

Les conditions juridiques d'aliénation des domaines patrimoniaux ou emphytéotiques dans la seconde moitié du IV^e siècle

ou
comment devient-on *dominus* d'un fonds public ?

Pendant les règnes de Valentinien et Valens, puis d'Arcadius et Honorius, la question de l'aliénation ou de la concession des fonds patrimoniaux se pose avec acuité en raison de l'interférence de cette politique avec le problème des terres désertes et de la mise en œuvre de l'*adiectio sterilium* et de toutes les formes de l'adscription.

Les constitutions de cette époque, dont je présente ici une sélection à partir de deux titres du Code de Justinien, permettent :

- de caractériser le régime juridique des fonds patrimoniaux et emphytéotiques, et de qualifier les droits du nouveau *dominus* ; ces fonds sont concédés en droit privé, sous réserve de paiement du canon (ou *pensio*) et des impôts ; paradoxalement, parce que la *res privata* reste possesseur des fonds, et bien que la concession soit faite en droit privé et sous la forme d'un *ius domini*, le nouveau maître n'a qu'une possession de très longue durée et pas du tout un droit de propriété absolu ; le *dominium* qu'il reçoit dérive donc bien du droit agraire vectigalien et non pas du *dominium* en droit civil classique.
- cette situation est inconciliable avec les règles du droit civil, notamment parce qu'il y a contradiction entre le *ius perpetuum* dont bénéficient les preneurs et le fait de prendre les terres publiques en *locatio*.
- de mesurer les effets de la politique de péréquation ou encore d'exécution, qui permet de gérer les terres improductives : les empereurs décident que les fonds (patrimoniaux ou emphytéotiques) concédés en droit privé avec réserve du canon seront finalement soumis au péréquateur, alors qu'ils avaient décidé, peu auparavant, qu'ils ne le seraient pas.

La conclusion de cette situation juridique est qu'il n'est pas fondamental d'apprécier les originalités de cette condition par le prisme d'une prétendue dégradation du droit civil, qui aurait été en quelque sorte vulgarisé, mais qu'il y a lieu de conserver la perspective originale du droit agraire, comme c'était déjà le cas lors de la phase coloniale de Rome, mais en tenant compte des évolutions propres à l'Antiquité tardive.

Les textes

-----CJ, XI, 62, 3 (en 365)-----

Imperatores Valentinianus, Valens. Quicumque possessiones ex emphyteutico iure susceperint, ea ad refundendum uti occasione non possunt, qua adserant desertas esse coepisse, tametsi rescripta per obreptionem meruerint.

1. Sed nec avelli eas ab his posse, nec si licitatio ab alio fuerit promissa, sed eas in perpetuum apud eos qui eas susceperint et eorum posteritatem remanere, nec si super hoc rescriptum fuerit adversus eos impetratum.

* VALENTIN. ET VALENS AA. AD GERMANIANUM COM. SACR. LARG. * <A 365 D.VIII K.OCT.MEDIOLANI VALENTINIANO ET VALENTE AA.CONSS. >

Les empereurs Valentinien et Valens. Quiconque a pris des possessions selon le droit emphytéotique ne peut les rejeter à quelque occasion, soutenant qu'elles ont commencé à être désertes, même s'il se prévalait d'un rescrit qui ne pourrait être que frauduleux.

1. Mais qu'elles ne puissent pas être détachées, même si un autre a fait une promesse (d'achat) par licitation mais qu'elles soient perpétuellement à ceux qui les ont prises et demeurent dans leur postérité, même si des rescrits contraires à cela pouvaient être obtenus.

Valentinien et Valens, Augustes, à Germanianus, comte des Largesses Sacrées, année 365, 8e jour des kalendes d'octobre, à Milan, Valentinien et Valens étant consuls.

-----CJ, XI, 62, 4 (en 368)-----

Imperatores Valentinianus, Valens. Fundi patrimoniales et qui ex emphyteutico iure ad domum nostram diversis generibus devoluti sunt, sic eis qui eos poposcerint cedunt, ut commissi metus esse non possit. Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure domini: ita tamen, ut ea, quae in nostra possessione positi praestiterint, et in posterum dissolvant

* VALENTIN. ET VALENS AA. AD FLORIANUM COM. RER. PRIVAT. * <A 368 D.ID.MART.TREVERIS VALENTINIANO II ET VALENTE II AA.CONSS. >

Les empereurs Valentinien et Valens.

Que les fonds patrimoniaux et ceux qui, de statut emphytéotique qu'ils étaient, ont été dévolus à la *domus nostra*, passent à ceux qui les auront postulés, de telle sorte que ne puisse exister la crainte de la commise ; car nous ne prêtons pas nos biens, mais les livrons en droit du *dominus* (ou du *dominium*) ; toutefois, que ces domaines, qui ont été placés dans notre possession, continuent à payer à l'avenir.

Valentinien et Valens, Augustes, à Florianus comte de la *res privata*. Année 368, le jour des ides de mars. A Trèves, Valentinien et Valens, Augustes, étant consuls.

(trad. F. Burdeau)

Imperatores Valentinianus, Valens.

Hi, quos commoditas privatae rei praediorum ad ea postulanda sollicitat, adeant tuae dicationis officium et modum suae deliberationis indicent per libellos certumque habeant pro unaquaque villa, cum eo onere vel forma cui nunc habetur obnoxia ad novi domini iura migraverit, ut, si quid adiecerit sumptus cura sollertia, quidquid mancipiorum vel pecoris adcreverit, capitationis aut canonis augmenta non patiatur, sed solis dominis heredibusque minorum sit cessura felicitas.

