

FACULTE DE DROIT

T H E S E

PRESENTÉE

A L'ÉCOLE DES ÉTUDES SUPÉRIEURES

DE L'UNIVERSITÉ D'OTTAWA

POUR L'OBTENTION

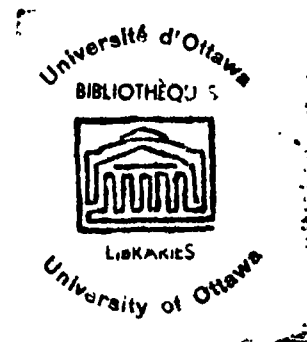
DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Me FRANÇOIS FRENETTE

L'INSTITUTION D'EMPHYTEOSE

AVRIL 1976



UMI Number: DC53894

INFORMATION TO USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleed-through, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

UMI[®]

UMI Microform DC53894
Copyright 2011 by ProQuest LLC
All rights reserved. This microform edition is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.

ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

Tel un phénix, il renaît
continuellement de ses cendres.

INTRODUCTION

Plus qu'un droit, mieux qu'un contrat, l'emphytéose est une institution. Une institution qui regroupe la somme totale des règles gouvernant, du point de vue juridique, une certaine forme d'exploitation profitable des immeubles basée sur l'union féconde et équilibrée du capital foncier et humain; union féconde et équilibrée où l'emphytéote participe à la propriété du maître par son labeur et où le propriétaire est associé au résultat de l'activité créatrice de l'emphytéote par sa dominance.

Traditionnellement lié et réservé aux exigences du secteur rural, ce mode de mise en valeur des biens-fonds répond depuis peu aux besoins pressants de l'industrie, de la finance et de l'Etat. Donnant ainsi satisfaction à de puissants intérêts, l'institution tant oubliée et négligée est à présent devenue populaire et digne de considération. Dans les milieux "informés", on ne cesse aujourd'hui d'en redécouvrir les vertus, d'en vanter les mérites et d'en prôner l'application. Ce nouvel engouement pour la formule emphytéotique confirme certes l'actualité des dispositions de notre Code civil s'y rapportant,

mais il souligne aussi avec acuité l'absence d'évolution de nos connaissances en la matière. Bien qu'employée de plus en plus fréquemment, l'emphytéose reste en effet un phénomène juridique assez mal "décortiqué". Ce fait , constant à travers les âges depuis le sac de Rome par Alaric, explique en grande partie pourquoi l'institution est continuellement passée de chute en résurrection. Si la chose ne doit encore se reproduire, si le succès se doit cette fois de ne pas être éphémère, il faut rapidement porter le savoir acquis à la hauteur de l'importance de ce superbe instrument de développement économique. Le présent travail se veut une modeste contribution à cette tâche.

L'emphytéose du Code civil québécois n'est pas l'oeuvre originale des rédacteurs de nos lois. Elle se rattache, en passant par toutes les vicissitudes d'une sombre époque de simple persistance des formes, à l'institution romaine du même nom. Il sied donc, pour pénétrer plus avant le concept d'emphytéose et identifier l'idée maîtresse établissant une hiérarchie entre ses différentes règles articulées en système, de se familiariser d'abord avec ce passé lointain de la Rome antique où l'ensemble organique distinct que nous connaissons aujourd'hui a pour la première fois vu le jour grâce à l'affinement progressif d'un droit adapté aux nécessités de l'heure.

Il importe aussi, pour mieux apprécier la valeur du geste posé par nos codificateurs, de jeter par la suite un regard sur les moeurs et le droit d'un temps où l'institution a été graduellement détournée de ses fonctions et possibilités de départ. Ce grand retour en arrière se fera dans le cadre d'un chapitre préliminaire.

Une fois l'emphytéose ramenée à son établissement et dégagée de l'influence des éléments l'ayant absorbés sous l'ancien régime, il conviendra alors, dans une première partie, de qualifier la nature et de délimiter l'étendue exacte du partage des prérogatives de la propriété foncière entre le maître et l'emphytéote. Ce faisant, nous aurons, à l'analyse, meilleure intelligence de leurs rapports effectifs et des avantages en découlant pour chacun.

L'étape de la qualification et de la délimitation franchie, il restera enfin, dans une deuxième partie, à faire valoir comment la portée logique de la règle du partage des prérogatives de la dominité foncière conduit tout naturellement à la reconnaissance d'une propriété superficielle temporaire en faveur de l'emphytéote sur certaines de ses améliorations.

Portant au premier chef sur la nature juridique du lien d'emphytéose, cet ouvrage négligera quelque peu un autre aspect non moins intéressant de l'institution, savoir: sa fonction

socio-économique. Cette dimension de la tenure emphytéotique n'étant pas de celles dont l'importance peut être niée, il nous sera bien entendu impossible d'en faire totalement abstraction. Ceci dit, il nous est cependant apparu à la fois normal et préférable, avant d'en arriver un jour au recensement et à l'étude détaillée des différents rôles d'emploi de l'emphytéose, de donner d'abord priorité à la mécanique même de l'institution favorisant la poursuite de buts divers.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

DE LA TENURE EMPHYTEOTIQUE À TRAVERS LES ÂGES

1 - Ce qui est dépend souvent de ce qui a déjà été et, ce, même si ce qui existe aujourd'hui n'est plus tout à fait ce qui était autrefois. L'institution d'emphytéose ne fait guère exception à cette règle. La voie de sa connaissance passe donc tout naturellement par les étapes qui vont de son enfantement juridique aux forme et perfection relatives que lui a données le droit que nos codificateurs sont censés avoir reproduit.

Préoccupé uniquement pour l'instant par les traits saillants de l'emphytéose, nous allons dès lors suivre le long et tortueux cheminement de cette tenure à travers les siècles pour vérifier dans quelle mesure les modifications et transformations apportées par le temps et les événements sont conformes à l'esprit animant ce droit en son principe.

A - Notion d'emphytéose

a) Définition du terme

2 - Les mots sont riches de savoir et la teneur du message qu'ils véhiculent se vérifie par leur étymologie.

Emphytéose, c'est connu, vient du grec $\epsilon\mu\phi\upsilon\tau\epsilon\upsilon\sigma\iota\varsigma, \epsilon\omega\varsigma$ (greffe), mot lui-même dérivé de $\epsilon\mu\phi\upsilon\tau\epsilon\upsilon\omega, \epsilon\upsilon\sigma\omega(\epsilon\upsilon, \phi\upsilon\tau\epsilon\upsilon\omega)$ qui signifie planter dans, implanter, greffer sur¹. L'expression laisse présumer, nous semble-t-il, l'existence de deux entités distinctes dont l'une s'ajouterait à l'autre, non de façon naturelle, mais plutôt sous l'impulsion d'une force à la fois nouvelle et étrangère.

3 - Les auteurs attentifs à l'origine étymologique du terme concerné ont été, généralement parlant, assez relâchés dans le compte rendu de leur appréciation. En effet, ils s'en tiennent d'habitude à l'acception figurée du mot, savoir: défricher, planter, cultiver ou autrement améliorer².

1 Emile Pessonneaux, Dictionnaire Grec-Français, 28^e éd., Paris, Librairie Classique Eugène Belin, 1953, p. 503.

2 R. Aubenas, Cours d'Histoire du Droit Privé, tome IV, Aix-en-Provence, La Pensée Universitaire, 1956, p. 70; Ambroise Colin et Henri Capitant, Traité de Droit Civil, refondu par Léon Julliot de La Morandière, tome II, Paris, Dalloz, 1959, p. 198; C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, 4^e éd., tome IX, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1875-82, p. 374; Henri De Page, Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, tome VI par René Dekkers, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1953, p. 592; J. Domat, Oeuvres Complètes, Edition Joseph Remy, tome I, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 221; Gaston Dufour, De l'Emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, thèse, Paris, 1893, p. 30; *Guyot, Répertoire Universel et Raisoné de Jurisprudence, tome VI, Paris, Visse, 1784, p. 680; Louis A. Jetté, De l'Emphytéose (1933-34), 12 La Revue du Droit, p. 91; Jh. Lefort, Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée, Paris, Ernest Thorin, 1875, p. 65; Anthime Ménard, De l'Emphytéose en Droit Romain, thèse, Rennes, 1885, p. 21; Merlin, Répertoire Universel et Raisoné de Jurisprudence, 5^e éd., tome V, Paris,

Il faut cependant reconnaître à certains juristes le mérite d'avoir départagé les sens propre et dérivé de cette expression³. Voici ce que nous en dit l'un d'eux:

Ce mot vient du grec "ΕΜΦΥΤΕΥΤΙΣ", qui signifie "ente", "greffe", et par métaphore amélioration, attendu que l'on n'ente les arbres qu'à l'effet de les améliorer⁴.

Cette précision, bénigne en soi, nous sera fort utile par la suite. Car, s'il est reconnu que l'emphytéose de droit québécois comporte, comme jadis en droit romain, l'obligation d'améliorer⁵, cette obligation devra être précisée dans son

Garnery et J.-P. Roret, 1827, p. 721; Pierre Basile Mignault, Le Droit Civil Canadien, tome III, Montréal, C. Théoret, 1897, p. 188, note a; J. Ortolan, Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien, 12^e éd., Livres III et IV, Paris, Plon, 1883, p. 295; Paul Ourliac et J. De Malafosse, Histoire du Droit Privé - Les Biens, Paris, P.U.F., 1961, p. 74; Pepin Le Halleur, Histoire de l'Emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Paris, Joubert, 1843, p. 31; José Pinatel, L'Emphytéose dans l'Ancien Droit Provençal, thèse, Aix-Marseille, 1938, p. 21; Troplong, Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code - De l'Echange et du Louage, 3^e éd., tome I, Paris, Charles Hingray, 1859, p. 110; Alex Weill, Droit Civil - Les Biens, tome II, Paris, Dalloz, 1970, p. 561; Raymond Monier, Manuel Élémentaire de Droit Romain, tome I, Paris, Domat-Montchrestien, 1947, p. 446.

3 *J.B. Denisart, Collection de Décisions Nouvelles et de Notions Relatives à la Jurisprudence Actuelle, 7^e éd., tome II, Paris, Veuve Desaint, 1771, p. 296; Gabriel Lepointe, Droit Romain et Ancien Droit Français - Biens, Paris, Dalloz, 1958, p. 150; William R. Johnston, Emphyteusis: A Roman "Perpetual" Tenure, 1939-40) 3 University of Toronto Law Journal, p. 323, note 2; Werner Kamps, L'Emphytéose en Droit Grec et sa Réception en Droit Romain, (1938) III Recueil de la Société Jean Bodin, Bruxelles, 67, pp. 72-73; Infra, note 90.

4 *J.B. Denisart, ibidem.

5 Arts 567 et 577 c.c.

contenu et distinguée d'une simple dette d'entretien. A défricher, planter, cultiver, on améliore un fonds, mais pas nécessairement d'une façon conforme à la connotation du mot emphytéose où est évoquée l'idée d'accroissement artificiel.

4 - Il n'y a pas à s'étonner, pensons-nous, de cet emprunt au vocabulaire grec et de l'hommage ainsi rendu par les Romains à la subtilité de cette langue. Rome a toujours été assez perméable aux influences étrangères et à l'influence hellénique en particulier⁶. Du reste, une civilisation vit et progresse généralement sur les débris de celles qui l'ont précédée. Mais de là à conclure toutefois que l'institution d'emphytéose elle-même est un apport grec, c'est une toute autre affaire. Nous l'aborderons plus loin. Pour l'instant, retenons simplement l'essentiel: le fait qu'on ait qualifié de façon spécifique une tenure, dans le but évident de la distinguer des autres alors en usage.

b) But de l'institution

5 - Un rapprochement entre l'étymologie du mot emphytéose et la situation socio-économique qui prévalait dans l'empire romain lors des premières manifestations de cette

⁶ Moses Hadas, Imperial Rome, New York, Time Inc., 1965, pp. 11, 103, 126-127; Pietro Bonfante, Histoire du Droit Romain, tome I, Paris, Sirey, 1928, pp. 314-315, 404-405; Jacques Ellul, Histoire des Institutions de l'Antiquité, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1963, pp. 435, 462, 526.

sorte de tenure peut, croyons-nous, nous éclairer considérablement sur le but et, de ce fait, sur le caractère distinctif de notre institution.

6 - Au IV^e siècle A.D., époque où l'expression "jus emphyteuticum" est pour la première fois utilisée dans les textes⁷, l'empire avait à faire face à une crise économique extrêmement grave⁸. Les premiers signes d'instabilité étaient venus du secteur agricole. Décimés et ruinés par les guerres, les petits propriétaires ruraux affluaient à la ville depuis la fin de la République déjà. Trop de terres délaissées retournaient à l'état inculte pour être ensuite rachetées à vil prix par des propriétaires de "latifundia" toujours disposés à accroître leur domaine⁹.

Pour l'Etat, dont les dépenses n'avaient cessé de croître avec le temps, cet exode rural, doublé d'une disparition graduelle de la classe moyenne, était catastrophique. Il fallait, coûte que coûte, pallier les déficiences résultant

7 Infra, n° 31.

8 Sur cette période, voir M. Hadas, op. cit., p. 141 et ss.; Jean Imbert et Henri Legohérel, Histoire Economique des Origines à 1789, 2^e édition mise à jour, Paris, P.U.F., 1970, pp. 79-96.

9 P. Bonfante, op. cit., pp. 318-320; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 28; G. Dufour, op. cit., p. 26; Georges G. Tocilesco, Etude Historique et Juridique sur l'Emphytéose en Droit Romain, en Droit Français et en Droit Roumain, thèse, Paris, 1883, pp. 50-51, 62-64; Troplong, op. cit., p. 114.

de la perte de cette source importante de revenus que représentait le travail des fermiers pour le trésor. Les empereurs eurent d'abord recours à des mesures d'incitation économique¹⁰. Cette politique libérale fut cependant de courte durée et se transforma, situation généralement défavorable aidant, en véritable dirigisme étatique dès le II^e siècle A.D. On usa alors de tous les moyens en vue d'assurer "la fixation de cette substance humaine et économique qui fuit"¹¹. Les résultats furent décevants dans l'ensemble.

7 - Or justement, l'emphytéose "prend place dans le système général d'expédients imaginé au Bas-Empire, pour arrêter la décadence de l'agriculture et la désertion des campagnes, qui mettent en péril le recouvrement de l'impôt et menacent les finances de l'Etat d'une ruine prochaine"¹². Repeupler

10 Prêt agricole à faible taux d'intérêt et dégrèvement d'impôts sous Trajan, dévaluation des monnaies sous Marc-Aurèle et Septime Sévère, spécialisation des cultures par région sous Domitien.

11 J. Ellul, op. cit., p. 443

12 E. Garsonnet, Histoire des Locations Perpétuelles, et des Baux à Longue Durée, Paris, L. Larose, 1879, p. 151. Dans le même sens: J. Lefort, op. cit., pp. 65, 90-91; A. Ménard, op. cit., p. 19; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 54-55, 156, 167-168, 328; Edouard Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1917, p. 357; G. Dufour, op. cit., pp. 26-27; Roger Pugnière, Du Bail Emphytéotique, thèse, Lyon, 1904, pp. 23-36.

les terres abandonnées, stabiliser la classe paysanne et renflouer les coffres de l'Etat, voilà tout ce que l'on espérait et que l'on obtint dans une certaine mesure de la tenure emphytéotique. Elle est donc moins, semble-t-il, le fruit de rapports élémentaires s'établissant entre les membres de toute société organisée, que celui des besoins socio-économiques d'une époque. Les périodes de crise et les projets de grande envergure seront donc en général plus propices à son développement.

8 - Simple procédé administratif parmi tant d'autres en vue de remédier à une situation déplorable, comment expliquer alors le succès de cette institution devenue, vers la fin de l'empire, le contrat de longue durée par excellence¹³? C'est, pensons-nous, qu'elle était le résultat d'un savant dosage entre, d'une part, l'obligation d'améliorer imposée au preneur conformément aux précisions ci-haut mentionnées et, d'autre part, les droits et avantages que ce dernier pouvait en tirer personnellement¹⁴. On exigeait beaucoup de l'intéressé, mais

13 André Boraud, Essai sur l'Histoire des Baux à Long Terme à Rome, thèse, Paris, 1907, pp. 107-108; W.R. Johnston, op. cit., p. 323.

