pouvoir²⁶.

La division de la France en pays de droit écrit et pays de droit coutumier se maintient jusqu'à la fin de l'ancien régime et les ordonnances royales n'ont que très partiellement atténué cette diversité du droit privé; on relève cependant à partir du XIV^e siècle des aspirations très nettes à l'unité de législation et le fait qu'elles n'ont pas abouti ne permet pas de les passer sous silence. Le fondement du droit privé dans les pays de droit écrit reste le droit romain, plus ou moins modifié par des règles coutumières. L'application que l'on en fait s'inspire d'un esprit essentiellement pratique; c'est ce qui explique que l'on suive la méthode de Bartole et des postglossateurs, ses disciples²⁷.

Mais, au Moyen Age, la notion de propriété est différente de la conception romaine²⁸. La propriété se décompose en droits hiérarchisés, superposés, domaine utile et domaine éminent²⁹. Le droit romain classique l'appelait *dominium* et les juristes de l'Ancien droit français le domaine³⁰. Le propriétaire utile cultive le sol.

25) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 99; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 112.

26) ELLUL J., Histoire des Institutions, p. 685-686.

27) TIMBAL P.C., Histoire des Institutions, p. 308.

28) SCHNAPPER B. - RICHARDOT H., histoire des faits, p. 140.

29) GONNARD R., Le Propriété dans la Doctrine et dans l'Histoire, p. 20; SCHNAPPER B. - RICHARDOT H., histoire des faits, p. 141.

30) CARBONNIER J., Droit Civil, 3, Les Biens, Paris, 1975, p. 92.

Le propriétaire éminent possède certains droits, dits féodaux, se résumant en rentes et certains autres avantages en nature. La propriété et la souveraineté avaient perdu leur signification romaine et s'étaient confondues. La décadence de l'autorité royale, aux IX^e et X^e siècles, avait permis aux grands propriétaires de devenir les chefs politiques de leurs domaines. Toutefois, ils étaient demeurés les vassaux du roi et leurs possessions foncières devaient être considérées comme fiefs tenus de la couronne; d'autre part, ils avaient dû prendre à leur service des vassaux et leur concéder des parcelles de leurs fonds en fiefs. Une part notable de la population rurale est restée en servage et devait même le demeurer jusqu'à la Révolution française dans plusieurs pays du Centre et de l'Est, sans qu'on puisse à aucun moment en faire le dénombrement. Le droit de propriété sortait consolidé de la Révolution³¹.

II. LES RESTRICTIONS EN DROIT PRIVÉ ET EN DROIT PUBLIC

1. Les restrictions dans l'intérêt des voisins

Le caractère de la propriété quiritaire est d'être individualiste et absolu. Théoriquement c'est la seule propriété reconnue par le droit civil romain; très étendu, ce droit est cependant limité dans l'intérêt des voisins comme dans l'intérêt général³². La propriétaire a un droit plus étendu, mais surtout plus individualiste qu'à l'époque antérieure: les traces de la propriété familiale sont très atténuées, la liberté de disposer entre vifs ou par testament est si grande que des abus se sont produits, entraînant de nouvelles restrictions³³.

Quasi souverain, le propriétaire primitif n'en vit pas moins en société et dès le V^e siècle av. J.-C., la loi des Douze Tables régle-

31) v. GONNARD R., *La Propriété*, p. 20-21; SCHNAPPER B. - RICHARDOT H., *histoire des faits*, p. 380.

32) GIRARD P.F., *Manuel*, p. 252; MONIER R., *Manuel*, p. 466; LEPOINTE G., *Droit Romain*, p. 47.

33) LEPOINTE G., *Droit Romain*, p. 47.

mente les rapports de voisinage. D'autre part, la propriété quiritaire n'est pas à la portée de tout le monde³⁴.

Les restrictions de la propriété sont établies, principalement, en ce qui concerne les immeubles³⁵. Pour des propriétés immobilières, qui ne sont pas comme les meubles dépourvues de situation fixe, qui ne sont que des parties artificielles du sol et qui sont en conséquence toujours plus ou moins limitrophes, le voisinage a fait apporter au droit absolu des propriétaires certaines limitations désignées aujourd'hui du nom peu heureux d'obligations ou de servitudes légales³⁶. D'ailleurs ces restrictions ne portent pas de nom de ce genre à Rome, mais elles y existent déjà parfaitement, et, en partie dès le temps des Douze Tables³⁷.

Dans le droit des biens, comme dans celui des obligations, les Romains sont à la recherche d'un équilibre³⁸.

On peut énumérer ces restrictions comme suit :

A) Le propriétaire qui laboure son champ, qui construit sur son terrain, ne doit pas atteindre, en ce faisant, l'extrême limite de son héritage : il doit laisser à l'extrémité un espace de deux pieds et demi qui, joint à la bordure symétrique de l'autre fonds, ménagera un chemin de cinq pieds entre les deux (*ambitus, finis*). Ces deux prescriptions viennent des Douze Tables (7, 1; 7, 4)³⁹.

B) Le propriétaire d'un fonds rural doit supporter que les branches de l'arbre du voisin surplombent son fonds, pourvu que ce soit à une hauteur de 15 pieds (*quindecim pedibus altius*). La règle est dans l'édit du préteur, mais elle était déjà auparavant dans les Douze Tables (7, 9)⁴⁰. Le Digeste la répète (D. 43, 27, 1, 7).

34) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 63 et 80; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 75 et 92.

35) GIRARD P.F., Manuel, p. 252; MONIER R., Manuel, p. 468.

36) v. GIRARD P.F., Manuel, p. 252, n. 4; MONIER R., Manuel, p. 468.

37) GIRARD P.F., Manuel, p. 254.

38) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 86; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 98.

39) GIRARD P.F., Manuel, p. 154; MONIER R., Manuel, p. 468.

40) GIRARD P.F., Manuel, p. 254; MONIER R., Manuel, p. 468-469;

Les Codes modernes contiennent dispositions semblables⁴¹.

C) Le propriétaire d'un fonds rural doit, d'après les Douze Tables, que le droit prétorien est seulement venu renforcer, permettre à son voisin de pénétrer chez lui pour y cueillir les fruits venant du fonds voisin (D. 43, 28, 1, pr.).

D) Le propriétaire d'un fonds supérieur ne peut pas faire sur son terrain des travaux artificiels qui provoqueraient l'invasion par les eaux, des fonds inférieurs : en pareil cas, les Douze Tables accordent contre lui l'action *aquae pluviae arcendae*⁴². C'est une interdiction de modifier l'écoulement des eaux de pluie sur son fonds, si cela doit nuire au voisin⁴³. L'*actio aquae pluviae arcendae*, mentionnée aussi dans le Digeste (40, 7, 21, pr.) a pour but de régulariser les cours des eaux vives. En cas de contestation un arbitre édicte toutes les mesures qu'il juge nécessaire⁴⁴.

Afin d'éviter le gaspillage de l'eau, Justinien permet à un propriétaire foncier d'intenter l'action *aquae pluviae arcendae* contre des voisins qui utiliseraient une quantité d'eau exagérée. C'est là l'une des manifestations de la solidarité que les empereurs s'efforcent d'établir entre propriétaires fonciers⁴⁵.