1. *Si quis autem in annis singulis non solverit debitum, ex re ipsius, quod in reliquis remansisse claruerit, sine aliquibus dependere cogetur indutiis.*

2. *Sane si quem postea minus idoneum factum esse constabit nec ita ut expedit rationem reddere pensionis, res, quas ex nostris rebus acceperat, ad alium idoneum iure quo sanximus transferentur: nec tamen decoctoris cuiusque reliquis qui novus accedit onerari.*

* VALENTIN. ET VALENS AA. AD FLORIANUM COM. RER. PRIVAT. * <A XXX >

Les empereurs Valentinien et Valens.

Que ceux qui, tentés par les avantages qu'ils promettent, désirent posséder des fonds de notre *res privata*, vous fassent connaître leurs intentions et vous adressent une pétition à cet effet. Ils peuvent être assurés que ces fonds passeront aux pouvoirs des nouveaux maîtres avec les seules charges dont ils sont grevés actuellement, et que, quels que soient les accroissements qu'ils pourront leur introduire par leurs soins et leur industrie, ou par l'augmentation des esclaves et du bétail, le canon ou la capitation ne seront pas augmentés. Les avantages résultant de ces accroissements seront au profit des seuls propriétaires ou de leurs héritiers.

1. Si le nouveau propriétaire n'est pas exact à payer le dû annuel aux époques déterminées, qu'il y soit contraint sans délai.

2. S'il devient insolvable au point qu'il se trouve dans l'impossibilité de payer ce dont il est tenu, qu'il soit dépossédé, et que le fonds soit délivré à une autre personne solvable, qui néanmoins ne devra pas être tenue des arrérages dus par son prédécesseur insolvable.

Valentinien et Valens, Augustes, à Florianus, comte de la *res privata* [la suite manque]

Imperatores Arcadius, Honorius.

Universi cognoscant nihil privato iure salvo canone fundis emptis cum patrimonialibus esse commune, ita ut ad eos numquam patrimonialium fundorum peraequator accedat: gravi multa feriendo eo, qui statuta nostrae clementiae ausus fuerit temerare.

* ARCAD. ET HONOR. AA. EUTYCHIANO PP. * <A 398 D.PRID.NON.IUL. NICOMEDIAE HONORIO A.III ET EUTYCHIANO CONSS. >

Les empereurs Arcadius et Honorius.

Que tous sachent qu'il n'y a rien de commun entre les fonds de droit privé avec réserve du canon qui ont été achetés, et les fonds patrimoniaux, de la sorte que le péréquateur des fonds patrimoniaux n'accède pas à eux : ceux qui oseront braver les décisions de notre clémence seront punis de lourdes peines.

Arcadius et Honorius, Augustes, à Eutychianus, préfet du prétoire. Année 398, le 1er jour des Nones de juillet, A Nicomédie, Honorius, Augsute depuis 4 ans, et Eutychianus étant consuls.

Imperatores Arcadius, Honorius.

Fundos patrimoniales eos dumtaxat, qui salvo canone iure privato nostra liberalitate concessi sunt, cum his patrimonialibus, qui in condicione propria constituti sunt, illustris auctoritas tua iubebit exaequari, ita ut relevato, quod imminet fatigatis, translatio in eos, qui integris viribus florent, adscriptio tributorum aequa lance dividatur.

* ARCAD. ET HONOR. AA. EUTYCHIANO
PP. * <A 399 D.III ID.APRIL.
CONSTANTINOPOLI THEODORO
CONS.>

Les empereurs Arcadius et Honorius

Ceux seulement des *fundi* patrimoniaux que nous avons concédés par notre libéralité en droit privé avec réserve du canon, doivent être, avec les (*fundi*) patrimoniaux, constitués dans la condition de notre propre (patrimoine), soumis à l'*exaequatio* par ton illustre autorité ; de façon que, pour le soulagement, la translation, par des hommes intègres, de ceux qui sont ruinés par la fatigue dans ceux qui fructifient, (fasse que) la charge soit également divisée par l'adscriptio des tributs.

Arcadius et Honorius, Augustes, à Eutychianus, préfet du prétoire. Année 399. Le 4^e jour des ides d'avril, à Constantinople, Théodore étant consul.

Sommaire du titre XI, 62 du Code de Justinien

Les cinq constitutions réunies évoquent les conditions dans lesquelles les terres patrimoniales et emphytéotiques sont aliénées et “migrent” dans le droit privé, réalisant ainsi une forme de privatisation de l’exploitation des terres publiques (Carrié 2005), puisque le preneur est nommé *dominus* et se voit accorder des droits assez larges sur les biens et souvent à perpétuité. Ces constitutions datent des années 364-399. Elles forment un ensemble cohérent, avant la définition ou la consécration du droit emphytéotique comme *ius tertium* par Zénon au Ve siècle (voir l’étude consacrée à cette constitution).

Sommaire des constitutions du titre CJ, XI, 62

(*De fundis patrimonialibus, et saltibus, et emphyteuticis, et eorum conductoribus*)

Des fonds et des *saltus*, patrimoniaux et emphytéotiques et de leurs conducteurs)

— CJ, XI, 62, 1 (Constantin, en 315) : un bénéficiaire d’un fonds emphytéotique ne peut le donner qu’avec autorisation du juge ; mais même sans cette autorisation elle est valable si l’acquéreur paie les droits au fisc.