14 "Ils (les empereurs) savent en effet que le principe de tout effort et de toute constance de la part du cultivateur est dans ce sentiment qu'il est propriétaire ou plus rapproché des prérogatives de ce droit de propriété", G. Dufour, op. cit. p. 27. Dans le même sens, voir: W.R. Johnston, op. cit., p. 329; J. Lefort, op. cit., p. 414.

on le payait en contrepartie de ses peines par des faveurs et des prérogatives réelles qui le poussaient à l'exécution de cette obligation d'améliorer, assumée en sa qualité même d'emphytéote. Ainsi, les améliorations, trait dominant de la tenure emphytéotique¹⁵, n'apparaissaient point dès le départ comme un fardeau aux yeux du preneur, puisque dans leur réalisation se trouvait la promesse d'un avenir meilleur pour lui. Par son labeur et à la grande satisfaction de l'État, l'emphytéote allait donc tout naturellement contribuer à l'élimination progressive des jachères, ce qui, par voie d'incidence, favorisera une recrudescence de la population rurale et conduira à une augmentation de la masse des personnes imposables¹⁶. Le triomphe de l'institution d'emphytéose est ainsi d'avoir su donner satisfaction aux intérêts de l'individu et de la société à la fois.

15 "La culture, l'amélioration, voilà donc ce qui s'ajoute au "jus perpetuum" pour en faire le droit emphytéotique, et qui fait le caractère distinctif de ce droit", A. Ménard, op. cit., p. 21; "Ce qu'elle (l'emphytéose) offre de plus remarquable, ce n'est pas le fait même de la location perpétuelle, car les Romains ont, de tout temps, exploité de cette manière les terres publiques; c'est le but de cette nouvelle location, à savoir l'amélioration du sol et la mise en valeur des terres incultes", E. Garsonnet, op. cit., p. 151. Nous nuancerons plus tard le rapprochement que ces auteurs font avec le "jus perpetuum" et la location. Voir aussi, Troplong, op. cit., p. 125; W.R. Johnston, op. cit., pp. 323 et 335; W. Kamps, op. cit., p. 109.

16 Il est intéressant de noter toutefois que l'emphytéose éprouvera quelques difficultés à se départir d'une certaine vocation rurale à laquelle ne la confinait aucunement sa nature.

B - Origines de la tenure emphytéotiquea) Intérêt mitigé de la question et démarche proposée

9 - Aussi intéressante que puisse être la question des origines de la tenure emphytéotique, il faut éviter de s'y engager trop à fond. L'étude généalogique complète de cette institution nécessiterait d'ailleurs des connaissances approfondies et variées dans nombre de domaines qui ne sont pas de la compétence de l'auteur. Elle risquerait de plus de nous entraîner sur une fausse piste.

10 - De l'aveu même des codificateurs, les dispositions du code civil au titre de l'emphytéose sont, exclusion faite de ce que nous a légué l'ancien droit, "presque entièrement basées sur le droit romain"¹⁷. Il est donc inutile, en ce qui nous concerne, de remonter dans la nuit des temps pour découvrir quand et où eut-on, pour la première fois, recours à cette tenure, soit de façon isolée, soit d'une façon extensive comme institution reconnue. D'autres, il est à espérer, se consacreront à cette tâche ardue et nous révéleront dans quelle mesure certaines pratiques antérieures ont pu ou non influencer le droit romain de la propriété en matière d'emphytéose. Mentionnons seulement que la théorie des influences ou des origines

17 3ième Rapport des Commissaires Chargés de Codifier les Lois du Bas-Canada, en Matières Civiles, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 406. Cet ouvrage sera dorénavant désigné sous le titre abrégé de Rapport des Codificateurs.

grecques de l'emphytéose¹⁸ est aujourd'hui délaissée pour une solution fondée sur le droit égyptien ou sémitique en général¹⁹.

11 - Ainsi, nous tenons l'institution des Romains! Le concept n'est peut-être pas d'eux et, dans ce cas, ils ne l'ont sans doute pas coulé dans le même moule juridique que ceux qui leur en auraient inspiré l'idée. Mais cela nous importe peu. Le fait est que Rome a développé cette façon de tenir un immeuble et l'a imbriquée dans une convention impliquant, de par sa nature même et non par une clause y annexée, l'obligation pour le preneur d'améliorer le bien d'autrui s'il voulait à la fois en jouir comme le propriétaire lui-même et conserver le fruit de son travail sur icelui.

12 - Nos efforts, par conséquent, doivent être dirigés sur un point plus précis, mais tout aussi délicat et controversé:

18 Paul Frédéric Girard, Manuel Elémentaire de Droit Romain, 8^e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1929, pp. 413-414; J. Lefort, op. cit., pp. 5-8; E. Garsonnet, op. cit., pp. 29-30, 153; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 74-77; A. Boraud, op. cit., pp. 108-111; Emile Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière en France avant et après la Révolution, Paris, Larose et Forcel, 1881, p. 18; Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law, Oxford, Clarendon Press, 1962, p. 149; W.R. Johnston, op. cit., pp. 323-325; Ch. Giraud, Essai sur l'Histoire du Droit Français au Moyen-Age, tome I, Paris, Videcoq, 1846, pp. 198-199; J. Ortolan, op. cit., p. 295; H. De Page, op. cit., p. 591; W. Kamps, op. cit., pp. 66 et ss.

19 Antoine Hajje, Etude sur les Locations à Long Terme et Perpétuelles dans le Monde Romain, thèse, Paris, 1926, pp. 95-109; J. Imbert et H. Legohérel, op. cit., p. 82; J. Ellul, op. cit., p. 437; R. Monier, op. cit., p. 446.

celui de savoir quelle tenure a pu, en droit romain, servir de point de départ à l'emphytéose. Il est à douter, en effet, que notre institution se soit manifestée, "ab initio", sous la forme d'un produit fini, d'une structure juridique figuée. La réalité plus complexe des choses et le pragmatisme reconnu des Romains nous portent à croire, au contraire, qu'une certaine sorte de tenure a, besoin aidant, évolué vers l'emphytéose et que lentement, graduellement, on a fini par atteindre, suite aux interventions impériales, ce savant dosage dont il a été ci-dessus fait mention. Cette théorie évolutive de la tenure emphytéotique en droit romain ne fait d'ailleurs et heureusement l'objet d'aucune querelle en doctrine. C'est plutôt le choix des premiers maillons de la chaîne qui donne lieu à des divergences d'opinion. Malgré ses difficultés, le problème du rattachement de l'emphytéose à la tenure qui l'a engendrée ne peut pourtant pas être laissé en suspens. L'enjeu est trop important. Les premiers documents législatifs à faire état de l'emphytéose de droit privé²⁰ laissent en effet entendre que l'institution était déjà connue et ne règlent que les questions où les jurisconsultes étaient en désaccord. Partant, tout le reste, c'est-à-dire l'essentiel ayant trait à la nature et au fondement juridique des relations propriétaire-emphytéote, doit, bon gré, mal gré, être recherché dans les

20 Code Justinien, IV, 66, 1-2-3.

institutions conduisant à la tenure emphytéotique. Seul un retour aux sources peut nous permettre de bien combler les lacunes aux textes de Zénon et de Justinien et de déceler, par la suite, les erreurs d'interprétation provenant d'un mauvais enchaînement des faits chez la plupart des auteurs. Notre expédition forcée au pays de l'histoire n'a donc d'autre but que d'éclairer le présent.

b) Apparition de la tenure emphytéotique en droit romain

13 - De nombreux déboires nous seront épargnés si, dans nos recherches, il est tenu compte des éléments suivants:

1. Le caractère prédominant, la condition "sine qua non" de l'emphytéose, c'est, répétons-le, l'obligation du preneur d'améliorer le fonds à lui concédé²¹;
2. Imaginée pour freiner l'exode rural et favoriser le développement des cultures, la tenure emphytéotique fut, à ses débuts, appliquée exclusivement aux espaces vierges ou délaissés²² du domaine de l'Etat;

²¹ Supra, références aux notes 2, 3 et 15.

²² P.F. Girard, op. cit., p. 413; J. Lefort, op. cit., pp. 65-66; E. Garsonnet, op. cit., p. 154; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 63; E. Cuq, op. cit., p. 357; A. Boraud, op. cit., p. 117; A. Hajje, op. cit., p. 121; Troplong, op. cit., p. 110; J. Ellul, op. cit., p. 437; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 358; J. Ortolan, op. cit., pp. 295-296; C. Demolombe, op. cit., p. 373; *Sebire et Carteret, Encyclopédie du Droit, tome II, Paris, Coulon et Cie, 1839, p. 453; Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, tome II, vol. 2, Paris, Sirey, 1961,

3. De ce fait, l'emphytéose constitue d'abord une solution administrative au rendement diminué des terres publiques et para-publiques²³;
4. Tous les juristes situent, à bon droit semble-t-il, le berceau de notre institution dans l'un ou l'autre des nombreux engagements de l'Etat sur le domaine du peuple durant la République.

14 - Le secret des antécédents de l'emphytéose est, à notre avis, dans la synthèse de tous ces éléments; éléments admis sans ambages en doctrine, mais auxquels chaque auteur accorde une attention variable sans jamais les réunir. Vérifions donc la place occupée par le domaine public dans le régime foncier romain, le rôle des autorités dans sa mise en valeur et, enfin, les ententes utilisées à cet effet et dont l'une devrait contenir en germe les principes de l'emphytéose.

p. 191; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, 4^e éd., tome II par Michel de Juglart, Paris, 1969, p. 320; H. De Page, op. cit., p. 592; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 54-55; G. Lepointe, op. cit., p. 150.

23 A. Ménard, op. cit., pp. 22, 25; G. Dufour, op. cit., pp. 40-41; J. Pinatel, op. cit., p. 20; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 54; A. Boraud, op. cit., pp. 107-108, 110, 117; A. Hajje, op. cit., pp. 121-122; Troplong, op. cit., pp. 114-116; B. Nicholas, op. cit., p. 148; W.R. Johnston, op. cit., p. 323; C. Giraud, op. cit., p. 199; H. De Page, op. cit., p. 592; C. Demolombe, op. cit., p. 374; J. Ortolan, op. cit., p. 295; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 358-359; G. Lepointe, op. cit., p. 150; J. Ellul, op. cit., p. 437.

15 - Quand Octave accéda au Principat en 27 av. J.C. l'"ager publicus" avait disparu ou presque²⁴. Les fondations de colonies²⁵, les répartitions opérées par les lois agraires²⁶, les vastes distributions sous Sylla, César, Antoine, Lépide et Octave²⁷ et la consolidation en propriété des vieilles possessions italiennes²⁸ avaient eu raison de cette immense réserve foncière du peuple romain²⁹. La maison impériale, héritant de restes négligeables de l'"ager publicus", en fit

24 Troplong, op. cit., p. 108; G. Dufour, op. cit., pp. 24-25; E. Garsonnet, op. cit., p. 86.

25 Importantes en Sicile, en Sardaigne et surtout en Afrique à compter du II^e siècle avant J.C. pour réduire le nombre des prolétaires à Rome, éviter l'agitation populaire de ces derniers et favoriser leur accès à la propriété. J. Ellul, op. cit., p. 330.

26 En limitant le nombre d'arpents dont la détention était désormais autorisée, elles permettaient la redistribution aux plébéiens d'une partie des terres usurpées par les grandes familles. J. Ellul, op. cit., pp. 368-369; P. Bonfante, op. cit., pp. 324-334.

27 J. Imbert et H. Legohérel, op. cit., pp. 63-64; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 71; J. Ellul, op. cit., pp. 363, 378, 384; P. Bonfante, op. cit., pp. 352-353.

28 P. Bonfante, op. cit., pp. 215 et 332; J. Ellul, op. cit., p. 369.

29 E. Garsonnet, op. cit., pp. 87-94.

avec le temps un opulent domaine³⁰, domaine dont la propriété ne sera plus tout à fait celle de l'Etat. Une nette tendance à l'absolutisme s'était en effet manifestée dès le début de l'empire³¹ et le processus d'absorption des pouvoirs de l'Etat, amorcé par Octave-Auguste, fut achevé sous Gallien (253-268 A.D.)³². L'omniprésence du prince rendait illusoire toute distinction entre les biens du peuple, administrés par le sénat ou l'empereur, et les biens personnels de ce dernier³³. L'"ager publicus" avait été reconstitué, certes, mais au profit exclusif des Césars.

30 Enrichi par les guerres de conquête, les lois caducaires, la réunion de biens vacants et enfin par une série de confiscations pour lèse-majesté qui "deshonorèrent la pourpre". P. Bonfante, op. cit., pp. 394-396; J. Imbert et H. Legohérel, op. cit., p. 79; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 50; Troplong, op. cit., p. 113; G. Dufour, op. cit., pp. 24-25.

31 Plus habile que César, son père adoptif, Octave-Auguste ne tenta pas de renverser ouvertement les institutions républicaines. Il les conserva pour les mieux contourner. Le sénat, seul contre-poids constitutionnel au pouvoir envahissant du "Pater Patriae", était démuné de toute autorité et réduit à un rôle de parade. J. Ellul, op. cit., pp. 405 et 444; P. Bonfante, op. cit., pp. 355-369; M. Hadas, op. cit., pp. 57-59.

32 Les successeurs d'Auguste n'eurent pas à prendre les mêmes précautions que ce dernier. Sous leur règne, le pouvoir devint véritablement impérial dans toute l'acception du mot et, avec Gallien, c'est le dernier bastion qui tombe: les provinces sont dorénavant sous le contrôle absolu des empereurs. J. Ellul, op. cit., pp. 414, 447, 456; P. Bonfante, op. cit., pp. 390-398.

33 Théoriquement, l'empereur ne possédait en propre que la "res privata" qui comprenait l'Egypte, ses domaines privés et ses économies sur les revenus perçus de certaines caisses de l'Etat. Le reste des "fundi publici" formait le "patrimonium

16 - L'exploitation administrative des terres productives et délimitées ne posait pas de problème. Les preneurs ne manquant pas, on les affermait pour un lustre renouvelable, puis éventuellement à perpétuité. C'était là le "jus perpetuum salvo canone", appliqué surtout sur la "res privata" impériale grossie des biens des cités et des temples au IV^e siècle A.D.³⁴, qui succédait en tous points au bail vectigalien³⁵ et assurait des entrées stables. Les besoins plus pressants en liquidités

principis" et n'appartenait au prince qu'en sa qualité de représentant de l'Etat. La gestion de la "res privata" revenait évidemment à son propriétaire, l'empereur. Le "patrimonium principis" ou "fundus patrimonialis" était divisé en provinces dont l'administration incombait soit à l'empereur (provincia caesaris), soit au sénat (provincia senatus vel populi romani). Cette dyarchie patrimoniale et administrative était toutefois sans rapport avec la réalité. Depuis Auguste, les empereurs avaient droit de regard sur les affaires des provinces sénatoriales et leur omnipotence favorisait une confusion inévitable des domaines. J. Ellul, op. cit., pp. 414 et 418; P. Bonfante, op. cit., pp. 365-366 et 392; E. Garsonnet, op. cit., p. 148; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 48.

34 A. Ménard, op. cit., pp. 17-18; A. Boraud, op. cit., pp. 88, 91-93; E. Cuq, op. cit., p. 358; G. Lepointe, op. cit., p. 149; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 31-32; A. Hajje, op. cit., p. 133. Ces deux derniers auteurs admettent une application de ce genre d'amodiation tant sur la "res privata" que sur le "patrimonium principis". Nous partageons leur opinion sur ce point.

35 A. Ménard, op. cit., pp. 15 et 18; A. Boraud, op. cit., pp. 30, 89-91 et 100; E. Cuq, op. cit., p. 358; G. Lepointe, op. cit., p. 149; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 55; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 24 et 39; R. Pugnière, op. cit., p. 36; J. Lefort, op. cit., pp. 63-68; E. Garsonnet, op. cit., p. 150; A. Hajje, op. cit., pp. 133-135; W.R. Johnston, op. cit., p. 326; Infra, n° 27, pour la description du bail vectigalien.

étaient satisfaits par le "jus privatum salvo canone"³⁶, ou, pour des finances plus obérées encore, par le "jus privatum dempto canone"³⁷, usités tous les deux sur le "patrimonium principis"³⁸.