E) Si le propriétaire fait sur son fonds des travaux de construction ou de démolition, le voisin qui juge ses intérêts lésés peut le mettre dans la nécessité de les arrêter jusqu'à plus ample informé,

OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 63; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 75.

41) L'article 687 du Code Civil Suisse et l'article 664 du Code Civil Turc sont rédigés comme suit : "Tout propriétaire a le droit de couper et de garder les branches et racines qui avancent sur son fonds, si elles lui portent préjudice et si, après réclamation, le voisin ne les enlève pas dans un délai convenable..."

42) GIRARD P.F., Manuel, p. 254; MONIER R., Manuel, p. 469.

43) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 63; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 75.

44) VILLERS R., Les limitations au droit de la propriété dans la législation romaine, Etudes de Droit Contemporain, Bruxelles, p. 16.

45) MONIER R., Manuel, p. 475.

par une opposition qui est réglée par l'édit du préteur, mais dont l'origine paraît remonter à l'ancien droit civil⁴⁶.

F) Si la maison menace ruine, le voisin, qui, après l'écroulement, n'aurait d'autre droit que celui de se venger sur les matériaux, peut à l'avance se protéger contre ce dommage futur par une voie de droit qui est, à l'époque récente, la stipulation prétorienne *damni infecti*, mais qui fut auparavant une *legis actio*⁴⁷.

G) Certaines dispositions ont été prises en vue d'assurer la conservation des édifices. Dans un intérêt plus général, la loi des Douze Tables restreint les droits du propriétaire dont les poutres ou les perches ont été utilisées dans la maison ou la vigne d'autrui. Dispositions prosaïques et élémentaires, mais conformes aux préoccupations d'un peuple de petits agriculteurs⁴⁸.

L) Enfin, pour tout puissant qu'il soit, le chef de famille ne peut disposer sans restriction, entre vifs ou à sa mort, que de sa propriété mobilière. Les biens fonciers reçus des ancêtres paraissent plus particulièrement protégés, les dilapider est un signe de prodigalité⁴⁹.

2. Les restrictions dans l'intérêt public

A. Primauté des intérêts collectifs

Les limitations de la propriété en droit romain dans l'intérêt public ne sont pas moins nombreuses⁵⁰. Les limitations légales ne

46) GIRARD P.F., Manuel, p. 254; MONIERR., Manuel, p. 469. Selon l'article 684 du Code Civil Suisse et l'article 661 du Code Civil Turc, "le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin".

47) D. 39, 1, 4, 31.

48) MONIER R., Manuel, p. 469; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 64; OURLIAC P. - DE LA MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 76.

49) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 64; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 76.

50) GIRARD P.F., Manuel, p. 255.

cessent de s'accroître avec le développement de la vie en société. La nomenclature de ces restrictions importe moins que les principes auxquels on peut essayer de les rattacher : Primauté des intérêts collectifs et abus du droit⁵¹.

Surtout, après la grande crise du III^e siècle, les mesures d'Etat qui essaient d'y parer poussent à l'extrême la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers⁵². Par un paradoxe apparent, le développement de l'absolutisme de principe s'accompagne de limites de plus en plus nombreuses. L'étatisme et le dirigisme du Bas-Empire restreignent sans cesse les droits de l'individu sur son patrimoine⁵³.

Il faut remarquer que, cependant la propriété n'est limitée que dans ses effets, elle n'est nullement mise en cause dans son principe.

En droit romain, comme de nos jours, le législateur apprécie librement les cas dans lesquels la nécessité peut être admise. Ainsi, l'Etat dirigiste du Bas-Empire est censé prendre en charge toutes les formes de nécessité⁵⁴.

On peut énumérer les cas de limitations comme suit :

a) Le propriétaire riverain d'un cours d'eau doit subir *l'usus publicus* de sa rive⁵⁵. Les propriétaires de fonds riverains des fleuves publics doivent permettre aux bateliers de se servir de la rive pour la navigation, en particulier lorsqu'ils désirent attacher leur bateau aux arbres. D'autre part, les propriétaires des terrains bordant une

51) v. KADEN E.H., L'exercice de la propriété à la fin de l'époque classique, *Revue des Etudes Latines*, 1937; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 78; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 102; UMUR Z., *Roma Hukukunda Hakkin Sulistimali (L'abus du droit en droit romain)*, dans Tahir Taner'e Armagan, Istanbul 1956, p. 557 sq.

52) VILLERS R., *Les limitations*, p. 14.

53) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 57; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 69.

54) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 101-102; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 114-115.

55) GIRARD P.F., *Manuel*, p. 255.

route publique détériorée sont tenus de laisser passer les gens sur leur fonds, jusqu'à ce que la route soit réparée⁵⁶.

b) L'Etat a le droit de faire démolir des édifices dans l'intérêt public⁵⁷.

Les propriétaires dont les immeubles bordent, les routes et les rues sont dans une certaine mesure astreints à leur entretien. Il semble bien qu'il y avait dans les villes des règlements obligeant les propriétaires à construire et entretenir leurs maisons suivant un certain type. Dans une lettre de l'an 127 Hadrien ordonne d'obliger un habitant d'une ville à réparer sa maison ou à la vendre⁵⁸.

Ainsi, il existe des devoirs à la charge du propriétaire, des obligations de réparer voire de rebâtir les maisons⁵⁹, l'obligation de protéger les voisins contre le danger que présente sa construction⁶⁰.

Les préoccupations d'urbanisme se manifestent encore au Bas-Empire : des textes, repris de dispositions anciennes, se préoccupent de la sécurité, de l'hygiène; dans les constructions, un espace en friche doit être laissé entre les blocs de maisons —*insulae*— de crainte des dévastations par incendies; il ne s'agit plus seulement du droit de passage entre fonds non bâtis. Des règlements protègent les droits de vue et de lumière en cas de construction ou de réparation d'immeubles⁶¹.

Au Bas-Empire, les voisins ne sont probablement pas plus proches qu'autrefois, mais ils sont indubitablement plus nombreux et ils font partie d'une société mieux organisée, plus consciente des devoirs que le propriétaire a envers la collectivité. La multiplication des corporations d'utilité publique constitue enfin un élément

56) MONIER R., Manuel, p. 469; VILLERS R., Les limitations, p. 18.

57) Cicero, De off. 3, 16; C. 8, 11 (12), 9; GIRARD P.F., Manuel, p. 256.

58) GIRARD P.F., Manuel, p. 255, n. 6.

59) D. 1, 18, 7; D. 39, 2, 7, 2; D. 39, 2, 9 pr.

60) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 79; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 91.

61) LEPONTE G., Droit Romain, p. 52; v. VILLERS R., Les limitations, p. 14.

favorable au développement d'un état d'esprit moins individualiste qu'à l'époque classique⁶².

c) Dans l'intérêt général, et non plus à l'égard seulement des voisins, des restrictions à la propriété ont été apportées, spécialement pour la conservation des bâtiments⁶³.