— CJ, XI, 62, 2 (Constantin) : le non paiement de la *pensitatio* d’un fonds patrimonial tenu par un *dominus* mineur ne porte pas atteinte au droit de ce mineur mais met en cause le tuteur ou le curateur.

— CJ, XI, 62, 3 (Valentien et Valens, en 365)

Quiconque a pris des terres en possession emphytéotique ne peut y renoncer, même si elles sont devenues désertes. De même si quelqu’un d’autre fait une proposition lors d’une vente aux enchères. Parce que l’emphytéose est perpétuelle. Des rescrits disant le contraire seraient frauduleux.

Contrairement au commentaire que fait François Burdeau (1966, p. 270), ce texte ne parle pas de la *remissio* du canon payé sur des terres désertes ou qui le sont devenues, mais du rejet pur et simple de ces terres sous prétexte qu’elles sont devenues désertes. Ce qui est en jeu, c’est la possibilité d’une licitation (vente aux enchères) au sujet de ces terres, alors qu’elles doivent rester attachées au contrat emphytéotique.

— CJ, XI, 62, 4 (Valens, Gratien et Valentinien, en 368)

Les fonds patrimoniaux et emphytéotiques de notre *domus*, lorsqu’il sont accordés à la suite d’une *postulatio*, sont donnés en *ius domini*, sous réserve de ce qu’ils doivent payer du fait qu’ils sont dans notre possession.

François Burdeau commente ainsi : « Le sens est clair : des fonds patrimoniaux et emphytéotiques sont tombés dans la *res privata* ; les règles d’aliénation de la *res privata*, et non celles qui prévalent pour les fonds emphytéotiques, doivent leur être appliquées. Qui les réclame en obtient la propriété, mais l’origine impériale de ces domaines entraîne une conséquence originale : parce qu’ils ont été dans la possession impériale, ces domaines doivent continuer à être source de revenus pour l’empereur, donc payer à la *res privata*. » (1966, p. 282-283).

Pour François Burdeau ce texte démontre qu’il ne s’agit pas une *locatio* et que le droit de propriété de l’empereur s’est réduit au simple droit à un canon. Il pense que s’il fallait chercher un ancêtre au *ius perpetuum*, ce serait dans l’*ager privatus vectigalisque* qu’il faudrait le trouver (p. 284).

C’est le versement anomal qui constitue l’indicateur le plus intéressant, de même que le fait que le *perpetuarius* jouisse des droits du propriétaire. Ce qui juridiquement était « monstrueux », c’était que le bien était exclu des *res privatae* mais y demeurait pour le *canon* ou la *pensio*. Mais si le *perpetuarius* ne payait plus, le bien lui était retiré et concédé à un autre *perpetuarius* solvable. CJ, 11, 66, 2 (ci-dessous).

— *CJ*, XI, 62, 5 (Gratien et Valentinien) : les fonds patrimoniaux emphytéotiques attribués par les péréquateurs et censiteurs sont possédés à perpétuité et un *petitor* ne peut pas en troubler la jouissance par une demande.

— *CJ*, XI, 62, 6 (Gratien, Valentinien, Théodose) : les fonds patrimoniaux concédés en Asie et dans le Pont peuvent être transmis en héritage et faire l'objet d'un contrat d'aliénation de tout genre.

— *CJ*, XI, 62, 7 (Gratien, Valentinien, Théodose) : les preneurs de *fundi* patrimoniaux tenus en emphytéose engagent leur propre patrimoine pour garantir le paiement de la rente ; s'ils ne sont pas assez solvables, ils fournissent des fidéjusseurs.

— *CJ*, XI, 62, 8 (Gratien, Valentinien, Théodose) : maintenir les fonds patrimoniaux de Mésopotamie et d'Osdroène au service des militaires des frontières ; ne pas en accorder le *dominium*, l'emphytéose ou la *conductio* à des particuliers.

Idem Augusti Nedearcho. Omnes fundi patrimoniales per Mesopotamiam, et Osdroenam provincias, quos constat divorum retro principum sanctionibus limiti deputatos, ad ius pristinum sine ullius assertionis revocentur obstaculo, praebituri omnia, quae antea impendenda necessitatibus limitis praebere consueverant : ita ut nulli penitus audiantur, qui aut rescripto, aut adnotatione dominium, vel emphyteusin, vel conductionem quolibet genere largitatis de nostra liberalitate meruerint.

« Les mêmes empereurs à Nedearchos. Tous les fonds patrimoniaux des provinces de Mésopotamie et d'Osdroène et destinés anciennement par les divins princes aux (soldats) *limiti*, reviennent au droit initial sans aucune espèce d'opposition ; car tout ce qui avait été destiné aux nécessités des militaires des frontières doit leur être restitué. Qu'on ne reçoive donc aucune réclamation de ceux qui prétendent en avoir reçu le *dominium* ou l'emphytéose ou la *conductio*, venant de notre libéralité, soit par un rescrit, soit par une annotation. »

— ***CJ*, XI, 62, 9 (Arcadius et Honorius, en 398)**

On ne doit pas confondre les fonds patrimoniaux avec les fonds privés devant le canon et qui ont été achetés ; le péréquisiteur des fonds patrimoniaux n'y a pas accès.

— ***CJ*, XI, 62, 10 (Arcadius et Honorius, en 399)**

On doit soumettre les fonds privés avec réserve du canon qui ont été concédés à l'*exaequatio*, exactement comme les fonds patrimoniaux ; la raison est qu'il faut leur joindre les fonds improductifs et qu'il faut diviser la charge par l'adscription des tributs.