17 - Et les terres stériles et non délimitées, elles, qu'en faisait-on? Il y aura l'emphytéose, bien sûr, mais avant? Rien! Impossible. Notre institution ne peut être, en vérité, la première à vouloir les mettre en valeur. On eut possiblement recours au "jus privatum salvo canone" et au "jus privatum dempto canone", mais rien n'est moins certain. Nous en savons davantage sur la nature que sur l'objet de ces transactions

36 Vente à un particulier d'une partie du domaine public où une portion du prix était versée comptant et le solde sous forme d'une redevance annuelle et perpétuelle. L'équivalent périodique autorisait une représentation du fonds dans le patrimoine public et la partie du prix payée sur le champ permettait à l'empereur de toucher une forte somme. J. Lefort, op. cit., p. 63; A. Ménard, op. cit., pp. 15-16 et 21; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 21, 25; G. Dufour, op. cit., pp. 29-30; E. Garsonnet, op. cit., p. 149; E. Cuq, op. cit., p. 359; A. Boraud, op. cit., pp. 101-103; A. Hajje, op. cit., pp. 91-93; W.R. Johnston, op. cit., p. 326.

37 Aliénation pure et simple d'une portion du domaine public. E. Garsonnet, op. cit., p. 149; A. Boraud, op. cit., p. 102; A. Hajje, op. cit., p. 92; Ernst Levy, West Roman vulgar law, the law of property, Philadelphie, American Philosophical Society, 1951, p. 44.

38 Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 21, 32; A. Ménard, op. cit., p. 21. E. Cuq, op. cit., p. 359; A. Hajje, op. cit., p. 92. L'empereur comble donc les vides du Trésor en monnayant de préférence le domaine qu'il tient en cette qualité.

particulières³⁹. Chose certaine, c'est que, d'une part, le "jus privatum dempto canone" fut éventuellement interdit⁴⁰ et que, d'autre part, le "jus privatum salvo canone" s'appliquait parfois aux terres vaines et délaissées, mais alors uniquement avec obligation d'améliorer pour l'acquéreur⁴¹.

Conclusion. Nous sommes dans l'ignorance la plus complète, du moins pour ce qui se passait sous l'empire! Non. Nous connaissons certains stratagèmes impériaux conçus pour assurer la revalorisation des terres improductives⁴². Ne

39 Ainsi Pepin Le Halleur (op. cit., pp. 21-22,32), et A. Ménard (op. cit., p. 21) reconnaissent que ces conventions pouvaient porter sur la "res privata", alors que A. Boraud (op. cit., pp. 101-102) et A. Hajje (op. cit., p. 92) autorisent leur application occasionnelle aux terres incultes.

40 E. Garsonnet, op. cit., p. 149; A. Hajje, op. cit., p. 90.

41 A. Hajje, op. cit., p. 91. Le "jus privatum salvo canone" était qualifié de vente emphytéotique quand l'obligation d'améliorer se greffait au contrat: E. Cuq, op. cit., p. 359; G. Lepointe, op. cit., p. 151; A. Hajje, op. cit., pp. 90-91; A. Boraud, op. cit., pp. 102-103.

42 Avances de frais d'exploitation aux vétérans à qui des terres avaient été concédées (P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 103); obligation imposée au "perpetuarius" d'adjoindre à sa tenure les terres des fonds voisins restées stériles (A. Dufour, op. cit., p. 32; G.G. Tocilesco, op. cit., p. 64); mise en demeure aux propriétaires de reprendre l'exploitation de leurs fermes désertées sous peine de les voir adjuger, après un délai de six mois, à quiconque payerait les redevances dues et à venir (Pepin Le Halleur, op. cit., p. 30; A. Ménard, op. cit., p. 19); attribution d'office aux édiles municipaux de terres en friche, avec, sous peine d'amende, obligation de mise en valeur (J. Ellul, op. cit., p. 443).

donnant cependant pas, pour la plupart, les résultats escomptés, ils survivaient rarement au règne de leur instigateur. Mais, il y eut plus que ces machinations. Entre 1879 et 1906, des chercheurs ont mis à jour, en Tunisie, des cippes quadrangulaires frappés d'inscriptions qui témoignent de la constance de certaines pratiques dans l'administration des domaines privés et royaux sous le Haut-Empire et même avant. Chaque document épigraphique porte le nom du lieu de sa découverte, soit, selon leur ordre d'exhumation, Soukn-El-Khmis, Aïn-Ouassel, Henchir-Mettich et Aïn-El-Djemala. Avant d'examiner le texte gravé sur ces stèles et de tirer les conclusions qui s'imposent, certaines précisions d'ordre général sont d'abord nécessaires.

18 - La province d'Afrique avait été confiée à l'administration du sénat par Auguste. L'empereur, depuis les règnes de Tibère et Néron, y possédait toutefois d'immenses domaines qui échappaient au contrôle administratif du sénat. Plus de la moitié du territoire, dit-on⁴³. Le reste, à quelques

43 Tibère avait fait promulguer une loi de Majesté permettant de frapper à peu près quiconque lui portait ombrage. Les crimes de lèse-majesté, au nombre de vingt-sept au moins, emportaient confiscation automatique des biens du coupable au profit personnel de l'empereur. Tibère sut s'en servir pour grossir son patrimoine et Néron y eut recours, entre autres pour faire égorger les six qui se partageaient la moitié de la province d'Afrique. Troplong, op. cit., p. 113; G.G. Tocilescio, op. cit., p. 50; A. Boraud, op. cit., pp. 37 et 39; J. Ellul, op. cit., pp. 436 et 446; J. Imbert et A. Legohérel, op. cit., p. 79.

exceptions près, était aux mains d'un petit groupe de privilégiés.

La grande majorité de ces domaines s'étendait sur des surfaces non assignées et non délimitées à l'origine et dont la propriété de droit appartenait à l'Etat du fait de la provincialité du sol africain⁴⁴. Le maître, en général, n'exploitait pas lui-même son bien. Il en confiait la gestion, soit à un régisseur qui s'assurait de sa mise à profit par une main d'oeuvre servile, soit, le plus souvent, à un procureur qui affermais le tout à un "conductor" pour une période quinquennale renouvelable. Ce dernier concédait le domaine en sous-main à une foule de petits fermiers et ne se tenait personnellement redevable que du loyer annuel dont il avait garanti le paiement⁴⁵.

Les procureurs, en particulier ceux des "latifundia" impériaux, bénéficiaient de pouvoirs fort étendus, incluant la "coercitio" et la "mulcta"⁴⁶. En vue d'éviter les abus

44 E. Garsonnet, op. cit., p. 133; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 40-41; A. Boraud, op. cit., pp. 37-38. Infra, n° 113.

45 Pour les techniques de mise en valeur des "latifundia", voir: P. Bonfante, op. cit., p. 458; A. Boraud, op. cit., pp. 40-41; J. Ellul, op. cit., pp. 436-437 et 457; J. Imbert, et H. Legohérel, op. cit., pp. 80-81.

46 C'est-à-dire la contrainte physique et l'expropriation des terres.

d'autorité de leur part et les exactions indues des grands fermiers, autant que pour fixer les droits et devoirs des petits tenanciers, un certain nombre de règlements furent édictés⁴⁷. Les tablettes de pierre découvertes en Tunisie nous parlent justement de deux de ces règlements. En dépit de ces précautions toutefois, il semble que, de favorable et libre au début, la situation du colon-paysan à l'intérieur même du domaine évolua graduellement vers le servage. Le "conductor" chercha en effet à immobiliser le colon, augmentant corvées et redevances par la même occasion, parce qu'il était lui-même souvent retenu et contraint de reprendre le domaine à ferme par le procurateur⁴⁸.

19 - Revenons maintenant à nos cippes. Le plus ancien, celui d'Henchr-Mettich, date des années 116-117 A.D. et reproduit, sur ses quatre faces, une lettre des procurateurs de

47 J. Ellul, op. cit., p. 457; J. Imbert et H. Legoherel, op. cit., p. 81; A. Boraud, op. cit., pp. 41-42.

48 Ce sont les impératifs économiques de l'époque qui jouèrent au détriment du colon pour le fixer à la glèbe. Simple contrat de louage entre le conductor et des colons libres, le colonat en vint à affecter la condition de la personne autant que celle du sol: Boraud, op. cit., pp. 46-48 et 58; E. Garsonnet, op. cit., p. 157; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 104 et ss.; Edouard Cuq, Le Colonat partiaire dans l'Afrique romaine, d'après l'inscription d'Henchr-Mettich, dans "Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres de l'Institut de France", 1ère série, tome XI, 1ère partie, Paris, 1901, pp. 112-140.

Trajan (98-117 A.D.). Sur ordre de l'empereur, Licinus Maximus et Felicior fixent "ad exemplum legis Mancianae" les droits et devoirs des colons de la "Villa Magna Variani" dans la localité de "Mappalia Siga". Ces droits et devoirs varient en rapport avec la nature du sol sur lequel le colon fait porter ses efforts. La condition de ceux qui travaillent les terres déjà cultivées ne nous intéresse guère, si ce n'est pour dire qu'ils sont de simples locataires ayant droit au partage des fruits du domaine, c'est-à-dire des colons partiaires⁴⁹. D'autre part, ceux d'entre eux qui mettaient en valeur des "subcesiva" ou des "superficies"⁵⁰ en plantant des figuiers, des vignes ou des olivettes, se voyaient accorder sur ces étendues et cultures un droit ferme, qualifié respectivement d'"usus proprius" et de "jus colendi"⁵¹, sujet à une

49 E. Cuq, Le Colonat partiaire, pp. 124-136.

50 "Subcesiva": terres incultes et non assignées en bordure d'un domaine et dont la propriété revient à l'Etat: A. Boraud, op. cit., pp. 69 et 72; Charles Saumagne, Tablettes Albertini, Paris, Arts et Métiers Graphiques, 1952, pp. 117-118; J. Toutain, L'Inscription d'Henchir-Mettich, dans "Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres de l'Institut de France", 1ère série, tome XI, 1ère partie, Paris, 1901, pp. 55-56; E. Cuq, Le Colonat partiaire, p. 88; A. Hajje, op. cit., p. 48, "Superficies"; surfaces incultes à l'intérieur même du domaine: E. Cuq, Le Colonat partiaire, p. 101; C. Saumagne, op. cit., pp. 119 et 131.

51 C'est-à-dire qu'ils ont, dans les deux cas, le "jus possidendi ac fruendi suo relinquendi" comme le leur accordera en ces termes la "lex Hadriana" dont il sera fait état dans le prochain chapitre. E. Cuq, Le Colonat partiaire, op. cit., pp. 90-108;

redevance annuelle en nature dont il était donné exemption en quantité de récoltes fruitières: cinq pour les figuiers et la vigne et dix pour l'olivette. L'occupation de ces terres par le colon pouvait donc lui donner un intérêt réel, tant dans le fonds valorisé que dans les plantations effectuées ou constructions érigées. Telle occupation, au demeurant, n'était autorisée qu'aux fins d'améliorer et les droits et privilèges conférés conditionnels à l'exécution de cet engagement, puisque révocables après deux ans d'inactivité sur l'héritage⁵².

20 - Erigée sous le règne d'Hadrien (117-137 A.D.) et découverte par J. Carcopino en 1906, la stèle d'Afn-El-Djemala ne présente pas moins d'intérêt que la précédente. Par pétition adressée aux procureurs impériaux du domaine où ils oeuvrent, des colons demandent qu'on leur applique les dispositions de

C. Saumagne, op. cit., pp. 99, 131 et 142; A. Boraud, op. cit., pp. 70-74; A. Hajje, op. cit., pp. 51-54.

52 Sur l'inscription d'Henchir-Mettich, en général, voir P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 73; Imbert et Legohérel, op. cit., p. 81; A. Boraud, op. cit., pp. 51-61, 69-74; A. Hajje, op. cit., pp. 47-58; J. Toutain, op. cit., pp. 31-81; E. Cuq, Le Colonat partiaire, op. cit., pp. 83-146 et C. Saumagne, op. cit., pp. 116-134. Dans le cas des trois derniers textes cités, il y a nécessité de les lire ensemble pour en avoir bonne intelligence et de se souvenir que M. Toutain n'est pas un juriste, que M. Saumagne est parfois trop près de ses idées personnelles et que M. Cuq est d'une logique implacable. Aussi, W.R. Johnston, op. cit., pp. 327-328; W. Kamps, op. cit., pp. 99-102; infra n° 20 note 50.

la "lex Manciana" relatives aux terres marécageuses et boisées, "Lex" déjà en vigueur sur le "saltus Neronianus" voisin, afin que telles surfaces puissent être plantées de vignes et d'oliviers. Voie de droit est accordée à la requête en faveur de quiconque voudra y prétendre, tant pour ce domaine que pour tout autre de l'empereur en Afrique, conformément à la "lex Manciana" dont les règles sont aussi contenues dans une "loi relative aux terres qui n'ont pas encore été mises en culture ou qui sont demeurées privées de culture durant les dix dernières années consécutives", dite "lex Hadriana". Une nouvelle "Lex" a donc, sans altérations de substance évidentes, remplacé l'ancienne. Seul le cadre des principes de base a été modifié⁵³. Ainsi, ceux qui occupent les terres palustres, sylvestres ou abandonnées en vue de les améliorer se voient accorder un droit dorénavant mieux défini ("jus possidendi ac fruendi hereditate suo relinquendi"), mais qui n'est autre que l'"usus proprius" susmentionné, et les exemptions à la redevance se calculent désormais annuellement et non par récolte. Rien d'autre n'a été changé⁵⁴.

53 E. Cuq, Le Colonnat partiaire, pp. 99-100; A. Boraud, op. cit., pp. 62-63; A. Hajje, op. cit., p. 118; J. Ellul, op. cit., p. 457; C. Saumagne, op. cit., pp. 110, 131 et 142.

54 Sur le règlement d'Aïn-El-Djemala dans son ensemble, voir A. Boraud, op. cit., pp. 78-83 et C. Saumagne, op. cit., pp. 99-113; A. Hajje, op. cit., pp. 111-118; W. Kamps, op. cit., pp. 99-102.

21 - Les inscriptions de Soukh-El-Khmis et d'Aïn-Ouassel, gravées respectivement sous Commode (180-192 A.D.) et sous Septime-Sévère (193-211 A.D.), n'apportent aucun élément nouveau en ce qui nous concerne. Dans le premier cas, les cultivateurs du "saltus Burinitanus", malmenés par le procurateur et par un conducteur qui avait à plusieurs reprises affermé l'ensemble du domaine, exigent qu'à l'avenir la "lex Hadriana" ne soit plus indûment violée. Dans le second cas, le cippe, très mutilé, a pu être reconstitué par référence à l'épigraphie d'Aïn-El-Djemala et il n'y a là qu'une instance d'application normale de la "lex Hadriana"⁵⁵.

22 - La portée de nos deux règlements est fort discutée⁵⁶. La "lex Manciana" porte le "cognomen" de la "gens" Manciana, ce qui lui confère, à notre humble avis, une couleur républicaine. Sa date de promulgation demeure un mystère cependant. M. Hajje la situe à la fin du II^e siècle avant J.C., peu après la chute de Carthage⁵⁷ et nous sommes enclin à partager ses vues sur

55 Pour ces deux cippes voir: J. Toutain, op. cit., pp. 73-79; A. Boraud, op. cit., pp. 47-48, 61-63, 83-87; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 73; W.R. Johnston, ibidem; C. Saumagne, op. cit., pp. 100-104.

56 E. Levy, op. cit., p. 195; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 73 et 87.

57 A. Hajje, op. cit., p. 72. Contra, C. Saumagne, op. cit., pp. 140-142. D'époque républicaine au moins: E. Cuq, Le Colonat partiaire, pp. 144-145.

ce point. Reste à savoir si, sous le règne de Trajan, la "lex Manciana" s'appliquait uniquement aux habitants de la "Villa Magna Variani". Nous pensons personnellement que si l'empereur reprend à son propre compte les principes d'exploitation administrative d'une loi d'époque républicaine, c'est que celle-ci devait avoir encore une actualité certaine et, de ce fait, avoir été un document d'intérêt général. Il est à croire, dans ces circonstances, que la "lex Manciana" fut originairement votée pour tout le territoire de la province d'Afrique, susceptible, en cette qualité, d'appropriation possessoire mais non de propriété quiritaire. Les détenteurs privilégiés d'Afrique, dont la précarité effective, mais non théorique, de leur droit avait été réduite avec le temps, auraient continué, du moins pour certains, à appliquer, comme un usage reconnu et éprouvé, l'ancienne "Lex" même après la chute de la "Res publica". Au moment où Trajan acquit son nouveau domaine de la famille Varius, il n'aurait fait que réitérer, à titre de charte de fondation, les préceptes de ladite "Lex" conservée par Varrius et ses descendants⁵⁸.