En dépit d'un individualisme en apparence triomphant, les propriétaires urbains ou ruraux doivent se soumettre à des impératifs d'ordre économique et social, aux exigences de ce qu'on appelle aujourd'hui : l'utilité publique. Dans les villes, interdictions et obligations s'opposent au bon plaisir du propriétaire. Urbanisme et crise du logement font interdire les démolitions de maisons sans reconstructions équivalentes, les ventes de maisons, même de campagne, dans une intention spéculative et font réglementer strictement les prélèvements de matériaux précieux (marbres, colonnes) sur un édifice. L'extension des villes, les changements dans les modes de construction, élargissent le domaine d'application des servitudes⁶⁴.

Des dispositions multiples, dont les plus connues sont des sénatus - consultes du temps de l'Empire défendant de démolir les maisons pour en vendre les matériaux précieux, ont soumis le droit de démolition des propriétaires à une autorisation administrative. Le sénatus - consulte Hosidien de l'an 44-46 et le sénatus - consulte Volusien de l'an 56 concernent les ventes aux démolisseurs⁶⁵.

Le législateur réagit contre les spéculateurs qui achètent des immeubles pour les démolir, pour en extraire les matériaux précieux ou utiles et les réemployer dans la construction de maisons d'un meilleur rapport, sans se soucier des ruines qu'ils laissent ni des

62) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 100; OURLIAC F. - DE MALAFOSSE J., p. 113.

63) LEPOINTE G., *Droit Romain*, p. 48.

64) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 78; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 90; v. VILLERS R., *Les limitations*, p. 14.

65) GIRARD P.F., *Manuel*, p. 255; MONIER R., *Manuel*, p. 469; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 101; WALINE M., *L'Individualisme et le Droit*, 1945, p. 332.

problèmes de relogement qu'ils posent⁶⁶. On apporte ainsi une grave restriction au droit du propriétaire, et ceci dans un intérêt social largement compris⁶⁷.

d) A l'époque classique, en matière agricole, comme à l'époque précédente, les interdictions ont un caractère individuel, qu'il s'agisse des rapports de voisinage ou du régime des eaux. Les obligations en vue de l'intérêt général deviennent cependant plus nombreuses, elles s'adressent à l'exploitant aussi bien qu'au propriétaire : depuis l'édit de Domitien (fin du I^{er} siècle après J.-C.) sur la limitation de la culture de la vigne, jusqu'à l'édit du maximum de Dioclétien de 301, qui taxera temporairement les prix d'une multitude de produits, en passant par les servitudes de passage à la charge des riverains d'un fleuve et d'une route, ou la mise en culture obligatoire des friches et des terres incultes. L'obligation des propriétaires ruraux de cultiver leurs terres, et de le faire convenablement, existe déjà sous la République, où elle était sanctionnée par les censeurs⁶⁸.

Dès la loi des XII Tables, le principe d'utilité sociale de la propriété était reconnu implicitement par la note du censeur tous les cinq ans contre le propriétaire négligent et le censeur pouvait d'ailleurs prendre des mesures contre ces négligents⁶⁹. La Rome des temps anciens était essentiellement agricole, et la cité considérait comme de son devoir de favoriser l'agriculture⁷⁰.

Sous le Haut-Empire, les préoccupations des particuliers rejoignent celles de l'Etat. Meilleur rendement des terres pour les premiers, souci d'assurer le ravitaillement pour le second, les moyens utilisés diffèrent peu, au point que l'on a pu se demander si les mesures édictées avaient une origine de droit public ou de droit privé. Ces dispositions limitent le droit du propriétaire par

66) WALINE M., *L'Individualisme*, p. 332; v. OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 101.

67) WALINE M., *L'Individualisme*, p. 332.

68) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Droit Romain*, p. 79; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., *Histoire du Droit Privé*, p. 91.

69) LEPOINTE G., *Droit Romain*, p. 48.

70) VILLERS R., *Les limitations*, p. 23.

le statut juridique privilégié concédé à l'exploitant, mais elles profitent au point économique à ce même propriétaire dont elles revalorisent les terres, elles ne sont pas dirigées contre lui. Il en va différemment des mesures qui accordent à l'occupant des terres incultes et en friches⁷¹. Les difficultés économiques ont fait intervenir l'Etat dans le cas où le propriétaire négligent laisse ses terres en friche. Le cultivateur reçoit ces terres d'après les textes de Dioclétien⁷².

c) C'est toujours dans l'intérêt général que le propriétaire doit laisser exploiter par des tiers les mines qui se trouvent dans le sous-sol de son fonds⁷³. Au Bas-Empire, le principe que le propriétaire du sol est aussi propriétaire du sous-sol fut abandonné pour les minières. (Les mines proprement dites avaient été autrefois reprises par l'Etat)⁷⁴.

Une constitution de Gratien et Valentinien permet, dans le dernier état du droit, à celui découvre un filon d'exploiter la mine malgré le propriétaire, moyennant une indemnité d'un 10^e au propriétaire et d'un 10^e au fisc⁷⁵.

Le droit romain s'est préoccupé de définir l'air et il est arrivé à plusieurs formules, la plupart d'elles le considérant *res communis* ou en dehors du commerce (*res extra commercium*), de même que la mer (D. 43, 8, 3, 1; D. 47, 10, 13, 7; I. 2, 1,1).

L'air n'était pas, d'après la loi romaine, un bien qui pouvait entrer dans le patrimoine individuel ou étatique. Mais les tombeaux pouvaient être violés par une construction qui les surplombait ou par l'écoulement de la pluie provenant d'un toit, vu que le *coelum* (le ciel, l' "espace aérien") qui les surplombait appartenait à celui qui y était enterré⁷⁶.

71) OURLIAC P - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 79; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 91.

72) MONIER R., Manuel, p. 470; LEPOINTE G., Droit Romain, p. 51.

73) C. Th. 10, 19, 1 à 3.

74) VILLIERS R., Les limitations, p. 18.

75) C. 11, 7 (6), 3.

76) MATTE N.M., Traité de Droit Aérien - Aéronautique, Deuxième édition, Paris, 1964, p. 70; v. D. 43, 24, 22, 4.

F) L'expropriation pour cause d'utilité publique existait-elle en droit romain? La réponse à cette question est douteuse, et a suscité de longues controverses⁷⁷.

Les anciens romanistes niaient de façon générale la possibilité d'une telle procédure : l'admettre eût été contredire le principe de la propriété absolue et intangible⁷⁸. Aucun principe général n'imposait au propriétaire quiritaire l'abandon de son bien, en vue de l'accomplissement de travaux publics : aussi l'Etat et les cités devaient-ils normalement se soumettre aux exigences, parfois excessives, des propriétaires de terrains dont ils avaient besoin⁷⁹.

La tendance moderne est au contraire de croire à la possibilité de cette procédure au profit de l'Etat romain⁸⁰.