— *CJ*, XI, 62, 11 (Honorius et Théodose) : le droit d'emphytéose implique le paiement de la rente sans limite de temps.

— *CJ*, XI, 62, 12 (Théodose et Valentinien) : les emphytéotes ne doivent pas être obligés de racheter les fonds qu'ils tiennent en emphytéose, mais doivent être considérés comme des acheteurs ; ils ont le *dominium* (*eum fundorum sint domini*) et peuvent donc affranchir les esclaves du *fundus*.

— *CJ*, XI, 62, 13 (Théodose et Valentinien, avant 392) : on (un preneur) ne peut plus aliéner les *fundi* patrimoniaux, limitophes ou *saltuenses* d'Orient, qu'ils soient avec ou sans réserve du canon. Le demandeur et l'officier qui réalisent un tel transfert seront condamnés.

— *CJ*, XI, 62, 13 (Anastase ; en 491) : instauration de la prescription de quarante ans sur les fonds patrimoniaux, ceux des cités et des temples ; passé ce délai, le *dominium* ne peut plus être réclamé par

une action publique. Ceux qui avaient bénéficié d'une exemption du canon (*adempto canone*) continuent à être exemptés.

J'ai ajouté à la sélection proposée la constitution suivante, tirée du titre 66 :

— **CJ, XI, 66, 2 (règnes de Valentinien et Valens, soit entre 364 et 375)**

Les fonds patrimoniaux obtenus à la suite d'une demande (*postulatio*) migrent au droit du nouveau maître sous réserve du paiement du canon et de la capitation. Les améliorations apportées par le maître ne provoquent pas d'augmentation du canon ou de la *pensio*. Mais le preneur insolvable qui ne paie pas le canon est dépossédé et le fonds est donné à un preneur solvable.

Commentaire

La nature des terres concédées

Les terres composant le *patrimonium* ont une origine diverse.

— Depuis le Haut Empire, les biens caducs, *bona caduca*, les vacants, *bona vacantia* et les biens des condamnés, *bona damnatorum*, échoient au *patrimonium* (Burdeau 1966, p. 20). La *ratio privata*, qu'on voit apparaître à côté du *patrimonium*, a-t-elle à voir avec les vastes confiscations de biens de sénateurs par la monarchie sévérienne comme le prétend l'Histoire Auguste, donc avec les *bona damnatorum* ? On a longtemps pensé ainsi, mais la découverte de nouvelles inscriptions témoigne que l'administration de la *ratio privata* (ou *res privata*) existait déjà sous Antonin. Depuis l'analyse de François Burdeau, on sait que c'est la souplesse de gestion de la (nouvelle) *res privata*, par rapport au *patrimonium* vieux de deux siècles, fonctionnant par l'affermage et de faible rapport, qui rend compte de la juxtaposition des deux administrations.

— Les *agri vectigales*. L'affaiblissement de la caisse du Sénat, l'*aerarium*, est constant et se marque à partir de Vespasien, ce qui renforce la fusion des finances impériales avec celles de la *res publica*. La meilleure preuve vient de la dévolution aux mains des administrateurs domaniaux des restes de l'*ager publicus* non aliénés, les *agri vectigales*, à l'exception de ceux des collectivités locales et des temples (*Id.*, p. 23). Il y a donc, en quelque sorte, patrimonialisation de l'*ager publicus*, ce dont témoignent les inscriptions des domaines africains.

Pour caractériser au mieux les terres fiscales, patrimoniales ou emphytéotiques, il est souhaitable raisonner en termes de "masses domaniales" ou encore de "complexes domaniaux", différenciés par leur nom, leur administration, leur mode d'exploitation. Le terme de *domus* (*oikos* en grec) est le plus à même de rendre compte de ces réalités (Gascou 2008).

— Les juristes (Lécrivain, Wiart, His ; mais encore avec des nuances, Beaudouin, Mitteis, Karlowa, Brissaud, Karayannopoulos, Cannata) tendaient à classer selon l'origine des domaines, et donc à mettre en avant les titres d'acquisition. Les *fundi patrimoniales* (ou *res familiaris*) sont les biens personnels des empereurs, et les *fundi rei privatae* sont les *fundi* publics,

échouant à titre public à l'empereur. Il faut y ajouter les biens de la *domus divina*, affectés aux besoins de la Cour.

— Les historiens (Seeck, Bury, Stein, Jones) diversifient les classes domaniales en fonction de l'affectation des revenus qu'elles procurent, et elles seront publiques ou privées selon qu'on les assigne au soutien de l'État ou à l'entretien du Prince. Pour eux, la définition juridique préalable n'a plus guère d'importance (p. 52).

Or, comme nous y invite François Burdeau, il faut éviter de confondre les dérives de certains empereurs et l'état du droit au Bas-Empire ; il faut éviter de même de lire ce dernier comme étant déjà byzantin. Et même en *CJ*, VII, 37, 3, Justinien fait encore bien la différence entre sa propriété privée (*privata substantia*) et la propriété fiscale (*res fiscales*). Le fil conducteur est que : « encore à la fin de notre époque, *privata substantia* et patrimoine du fisc forment deux ensembles distincts » (Burdeau p. 59).

Pour la définition des *fundi* patrimoniaux et emphytéotiques, on retiendra les faits suivants. Le lien *patrimonialis-emphyteuticus* est très étroit, et on note qu'il y a plus de constitutions sur ces fonds en Occident qu'en Orient.