23 - La "lex Hadriana" soulève moins de difficulté. Elle est évidemment de l'empereur Hadrien lui-même et équivaut,

58 Dans ce sens: E. Cuq, Le Colonat partiaire, p. 143; A. Boraud, op. cit., pp. 56-58; A. Hajje, op. cit., pp. 47, 72-73.

tout au plus, à une refonte administrative de la "lex Manciana" avec les précisions et définitions qu'exigeait l'évolution du droit. En fait, un tel geste n'a de sens, pensons-nous, que si l'empereur avait l'intention de ressusciter officiellement une loi républicaine dont l'application était alors devenue facultative. L'inscription d'Afn-El-Djemala semble se prêter à cette interprétation puisqu'elle rend le nouveau règlement opérationnel pour tout le domaine impérial d'Afrique, couvrant, avons-nous dit, plus de la moitié de cette province. L'intérêt de l'empereur pour le problème agraire ainsi que l'absence de division réelle entre l'organisation de ses domaines privés et les provinces impériales d'une part, et, l'organisation des provinces sénatoriales d'autre part, pourraient nous faire espérer davantage. Néanmoins, tant que les archéologues ne feront pas de nouvelles exhumations, il nous est impossible de soutenir avec autorité la thèse d'une application pan-africaine ou même extra-africaine de la "lex Hadriana" au moment de sa promulgation⁵⁹.

24 - Sans vouloir pour l'instant élaborer sur la nature et l'étendue du droit conféré au colon sur les terres marécageuses et boisées qu'il a vivifiées, signalons toutefois

59 M. Saumagne est un chaud partisan de l'application territoriale extensive de la "lex Hadriana": op. cit., pp. 101 et 142.

qu'il ne découle pas d'un contrat. L'empereur autorise simplement l'occupation de telles terres en vue de certaines fins déterminées; occupation sanctionnée par le droit pré-torien et donnant à l'intéressé couleur de propriété sur le fonds si ce dernier le tenait et détenait selon les exigences prescrites. Un droit ferme par surcroît sur les cultures arborescentes ou les structures édifiées stimulait le zèle du colon. Une négligence caractérisée de sa part entraînait cependant la perte d'absolument tous les droits acquis⁶⁰. Le droit de l'occupant était ainsi "calqué sur son activité réelle", "fonction de son travail ou de ses investissements"⁶¹; situation idéale pour assurer à la fois la mise en valeur des terres incultes et éviter leur retour à l'état primitif. Où eût été, en effet, l'intérêt du vivificateur, s'il n'avait acquis d'avantage que sur les parcelles qu'il pouvait déjà exploiter plus facilement par simple location? A vrai dire, ce nouveau type d'occupation lui offrait une des rares possibilités d'échapper au servage qui serait bientôt la condition de la plupart de ses semblables.

25 - Cette tenure innommée des lois "Manciana" et "Hadriana" fait pressentir, à notre avis, l'emphytéose du

60 Sur la force du droit conféré dans son ensemble: E. Cuq, Le Colonat partiaire, pp. 99, 102, 105, 145; C. Saumagne, op. cit., pp. 98-99, 110, 112-113, 135; A. Boraud, op. cit., pp. 73, 85-87; A. Hajje, op. cit., pp. 4, 51-58, 111-118; W.R. Johnston, op. cit., p. 328; W. Kamps, op. cit., pp. 99-102, 105-109.

61 P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 73 et 77.

Bas-Empire et se rattache, quant à la puissance sur le fonds, à un mode d'exploitation du sol très répandu à Rome sous la République: la possession des "agri occupatorii arcifinii".

26 - Face à la propriété privée et constituant "vraiment la base du régime foncier romano-italique"⁶², il y avait l'"ager publicus", c'est-à-dire le domaine du peuple. Ce sont surtout les faits d'armes, responsables de la transformation de Rome en capitale de tout le bassin méditerranéen, qui donnèrent au patrimoine public une extension considérable. Mais il s'était aussi "augmenté, en Italie et dans les provinces, des biens vacants et des legs ou hérédités caducs, des libéralités, spontanées ou autres, des rois tributaires du peuple romain et d'acquisitions moins honorables", nous dit E. Garsonnet⁶³. Les citoyens avaient accès à ce capital foncier accumulé par le biais de conventions fort variées selon la qualité du sol concédé et/ou la fonction sociale donnée à la concession faite par l'Etat⁶⁴. Dans le maquis de ces ententes, les "agri vectigales" et les "agri occupatorii

62 P. Bonfante, op. cit., p. 215.

63 E. Garsonnet, op. cit., p. 80.

64 (1) "ager compascuus" ou "ager scriptuarius": Forêts et champs réservés à l'usage commun de tous les citoyens pour le bois utile à la consommation et pour le pacage des animaux. L'Etat, voyant ces terres accaparées par les biens nantis, imposa aux usagers une redevance (scriptura) proportionnelle à la grosseur de leur troupeau et dont la perception fut confiée

arcifinii" occupent le premier rang, tant pour leur importance que pour la fréquence de leur emploi.

27 - Les "agri vectigales" représentent les surfaces productives et délimitées, louées contre le paiement d'une redevance annuelle portant le nom de "vectigal" et dont l'acquittement régulier assurait l'irrévocabilité de la

à une société de publicains (E. Garsonnet, op. cit., pp. 81-82; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 11; G. Lepointe, op. cit., p. 12; J. Ellul, op. cit., pp. 285, 346 et 365; G. Dufour, op. cit., p. 12).

(2) "Ager adsignatus": distribution foncière périodique et collective aux infortunés plébéiens pour apaiser une sédition populaire et pallier à la fois l'inégalité sociale et économique dont cette classe était victime (E. Garsonnet, op. cit., pp. 86, 95 et 100; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 12; A. Hajje, op. cit., p. 17; G. Dufour, op. cit., p. 12; G. Lepointe, op. cit., p. 117).

(3) "La colonie": démembrement de l'"ager publicus", tout comme l'assignation, mais pour un but politique différent. "C'est tantôt la récompense de vieux soldats, tantôt le moyen de peupler un pays désert ou dévasté, et toujours une mesure destinée à affirmer la domination romaine et assurer la soumission d'un pays conquis" (A. Hajje, op. cit., p. 17. Voir aussi: E. Garsonnet, op. cit., pp. 95 et 100; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 12; P. Bonfanté, op. cit., pp. 281 et ss.; J. Ellul, op. cit., pp. 329-330).

(4) "ager quaestorius": terre donnée en gage par le questeur aux créanciers de l'Etat qui s'engageaient à verser une redevance périodique au Trésor et retenaient la jouissance jusqu'à ce que bon leur semblât (E. Garsonnet, op. cit., pp. 112-113; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 14; A. Hajje, op. cit., p. 24; G. Dufour, op. cit., p. 12).

(5) Il y avait aussi la terre donnée en paiement aux créanciers de l'Etat, la superficiele, le bail vectigalien et les "agri occupatorii arcifinii" ou "arcifinales", mais ces concessions, pas plus que celles ci-dessus énumérées, ne conféraient en aucun cas la propriété quiritaire du fonds. (E. Garsonnet, op. cit., p. 81).

concession pour la durée du terme⁶⁵. Au début, l'Etat louait directement aux intéressés, mais, par la suite, il afferma le prix de revient de ces terres à un "manceps", ou fermier d'impôts si l'on préfère, qui s'occupait lui-même de la sous-location en parcelles et de la perception du "vectigal" dont il avait garanti le paiement⁶⁶. Nous n'avons pas à nous attarder pour le moment sur ce genre d'amodiation pratiquée aussi par les cités et les temples⁶⁷, connue après le renversement de la République sous le qualificatif de "jus perpetuum salvo canone"⁶⁸ et finalement absorbée par l'emphytéose sous

65 Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 8-10 et 12; G. Dufour, op. cit., pp. 20-21; A. Ménard, op. cit., pp. 11-12; A. Boraud, op. cit., pp. 11 et ss. et pp. 76-77; Troplong, op. cit., pp. 109 et ss.; E. Garsonnet, op. cit., pp. 106-108; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 22 et ss.; A. Hajje, op. cit., pp. 21 et ss.; G. Lepointe, op. cit., p. 149; W.R. Johnston, op. cit., p. 325.

66 A compter du III^e siècle avant J.C., l'Etat prit l'habitude de confier, sur adjudication, (locatio censoria) la perception des deniers publics à des sociétés de publicains. Dans certains cas, le "manceps" représentant la société prenait lui-même les terres publiques en main et les sous-louait ensuite aux colons. Dans d'autres, il devait se borner à percevoir les redevances dues, car les terres étaient déjà occupées. A. Boraud, op. cit., pp. 11 et 76; A. Hajje, op. cit., pp. 13, 15 et 23; J. Ellul, op. cit., pp. 287-288; E. Garsonnet, op. cit., pp. 80-83, 106.

67 G. Dufour, op. cit., pp. 21-22; A. Boraud, op. cit., pp. 11 et ss., pp. 17-18 et pp. 91-93; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 8; P.F. Girard, op. cit., p. 413; E. Garsonnet, op. cit., pp. 106-107; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 22; A. Hajje, op. cit., pp. 25, 133-134; G. Lepointe, op. cit., p. 149; Troplong, op. cit., p. 109; A. Ménard, op. cit., p. 12.

68 Supra, n° 16 et note 34.

Justinien⁶⁹. La doctrine, dans son ensemble, reconnaît dans cette pratique l'ancêtre direct de la tenure emphytéotique⁷⁰; ce à quoi il nous est absolument impossible de souscrire.

28 - Les étendues vierges et non délimitées formant la plus grande partie de l'"ager publicus" étaient tenues par les familles qui les avaient effectivement défrichées et mises en culture. Il n'y avait ni concession ou assignation de la part de l'Etat, mais une simple autorisation à occuper moyennant l'acquittement annuel d'une redevance, désignée elle aussi sous le nom de "vectigal". C'étaient les "agri occupatorii arcifinii", dont la jouissance, appelée plus tard "possessio", demeurait toujours révocable au gré de l'Etat⁷¹.

69 E. Cuq, op. cit., p. 359; A. Boraud, op. cit., pp. 77, 107-108; A. Hajje, op. cit., pp. 136 et 138; G. Lepointe, op. cit., p. 149; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 75 et 358; A. Ménard, op. cit., p. 22.

70 Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 4, 19, 24, 33; Troplong, op. cit., pp. 110, 116; Pugnière, op. cit., p. 36; J. Lefort, op. cit., p. 68; G. Dufour, op. cit., pp. 10, 23; E. Garsonnet, op. cit., p. 154; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 74; A. Ménard, op. cit., pp. 15, 18 et 24; G. Lepointe, op. cit., p. 150; P. Bonfante, op. cit., pp. 209 et 488; C. Accarias, Précis de Droit Romain, 4^e éd., tome I, Paris, Cotillon, 1886, p. 727; B. Nicholas, op. cit., p. 148; Ch. Giraud, op. cit., pp. 201-202; J. Ortolan, op. cit., p. 294.

71 Pour tout l'alinéa: Troplong, op. cit., p. 106; E. Garsonnet, op. cit., pp. 114 et ss.; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 15; A. Boraud, op. cit., pp. 74-77; A. Hajje, op. cit., pp. 3-15; G. Lepointe, op. cit., pp. 11-12; P. Bonfante, op. cit., pp. 207 et 215-216; J. Ellul, op. cit., pp. 365-366; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 64-65; G. Dufour, op. cit., pp. 12-14.

"Terminés par une ligne mathématique instable"⁷² et continuellement susceptibles d'extension, les "agri occupatorii arcifinii" finirent par comprendre toutes terres incultes que les grandes familles occupaient par l'intermédiaire d'esclaves et espéraient un jour mettre en valeur⁷³. Ce genre d'usurpation abusive attisa la colère de la plèbe exclue, par son propre dénuement, de cette forme de partage du domaine public. L'Etat chercha, par intervalles, à rétablir l'équilibre entre les deux camps en avantageant les défavorisés et en limitant l'étendue des possessions par des lois agraires. Mais, il était trop tard. Le préteur, malgré des abus évidents, avait, par ses interdits et pour des raisons d'ordre public, transformé la possession précaire de l'exploitant en véritable droit réel⁷⁴. Le temps avait, en terres italiques surtout, consolidé la situation de fait des grands

72 P. Bonfante, op. cit., p. 207.

73 J. Ellul, op. cit., p. 345; E. Garsonnet, op. cit., p. 119; A. Hajje, op. cit., p. 11.

74 G. Lepointe, op. cit., pp. 12-13 et 55; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 65, 69 et 76; J. Ellul, op. cit., pp. 346, 366, 402-404; A. Boraud, op. cit., p. 75; A. Hajje, op. cit., pp. 12 et ss.; A. Ménard, op. cit., pp. 7-8.

possesseurs et toutes les tentatives de l'Etat en vue de faire reconnaître son droit imminent se soldèrent en général par un échec⁷⁵.

Chassé d'Italie par la conversion de l'"ager publicus" en "ager privatus" à la fin de la République, le "jus in agro occupatorius" allait toutefois se perpétuer dans les provinces⁷⁶, du moins dans celle d'Afrique, sous la forme prévue par les lois "Manciana" et "Hadriana", tout comme le "jus in agro vectigalis" dans le "jus perpetuum salvo canone". L'ancienne "possessio" des "agri occupatorii arcifinii" sera appliquée au même genre de terres et pour les mêmes fins, sauf que cette fois on s'assurera du résultat en rendant l'occupation et les droits qui en découlent conditionnels à l'obligation d'améliorer.

29 - A notre humble avis, la filière à suivre pour retracer les origines romaines de l'emphytéose est donc la suivante: "ager romanus" - "ager publicus" - "ager occupatorius arcifinius" - tenure innomée de la "lex Hadriana" qui reprend

75 P. Bonfante, op. cit., pp. 215, 315, 326-328, 332; J. Ellul, op. cit., pp. 367-370; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 72; E. Garsonnet, op. cit., pp. 120-123; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 15-22; A. Hajje, op. cit., pp. 12 et ss.

76 E. Garsonnet, op. cit., p. 115; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 81; A. Boraud, op. cit., p. 17.

celle de la "lex Manciana"⁷⁷. A ce stade, le processus évolutif n'est cependant point terminé encore. Il reste une étape à franchir, la dernière, pour que le système emphytéotique de la "lex Hadriana" passe du rang de simple pratique régionale, c'est-à-dire africaine, à celui d'institution consacrée et appliquée à travers tout l'empire.

30 - Comme nous le dit si bien E. Cuq, les procédés révélés par nos tables de pierre avaient un défaut: celui d'être "aléatoire". "La mise en valeur des terres incultes dépendait de la bonne volonté des colons"⁷⁸. L'initiative d'occuper en vue de vivifier devait et ne pouvait venir que d'eux. Sauf éventualité d'un mouvement de masse devant l'attrait de cette tenure, la politique de développement et de repeuplement des fonds improductifs poursuivie par les empereurs se trouvait donc limitée quant aux effets recherchés. Les progrès se feraient toujours sur une petite échelle et, sans doute, de façon sporadique. Il fallait remédier à cet inconvénient, parfaire le mécanisme des lois "Manciana" et "Hadriana". C'est exactement ce que l'on fit, sans pour

77 Dans ce sens: E. Cuq, Le Colonat partiaire, pp. 102-108; A. Boraud, op. cit., pp. 69 et 111; A. Hajje, op. cit., pp. 51-58; W. Kamps, op. cit., pp. 99, 105-109.