Car, dans certains cas, s'appuyant sur une décision de la loi ou du Sénat, comme en matière de construction d'aqueducs, le magistrat pouvait contraindre le propriétaire à vendre son terrain. *Emere ab invito* est l'expression technique employée pour désigner l'acte du magistrat qui contraint un particulier à céder tout ou partie de son fonds de terre⁸¹. La pression de l'Etat croîtra sous l'Empire. Les routes et les aqueducs sillonnent le territoire. Pour les tracer, il faut sacrifier quelques propriétés individuelles, ce qui est fait d'abord par la persuasion⁸².

A l'époque classique, on s'efforce surtout de concilier la propriété individuelle avec les intérêts particuliers ou généraux. Très rares sont les cas où, par suite de l'incompatibilité entre l'utilité publique et la propriété privée, cette dernière doit disparaître⁸³.

77) MONIER R., Manuel, p. 469; VILLERS R., Les limitations, p. 19.

78) VILLERS R., Les limitations, p. 19.

79) v. BONFANTE P., Corso di Diritto Romano, II, 1, a. 1926, p. 237-249.

80) VILLERS R., Les limitations, p. 19.

81) MONIER R., p. 470 et p. 470, n. 2; KARADENİZ Ö., Roma'da Kamulaştırma ve "Kamu Yararı" Kavramı (La notion de l'expropriation et "l'utilité publique" à Rome), Ankara, 1975, p. 7 sq.

82) VILLERS R., Les limitations, p. 14; v. GIRARD P.F., Manuel, p. 255.

83) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 80; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 92.

Mais il n'y a pas de preuves positives d'un droit général d'expropriation existant au profit de l'Etat sur les propriétés privées⁸⁴. L'expropriation n'existe en effet qu'à l'état embryonnaire. Elle joue surtout pour les terres provinciales, à partir de l'idée que c'est l'Etat ou l'empereur qui est théoriquement propriétaire du sol⁸⁵.

Les auteurs modernes admettent, en général, l'existence de l'expropriation pour cause d'utilité publique à l'époque romano-hellénique⁸⁶. Bonfante fait une distinction trop subtile entre nécessité et utilité publique⁸⁷. Selon Monier⁸⁸, il paraît plus exact de croire qu'il fallait une véritable nécessité publique pour que l'expropriation fût possible : par exemple on pouvait exproprier un terrain indispensable à l'exécution des travaux de défense d'une ville ou procéder à la vente forcée de denrées, en cas de famine. Mais on ne pouvait, du moins en théorie, contraindre un propriétaire à céder son terrain pour la construction d'un édifice public. Justinien admet toutefois la possibilité de changer l'utilisation des biens de L'Eglise dans un but d'utilité publique⁸⁹.

Mais les auteurs modernes se sont parfois laissées aller à des confusions : ils n'ont pas suffisamment distingué l'utilité publique de la nécessité publique, c'est-à-dire les cas où la puissance publique est contrainte d'agir à la suite d'une épidémie, d'un incendie, etc.; de même n'ont-ils pas dissocié l'expropriation de la confiscation, mesure pénale très fréquemment adoptée en droit romain. Il faut distinguer entre droit classique et droit postclassique. En droit classique l'inexistence de la procédure l'expropriation doit être admise, car les trois textes qui ont été allégués parlent du possessor et non du propriétaire ou contiennent des termes vagues. En revanche

84) GIRARD P.F., Manuel, p. 256.

85) OURLIAC P. DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 80 et 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE, J., Histoire du Droit Privé, p. 92 et 101; v. GIRARD P.F., Manuel, p. 25 ve p. 256, n. 1 et 3.

86) MONIER R., Manuel, p. 474; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 102.

87) BONFANTE P., Corso, II, 1, p. 237 sq.

88) MONIER R., Manuel, p. 474.

89) Nov. 7, 2, 1.

la solution du droit postclassique est assez différente : les interventions impériales sont plus fréquentes⁹⁰.

f) Les restrictions concernent presque exclusivement les immeubles. On peut cependant, quant aux meubles, citer tout au moins les restrictions apportées au droit de maître de maltraiter son esclave⁹¹. Sous le Haut - Empire des constitutions limitent les pouvoirs du maître de l'esclave⁹². Déjà au début de l'Empire la loi Petronia défendait aux maîtres d'envoyer leurs esclaves combattre les bêtes du cirque, sauf à titre de peine. Plus tard, un édit de Claude dépouillait de son droit de propriété le maître qui avait abandonné dans l'île d'Esculape un de ses esclaves vieux ou malade⁹³. Enfin des constitutions d'Antonin contraignent les maîtres qui ont trop maltraité leurs esclaves, et ceux qui les ont tué sans raison, à subir les mêmes peines que ceux qui ont tué l'esclave d'autrui⁹⁴. Dans ce domaine on voit que *l'abusus* reçoit de singulières limitations⁹⁵.

B. *Abus du droit*

Un problème discuté se pose pour l'apparition de l'abus du droit, dont les exemples sont peu nombreux. La maxime *malitiis non est indulgentum* (D. 6, 1, 38) est contredite par la formule opposée : *nullus videtur dolo facere, cui suo iuri utitur* (D. 50, 17, 55). Mais les principes à l'époque classique apparaissent souvent dominés par *l'utilitatis causa*⁹⁶.

90) VILLERS R., Les limitations, p. 19; v. OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 99; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 112; ELLUL J., Histoire des Institutions, p. 564.

91) GIRARD P.F., Manuel, p. 252, n. 4; MONIER R., Manuel, p. 470; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 102; VILLERS R., Les limitations, p. 16.

92) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 101.

93) SUETONE, Claude, p. 25.

94) Gai. 2, 5, 3.

95) VILLERS R., Les limitations, p. 16.

96) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 80; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 92.

Déjà arbitre dans les procès entre les particuliers, l'Etat commence à intervenir dans les cas d'abus de droit et bientôt le langage juridique invente les termes *abusus* ou *malitia*⁹⁷.

Avec l'abus du droit, nous trouvons une autre source de limitation du droit de propriété, connue dès l'époque classique. Le principe est formulée aussi bien par les auteurs littéraires que par les jurisconsultes⁹⁸. La volonté de nuire de celui qui agit en vertu de son droit de propriété est un motif suffisant pour interdire son acte⁹⁹. L'écoulement des eaux, l'exercice du *ius tollendi*¹⁰⁰ ont été modifiés¹⁰¹.

Les codes civils suisses et turc contiennent à l'article 2, une restriction générale qui concerne non seulement la propriété, mais tous les droits privés, et non pas tant leur existence que leur exercice. L'interdiction de l'abus du droit avait précisément à l'origine été conçue en rapport avec la définition légale de la propriété¹⁰². Le projet l'article 644 du code civil suisse, contenait la disposition suivante : "Il peut en faire tel usage qui n'ait pas manifestement pour but unique de causer un dommage d'autrui". Cette disposition fut supprimée eu égard à l'article 2 du Code¹⁰³. En conséquence, la défense de l'abus du droit vaut aussi pour tous les droits réels.