La distinction *fundi patrimoniales-res privatae* doit être maintenue, malgré l'avis de plusieurs auteurs qui ne voient pas de différence (Lécrivain, Pelham, Jones). Trois textes permettent d'identifier une classe domaniale, les *fundi patrimoniales*, qu'on ne peut confondre avec les *res privatae* de l'empereur et qui ne sont pas dans le *ius privatum* de l'empereur. Ce sont :

— *CTh*, V, 15, 17 (27 octobre 364) : loi qui redresse l'interprétation tendancieuse que certains juges faisaient de la loi du divin Julien, selon laquelle les fonds patrimoniaux ou emphytéotiques devaient revenir au statut ancien s'ils payaient un canon inférieur à ce qu'ils devaient. La loi distingue ensuite les cas, selon qu'il importe ou non au fisc que les biens soient en droit privé ou en droit emphytéotique ; elle relève aussi l'excès des libéralités des princes précédents et ordonne que ceux à qui tout a été distribué rendent les *fundi*.

— *CTh*, V, 15, 19 (28 juillet 365 ou 368 ? au comte des Largesses sacrées) : interdiction de tenir comme on le fait en droit privé des *fundi* emphytéotiques ou patrimoniaux. Ceux-ci doivent retrouver leur statut.

— *CJ*, XI, 62, 4 (Valentinien, 368) : texte donné ci-dessus.

Reste, néanmoins, la difficulté de définition des *fundi fiscales*, catégorie large, qu'on voit apparaître dans des constitutions (dont *CJ*, XI, 71, 73 et 74 et *Dig.*, 50, 6, 6, 11) et qui ne semble pas former une classe domaniale autonome. Sont fiscaux tous les domaines qui échoient à un titre public à l'empereur, aussi bien les fonds patrimoniaux que les *res privatae*.

Rappelons, enfin, que toutes les *res privatae* ne sont pas fiscales. Dans *CTh* XI, 7, 21, on distingue les *praedia mansuetudinis nostrae* et ceux *quae sub fisci nomine coeperint retineri*, ces derniers étant sans conteste dans la *res privata*. Par conséquent « la distinction entre *res fiscales* et *privata substantia* qu'évoquait Justinien ne doit donc pas être recherchée à l'extérieur de la *res privata*, mais en son sein même » (p. 74). Les *fundi patrimoniales* ne peuvent en aucun cas être le "Privatgut" impérial, mais bien les héritiers du *patrimonium* du Haut-Empire.

La question du droit de référence : le droit romain vulgaire ?

L'évolution des conceptions, notamment à travers le prisme de l'évolution du droit romain lui-même, n'a pas aidé à clarifier les définitions. Ce qui est problématique c'est que les auteurs ont installé l'idée qu'à l'époque tardo-antique on serait allé vers un dominat, c'est-à-dire un régime dans lequel un *Dominus* serait à la tête de son *dominium*, ce qui permettrait de

marginaliser les distinctions juridiques et notamment d'installer l'idée d'une fusion entre le *patrimonium* du prince et les biens publics. Il y aurait eu quasi fusion du droit public et du droit privé (voir Burdeau 1966, p. 56 ; d'après Levy et Jones).

La thèse de l'existence du « droit romain vulgaire » va en ce sens (Levy 1951 ; voir p. 43-49 pour la définition de l'emphytéose et du *ius perpetuum* ; et p. 77-79 pour l'emphytéose au temps de Justinien). Ernst Levy classe les formes juridiques de l'aliénation des biens patrimoniaux en cinq formes :

- la *conductio* temporaire, qui ne peut impliquer ni "ownership" ni même de *possessio* ;
- l'emphytéose qui est un contrat de long terme ;
- le *ius perpetuum* qui est un contrat permanent ;
- le transfert de la terre en propriété privée avec paiement du canon (*ius privatum salvo canone*) ;
- le transfert de la terre en propriété privée avec exemption exceptionnelle du canon (*ius privatum dempto/demto canone*).

Parlant des évolutions de la *locatio-conductio* et du *ius in agro vectigali*, autrement dit de l'évolution des formes de concessions de terres publiques, il s'interroge : « What then was the approach of the vulgar law ? » Le sens de son commentaire est de démontrer que le perpétuaire et l'emphytéote sont souvent désignés par les termes de *dominus* et que leur droit est un *dominium*, mais que les incohérences sont particulièrement nombreuses et handicapantes¹. Pour E. Levy, la pauvreté de la conception du *dominium* à cette époque (« a very vague and hazy notion ») doit être mise en évidence, et traitée sur le mode de la confusion.

Les contradictions et difficultés relevées par Ernst Levy ne manquent pas d'intérêt et il a eu raison de les souligner et de les commenter. Il est intéressant d'observer, comme il le fait, que les constitutions parlent du preneur comme d'un *dominus* lorsqu'il s'agit de son pouvoir sur les esclaves, le bétail, l'accroissement du fonds, etc, mais d'un conducteur lorsqu'il s'agit de ses obligations fiscales, de sa soumission à la péréquation, de la discontinuité de la tenure, de la nullité des manumissions.