78 E. Cuq, Manuel des institutions juridiques des Romains, p. 358. Dans le même sens: A. Hajje, op. cit., p. 121; G. Lepointe, op. cit., p. 151.

autant abandonner l'usage existant au niveau du colon, qui avait du succès⁷⁹, l'empereur décida d'affermier, à l'avenir, les surfaces incultes au gros "conductor" lui-même, avec obligation d'améliorer au même titre que le petit occupant dans les lois ci-dessus citées⁸⁰. En d'autres mots, de simplement vectigaliennne, la tenure du puissant fermier devint emphytéotique. C'était là, du coup, faire pénétrer l'occupation emphytéotique dans le champ contractuel⁸¹, et comme

79 La preuve du respect et de la constance des pratiques existantes, en particulier des droits acquis en vertu de la vieille "lex Manciana" supplantée par la "lex Hadriana", nous est donnée par les indices suivants: une stèle calcaire dédiée à Septime-Sévère par un colon africain qui se qualifie de "Mancianus cultor" (C. Saumagne, op. cit., pp. 113-114); une constitution de l'an 319 (Code Justinien, XI, 63, 1), affichée à Carthage, qui oppose le "Mancianus cultor" à l'emphytéote (C. Saumagne, op. cit., pp. 114-115); les tablettes Albertini, découvertes à la frontière algéro-tunisienne en 1928 et datant de l'époque vandale, où l'objet des transactions confinées par écrit est, le plus souvent, une "particella agrorum ex culturis mancianis Titii in fundo Tuleti-anense" qui est "sub dominio Sempronii" (C. Saumagne, op. cit., pp. 83, 86, 97; Christian Courtois, dans Tablettes Albertini, Paris, Arts et Métiers Graphiques, 1952, pp. 3-4, 195 et ss.

80 E. Cuq, Manuel des institutions juridiques des Romains, p. 358; A. Hajje, op. cit., p. 121.

81 "..., le vieux "jus occupandi" africain a été transformé en contrat bilatéral à l'image de la ferme vectigaliennne. C'est ainsi donc qu'on voit l'ossature ancienne du bail censorial revêtir une écorce de macrobite et devenir bail emphytéotique ...". A. Hajje, op. cit., p. 137.

la tenure de nos lois "Manciana" et "Hadriana" ne portait pas de nom bien défini, si ce n'est celui décrivant le droit du preneur ("usus proprius", "jus colendi", "jus possidendi ac fruendi hereditate suo relinquendi"), la nécessité de lui en trouver un s'imposa et ce fut l'emphytéose. Qu'on "se soit servi d'un mot grec fort énergique et fort significatif, quand même ce mot eût été nouveau dans la langue du droit" n'a rien d'étonnant, affirme Troplong⁸². Il témoigne simplement de l'aptitude des Romains à intégrer des éléments étrangers à leur culture.

31 - Il est difficile de préciser avec exactitude quand cette dernière transition eut lieu. L'expression "ἐμφυτεύσιμον" apparaît pour la première fois dans un fragment du jurisconsulte Ulpien qui vécut sous le règne de Caracalla (211-217 A.D.). On admet généralement qu'il s'agit là d'une interpolation toutefois⁸³. Le premier document non suspect traitant de notre tenure sous sa nouvelle dénomination est une constitution de Constantin (306-337 A.D.) rendue en l'an 315 A.D.⁸⁴. L'étape décisive aurait donc été franchie vers

82 Troplong, op. cit., p. 110.

83 G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 72-73; G. Dufour, op. cit., p. 10; A. Boraud, op. cit., p. 108; A. Hajje, op. cit., p. 122; Troplong, op. cit., p. 110.

84 A. Boraud, op. cit., p. 117; A. Hajje, op. cit., pp. 122-123; W.R. Johnston, op. cit., p. 326; Code Justinien, XI, 62, 1.

la fin du III^e ou le début du IV^e siècle A.D. Une constitution du même empereur, datée de l'an 323 A.D., nous apprend que l'emphytéose était usitée sur les "fundi patrimoniales" d'Italie⁸⁵. Par après, l'institution se répandit vite aux autres provinces de l'empire⁸⁶, recevant d'abord une application généralisée sur les terres stériles de l'Etat et de l'Eglise, puis éventuellement sur les biens féconds sans que sa nature en soit pour autant modifiée⁸⁷. Enfin, des édits de Zénon (474-491 A.D.) et Justinien (527-565 A.D.) nous révèlent qu'elle est alors employée par les particuliers dans le cours normal de leurs affaires⁸⁸. A notre chaîne évolutive ("ager romanus" - "ager publicus" - "ager occupatorius arcifinius" - tenure innommée des lois "Manciana" et "Hadriana" - emphytéose), il faut ainsi, en conclusion, souligner la ramification du

85 Code Théodosien, XI-16-2. Aussi A. Hajje, op. cit., pp. 122-123.

86 A. Hajje, op. cit., p. 123 et ss.; Troplong, op. cit., p. 115, notes 2 à 5. L'extension se fit "ad similitudinem per Africam possessorum" et "exemplo Africae" (Code Théodosien, XI-16-2, 9).

87 E. Garsonnet, op. cit., p. 154; G. Dufour, op. cit., pp. 45-46; *J. Domat, op. cit., p. 221; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 302; J. Lefort, op. cit., p. 65; W.R. Johnston, op. cit., p. 340.

88 Code Justinien, IV-66-1, 2, 3.

dernier maillon en institution de droit public, de droit ecclésiastique⁸⁹ et de droit privé.

32 - Nous voilà au terme de nos recherches sur l'idée primitive de la tenure emphytéotique en droit romain. Le retour en arrière a pu sembler long, voire inutile dans l'esprit de certains, mais cette démarche, il sied de le rappeler, va nous permettre de suppléer au mutisme des derniers empereurs sus-nommés sur une institution dont seul le nom est nouveau⁹⁰.

33 - Bon nombre d'auteurs ont, comme nous, remonté l'échelle du temps, mais la plupart se sont trompés dans le choix de la tenure qui contient en germe l'institution d'emphytéose. Il ne peut être ici question de réfuter par le menu toutes les théories présentes ou passées sur le problème

89 L'emphytéose de droit ecclésiastique était régie par les mêmes principes de base que celle de droit public. Elle s'en distinguait néanmoins par certains détails: le contrat se devait d'être par écrit, certains dignitaires devaient l'approuver, l'institution constituante bénéficiait d'un droit de retrait de 2 ans si l'emphytéote cédait les biens reçus à une personne morale et, enfin, la commise pour défaut de paiement du canon était encourue après un manquement biennal. G. Dufour, op. cit., p. 109; E. Garsonnet, op. cit., p. 177; A. Ménard, op. cit., pp. 73-74; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 152-153; A. Hajje, op. cit., p. 156; W.R. Johnston, op. cit., pp. 331, 338.

90 Pour le bénéfice du lecteur et à titre de complément des notes 2 et 3 supra, nous donnons ici extrait de la note n° 2 en page 323 de l'article de W.R. Johnston (op. cit.): "Derived from the verb, **ΕΜΦΥΤΟΥΕΙΝ**" (to plant in), the duty to ameliorate is basic to the contract. In the Greek inscriptions the word **ΦΥΤΕΥΣΙΝ**" is used in sharp contrast to the word **ΥΕΩΡΥΕΙΝ**" (to cultivate or labor)".

des origines de la tenure emphytéotique⁹¹. Qu'il nous soit cependant permis d'exposer, en bref, comment l'opinion largement majoritaire faisant découler l'emphytéose du bail vectigalien⁹² peut être fautive. Ce dernier genre de stipulation n'a jamais été employé en rapport avec les terres vaines, vagues et stériles, mais bien pour des étendues riches et bornées sur lesquelles la concession d'un simple bail avait de tout temps constitué un intérêt suffisant à l'exploitation⁹³. De plus, le "jus in agro vectigali" n'a jamais comporté pour son auteur l'obligation légale d'améliorer⁹⁴. Il en est de même pour son successeur, le "jus perpetuum salvo canone", qui, une fois vidé de sa fonction socio-économique et par conséquent de son utilité, a été absorbé par l'emphytéose quand on imposa au perpétuaire l'obligation propre à l'emphytéote⁹⁵.

91 Voir G. Dufour, op. cit., pp. 10-21 et G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 66-77, pour l'énumération des différentes thèses et les arguments invoqués à leur appui.

92 Supra, note 70.

93 A. Ménard, op. cit., p. 7. P.F. Girard, op. cit., p. 413; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 23-24, 63; E. Garsonnet, op. cit., p. 107; A. Hajje, op. cit., p. 22; A. Boraud, op. cit., pp. 30, 91, 95.

94 A. Ménard, op. cit., pp. 7, 11, 21; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 34, 63-64; E. Garsonnet, op. cit., p. 107; A. Boraud, op. cit., pp. 30, 72; A. Hajje, op. cit., p. 133.

95 A. Ménard, op. cit., p. 23; E. Cuq, Manuel des Institutions juridiques des Romains, p. 358; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 65; A. Boraud, op. cit., p. 128. Supra, notes 35 et 69.

34 - D'ailleurs, avant notre institution, il ne paraît pas que la condition expresse d'améliorer ait figuré autrement que par exception dans les amodiations à long terme⁹⁶. A la décharge des partisans de la théorie vectigaliennne, disons toutefois qu'il leur a sans doute paru normal de faire dériver l'emphytéose des institutions dont elle avait emprunté l'image en accédant au domaine contractuel. La malheureuse synonymie au niveau du qualificatif de la redevance⁹⁷, due tant par le preneur de l'"ager vectigalis" que par le tenancier de l'"ager occupatorius arcifinius", y est certes pour beaucoup aussi dans l'erreur de ces doctes juristes. Enfin, mentionnons que la thèse vectigaliennne a l'excuse bien pardonnable d'avoir été élaborée avant les découvertes de la science moderne.

C - Evolution de l'emphytéose dans l'Ancien Droit

35 - La tenure emphytéotique parvint à maturité et reçut sa consécration légale pendant une période assez trouble de l'histoire. Entre 285 et 395 A.D. l'empire romain avait été tour à tour divisé puis unifié. Partagé en Est et Ouest par Théodose (379-395 A.D.) à la fin de son règne, jamais plus il

96 E. Garsonnet, op. cit., p. 154.

97 "Peu de mots, en effet, ont dans la langue latine des sens aussi nombreux et divers que "vectigal" et "vectigalis", A. Hajje, op. cit., p. 135.

ne sera réunifié. Chaque partie suivit sa propre destinée. La "Romania, Pars Occidentis" survécut jusqu'en 476, date où Odoacre, roi des Hérules, disposa de Romulus Augustulus, dernier des empereurs fantoches. Justinien réussit bien, de 533 à 565, à reprendre une partie du territoire perdu, entre autres l'Italie, mais pas la Gaule. Son oeuvre fut au demeurant de courte durée. En 568, trois ans après sa mort, l'Italie tombait aux mains des Lombards⁹⁸.

Cette oscillation épisodique entre la décentralisation et la centralisation du pouvoir impérial ne fut pas sans conséquence sur l'histoire de l'emphytéose. D'autre part, l'ordre nouveau qui émergea graduellement des cendres du monde romain d'Occident allait lui aussi, et à sa façon, avoir une influence sur le cours de notre institution.

a) L'époque franque

36 - L'alternance entre la division et l'unité de l'empire avait favorisé une certaine disparité législative.

98 Pour une vue d'ensemble de l'histoire du IV^e au VII^e siècle, voir: J. Ellul, op. cit., pp. 511-603; J. Imbert et H. Legohérel, op. cit., pp. 98-120; M. Arondel, J. Bouillon, J. Le Goff, M. Meuleau et J. Rudel, Rome et le Moyen Age jusqu'en 1328, Paris, Bordas, 1968, pp. 114-144; M. Hadas, op. cit., pp. 144-166; Philip Sherrard, Byzantium, New York, Time Inc., 1966, pp. 11-59; Gerald Simons, Barbarian Europe, New York, Time Inc., 1968, pp. 11-66.

La primauté de l'empereur d'Orient depuis le transfert du siège de la capitale à Constantinople en 330 A.D. aggravait le problème. Il n'est pas toujours facile dès lors de connaître avec précision la portée territoriale des constitutions impériales, surtout en Occident où l'autorité était en fait aux mains des barbares depuis le sac de Rome par Alaric en 410 A.D. Ces derniers n'ayant, pour des raisons bien évidentes, aucun penchant pour les écritures, il est encore plus difficile de savoir comment les constitutions en vigueur ou à venir furent accueillies par eux. En somme, la situation est confuse au début et même durant toute cette sombre période qui va jusqu'à l'avènement définitif de la féodalité et nous avons très peu d'éléments d'information.

37 - Le problème de la portée territoriale des lois en période de division de l'empire est en partie résolu par cette tendance à l'unification du droit que représentent les grandes codifications. En partie résolu seulement parce que les codes Grégorien (291 A.D.) et Hermogénien (295 A.D.) reproduisent des constitutions antérieures aux premières manifestations de l'emphytéose hors d'Afrique⁹⁹. Ces deux monuments du droit nous sont donc inutiles. Le code Théodosien (438 A.D.)

⁹⁹ Supra, n^{os} 22, 23, 31; J. Ellul, op. cit., p. 488; B. Nicholas, op. cit., p. 38; Ch. Giraud, op. cit., pp. 214 et 219; P.F. Girard, op. cit., p. 81.

fut par contre officiellement reçu dans les deux parties de la "Romania"¹⁰⁰. Il contenait "un grand nombre des constitutions de 312 à 437"¹⁰¹. Quant au Code de Justinien (529 A.D.), qui renfermait les documents clef sur l'emphytéose de droit privé publiés à Constantinople après 476 A.D., il fut peut-être connu en Occident sur les territoires reconquis par Justinien¹⁰², mais certes pas en Gaule¹⁰³. En conclusion, le Code Théodosien a été, en Occident, "la principale source de connaissance du droit romain pour les barbares"¹⁰⁴, voire même la seule dans certaines régions.

100 G. Dufour, op. cit., pp. 121-122; J. Ellul, op. cit., p. 540; P.F. Girard, op. cit., p. 82.

101 J. Ellul, ibidem.

102 En ce qui concerne l'Italie, il semble admis en effet que Justinien s'était empressé de promulguer ses compilations législatives durant le court espace de temps qui s'écoula entre la fin du royaume des Ostrogoths et l'avènement de celui des Lombards (G. Dufour, op. cit., p. 121). En 554, plus précisément (J. Ellul, op. cit., p. 596; B. Nicholas, op. cit., p. 46). Dans le même sens, voir: Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 179-181; G. Lepointe, op. cit., p. 169; E. Garsonnet, op. cit., p. 262; Ch. Giraud, op. cit., pp. 206-207.

103 G. Dufour, op. cit., p. 121; J. Lefort, op. cit., p. 155; Ch. Giraud, ibidem, ainsi que p. 230; E. Garsonnet, op. cit., p. 261.

104 J. Ellul, op. cit., p. 540; Ch. Giraud, op. cit., pp. 207 et 222; E. Levy, op. cit., p. 14; J. Lefort, ibidem.

38 - Si nous avons à rencontrer l'emphytéose en Gaule transalpine ce sera donc à l'état de contrat administratif, ecclésiastique ou civil, et non autrement. Ainsi en fut-il effectivement. L'institution pénétra le droit gallo-romain grâce au Code Théodosien et s'appliqua aux biens du fisc et du clergé¹⁰⁵. La chute de l'empire n'y changea rien, sauf que dans les siècles à venir, nous retrouverons l'emphytéose appliquée exclusivement aux domaines des établissements religieux¹⁰⁶. Dépositaire de la civilisation culturelle et administrative des Romains, l'Eglise a joué un rôle considérable au Moyen-Age. Il n'est pas étonnant que ce soit elle qui ait fait appel à la tenure emphytéotique pour l'exploitation des propriétés démesurées dont elle avait la possession¹⁰⁷. Le contraire eut plutôt surpris, puisque les barbares n'avaient pas encore l'acquis nécessaire pour saisir toute la finesse

po

105 J. Lefort, op. cit., p. 107; G. Dufour, op. cit., p. 122; E. Garsonnet, op. cit., p. 261; G. Lepointe, op. cit., p. 169; Troplong, op. cit., p. 124; Ch. Giraud, ibidem; G.G. Tocilesco, op. cit., pp. 233-234.

106 G. Lepointe, op. cit., p. 169; G. Dufour, op. cit., p. 122; J. Lefort, op. cit., p. 155. Contra, Pepin Le Halleur, op. cit., p. 171.