III. LE DÉBAT ACTUEL ENTRE LES JURISTES SUR LA NATURE DE LA PROPRIÉTÉ ROMAINE

1. Le droit de propriété romain est un droit absolu et illimité

En droit romain, par suite de causes multiples qui vont toutes aboutir au même résultat, on assiste à un rapprochement progressif

97) VILLERS R. Les limitations, p. 14.

98) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 80; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 92.

99) D. 39, 3, 1, 11 et 12; D. 39, 3, 2, 9.

100) D. 6, 1, 38; v. D. 47, 10, 44.

101) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 80; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 92.

102) TUOR P., Le Code Civil Suisse, traduit par Deschenaux H., 1950, Zurich, p. 470.

103) WIELAND C., Les droits réels dans le Code Civil Suisse, traduit par Bovary H., 1913, Paris, p. 24.

des divers types de propriété : Justinien a soumis la propriété (*proprietas*) à des règles uniformes. Ce seul type de propriété présente peu de différence avec notre propriété moderne¹⁰⁴.

Selon "les Institutes" (2, 4, 4), c'est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle (*plena in re potestas*).

Les commentateurs disent qu'elle entraîne positivement le droit de tout faire sur la chose et négativement le droit d'empêcher les autres de faire quoique ce soit sur elle. Ils en analysent les effets dans les trois droits d'user, de jouir et de disposer (*uti, frui, abuti*)¹⁰⁵.

Selon les compilateurs de Justinien, le propriétaire a une *plena potestas* sur la chose : affirmation de principe d'un pouvoir absolu, qui va connaître une fortune singulière, Au Moyen Age, le droit savant la retrouve et la développe. Les glossateurs extrapolent un texte anodin du Digeste¹⁰⁶ pour en tirer la formule à succès¹⁰⁷ : la propriété est le *jus utendi et abutendi*. Le propriétaire peut disposer de son bien (*perfecte disponendi*) sauf interdiction légale, précise au XIV^e siècle Bartole¹⁰⁸, et sans porter atteinte au droit d'autrui, renchérit au XVIII^e siècle Pothier dont les travaux ont préparé le Code civil français.

Ainsi la définition se transmet dans l'ancien droit français jusqu'à Pothier, le trytyque *usus, fructus, abusus*, traduisant la mystique de l'omnipotence du propriétaire¹⁰⁹.

Pendant longtemps à la suite de Bartole, les romanistes ont fait leur ce concept de la propriété : "Domination illimitée et exclusive d'une personne sur une chose"¹¹⁰.

104) MONIER R., Manuel, p. 475-476.

105) GIRARD P.F., Manuel, p. 253.

106) D. 5. 3. 25, 11 : **re sua se abuti putant**.

107) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 57; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 69.

108) Jurisconsulte italien (1314 - 1357).

109) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 57; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., p. 69.

110) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 89; OURLIAC P., DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 101.

“La propriété, dit Ahrens, est la manifestation et en quelque sorte la projection de la personnalité humaine qui est dans le domaine matériel des choses”. Accarias devait dire un peu plus tard : “C’est la personnalité humaine qui s’affirme dans le droit de propriété”. Portalis, dans l’exposé du Code civil français, dit que “la propriété est pour chaque individu un droit aussi précieux que la vie même, puisqu’elle lui assure les moyens de la conserver”¹¹¹.

A Rome, proclamait la doctrine ancienne, existait la domination illimitée des personnes sur les choses, que seul pouvait restreindre, et encore épisodiquement, le droit public de la cité ou de l’Empire¹¹².

La doctrine du droit commun et, à sa suite, de nombreux auteurs modernes, admettent que la propriété est en soi une maîtrise absolue et illimitée de la chose, que les restrictions, tant légales que volontaires, lui sont imposées à limiter son exercice dans le cas particulier¹¹³. Selon l’opinion commune, nous devrions à la renaissance du droit romain la conception de la propriété absolue appelée quelques fois encore “propriété à la romaine”¹¹⁴.

Les préoccupations politiques, l’orientation idéologique s’alliaient donc aux enseignements de l’école pour ressusciter le droit romain et pour retrouver le droit de propriété rigoureux et absolu¹¹⁵.

L’un de ces auteurs modernes¹¹⁶ partisan de cette opinion, écrit qu’à Rome la propriété individuelle se constitua très forte. Les légistes latins constituèrent la théorie de la propriété individuelle la plus rigoureuse que le monde ait connue. Cette propriété fut définie comme un droit absolu, dont la défense fut fortement assurée. Et elle fut complétée par l’organisation d’un droit successoral, lui aussi très individualiste. Son expression (*uti legassit*,

111) cités par Waline M. (L’individualisme, p. 333).

112) VILLERS R., Les limitations, p. 13.

113) TUOR P., Le Code Civil Suisse, p. 471.

114) VILLEY M., Le Formation de la Pensée Juridique Moderne, Paris, 1968, p. 231.

115) VILLERS R., Les limitations, p. 13.

116) GONNARD R., La Propriété dans la Doctrine et dans l’Histoire, Paris, 1943, p. 19-20.

ita jus esto), qui traduit l'idée que le propriétaire est un véritable législateur quand il dispose de son bien *post mortem*, a été considérée comme une "monstruosité". C'est-à-dire une rareté singulière dans le monde antique. La formule latine *jus utendi, fruendi, abutendi* énonce des droits sans réserve.

Selon un autre auteur¹¹⁷, malgré les restrictions de l'époque classique, il est vrai que, dans la conception romaine du droit de propriété, l'élément individuel occupe une très grande place, l'élément social n'est presque pas pris en considération.

Les révolutionnaires de 1789 ont contribué à la glorification du droit de propriété. Inviolable et sacrée dans la déclaration des droits de l'homme (art. 17), la propriété a enfin droit à un superlatif absolu et pléonastique dans le Code civil français (art. 544 : droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue)¹¹⁸.

Ces auteurs déclaraient que la propriété s'étend aussi jusqu'au ciel (*usque ad coelum*) : Le propriétaire foncier n'a pas un droit limité à la surface du sol : il a la propriété du dessus et du dessous : la propriété du *dominus soli* (propriétaire du sol) sur l'espace aérien qui domine la portion du terrain qui lui appartient, est incontestable, et les romains n'ont même jamais fixé jusqu'à quelle hauteur pouvait s'élever son droit. En tout cas un autre propriétaire ne peut, par ses édifices, venir surplomber son terrain. De même, le propriétaire du sol a, en principe la propriété du sous-sol : il peut y creuser un puits ou en retirer de la pierre et du sable. C'est le principe *dominus soli, dominus coeli et inferorum*.

Il passa comme principe général de droit, dans les ouvrages des juristes qui ont abordé ce sujet depuis le Moyen-Age, dans différentes décisions judiciaires et dans les codifications. L'idée de la propriété de l'air a été retenue (conformément au dicton d'Accurse), dans le droit privé français. Le droit coutumier français a repris presque inchangé ce principe. La même idée se retrouve dans les codes civils français et belge. Les juristes anglais, quoique reje-

117) WEILL A. Les biens, p. 22.

118) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 57; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 69.

tant en général le "Corpus Juris Civilis", furent néanmoins impressionnés par cette maxime, considérée par eux de droit romain, d'autant plus qu'elle venait exalter le droit sacro-saint de propriété terrienne, dont les doctrinaires comme Coke et Blackstone s'étaient faits les défenseurs¹¹⁹.

2. Le droit de propriété romain est un droit limité

Les juristes modernes abandonnent la "prétendue tradition romaine". Mais la tradition n'en reste pas moins à l'origine du Code Civil Français¹²⁰.

Cette notion absolue du droit de propriété, souvent mal comprise, a soulevé contre elle une violente résistance qui dérive en partie de considérations philosophiques, en partie de considérations économiques, mais aussi — ce qui nous intéresse ici — de considérations juridiques. On a relevé que dans le droit moderne, les restrictions légales de la propriété étaient particulièrement nombreuses et radicales, qu'elles n'avaient rien de fortuit ou d'accessoire, qu'elles ne s'ajoutaient pas à la propriété comme un corps étranger ou hostile, mais qu'elles étaient données et naissaient avec elle, qu'elles appartenaient à sa notion, faisaient partie de son contenu. Elles représentent des charges ou obligations de s'abstenir, de souffrir, de faire, qui — avec les droits de disposition et d'exclusion — constituent, de par la loi la propriété¹²¹.

Le propriétaire individuel a vraiment un droit propre sur son bien, il peut en disposer et l'aliéner librement, sans réserve, au profit de ses proches. Le droit est absolu, même celui de détruire. Mais dans la plupart des droits ce paroxysme du droit individuel n'est pas admis et il y a des limites à la puissance de l'individu : le droit du Code civil français si individualiste, connaissait des restrictions au profit des enfants et proches parents¹²².

Quel qu'il puisse être son succès dans le grand public, la tendance moderne tient la propriété absolue et illimitée du droit ro-

119) MATTE N.M., Droit Aérien, p. 71-73.

120) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 101.

121) TUOR P., Le Code Civil Suisse, p. 471.

122) LEPOINTE G., Droit Romain, p. 10.

main pour erroncée : Selon Villey, elle témoigne d'une méthode raciste de l'explication historique qui est aujourd'hui controuvée, mais surtout elle paraît reposer sur la confusion du droit romanistique moderne et du droit romain véritable; car la définition du droit absolu de propriété, celle du Code civil français, par exemple, vient en effet des romanistes, c'est-à-dire des juristes savants de l'Europe, qui gardèrent longtemps la coutume de parler latin; il ne s'ensuit pas pour autant qu'elle ait existé dans le droit romain historique. Les romanistes de l'Europe moderne, qui étaient fort loin de pratiquer "méthode historique", ont édifié un "droit romain" sur lequel nous vivons encore et que nous enseignons encore, mais qui diffère du droit de l'époque de César ou de Marc-Aurèle. Selon le même auteur, jamais les Romains n'imaginèrent de faire de la liberté individuelle un *jus*, un "droit de l'homme et du citoyen". C'est qu'elle ne concerne pas le droit, elle joue en dehors du droit, dans une autre sphère de la vie. Le même auteur estime que nous devons être sceptiques lorsque nous entendons parler encore de l'absolutisme prétendu de la propriété romaine : il se peut qu'en fait le *dominium*, à beaucoup d'égards, ait été pouvoir absolu; seulement le droit romain s'abstient de consacrer cet absolutisme, de lui donner sa garantie; ce n'est point son office; il ne qualifie point des puissances, n'en fait pas des droits. Il trace les limites des domaines, et ce qui se passe sur chaque domaine, les rapports du propriétaire avec le domaine qui lui échoit ne le concerne pas. La puissance absolue qu'exerce le maître romain sur sa chose, ce n'est point le droit, c'est le silence, ce sont les lacunes du droit. Il n'y pas en droit romain de définition du contenu du prétendu droit subjectif de propriété. De même il se peut bien qu'en fait le maître ait exercé sur l'esclave une puissance illimitée; mais le droit romain n'en a guère (si ce n'est dans quelques textes tardifs de l'époque impériale) lui-même la responsabilité; le droit, qui est d'ailleurs un partage entre chefs de famille, ne saurait en principe se mêler des rapports internes de la famille¹²³. La protection de l'esclave est assurée par le "contrôle social". Le droit romain ne définit point le contenu du droit subjectif que le

123) VILLEY, M., *Pensée Juridique*, p. 231-235.

maître aurait sur l'esclave. Les moeurs se chargent de régler l'étendue de cette *potestas*¹²⁴.

Certains romanistes modernes ont déformé le langage romain et lui ont conféré son absolutisme. Villey, citant Max Kaser¹²⁵, remarque l'inconsistance, le faible degré d'élaboration juridique de cette notion. Il se pourrait qu'ils aient aussi construit l'image déformée que nous nourrissons¹²⁶.

Villey, critique la conception de l'école humaniste : Cet école est originale, mais prend avec les textes de singulières libertés. Le droit romain des humanistes n'est pas celui que transmet le Corpus, c'est le prétendu "droit classique". Figure assez problématique : il est trop commode d'en appeler au droit tel qu'il aurait été à l'époque d'Ulpien : Ulpien n'est pas là pour se défendre et l'on risque de construire un mythe. On peut dire que la conception de l'école humaniste met en relief les besoins de la société de l'époque. C'est ainsi que les humanistes commencèrent à façonner le faux tableau du droit romain. Selon Villey, ce tableau est beaucoup plus éloigné du vrai droit romain historique que ne l'était celui des glossateurs. Les glossateurs avaient eu le respect des textes; surtout, ils avaient conservé la méthode des juristes romains. Villey hésite à partager le jugement d'Orestano, selon lequel les humanistes se distingueraient surtout par leur goût de l'histoire, eux qui ont châté le droit romain de ses développements historiques, rêvé d'un droit romain immuable, d'application universelle, parce que fondé sur les principes de la raison intemporelle. Autant lorsqu'il avoue dépasser le droit romain pour construire le "droit universel", que lorsqu'il déforme le droit romain, l'humanisme donne plutôt la main au rationalisme de l'école moderne de droit naturel, qui suivra bientôt et procède directement de la Renaissance: l'intermédiaire sera Grotius¹²⁷.

Villers remarque que l'école historique a réagi contre cette perspective déformée de la propriété romaine et Ihering a notam-

124) VILLEY M., Pensée Juridique, p. 42 et p. 235.

125) Der Römische Eigentumsbegriff, Deutsche Ladesreferate zum IV. Int. Kongress für Rechtsverl., 1962, p. 19 sq.

126) VILLEY M., Pensée Juridique, p. 235.

127) VILLEY M., Pensée Juridique, p. 522-523 et p. 533.

ment eu le mérite de mettre en relief un certain aspect solidariste de la propriété romaine. Sur ses travaux et ceux de ses successeurs, en particulier du maître italien Pietro Bonfante, il convient de faire provisoirement le point. On trouvera des indications ingénieuses dans l'article de E.H. Kaden¹²⁸.