En revanche, le paradigme du "droit romain vulgaire" n'est peut-être pas le meilleur pour comprendre ces différentes optiques et leur variation. Je préfère poser un autre axe de travail : le droit agraire sur les terres publiques a créé des formes spécifiques qui, bien qu'empruntant souvent les mêmes mots que ceux qu'on rencontre dans le droit civil (*dominium*, *possessio*, etc.), a développé à toutes les époques des contenus différents voire inconciliables avec celui-ci. Bien que le droit agraire tardo-antique n'ait plus grand chose à voir avec le droit agraire de la fin de la République, de l'un à l'autre il reste au moins une même idée : les terres publiques ne ressortissent pas (ou très peu) du droit ordinaire, qu'il soit dit civil ou vulgaire, mais d'un droit spécifique (un droit des terres publiques mais qui ne peut être qualifié de droit public, vu l'emploi qui y est fait de la notion de *privatus*, ou encore du sens particulier que le terme de *dominium* rencontre), dans lequel le sens des mots n'est pas dû à une dégradation des concepts, mais à une spécificité du type des terres.

C'est ce que je me propose de relever en notant que dans le droit agraire tardo-antique, le *dominium* de droit privé est une forme de tenure soumise à la *possessio* "publique" de l'empereur et de la *res privata*.

¹ E. Levy parle d'asymétrie (p. 46), par exemple entre **CJ, XI, 63, 2 de 367** qui dit que les emphytéotes ne sont pas *domini* des *fundi* (*Imperatores Valentinianus, Valens. Libertates, quas mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticis qui fundorum non sunt domini praestiterunt, rationales huiusmodi praecepti auctoritate rescindant. * VALENTIN. ET VALENS AA. AD GERMANIANUM COM. SACR. LARG. * <A 367 PP. XIII K. MAI. LUPICINO ET IOVINO CONSS.>*) et **CJ, XI, 62, 4**, donné au début de cet article, et qui leur concède le *ius domini*. Il cite d'autres exemples de contradiction et conclut : « confusion worse confounded » !

Le statut des concessions : un *dominium* de droit privé soumis à la possession de droit agraire (ou droit public) de l'empereur

Les terres patrimoniales ou emphytéotiques concédées le sont selon le droit privé, avec le *ius dominii*, et sous réserve du paiement du canon pour le cas le plus courant (*salvo canone*).

Je commence donc par observer que la typologie d'Ernst Levy, que j'ai rappelée ci-dessus, ne comporte pas cinq mais plus simplement trois niveaux, puisque les deux dernières catégories qu'il liste ne sont pas exclusives des précédentes : elles sont le régime juridique des concessions emphytéotiques ou perpétuelles.

La concession donne au preneur le *dominium*, c'est-à-dire toute une série de droits sur la terre, notamment d'aliénation, de transmission héréditaire, et, bien entendu, de jouissance des fruits du sol. Mais ce *dominium*, expressément mentionné, est, en quelque sorte, « inférieur » à la possession que conserve la *res privata* et l'empereur. En effet, la concession est de droit privé mais elle est révoquée en cas de non respect du versement du canon et des contributions. Si l'on était dans le droit agraire d'époque républicaine, on dirait que la terre publique en question est vectigaliennne et tributaire. Ici elle est soumise au *canon* ou *pensio* (ou *pensitatio*) et à la capitation. Le preneur paie le canon pour la concession qui lui est faite du *dominium* sur les terres publiques et les exploitations des colons qu'elles contiennent, et il s'engage à verser les impôts des colons de son *fundus*, selon les divers types de capitation en usage dans sa région.

C'est dans *CJ*, XI, 62, 4 (368) que l'expression de cette situation paradoxale est la meilleure : *Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure dominii : ita tamen, ut ea, quae in nostra possessione positi praestiterint, et in posterum dissolvant* (« car nous ne prêtons pas nos biens, mais les livrons en droit du *dominium* ; toutefois, que ces domaines, qui ont été placés dans notre possession, continuent à payer à l'avenir »).

La clause de dépossession par la *res privata* est la preuve manifeste de la situation particulière des preneurs de terres publiques : plusieurs constitutions rappellent que le preneur qui ne paie pas ses contributions se verra retirer la concession et les terres seront commuées à un autre preneur auquel on confèrera le *dominium* (ex. : *CJ*, XI, 59, 13 en 414).

La perpétuité de la concession est la difficulté principale de cette situation juridique. On sait que, pour rassurer les acheteurs, on a inventé la *possessio firma*, la *firmitas perpetua*, la *secura possessio*, la *possessio perpetua*, la *perpetua durabilitas*. Toutes ces expressions soulignent à la fois l'imprescriptibilité des biens publics concédés et leur aliénabilité. Alors qu'est-ce qu'une aliénation en *ius perpetuum* ? Pour la doctrine ce droit, qui fait du preneur un *perpetuarius*, est le successeur du *ius in agro vectigali*. Ce serait une location perpétuelle contre le paiement du fermage et de l'impôt, du moins quand il n'y a pas d'exemption. Dans ces conditions, la doctrine considère que ce n'est donc pas une aliénation mais bien une *locatio-conductio*.

François Burdeau (1966, p. 279 *sq*) a apporté des éclairages intéressants sur cette question. Il pense que les sources ne permettent pas cette lecture en termes de *locatio*, même s'il y a des aspects contradictoires. On ne peut pas analyser le *ius perpetuum* en terme de *locatio*, même si on parle de *locatio perpetua*, car celle-ci ne concerne que les *fundi* des collectivités. Jamais le *perpetuarius* n'est appelé *conductor*. Par conséquent, pour ce juriste, ce droit vient d'une aliénation et non d'une location, bien que ce soit une aliénation un peu monstrueuse car le *perpetuarius* doit l'impôt à la préfecture du prétoire et aux Largesses sacrées² et le canon ou *pensio* à la *res privata*.