107 J. Imbert et H. Legohérel, op. cit., pp. 112, 122-123; Le tiers de la France au début du VIII^e siècle, affirme G. Simons, op. cit., p. 60. Pour s'assurer l'aide indispensable de l'Eglise, les rois et les nobles lui avaient concédé bon nombre de propriétés en alleu: J. Lefort, op. cit., p. 116.

du rapport placé et caché sous le couvert de cette expression; fait qui, étrangement, allait avoir une influence considérable sur l'emphytéose ecclésiastique elle-même.

39 - En effet, "il ne faudrait ... pas croire que, partout où le mot se rencontre, il se réfère à l'institution du droit romain"¹⁰⁸. D'abord, entre la promulgation du "codex Theodosianus" et la fin du V^e siècle A.D., l'emphytéose subit une certaine dégénérescence aux mains des barbares. Et si la subtilité et le raffinement de cette structure étaient au-delà de leur entendement, le fait même de l'institution, comme tenure ordinaire à long terme des terres du fisc, leur était, lui, bien connu. L'expression prit conséquemment un sens équivalent à leurs yeux, savoir une simple amodiation, temporaire ou perpétuelle¹⁰⁹. Ensuite, si l'économie rurale et agraire de cette époque rendait l'usage de l'emphytéose tout indiqué, la situation politique, elle, y était défavorable. La nécessité de produire, de faire valoir, d'améliorer était en effet toujours pressante, impérieuse même, mais pas autant que celle d'assurer la défense de sa personne et de sa propriété. La protection recherchée s'obtenait habituellement par la "commendatio" et

108 Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 165-166.

109 E. Levy, op. cit., pp. 47-49.

nombreux furent ceux qui se recommandèrent corps et biens aux différentes institutions religieuses pour retrouver ensuite leur avoir à titre de précaire. Pour l'Eglise, cette pratique se généralisa au point qu'elle ne vit plus intérêt ou raison de la distinguer de l'emphytéose. Selon les moeurs du temps, cette dernière n'était après tout qu'une concession parmi tant d'autres. Les différences entre ces deux modes d'exploitation s'estompant, l'emphytéose finit par se confondre avec la précaire¹¹⁰ et l'obligation d'améliorer, qui se pouvait toujours stipuler, cessa définitivement au cours de cette période d'être condition "sine qua non" de la tenure. Aucun document d'origine, en effet, ne nous permet d'affirmer que la tenure emphytéotique, une fois cantonnée sur les terres de l'Eglise,

110 G. Lepointe, op. cit., p. 169; E. Garsonnet, op. cit., p. 261; J. Lefort, op. cit., p. 155; Ch. Giraud, op. cit., p. 201. Il semble que le même phénomène se soit produit en Italie où l'emphytéose byzantine était connue et répandue (E. Garsonnet, op. cit., pp. 262-265; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 128; Ch. Giraud, op. cit., pp. 203-204). En droit romain, la précaire était "une concession révocable 'ad natum' mais gratuit (P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 75), et en droit ancien "une concession de terre à charge de redevances et de services, avec rétention de la propriété par le concédant, transfert de jouissance au concessionnaire et faculté de révocation au cas de non exécution des charges". "La précaire pouvait provenir d'une libéralité et d'une vente à l'Eglise par son propriétaire qui sollicitait la rétrocession à titre de précaire, ..." (G. Lepointe, op. cit., pp. 170-171). Pour la "commendatio", Infra, Note 144.

ne fut autre qu'une institution bâtarde dépourvue de ses traits essentiels, et dont le principal avait été l'obligation d'améliorer au sens strict du terme en la matière.

Sur l'existence et la nature de l'emphytéose à l'époque franque, nous faisons en conséquence nôtres ces paroles de Ernst Levy:

In fact, aside from the later influence of Justinian's codification, the history of "emphyteusis" in the West had come to its conclusion; that is to say, the history of the concept, not that of perpetual rural tenure as an economic institution¹¹¹.

b) L'époque féodale

Suivre l'emphytéose à la trace pendant tout le deuxième millénaire, n'est pas chose facile. Les hommes et les événements brouilleront souvent la piste qui, de France, conduit éventuellement en Nouvelle-France.

1) En France

40 - L'avènement du premier Capétien au trône de France¹¹² coïncide avec le début d'un temps nouveau en Europe¹¹³.

¹¹¹ E. Levy, op. cit., p. 48.

¹¹² Hugues Capet, duc des Francs et descendant de Robert Le Fort, fut élu au trône le 1er juin 987. Cette date marque le point le plus bas de la royauté face à la puissance des seigneurs du pays.

¹¹³ Sur cette époque, en général, voir: G. Simons, op. cit., pp. 147-172; M. Arondel, J. Bouillon, J. Le Goff, M. Meuleau et J. Rudel, op. cit., pp. 167 et ss.; J. Imbert et H. Legohérel, op. cit., pp. 130-228; Anne Fremantle, Age of Faith, New York, Time Inc., 1965, pp. 15 et ss.

L'instabilité politique et la stagnation économique du Haut Moyen-Age font place à un calme relatif qui sera propice au travail et aux échanges. Le début du deuxième millénaire est aussi marqué par la renaissance du droit romain, suite à la découverte des compilations de Justinien en Italie. La situation de fait qui, à l'époque précédente, rendait improbable l'existence d'une emphytéose de droit privé et incertaine la présence d'une institution "sui generis" du même nom à d'autres niveaux, avait donc été modifiée. La voie était normalement ouverte à un retour en force de la tenure emphytéotique comme principal mode d'exploitation du domaine. Rien de tel ne se produisit cependant. Des facteurs nouveaux avaient à la fois dénaturé encore et davantage le concept d'emphytéose et restreint considérablement ses possibilités d'application comme entité juridique distincte.

41 - Le premier document français témoignant d'une connaissance certaine de l'oeuvre de Justinien est un manuel de la fin du XI^e siècle, connu sous le nom de "Petri exceptiones legum Romanorum"¹¹⁴. Mention de l'emphytéose y est faite, mais encore uniquement en rapport avec les biens du clergé¹¹⁵.

114 A. Dumas, op. cit., p. 78. E. Garsonnet (op. cit., p. 261) et Ch. Giraud (op. cit., p. 230) citent des documents à l'effet que le Code et les Nouvelles de Justinien étaient connus en France dès le Xe siècle, du moins par certains.

115 E. Garsonnet, op. cit., p. 262; J. Lefort, op. cit., p. 155; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 171.

Ce n'est qu'au XII^e siècle, lors de l'épanouissement du droit romain¹¹⁶ et de sa réception, en pays de droit écrit¹¹⁷, qu'il pourra être question de tenures emphytéotiques appliquées aux terres privées¹¹⁸. C'est alors, malheureusement, qu'il faut aussi parler d'un fait nouveau qui allait à jamais brouiller le cours de l'histoire de l'emphytéose. En marge du texte du Code et du Digeste, les maîtres à penser de l'époque ajoutaient une note, une glose destinée à dissiper l'obscurité de certains points de droit ou à signaler des cas d'application¹¹⁹. Cette technique des glossateurs, comme on vint à les appeler, fut désastreuse dans le cas de l'emphytéose. Ils appliquèrent aux

116 A. Dumas, op. cit., pp. 78 et 140; E. Garsonnet, op. cit., p. 413; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 234.

117 "Le Midi se trouvait dans la situation d'un pays qui avait perdu ses codes et pendant des siècles n'avait vécu que sur leur souvenir et qui les retrouvait un beau jour. La réception du droit romain se fit donc sans peine dès la deuxième moitié du XII^e siècle", A. Dumas, op. cit., p. 141.

118 E. Garsonnet, op. cit., p. 413; G. Lepointe, op. cit., p. 210; R. Aubenas, op. cit., p. 70; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 234; Emile Chenon, Histoire Générale du Droit Français Public et Privé - Des Origines à 1815, tome II, Paris, 1929, p. 191.

119 B. Nicholas, op. cit., pp. 46-47; A. Dumas, op. cit., pp. 140-141.

droits respectifs des parties le qualificatif des actions les sanctionnant en droit romain¹²⁰. Le propriétaire, ayant l'action "in rem directa"¹²¹, devait en toute logique, selon les glossateurs, avoir le domaine direct et l'emphytéote, du fait de son action "in rem utilis"¹²², le domaine utile. C'était la théorie du double domaine ou du domaine divisé; une transposition originale des mots qui, à la rigueur, n'ajoutait ou ne modifiait en rien la nature juridique de la relation propriétaire-emphytéote. Mais les choses n'en restèrent pas là, parce que les nouveaux termes choisis furent très vite mélangés de féodalité. Dès le XIII^e siècle, et cela en "Patria juris scripti", le principe du dédoublement de la propriété servait d'explication tant aux concessions emphytéotiques qu'aux concessions seigneuriales¹²³. Pénétrant les pays de droit coutumier au XIV^e siècle, l'idée fut reprise

120 Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 59-60; E. Chenon, op. cit., n^o 376; E. Garsonnet, op. cit., pp. 372-377; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 85; A. Ménard, op. cit., pp. 28-29; G. Dufour, op. cit., p. 42; A. Dumas, op. cit., p. 323; J. Pinatel, op. cit., p. 45; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 145.

121 Action réelle en revendication sanctionnant la propriété quiritaire.

122 Imitation prétorienne de l'action réelle en revendication de droit civil protégeant la détention.

123 E. Chenon, Histoire Générale du Droit Français, tome II, p. 191.

d'emblée par les feudistes pour caractériser la relation de droit des parties dans toutes les tenures du réseau féodal¹²⁴. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que l'emphytéose, après avoir fourni le cadre juridique dont la société féodale avait besoin en matière foncière¹²⁵, eut tendance à se confondre avec les nombreuses tenures de l'époque, nobles ou roturières, et réciproquement¹²⁶. Tendance qui devait se maintenir jusqu'à la fin de l'ancien régime en France (4 août 1789) et jusqu'en 1854 (18 décembre) au Québec parce que la féodalité, même vidée de son importance politique et personnelle, continua de marquer la condition des terres¹²⁷.

124 E. Chenon, ibidem; Troplong, op. cit., p. 134; A. Dumas, op. cit., p. 323.

125 Emile Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 27; J. Pinatel, op. cit., pp. 28, 139 et 143. "C'est dans l'emphytéose romaine que l'on est allé prendre presque toute la dogmatique dont on avait besoin en matière foncière. Toute la structure du fief a été tirée de l'emphytéose" (M. Meyniel, Cours de Doctorat, Faculté de Droit de Paris, 1931-32, cité par J. Pinatel, op. cit., p. 28). "Le droit d'emphytéose a servi de modèle au moyen âge pour construire juridiquement la théorie du fief et les rapports entre le ténancier et le concédant des diverses tenures féodales" (G. Lepointe, op. cit., p. 152]. P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 146; W.R. Johnston, op. cit., p. 335; Troplong, op. cit., p. 124.

126 E. Chenon, Histoire Générale du Droit Français, tome II, pp. 191-193; E. Garsonnet, op. cit., pp. 413-420; G. Dufour, op. cit., pp. 135-137; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 235; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 220-221; G. Lepointe, op. cit., p. 210; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 152; Troplong, op. cit., pp. 124, 127-128.

127 E. Chenon, Histoire Générale du Droit Français, tome II, n° 376 "in fine"; A. Dumas, op. cit., pp. 323 et 327;

42 - Devant le chaos juridique¹²⁸ engendré par la théorie du double domaine, il faut donc se demander deux choses. L'emphytéose, à cette époque, existe-t-elle "réellement à l'état de contrat distinct"¹²⁹ et si oui, quel est alors son domaine d'application?

43 - L'emphytéose, au moment de sa constitution, se reconnaît à un signe: l'obligation légale d'améliorer incombant au tenancier bénéficiaire d'un intérêt réel dans le bien cédé et les réalisations à venir. Le reste, c'est-à-dire la résolution pour défaut de paiement du canon, la répartition particulière des risques et des charges, les droits de préemption et de mutation, est subsidiaire et tient de la technique

P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 140, 142, 146 et 149.

128 Il est à remarquer que le "chaos juridique", selon l'expression de Chenon, n'est pas à proprement parler le résultat de la théorie du domaine divisé, mais plutôt celui des moeurs et conceptions germaniques qui envisagent le rapport entre un individu et un objet d'une façon différente du droit romain. La détention physique et la qualité de celui qui "tient" l'emportent sur la notion de propriété au sens classique du terme. La théorie du double domaine n'est que l'assise juridique trouvée a posteriori pour expliquer cette situation, cette façon d'envisager les choses.

129 E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 49.

juridique plutôt que de l'essence du contrat¹³⁰.

Ce trait, dans ce qu'il avait de plus manifeste et de plus frappant lors d'une cession à ce titre, soit l'obligation légale de faire des impenses, avait complètement disparu entre les V^e et XII^e siècles. Lorsqu'il fit à nouveau surface comme élément de la tenure, ce caractère avait perdu de sa vitalité, car les auteurs étaient fort partagés sur le point de savoir si l'emphytéote était tenu aux améliorations du fait même de son droit et de sa qualité ou si stipulation expresse à cet effet était requise¹³¹. Question qui, transposée sur le plan pratique, était totalement dépourvue d'intérêt. Par

130 Nous reviendrons sur ces caractères secondaires dans la première partie de notre ouvrage. Mentionnons, toutefois, qu'à cette époque, ils avaient changé de sens par rapport au droit romain et on les retrouvait dans toutes sortes de contrats. Inutile, donc, de s'y référer, comme tous les auteurs, pour individualiser la tenure emphytéotique.

131 Obligation sous-entendue: E. Garsonnet, op. cit., p. 418; *J.B. Denisart, op. cit., p. 296; E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 54; *Claude-Joseph de Ferrière, Dictionnaire de Droit et de Pratique, tome I, Paris, Théodore Le Gras, 1755, p. 825-826; *Proudhon, Domaine de Propriété, tome II, n° 709, cité par Chs. C, De Lorimier et Chs. A. Vilbon, La Bibliothèque du Code Civil de la Province de Québec, tome V, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1880, p. 17; *J. Domat, op. cit., pp. 221, 223-224; Troplong, op. cit., pp. 130-131.

Stipulation expresse requise: A. Ménard, op. cit., pp. 43-44; G. Dufour, op. cit., p. 176; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 257; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 302; *Guyot, op. cit., p. 682; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 457; *Argou, Institution au Droit Français, 11^e éd., tome II, Paris, Mequignon, 1787, pp. 260 et 303; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 257; C. Demolombe,

améliorer, en effet, on entendait seulement cultiver, entretenir, ne pas détériorer et c'est dans cette acception détournée que la charge était désormais sous-entendue au contrat¹³². Si, à la rigueur, le fonds était nu et aride, l'emphytéote devait labourer et peut-être même planter¹³³. Quant à la clause s'y rapportant au pacte, elle était habituellement de style¹³⁴, mais pas toujours¹³⁵. A la question de savoir si l'emphytéose avait conservé son individualité propre, il faut donc répondre par ni oui, ni non. L'emphytéose de droit romain n'était plus, mais il subsistait une tenure individualisée de ce nom qui, en y mettant les formes¹³⁶, pouvait donner les mêmes résultats que jadis en rapport aux faits et au droit.

op. cit., pp. 376-377; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 300-302; Merlin, op. cit., p. 722.

132 A. Ménard, op. cit., p. 44; J. Lefort, op. cit., pp. 72 et 84; G.G. Tocilescu, ibidem; J. Pinatel, op. cit., p. 37; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 302.

133 J. Lefort, op. cit., p. 72; G.G. Tocilescu, ibidem.

134 J. Pinatel, op. cit., p. 30; A. Ménard, op. cit., p. 44; *Claude-Joseph de Ferrière, op. cit., tome I, p. 826.

135 J. Lefort, op. cit., p. 292; A. Ménard, op. cit., pp. 43-44; Troplong, op. cit., p. 154; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 457; *Claude-Joseph de Ferrière, op. cit., tome I, p. 827; *Argou, op. cit., tome II, pp. 260 et 303.

136 C'est-à-dire quand il y avait stipulation d'améliorer à la charge du preneur au sens où nous avons défini le terme emphytéose en début d'ouvrage.