Mais c'est un problème vraiment épineux entre les romanistes. Per exemple, Monier écrit que¹²⁹ c'est à tort que Kaden¹³⁰ le range parmi les partisans de l'idée que la propriété est "la domination illimitée.. d'une personne sur une chose". Il a soutenu le contraire¹³¹.

Cependant, la conception de la propriété en France au XIX^e siècle est évidemment dominée par la formule célèbre de l'article 544 du Code civil¹³². La maxime est d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue¹³³.

Selon Gonnard, le Code civil consacre le retour aux formules romaines¹³⁴. Selon Mazeaud¹³⁵ les rédacteurs puisèrent cette définition dans les Institutes de Justinien. On traduit la conception révolutionnaire en soulignant l'absolutisme de ce droit.

Mais, les rédacteurs du Code traduisaient ce que les pandectistes à la suite de Bartole, avaient écrit sur la propriété romaine et avaient enseigné à leurs élèves, futurs hommes de loi¹³⁶.

Cependant, lois et règlements sont les limites du propriétaire dans le Code civil français (art. 544)¹³⁷.

128) v. VILLERS R., Les limitations, p. 13.

129) MONIER R., Manuel, p. 466, n. 3.

130) KADEN E.H., L'exercice de la propriété, p. 136, n. 4.

131) v. MONIER R., Tignum Iunctum, 1922, p. 1-2 et p. 57-71.

132) WALINE M., L'individualisme, p. 331.

133) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 172 et p. 187; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 186 et p. 201.

134) GONNARD R., La propriété, p. 22.

135) MAZEAUD H. et L., MAZEAUD, I., Leçons de Droit Civil, Tome deuxième, Troisième Edition, 1966, p. 1061.

136) VILLERS R., Les limitations, p. 13.

137) GONNARD R., La propriété, p. 22-23; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 58; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 70; LEPOINTE G., Droit Droit, p. 295.

Selon les juristes français, un fait caractéristique à noter est que l'une des rares erreurs de langue du Code, dont on vante toujours les qualités de style, est contenue dans l'article 544 qui définit le droit de propriété comme étant le droit de jouir et de disposer des choses "de la manière la plus absolue". En effet une chose est absolue ou non, il n'y a pas de degrés dans l'absolue¹³⁸. Cette maladresse montre le souci des rédacteurs du Code d'appuyer sur ce caractère absolu, d'insister sur l'absolutisme du droit de l'individu sur sa propriété, ce qui les conduit à maltraiter la langue française¹³⁹.

D'autre part, le second membre de la phrase paraît contredire le premier. Comme l'a dit malicieusement de Vareilles - Sommières, "la définition du Code revient exactement à celle-ci : la propriété est un pouvoir absolu qui n'est pas absolu." Et pourtant, cet article a été adopté sans discussion. Pourquoi? Parce qu'on a invoqué la tradition du droit romain. On a invoqué la célèbre propriété quiritaire qui, pour tout le monde à cette époque, était synonyme du droit absolu, de propriété absolue¹⁴⁰.

Mais le propriété romaine n'a peut-être pas conféré au propriétaire un droit aussi absolu qu'on se l'imaginait à l'époque du Code civil français. Non seulement le droit romain a connu les obligations de voisinage qui restreignaient déjà l'exercice du droit de propriété, mais des dispositions légales n'ont pas hésité à subordonner, en cas de conflit, l'intérêt du propriétaire à l'intérêt public. La plus remarquable est le sénatus-consulte Hosidien. Pour le comprendre, il faut connaître les spéculations immobilières auxquelles on se livrait alors à Rome, spéculations dont on peut se faire une idée en songeant à celles auxquelles s'est livrée en France, au début du XIX^e siècle précisément, ce que l'on a appelé "la bande noire". Le sénatus-consulte Hosidien témoigne d'un esprit beaucoup moins individualiste que la législation française à l'époque du Code civil, puisque celle-ci a laissé s'accomplir les dévastations de la bande noire sans aucune réaction, alors que le Sénat romain,

138) WEILL A., *Les biens*, p. 20, n. 1.

139) WALINE M., *L'Individualisme*, p. 331.

140) WALINE M., *L'Individualisme*, p. 331.

en présence d'une situation analogue, avait su réagir. Selon Waline, il est donc possible qu'il y ait une part de légende dans la conception couramment admise de la propriété romaine absolue¹⁴¹.

C'est à cette légende de la propriété romaine absolue qu'il faut rattacher le sens parfois donné d'une part au mot *abusus*, destruction de la chose pour le bon plaisir, alors qu'il signifie : consommation d'une chose consommable par le premier usage et d'autre part au verbe *abuti* dont on a tiré l'expression *jus abutendi*¹⁴². Cette légende résulte d'un contresens commis sur le langage romain et d'une dérivation malheureuse. Le monde juridique moderne a pu se nourrir sans scrupule de droit romain, développer sa propre doctrine¹⁴³. Disposer est la traduction d'*abusus*. Mais le Code civil français n'a pas dit abuser, même en 1804, le mot eût mal sonné. Le propriétaire peut disposer de la chose, soit par des actes matériels, en la consommant (si elle est consommable par le premier usage), en la détruisant (progressivement, quand il en tire des produits ou même d'un seul coup), soit par des actes juridiques en l'aliénant. Au sens strict du terme, le droit de disposer, c'est celui d'aliéner¹⁴⁴.

Jus abutendi recouvre deux facultés bien différentes : d'une part, la faculté de détruire la chose si elle n'est pas consommable par usage ou de consommer la chose possédée, et d'autre part, celle d'en disposer. On voit quelle grossière erreur ont commise ceux qui comme Proudhon par exemple, ont vitupéré le *jus abutendi* en le confondant avec l'abus au sens vulgaire du mot. "Pourquoi demande-t-il naïvement, cette latitude à l'iniquité? Pourquoi ce congé de mal faire?" C'est qu'il n'a pas compris le sens du mot¹⁴⁵.

L'un des partisans de l'idée que la propriété est la domination illimitée, Gonnard, prend en considération seulement l'origine du droit successoral romain et ne s'occupe pas de l'évolution ultérieure.

141) WALINE M., L'Individualisme, p. 332.

142) OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 89; OURLIAC P. - DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 101.

143) VILLEY M., Pensée Juridique, p. 235 et p. 265.

144) CARBONNIER J., Droit Civil, 3. - Les biens, Paris, 1975, p. 93. n. 1; v. WEILL A., Les biens, p. 20.

145) WALINE M., L'individualisme, p. 343.

Sous la République on donne le premier sanction juridique au sentiment populaire qui exigeait qu'on ne ratifie pas les dernières volontés de celui qui avait injustement dépouillé ses proches parents¹⁴⁶.

Dans la Nouvelle 115¹⁴⁷ de l'an 542, Justinien a fixé minutieusement les justes causes d'exhérédation et a limité les effets de la *querela* (la plainte), qui n'atteignent plus le legs et les fidéicommiss. Dans la Nouvelle 18, il a modifié la chiffre de la légitimité pour les ascendants qui auront droit au 1/3 ou 1/4 de la part ab intestat, suivant que le testateur laissait 4 enfants au plus, ou un nombre supérieur d'enfants. Le système de la *querela inofficiosi testamenti* ne protégeait les héritiers légitimaires que contre les dispositions pour cause de mort : il a été complété, à la fin de l'époque classique et au cours du Bas-Empire. On a permis de faire réduire les donations ou les constitutions de dot excessives, quand elles portent atteinte à la légitimité¹⁴⁸.