² Mais il faut tenir compte des exemptions des superindictions ; de la fixité de la capitation ; du régime spécial pour la *praestatio tironum*.

Là encore, une expression en termes de droit agraire est utile et même préférable : si elle ne règle pas toutes les contradictions, elle indique néanmoins que les règles du droit civil peuvent être bouleversées.

L'évolution des concessions de terres patrimoniales et emphytéotiques fera que le *ius perpetuum* s'impose en Occident comme forme juridique des aliénations (et disparaît en Orient à la fin du IV^e siècle), et alors que les concessions en *ius privatum* sont propres à l'Orient et inconnues dans la partie occidentale de l'empire.

La question des terres abandonnées ou improductives

Elle est pendante depuis la fin du II^e siècle et a pris un tour plus aigu avec la réforme fiscale de Dioclétien et la mise en place de l'adscription des colons et de la péréquation entre les *fundi*. Les règles sont rendues plus tendues encore dans la seconde moitié du IV^e siècle, lorsque les curiales sont rendus responsables de la gestion et de la fiscalité des terres fiscales au titre de leur *munus*, et lorsque les contrôles des péréquateurs sont susceptibles de déposséder le possesseur qui n'accepte pas la *translatio* des terres stériles dans son patrimoine. Un grand nombre de constitutions répètent l'obligation suivante : quiconque veut se voir concéder des terres publiques selon le droit privé, doit accepter de prendre aussi des terres stériles.

— *CJ*, XI, 59, 1 : Constantin impose aux curiales de gérer les terres stériles et les rend responsables du versement des contributions.

— *CJ*, XI, 59, 2 (337) : les emphytéotes qui ont la possession des terres patrimoniales selon le droit privé et qui ont vendu leurs terres fertiles ne conservant que les stériles et devenant ainsi insolvables, doivent payer pour les deux catégories.

— *CJ*, XI, 59, 6 (383) : un possesseur d'un fonds fertile venant du *publicum* ou des temples doit accepter des fonds stériles ; à défaut, on le dépossède.

Ces dispositions apportent la preuve supplémentaire du double plan que comporte le *fundus*. Le preneur emphytéote doit accepter de se voir attribuer, par le péréquisiteur ou l'exéquisiteur (*exaequator*) des terres improductives, qui entrent ainsi dans son contrat de gestion de la terre publique. Il ne doit pas organiser son insolvabilité pour se soustraire à ses obligations, mais au contraire se rendre responsable du versement des impôts. C'est bien au niveau du *fundus* dans son ensemble et non pas de son propre patrimoine foncier que la question se pose.

Conclusion

L'étude de ces constitutions suggère une piste : la présentation des catégories foncières gagnerait sans doute à être sensiblement modifiée. Dans un tableau juridique et institutionnel des catégories foncières, on propose, couramment, de distinguer quatre groupes de *fundi* :

- des *fundi* impériaux (patrimoniaux, emphytéotiques, fiscaux)
- des *fundi* municipaux (ceux des curiales, dits également civiques)
- des *fundi* des temples
- enfin, des *fundi* privés.

Les trois premiers groupes renvoient à des *fundi* dont l'origine est publique ou fiscale, — bien que ce résumé commode fasse bon compte d'une histoire plutôt riche et compliquée, avec des catégories subsidiaires et techniques (terres arcifinales, occupatoires, questoriennes, subsécives, terres vectigaliennes, etc.) —. Le quatrième groupe, en revanche, est censé ressortir au droit privé.

Ma proposition est multiple :

1. Minimiser l'effet de l'opposition entre public et privé, au profit d'une opposition juridico-territoriale entre des zones ordinaires qui ressortissent du droit civil et des coutumes, et des zones spécifiques qui ressortissent du droit agraire et qui constituent l'héritage de l'ancien *ager publicus* du temps de la colonisation romaine, tout en tenant compte des profondes transformations qu'il a connues. Au sein de chacun de ces deux types d'espaces fonciers, il y a à la fois du public et du privé, et à condition qu'on donne le sens des mots chaque fois qu'on les emploie. Par exemple, on a vu que dans les concessions de terres patrimoniales, le concessionnaire recevait la terre publique en droit privé, ce qui ne veut pas dire qu'elle échappait définitivement au *dominium* impérial : au contraire, bien que concédée sur le long terme ou même à perpétuité, et tout en migrant vers le droit privé (il n'y a pas de doute là-dessus, on l'a vu), elles demeuraient dans la *possessio* (comprendre le mot au sens de domanialité) de l'État et pouvaient être reprises en cas de non respect de la clause de versement du canon.

2. Déplacer l'opposition conceptuelle existant traditionnellement entre *dominium* et *possessio*. On a coutume de les opposer sur la base des enseignements du droit civil : il y aurait un droit éminent et un autre utile, un *dominus* et un possesseur. Mais puisque les constitutions vont jusqu'à renverser les mots et à faire de l'État le possesseur et de l'adjudicataire le *dominus*, c'est donc bien que le rapport ne doit pas être pensé sur ces bases traditionnelles de droit civil, ni même de droit vulgaire. Ici, l'avantage de l'opposition de droit civil est faible, puisque la concession de terres publiques est un transfert du pouvoir que l'empereur ou son administration (la *res privata*) détient sur les terres publiques. C'est du droit agraire et non du droit civil, c'est du droit agraire et non du droit public. Ce transfert est nécessaire pour que le nouveau *dominus* puisse prélever les impôts, gérer l'adscription, affranchir les esclaves, procéder aux déclarations, organiser l'*adiectio sterilium* sur ordre de l'administration, rendre compte au gouverneur (comme on le voit se produire dans la Table de Trinitapoli). À aucun moment, dans cette liste de tâches du preneur, il ne s'agit de sa propre propriété foncière.