44 - Dégénérée, mais dotée du même potentiel, voyons maintenant quelle était la place de l'emphytéose dans un régime foncier marqué du sceau de la féodalité. Les glossateurs avaient attribué le domaine éminent au propriétaire et le domaine profitable à l'emphytéote. Par la suite, personne ne l'entendit autrement¹³⁷, sauf Cujas et Doneau qui, eux, parlaient de quasi-domaine¹³⁸. Indépendamment de la définition donnée à chacun de ces domaines selon leurs attributs respectifs¹³⁹, soit en matière d'emphytéose ou autres, une chose est certaine: la théorie du double domaine, et ce malgré les sources dont on s'autorisait, n'avait rien du droit romain. Familiers avec les

137 Ce n'est qu'après l'abolition de la féodalité et la disparition de ses vestiges dans l'esprit des juristes qu'on commença à y voir clair un peu.

138 Cujas, (Observ VII, 4, Recit. Solemn, ad, Tit. D. Si ager vectig.) et Doneau, (Comment. Jur. Civ. IX.13, para. 1,2,3) cités par Pepin Le Halleur, op. cit., p. 61, par J. Lefort, op. cit., p. 289, par Troplong, op. cit., p. 133 et par A. Ménard, op. cit., p. 29. Dumoulin, (Sur Coutume de Paris, 78, gl. IV N. 15), cité par Pepin Le Halleur (op. cit., pp. 293-294) et G. Dufour, (op. cit., p. 156) parle aussi de quasi-domaine en matière d'emphytéose temporaire par opposition à la perpétuelle. Par ce terme, il entendait un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui.

139 Nous reviendrons sur la définition de chacun des domaines, définition qui a d'ailleurs beaucoup varié au cours des siècles. Infra, n^{os} 157-158.

démembrements de la propriété, les Romains ne l'étaient pas avec le dédoublement d'icelle sur un même objet. La théorie du domaine divisé, à l'origine, constitue tout au plus une nouvelle façon de qualifier le droit respectif des parties en présence. Elle s'harmonise avec les idées de l'époque admettant "la coexistence sur une même chose de puissances diverses¹⁴⁰", mais ne correspond pas "ab initio" à la superposition de deux droits de propriété sur cette même chose; plus tard, dans son acception féodale, oui. C'est dire qu'en matière d'emphytéose véritable et au regard de la théorie d'elle issue, le propriétaire avait et ne pouvait avoir qu'une "simple directe, à laquelle n'est attachée aucune espèce de puissance, une directe de droit privé¹⁴¹". Une directe de droit privé qui ne supposait aucune condition d'infériorité entre les personnes du constituant et de l'emphytéote, qui ne rendait aucunement l'héritage cédé tributaire de la propriété retenue. La tenure emphytéotique était donc forcément exorbitante du complexe féodal, tant pour le fonds concerné que pour les parties à l'acte¹⁴², puisque le propriétaire-

140 P. Ourliac, et J. De Malafosse, op. cit., p. 146.

141 Merlin, op. cit., tome VI, y^e Fief, sect. II, para. VII. Dans le même sens, voir: E. Garsonnet, op. cit., p. 416; E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 51.

142 Pepin Le Halleur, op. cit., p. 231; E. Chenon, ibidem; J. Pinatel, op. cit., pp. 27-28, 32, 34, 142-143; Ch. Giraud, op. cit., p. 200; Merlin, op. cit., tome V, p. 721.

cédant et son domaine n'avaient pas barre sur la personne et l'immeuble de l'emphytéote.

45 - Situer l'emphytéose hors du réseau féodal, c'est en effet limiter son domaine d'application aux fonds allodiaux¹⁴³. Or, ceux-ci étaient plutôt rares en terre de France. Voici pourquoi. La paix retrouvée au début de ce millénaire et la stabilité relative qui se maintiendra par la suite sont en grande partie

143 G. Dufour, op. cit., p. 147; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 225-226; E. Garsonnet, op. cit., p. 416; Troplong, op. cit., pp. 129-130; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 239; J. Pinatel, op. cit., pp. 27 et ss., 142-143, 147; *J.D. Denisart, op. cit., tome II, p. 296; E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 52 et Histoire Générale de Droit Français, no 379, p. 193; Merlin, op. cit., tome V, p. 721 et Merlin, Recueil Alphabétique des Questions de Droit, 5^e éd., tome V, Paris, Remoissenet, 1829, p. 581. L'alleu: "Le terme Alodis avait... changé de sens, après avoir signifié dans les lois franques et les formules mérovingiennes succession, au VIII^e siècle il désignera les biens de famille et héréditaires par opposition aux acquets (...) et au IX^e siècle nombre de terres étant des tenures (...), les biens héréditaires ou 'allodia' furent presque les seuls à être possédés en pleine propriété et 'allodia' devint synonyme de 'propria', 'alodis' ou 'alleu' devint synonyme de terre libre" (G. Lepointe, op. cit., p. 169). L'alleu restait donc en dehors de la hiérarchie générale des terres, qui normalement aboutissait au roi, "C'était une terre que le propriétaire tenait seulement de Dieu" (A. Dumas, op. cit., p. 96). Ainsi "le franc-alleu n'est autre chose qu'un héritage qui ne dépend d'aucun seigneur, ni en fief, ni en censive, qui ne doit ni foi et hommage, ni autres devoirs seigneuriaux" (Argou, op. cit., tome I, p. 155). L'alleu était dit noble ou roturier selon qu'il était entre les mains d'un noble ou d'un homme du commun. L'alleutier noble n'ayant cependant aucun suzerain, rien ne l'empêchait de céder son fonds à emphytéose. Comme dit Pepin Le Halleur, "la renonciation au droit seigneurial ne préjudiciant qu'à lui-même, ce propriétaire pouvait-il à son gré retenir la directe seigneuriale ou la directe purement emphytéotique..." (op. cit., p. 227). Dans le même sens, voir Merlin, Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence, tome VI, p. 708. La même remarque

l'oeuvre de la féodalité. Devant l'incapacité des rois mérovingiens et carolingiens à imposer, du haut de leur trône, une unité politique et territoriale durable dans le royaume, celui-ci se fractionna en autant de composantes qu'il y avait de preneurs susceptibles d'assurer l'ordre et l'unité sur une plus petite échelle. Puis par un curieux retournement des choses, le pays se refit, mais de la base cette fois, prenant comme point de départ le morcellement de la propriété et de la souveraineté. En effet, une heureuse combinaison des pratiques du patronage¹⁴⁴ et du bénéfice¹⁴⁵ vint à lier terres (par le fief) et hommes (par la vassalité) dans un ensemble nouveau: la pyramide féodale. Plusieurs pyramides, petites ou moyennes,

5 E

s'applique au roi, du fait de sa qualité de "souverain par-dessus tous".

144 Procédé connu par les Romains aux derniers siècles de l'empire sous le nom de "patrocinium" et à l'époque franque sous celui de "commendatio" en vertu duquel le petit propriétaire se place sous la protection d'un plus puissant, perdant ainsi une partie de sa liberté et ses biens qui lui étaient par après rendus à titre précaire. Voir: J. Ellul, op. cit., pp. 562-563; A. Dumas, op. cit., pp. 13, 63 et 64; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 127 et 140.

145 Technique inverse du patronage. C'est une concession gratuite et viagère faite par un seigneur à son sujet pour le récompenser de services passés ou à venir. Un pacte de fidélité liait les deux parties. De viager à l'époque carolingienne, le bénéfice devint héréditaire au IX^e siècle. Voir: A. Dumas, op. cit., p. 71; G. Lepointe, op. cit., pp. 171-173; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 127 et 140.

couvraient au début le sol de France. Elles seront rattachées, de gré ou de force, à celle du roi au fur et à mesure que sa puissance s'accroîtra. Le résultat final: la monarchie absolue quand le souverain aura attiré à lui tout le contenu politique de la structure¹⁴⁶.

Les alleutiers seuls étaient corps et biens à l'écart de "cette hiérarchie corrélative des personnes et des terres"¹⁴⁷. Situation privilégiée qui, il va sans dire, était de nature à susciter la convoitise des seigneurs voisins et du roi lui-même. On chercha donc, par la persuasion, les armes et les lois¹⁴⁸ à les intégrer, eux et leurs terres, au réseau féodal. Ces

146 En fait, on peut dire que la vapeur fut définitivement renversée en faveur du monarque à compter du règne de Philippe-Auguste (1165-1223, roi en 1180).

147 E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 21.

148 Dans le doute sur la qualité d'un fonds, on avait recours à une présomption. "Nulle terre sans seigneur", disait-on en pays de droit coutumier. Présomption "jure de jure" en Beauvaisie et en Bretagne, ou "juris tantum" ailleurs, la règle, étant donné les difficultés de preuve dans le deuxième cas, fut quasi fatale aux alleux. En pays de droit écrit, ainsi qu'en Bourgogne et en Champagne, l'inverse était vrai: "nul seigneur sans titre". Le franc-alleu subsista donc plus longtemps dans ces régions. Mais, dans le Nord comme dans le Midi, l'alleutier n'en était pas au bout de ses peines. A compter du XVII^e siècle, le roi reprit à son compte la maxime de droit privé "nulle terre sans seigneur". C'était la théorie de la directe universelle où toute terre du royaume était censée tenue en fief, en arrière-fief ou en censive du souverain lui-même. Les conséquences de cette nouvelle politique royale sur le sort des alleux furent on ne peut plus désastreuses, même en Provence. A. Dumas, op. cit., pp. 97, 326-327; G. Lepointe, op. cit., pp. 254-255; J. Pinatel,

manoeuvres réussirent tant et si bien que, de répandus à l'époque franque, les alleux allèrent diminuant en nombre à compter du XII^e, pour n'être que rares aux XIV et XV^e, puis pratiquement inexistants après le XVI^e siècle. Toutes terres allodiales, à quelques exceptions près, étaient désormais dans la mouvance d'un seigneur et son propriétaire sous la coupe de ce dernier. Le domaine d'application de l'emphytéose avait été ainsi réduit à néant, ou presque¹⁴⁹.

46 - Ces considérations n'empêchèrent pas les gens de faire des concessions prétendument emphytéotiques sur leurs fonds; concessions qui, en vérité, ne pouvaient avoir d'emphytéotique que le nom par elles porté. L'empreinte de la féodalité

op. cit., pp. 34 et 48; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 177 et 315.

149 De très petits alleux nobles résistèrent longtemps au "souverain fief", Boisbelle en Berry par exemple jusqu'en 1766 et Monaco, seul vestige existant de cette forme de propriété. Mais ce sont bien là des exceptions. Quant aux alleux roturiers, dans l'ensemble, ils firent peut-être meilleure figure. L'Eglise détenait une quantité non négligeable de ses terres en franchise et elle avait de plus la faculté, en rachetant le cens, de convertir la censive en alleu. Pour le simple particulier, c'est dans les villes importantes et émancipées de la tutelle seigneuriale qu'il avait surtout l'occasion de devenir propriétaire d'alleu. L'article 383 du Code Michau, promulgué sur ordre du roi en 1629, rendit cependant leur situation intenable. G. Lepointe, op. cit., p. 199; A. Dumas, op. cit., pp. 97 et 326-327; J. Pinatel, op. cit., p. 35; E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 20.

sur la condition des terres signifiait en effet que toute tenure était une dépendance de la terre du concédant. Aliéner son fonds hors de cette hiérarchie était soit prohibé, soit impossible. Le vassal investi d'un fief moyennant foi et hommage, recevait le domaine utile d'icelui; la directe seigneuriale étant retenue par le concédant. Toute sous-concession, noble ou roturière, du fonds ne pouvait par la suite se faire au préjudice de la directe du seigneur dominant, c'est-à-dire en brisant le lien de dépendance¹⁵⁰. Une telle conduite eut été celle d'un propriétaire d'alleu. Si le démembrement de fief¹⁵¹, car ainsi nommait-on la chose, était interdit sans le consentement du

150 La foi jurée interdit le désaveu du lien résultant de l'hommage.

151 "Démembrer un fief, c'est en diviser l'unité et l'intégrité, et en faire plusieurs tenus également chacun en hommage séparé. C'est ce qui arrive quand un vassal aliène partie de son fief avec démission de foi sur la partie aliénée; de sorte que l'acquéreur la tienne en plein fief du seigneur dominant, comme un fief séparé de la partie que le vassal s'est retenue, et non pas comme partie d'icelui; (...), ce qui ne peut se faire au préjudice et sans le consentement du seigneur dominant". "Il y a aussi démembrement de fief quand il remet à ses vassaux qui possèdent les arrières-fiefs, ou à ceux qui possèdent des censives dans sa mouyance, le droit qu'il a sur eux "et" quand le vassal permet à ses arrières-vassaux de posséder leurs fiefs en franc-alleu, ou qu'il les cède à d'autres seigneurs", *Claude-Joseph de Ferrière, op. cit., tome I, p. 651.

seigneur dominant, le vassal pouvait, par contre, se jouer de son fief¹⁵², c'est-à-dire en aliéner une partie à charge de retenir sur icelle quelque dominité. En conséquence de quoi, l'acquéreur, quel que soit son nom¹⁵³, obtenait soit le domaine utile ou partie d'icelui, mais grevé du droit retenu, rendant subséquemment, et dans les deux cas, impossible la constitution d'emphytéose. Le bail emphytéotique que le feudataire "avait

152 "Quand le vassal aliène avec rétention de foi, et quelque devoir seigneurial et domanial, la partie de son fief que la coutume lui permet d'aliéner sans le consentement de son seigneur, cela s'appelle se jouer de son fief; parce que ces sortes d'aliénations qui se font par le vassal, avec réserve de porter toujours la foi et hommage pour les parties aliénées, ne sont qu'un jeu, puisque les portions du fief aliénées ne cessent point de faire partie du même fief, et sont toujours garanties sous le même hommage, sans qu'il y ait changement de vassal", *Claude-Joseph de Ferrière, op. cit., tome II, p. 97. L'article 51 de la Coutume de Paris autorisait ce jeu jusqu'à concurrence des deux tiers du fief.

153 Si les principes de base régissant le droit respectif des parties aux différentes tenures étaient assez simples, parce que fondés sur la théorie du domaine divisé, en pratique il n'était pas toujours facile de savoir à quel genre de concession on avait affaire, surtout pour les concessions roturières. D'abord, la définition des deux domaines, direct et utile, a varié au cours des siècles. Ensuite, comme nous le rapportent Garsonnet et Chenon, ces tenures étaient très variées selon les régions et se diversifiaient "dans l'application suivant les coutumes (...). Il arrivait en outre qu'un même bail était désigné suivant les lieux par des noms différents (...). A l'inverse, des contrats différents portaient quelquefois le même nom (...). Il y avait d'autres contrats dont le caractère était sujet à controverse (...). Enfin, le même contrat ne produisait pas partout les mêmes effets". C'est tout cet ensemble qui rend complexe l'étude du régime foncier à cette époque (E. Chenon, Histoire Générale du Droit Français, tome II, p. 191). E. Garsonnet, op. cit., pp. 388-389; G. Lepointe, op. cit., pp. 209-210; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 151.

voulu consentir se changeait donc pour lui en bail à cens ou à rente seigneuriale"¹⁵⁴ et celui consenti par le bénéficiaire du jeu de fief en bail à rente foncière¹⁵⁵. La pratique n'en était pas moins fâcheuse et justifie le mot de Dumoulin "verbum emphyteusis est aequivocum", ainsi que tout autre commentaire du même genre indiquant une confusion de l'emphytéose avec le bail à cens et/ou à rente¹⁵⁶. Ce constat vaut pour la France comme pour la Nouvelle-France.

154 E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, p. 52.

155 Tant pour cette référence que pour la précédente: E. Chenon, ibidem; E. Chenon, Histoire Générale du Droit Français, tome II, pp. 193 et ss.; E. Garsonnet, op. cit., pp. 416-417; J. Pinatel, op. cit., pp. 142-143; Merlin, Recueil Alfabétique des Questions de Droit, tome V, pp. 581-582.