Quant aux limites au dessus et au dessous du sol, on a soutenu que le propriétaire a plein pouvoir : *usque ad coelum ad inferos*, proclameront les commentateurs. Toutefois les Romains n'ont jamais procédé à une analyse dogmatique des droits du propriétaire¹⁴⁹.

Selon Matte¹⁵⁰, le Moyen-Age fit pousser plus loin le principe de la propriété individuelle. Un des glossateurs, Accurse, en commentant le "Corpus Juris Civilis", compose — parmi les 100.000 et plus qui lui sont attribuées — une glose, qui est devenue l'objet des commentaires doctrinaires et des juridictions subséquentes; il s'agit de la note suivante, ajoutée par Accurse à un passage des Digestes (8, 2, 1) : *Cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum*. Ce principe, attribué d'une manière erronée au droit romain, fut complété non seulement en ce qui concerne l'altitude, mais aussi la profondeur : *dominus soli, dominus coeli et inferorum*.

146) MONIER R., Manuel, p. 632.

147) C. 3, 15 et C. 4, 9.

148) MONIER R., Manuel, p. 632.

149) OURLJAC P. - DE MALAFOSSE J., Droit Romain, p. 77; OURLJAC P. DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit Privé, p. 89.

150) MATTE N.M., Droit Aérien, p. 71.

Bien que l'article 552 du Code civil français ait précisé que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, diverses restrictions ont été apportées à ce principe par la loi sur les mines datée de 1810, complétée en ce qui concerne le pétrole, par la loi datée de 1922. Enfin, la réglementation concernant l'urbanisme permet aux maires d'imposer diverses mesures¹⁵¹.

Une atténuation à l'absolutisme de l'idée de propriété sur l'espace aérien fut apportée par la jurisprudence française au début de ce siècle. Elle restreint les droits du propriétaire à ses intérêts légitimes (constructions et plantations), et offre une opinion judiciaire sur l'air *res communis*. Avant même que l'avion n'ait nécessité un droit aérien - aéronautique propre, diverses législations de droit privé, influencées par l'esprit étatiste, ont essayé d'atténuer la conception du code civil napoléonien sur l'appartenance de l'air. Le code civil allemand prévoit les droits du propriétaire sur le sol, sur le sous-sol, et sur l'espace aérien, mais la hauteur et la profondeur de ses droits s'arrête à la limite où son intérêt propre prend fin; au dessus et au dessous de ces limites, le propriétaire n'a pas de droits. Les rédacteurs de ce texte ont été influencés par l'école allemande représentée par Jhering, Dernburg et Zitelmann. Par exemple Jhering, reconnaissait le droit du propriétaire dans la mesure où il peut légitimer un "intérêt pratique". Ce droit est limité à la hauteur ou à la profondeur que le propriétaire peut pratiquement posséder. Les codes civils suisse (art. 667), turc (art. 644) portugais (art. 2228) et polonais (art. 133) apportent les restrictions semblables et ces restrictions sont faites en faveur de l'intérêt public. Aux Etats-Unis d'Amérique, on arriva à la conclusion de la non-appartenance de l'espace aérien à l'individu. Au Canada selon La Cour de l'Échiquier, le propriétaire a un droit limité sur l'espace aérien surplombant sa propriété, ce droit étant limité à ce qu'il pouvait posséder ou occuper pour l'utilisation et la jouissance de sa terre¹⁵².

Selon les codes civils suisse (art. 641) et turc (art. 618) le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi.

151) HUBRECHT G., *Notions Essentielles de Droit Civil*, 11^e édition, 1977, p. 95.

152) MATTE N.M., *Droit Aérien*, p. 75-78.

Ainsi la propriété n'est pas une maîtrise illimitée ou exclusive, mais une maîtrise conditionnée par la nature physique des choses et par la loi.

CONCLUSION

Comme l'écrit un penseur allemand, R. von Jhering, dans son livre *L'esprit du droit romain* "dans le fond comme dans la forme, toutes les législations modernes se basent sur le droit romain; il est devenu, pour le monde moderne, comme le christianisme, comme la littérature et l'art grecs et romains, un élément de civilisation".

L'histoire établit que, lié à des institutions sociales changeantes, le droit de propriété a constamment évolué. Il a évolué avec les croyances morales et religieuses et avec les moeurs inspirés par elles, avec l'organisation de la famille et de l'Etat, avec le régime de production et des échanges, que transforment science et technique.

L'évolution historique n'en présente que plus d'intérêt, apte qu'elle est à nous faire comprendre comment et pourquoi le principe d'un droit absolu a pu se concilier avec les limitations. La réduction des effets pratiques du droit de propriété apparaît comme la conséquence de la vie de l'individu en société. Cette société réduit les droits de l'individu sur les biens. Ainsi, la propriété romaine permet de suivre les transformations de la notion en fonction des besoins d'une société.

L'erreur des anciens romanistes n'est certes par totale et il serait malséant de négliger le contenu positif du *dominium* romain. La propriété apparaît, en théorie, comme la puissance suprême que l'on peut exercer sur une chose. Le large éventail des droits du propriétaire ne doit cependant pas faire illusion. Le droit de propriété n'a jamais été à Rome comme un pouvoir arbitraire, illimité dans le temps et dans l'espace.

Il faut résumer le droit de propriété romaine dans une formule nette en disant que le Romain possède le droit d'utiliser sa chose, de jouir de ses fruits et de l'aliéner dans la mesure où la raison

de droit le permet (*jus utendi, fruendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*).

S'il arrive à certains textes d'employer l'expression *plena in re potestas* (I. 2, 4, 4), c'est uniquement pour opposer le *dominium* comportant *l'usus* et le *fructus* avec la *nuda proprietas*. Ni dans les textes de droit positif ni dans l'esprit des jurisconsultes, on ne saurait entrevoir aucun pouvoir arbitraire. Tout simplement le droit privé comme le droit public imposent à la propriété ses limites naturelles, parce qu'avant d'être propriétaire, on est citoyen romain. Au fond, le Code civil français ne tient-il pas le même langage, quand, après avoir usé du pléonasme "droit le plus absolu", il continue par cette contradiction —ou cette lapalissade— "...pourvu qu'on n'en fasse pas un usage contraire aux lois et règlements?"

En tout cas, le développement du concept de propriété romaine est loin de l'idée de la souveraineté du propriétaire sur son bien, qui régnait à l'époque du Code civil français. D'ailleurs, la propriété tend à n'être plus considérée sous un aspect individualiste, mais bien plutôt comme une fonction sociale, ainsi des comme une prérogative restreinte par les droit des voisins, des locataires et surtout de l'Etat. Ce concept n'est pas étranger au concept du droit de propriété romain.