3. Par effet du point précédent, mieux discerner ce qui est droit sur le contrat de *conductio* des terres publiques et la "propriété" de la terre elle-même. Car il n'est pas théoriquement nécessaire que le preneur d'un tel contrat soit propriétaire en propre de terres dans le *fundus* en question (ce qui n'exclut pas le cas, cela va de soi !). Son contrat porte sur le droit de gérer le *fundus* et les impôts des colons (capitation), et pour avoir ce droit il paie un *canon* ou *pensio* qui s'apparente directement à l'ancien *vectigal* des terres publiques³. Les textes nous parlent plus souvent de la propriété de ce droit de conduction ou de gestion des "maisons", *casae*, *oikoi*, *massae fundorum*, et bien moins de la propriété de cette part de terre qui appartiendrait en propre au titulaire du contrat.

4. Faire de la concession de fonds patrimoniaux sous condition de mise en valeur des terres désertes une catégorie spécifique, de droit agraire, soumise à la péréquation ; cette catégorie crée des interférences avec la *conductio* des autres fonds patrimoniaux (fertiles, productifs), qui, eux ne sont pas soumis à la péréquation ; elle a conduit les juristes à convenir qu'il fallait définir un droit spécifique, le droit emphytéotique qu'on trouve en Orient, dont Zénon consacrerait l'existence en le nommant « troisième droit ». Mais les abus ont été tels (invasion des *fundi* ; fabrication de faux rescrits impériaux) qu'ils ont obligé les empereurs à rappeler que

³ C'est un point que n'a pas compris Elisabeth Magnou Nortier (2012) lorsqu'elle oppose les terres publiques qui devraient le *vectigal* et les terres privées qui paieraient les tributs. Elle ne voit pas que l'un se situe au niveau du contrat d'adjudication des terres publiques, et que les autres sont les impôts des exploitations situées dans n'importe quel *fundus* en zone tributaire ou stipendiaire.

ces concessions ne concernaient pas certaines catégories, comme les *fundi* affectés à l'entretien des militaires frontaliers.

Dans tous les cas j'aboutis au fait que la notion de propriété de la terre, quand on entend par là le lien existant entre une personne et un bien, n'a que relativement peu de sens à cette époque et à ce niveau, remplacée qu'elle est par toute une série d'autres relations créatrices d'attache et d'appropriation.

Bien entendu, le discours serait différent s'il ne s'agissait pas de terres patrimoniales ou emphytéotiques mais de terres ordinaires. Cependant la domanialité tardo-antique me paraît être telle que même les terres dites privées devaient plus ou moins s'apparenter à un schéma de ce type.

Gérard Chouquer, novembre 2014

Bibliographie

François BURDEAU, *Les domaines impériaux du Bas-Empire*, thèse de Droit, Paris 1966, 421 p. (disponible à la Bnf)

Jean-Michel CARRIÉ, *Emphytéose* (droit romain), notice dans Jean Leclant (dir), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Puf, , 2005, p. 789-790.

Gérard CHOUQUER, *La terre dans le monde romain. Anthropologie, droit, géographie*, collection d'archéogéographie de l'Université de Coimbra, vol. 1, ed. Errance Actes-Sud, Paris 2010, 352 p.

Gérard CHOUQUER, *Cadastres et fiscalité dans l'Antiquité tardive*, Presses Universitaires François Rabelais, Tours 2014, 456 p.

Gérard CHOUQUER, *Etude juridique et historique du dominium et de la propriété foncière dans le monde romain (Ier s. av. - Ier s. ap. J.-C.)*, livre électronique édité par L'observatoire des formes du foncier, Paris août 2014. <http://www.formesdufoncier.org/pdfs/Chouquer-DominiumDEF.pdf>

Gérard CHOUQUER (à paraître), *Posséder. Domanialité, communauté et propriété de la terre, de l'Antiquité à nos jours*, à paraître chez Errance en 2015

Roland DELMAIRE, *Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IV^e au VI^e siècle*, Collection de l'École française de Rome, n° 121, Rome 1989, 760 p.

Jean GASCOU, *Fiscalité et société en Égypte byzantine*, édité par les Amis du centre d'histoire et de civilisation de Byzance, Paris 2008.

Jean GAUDEMET, *Droit vulgaire*, notice dans Jean Leclant (dir), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Puf, 2005, p. 732.

Ernst LEVY, *West Roman Vulgar Law. The law of property*, ed. American philosophical society, Philadelphie 1951, 306 p.

Detlef LIEBS, « Roman Vulgar Law in Late Antiquity », dans *Aspects of Law in Late Antiquity. Dedicated to A. M. Honoré on the occasion of the sixtieth year of his teaching in Oxford*, edited by B. Sirks, Oxford, All Souls College 2008, p. 35-53. Disponible sur internet.

Elisabeth MAGNOU-NORTIER, *Aux origines de la fiscalité moderne. Le système fiscal et sa gestion dans le royaume des Francs*, ed. Droz, Genève 2012, 968 p.