156 "L'emphytéose à perpétuité est un vrai bail à cens ou un vrai bail à rente, suivant que le bailleur est, ou seigneur de fief, ou simple propriétaire de censives". (Hervé, Théorie des Matières Féodales et Censuelles, tome II, p. 329, cité par Pepin Le Halleur, op. cit., p. 222, note 2); "Quelque différence qu'il y ait entre le fief, l'emphytéose, la libellaire et le cens, l'usage les a confondus, en communiquant les propriétés des uns aux autres". (Salvaing, Traité du Plait, cité par Merlin, Recueil Alfabétique des Questions de Droit, 4^e éd., tome VII, Paris, Remoissenet, 1830, p. 79); "Il faut observer que dans la plupart des pays de droit écrit, on confond la véritable emphytéose avec les censives, ..." (*Argou, op. cit., p. 305); "Les emphytéoses provençales, à l'exception de celles constituées par des roturiers allodiaux, n'étaient donc point de véritables emphytéoses mais des baux à cens ordinaires". (J. Pinatel, op. cit., p. 143). Nous pouvons trouver d'autres considérations analogues et des citations d'auteurs très anciens, comme Fonmaur, Boutaric, Dumoulin, Despeisses et Guyot, chez: E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, pp. 50-52 et Histoire Générale du Droit Français, tome II, pp. 191-193; Merlin, Recueil Alfabétique des Questions de Droit, tome V, p. 581 et tome VII, pp. 68 et ss.;

2) En Nouvelle-France

47 - Les considérants et le dispositif des aliénas précédents n'ont pas à être modifiés en ce qui concerne notre pays. L'histoire de notre droit comporte néanmoins certaines particularités qu'il nous est impossible de passer sous silence.

48 - Rattaché à la Couronne de France par les découvertes et les prises de possession de Jacques Cartier entre

G. Dufour, op. cit., pp. 135-137; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 220-223; Troplong, op. cit., pp. 125 et ss.; E. Garsonnet, op. cit., pp. 413 et ss.; G.G. Tocilesco, op. cit., pp. 235-239; G. Lepointe, op. cit., pp. 210-211; *Delvincourt, Cours de Code Civil, 3^e éd., tome III, Paris, A. Egron, 1824, p. 185.

Le Bail à rente simple: "est un contrat par lequel l'une des parties baille et cède à l'autre un héritage, ou quelque droit immobilier, et s'oblige de lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent, ou d'une certaine quantité de fruits qu'il retient sur ledit héritage, et que l'autre partie s'oblige réciproquement envers elle de lui payer, tant qu'elle possédera ledit héritage". Pothier, Traité du contrat de bail à rente, édition Buguet (2ième), tome IV, Paris, Plon, 1861, no 1, pp. 171-172.

La Constitution de rente: "Le propriétaire ne transfère pas la propriété de son héritage, il aliène (...) à une autre personne le droit de percevoir chaque année une rente sur cet héritage". G. Lepointe, op. cit., p. 211.

Le Bail à cens: Ce contrat "faisait passer sur la tête du preneur tout le domaine utile; il ne restait au concédant que les droits honorifiques de la propriété et la directe seigneuriale...". Troplong, op. cit., p. 126. "Il n'est permis qu'au propriétaire d'un fonds noble; c'est même le seul mode suivant lequel le seigneur d'un fief puisse en aliéner une partie en l'arroturant". Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 229-230 et dans le même sens, Merlin, Recueil Alphabétique des Questions de Droit, tome V, p. 581.

1534 et 1542, cette terre d'Amérique allait être la Nouvelle-France jusqu'à la Conquête¹⁵⁷. L'étendue du territoire, tenu de façon médiate ou immédiate par le roi, se morcela, comme il se devait, suivant les règles du droit féodal. Le régime des terres en Nouvelle-France ne différait pas tellement du système en vigueur dans la mère-patrie. Mais comme le "fief était un mode de propriété très souple"¹⁵⁸, il s'était un peu adapté aux exigences de lieu et de temps. Certains tempéraments apportés au fonctionnement technique du régime, et non au régime en soi, nous autorisent même à parler de "statut particulier" des terres d'Amérique au sein de la féodalité.

49 - Le désintéressement n'a jamais présidé aux destinées de la féodalité. Le vassal "chassé"¹⁵⁹ sur un fief recevait la considération distinguée, la protection et la justice du seigneur concédant. En contrepartie, il devenait "l'homme" de ce dernier et, à ce titre, était tenu de reconnaître sa subordination personnelle et réelle, sous peine de félonie emportant

157 Exception faite des années 1629 à 1632 où la colonie, du fait de la victoire des frères Kirke, était tombée aux mains des Anglais.

158 A. Dumas, op. cit., p. 89.

159 "Le fief procurait (...) au vassal des moyens pour remplir ses services à l'avenir. C'était un "chagement" (casamentum) que le seigneur donnait à son vassal", A. Dumas, op. cit., p. 88.

commise. Certains services étaient aussi attachés à la concession de fief et en représentent, en quelque sorte, le prix. En Nouvelle-France, il ne pouvait, en vérité, être question des services de cour et d'aide, déjà en désuétude sur le Continent¹⁶⁰. Restait le service de fonction qui était habituellement d'ordre militaire. En ce qui concerne ce pays, le roi jugea préférable, circonstances de lieu et de politique aidant, d'exiger autre chose de son vassal, savoir: la colonisation d'un pays nouveau.

160 Pour le service de cour, "les deux principaux aspects en étaient autrefois le service de conseil et le service de justice: le service de conseil n'avait plus d'objet, parce que la communauté d'intérêts entre le seigneur et ses vassaux avait cessé d'exister; le service de justice était devenu inutile, depuis que les hommes de loi avaient remplacé, dans les tribunaux, les juges féodaux". A. Dumas, op. cit., p. 325; voir aussi p. 82.

Par service d'aide, il faut comprendre "contribution pécuniaire". "Le seigneur pouvait requérir ses vassaux de l'aider de leur bourse (...) pour le mariage de sa fille aînée, afin de lui constituer une dot; (...) lorsque le fils aîné du seigneur était armé chevalier, afin de pourvoir à l'équipement assez coûteux..." pour payer sa rançon s'il était "fait prisonnier par un de ses ennemis"; enfin, de la part de ceux qui ne le suivaient pas en croisade, pour les "frais de son armement". A. Dumas, op. cit., p. 83. Mais "le seigneur n'allait plus à la croisade, il n'avait plus à payer de rançon quand il était fait prisonnier; il n'armait plus son fils chevalier" et "avec le relâchement des liens féodaux, il aurait paru étrange qu'il eût recours à ses vassaux pour (...) constituer une dot" à sa fille aînée, A. Dumas, op. cit., p. 325.

50 - Cet attribut distinctif du régime seigneurial de la Nouvelle-France a depuis longtemps fait l'objet de commentaires sérieux chez les auteurs¹⁶¹ et nous n'avons pas ici à reprendre tous les détails de la question. Etant une chose acquise que la constitution d'emphytéose sur un fonds partie au réseau féodal est un non-sens juridique, nous voulons démontrer simplement que les mesures prises en vue d'assurer le respect du service requis sus-mentionné ont créé un climat peu propice au développement de la tenure emphytéotique là où elle aurait pu se faire.

51 - De François Ier à Louis XIV, le fief de Nouvelle-France fut cédé à des compagnies d'exploitation plus préoccupées de la traite des fourrures, dont elles avaient le monopole, que

161 Rodolphe Lemieux, Les Origines du Droit Franco-Canadien, Montréal, C. Theoret, 1901, pp. 330 et ss.; William Bennet Munro, The Seigniorial System in Canada, New York, Longmans, Green and Co., 1907, pp. 21 et ss.; Jean Bouffard, Traité du Domaine, Québec, Le Soleil Limitée, 1921, pp. 6-13; Dorothy A. Heneker, The Seigniorial Regime in Canada, Montréal, 1927, pp. 35 et ss.; Robert Besnier, Le Régime des Tenures en Droit Canadien Français, Revue Historique de Droit Français et Etranger, 1935, pp. 734 et ss.; Guy Frégault et Marcel Trudel, Histoire du Canada par les Textes, tome I, Montréal et Paris, Fides, 1963, pp. 38 et ss.; Richard Colebrook Harris, The Seigniorial System in Early Canada, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1968, pp. 5-8, 20-40, 105-108 et 193-198; Marcel Trudel, The Seigniorial Regime, 5^e éd., Ottawa, The Canadian Historical Association Booklets, 1971, n^o 6; Gilbert Leroux, Les Baux à Ferme à Montréal au XVII^e Siècle, (1959-60) 10 Thémis, pp. 162 et ss., et pp. 191 et ss.

de colonisation¹⁶². L'incurie des compagnies n'avait d'égal toutefois que le désintéressement des rois de France eux-mêmes pour leur territoire d'outre-mer. Avec Louis XIV, cependant, les choses allaient changer du tout au tout. Des compagnies des Cent-Associés et des Indes Occidentales¹⁶³, on continua d'exiger transport et installation de colons au pays, mais du propriétaire en titre même d'une seigneurie on demanda qu'il défriche et fasse valoir son bien; les sous-inféodations ou sous-concessions roturières par lui faites étant soumises à la même règle. A compter du 21 mars 1663, la tenure en fief ou en censive au Canada était devenue à charge positive d'améliorer au sens large

162 Voir Gustave Lanctôt (Histoire du Canada, 5^e éd., tome I, Montréal, Beauchemin Limitée, 1967, pp. 95 et ss.) pour la liste détaillée des premiers cessionnaires de la Colonie, leurs obligations et leurs réalisations.

163 La Compagnie de la Nouvelle-France, dite des Cent-Associés, avait la propriété du pays et le monopole de la traite des fourrures depuis 1627, contre l'engagement par elle de peupler la colonie de 4000 habitants au cours des 15 premières années et de 300 annuellement par la suite. Prévoyant une révocation de sa chartre pour inexécution de ses obligations (population du Canada en 1663: 2500 environ), elle fit remise au roi de son fief le 24 février 1663. La compagnie des Indes Occidentales, tenue elle aussi de coloniser et civiliser le pays, posa le même geste après seulement 10 ans d'existence (mai 1664 à décembre 1674). Il est intéressant de noter ici que les compagnies refilaient leur obligation de peupler au seigneur local en se faisant créditer le nombre de colons installés par ce dernier sur ses terres. J. Bouffard, op. cit., pp. 9-11; R.C. Harris, op. cit., pp. 21-22 et 105; G. Lanctôt, op. cit., p. 203.

du terme; faute de quoi le fonds négligé ou partie d'icelui devait être réuni au domaine de la couronne ou du feudataire concédant¹⁶⁴. Les obligations de tenir feu et lieu¹⁶⁵, de se

164 Les rigueurs du climat, la présence des Iroquois, la vie de coureur des bois, le nombre et l'étendue disproportionnée des concessions en seigneuries et l'absence de bras sont les facteurs qui ont le plus contribué à retarder le défrichement et le développement de la culture. Sur l'obligation de défricher et de faire valoir le fonds reçu, avec des sanctions variables, voir les arrêts royaux du 21 mars 1663 (Edits et Ordonnances, I, 33), du 4 juin 1672, accompagné d'un ordre exigeant l'insertion d'une clause à cet effet dans les titres de concession (Edits et Ordonnances, I, 70-72), du 4 juin 1675 (Edits et Ordonnances, I, 81-82), du 9 mai 1679 (Edits et Ordonnances, I, 233-234), du 29 mai 1680 (Edits et Ordonnances, I, 240-241), du 15 avril 1684 (Edits et Ordonnances, I, 251-252), du 14 juillet 1690 (Edits et Ordonnances, I, 262-263), du 6 juillet 1711, au nombre de deux et dits Arrêts de Marly (Edits et Ordonnances, I, 324-326) et enfin celui du 15 mars 1732 (Edits et Ordonnances, I, 531). Le roi demandait bien à son fondé de pouvoir au Canada de tenir la main à l'exécution de ses ordres, mais il semble que ce fut insuffisant et c'est ce qui explique les répétitions, les "moratoria" et les atténuations de peine. Durant tout le régime français, environ vingt seigneuries furent réunies au domaine de la couronne, et plus de mille censives au domaine seigneurial. Malgré l'indolence des autorités locales et le fait qu'en 1700, seulement 4 à 5% des terres concédées avaient été défrichées, Munro est d'opinion que les injonctions royales ont stimulé le zèle des seigneurs et des habitants. Quant à nous, il est à se demander pourquoi le roi revenait périodiquement à la charge avec ses proclamations puisqu'il continua à concéder des seigneuries trop grandes ou à accorder des augmentations d'icelles; W.B. Munro, op. cit., pp. 44, 49-50; W.B. Munro, Documents relating to the seigniorial tenure in Canada, Toronto, The Champlain Society, 1908, pp. LVIII et LXXIX; D.A. Heneker, op. cit., p. 187; R. Besnier, op. cit., p. 743; R.C. Harris, op. cit., pp. 31-33, 36, 38, 129; M. Trudel, op. cit., pp. 15-16.

165 Imposée par décret de l'intendant en 1667 (Gilbert Leroux, op. cit., p. 172, note 26) et en 1682 (R.C. Harris, op. cit., p. 128), de même que par un des arrêts de Marly en 1711 (Edits et Ordonnances, I, 324-326) et par l'arrêt de Versailles en 1732 (Edits et Ordonnances, I, 531-532).

jouer de son fief¹⁶⁶, de concéder à un prix fixe¹⁶⁷, de construire un moulin banal dans un certain délai sous peine de perdre l'exclusivité du droit de mouture¹⁶⁸ et bien d'autres¹⁶⁹ sont toutes complémentaires à celle d'améliorer et tendent à la garantir. L'originalité du régime, qui demeura inchangé jusqu'à son abolition en 1854¹⁷⁰, rendait donc superflu tout recours à une tenure emphytéotique dénaturée.

166 Sous-entendue dans tous les titres de concession puisque l'exploitation du fief ne pouvait se faire sans subdivision noble ou roturière des terres du domaine, cette obligation demeura facultative jusqu'en 1711, date des Arrêts de Marly. Supra, note 152, ainsi que W.B. Munro, The Seigniorial System in Canada, pp. 56 et ss., et D.A. Heneker, op. cit., pp. 107-112.

167 R. Lemieux, op. cit., pp. 331, 336-337, 341-344; R. Besnier, op. cit., pp. 739-740 et 743.

168 Arrêt du 4 juin 1686, Edits et Ordonnances, I, 255-256.

169 A titre d'exemple seulement: interdiction faite de vagabonder, de courir les bois et de chasser hors de l'étendue des terres défrichées et une lieue à la ronde, sous peine d'amendes sévères dans tous les cas (Edits et Ordonnances, I, 73-74, 105-106, 230); défense faite de vendre des terres non défrichées (Edits et Ordonnances, I, 531); prohibition au censitaire de tenir plus de deux rotures (R.C. Harris, op. cit., p. 128); instructions données au gouverneur et à l'intendant de faire des concessions seigneuriales contigues et près de celles déjà défrichées (R. Lemieux, op. cit., p. 340; W.B. Munro, The Seigniorial system, p. 37; R.C. Harris, op. cit., p. 34).

170 Il semble que de 1764 à 1771, il y a eu de la part des autorités anglaises une erreur d'interprétation sur les lois applicables à la propriété et sa dévolution. Les habitants n'en avaient cure et continuèrent à suivre les règles du droit seigneurial jusqu'à régularisation de la situation. D.A. Heneker, op. cit., pp. 264 et ss.; W.B. Munro, The Seigniorial system,

52 - Cette politique foncière de la royauté française en territoire outre atlantique ne pouvait être sans influence sur les alleutiers, fort rares d'ailleurs avant 1763¹⁷¹. La censive devait donc habituellement suffire aux besoins chez eux et nous serions des plus surpris d'y trouver un cas d'application authentique du droit d'emphytéose. Nous exprimons la même réserve, sans référence à la censive toutefois, en ce qui concerne les terres en franc et commun soccage concédées par les autorités anglaises après la conquête et les terres seigneuriales libérées par la commutation¹⁷². D'abord, parce que les premières étaient occupées par des britanniques, eux-mêmes contraints, par

pp. 195-208; R. Lemieux, op. cit., pp. 386 et ss.; J. Bouffard, op. cit., p. 17.

171 Sur un total de près de 500 concessions en fief, arrière-fief et augmentation de fief, durant le régime français, il y eut au moins 8 concessions d'alleu, sans compter les nombreux cas d'amortissement, faites aux Jésuites, aux Ursulines de Québec et à François de Laval, évêque de Pétrée: Pierre-Georges Roy, Inventaire des concessions en fief et seigneurie, fois et hommages et aveux et dénombremets, Beauceville, L'Eclaireur Limitée, 1927 et 1929, vol. I, pp. 20, 45-46, 117-118, 124-125, 127-129, 145, 147, 173-174, 282; vol. II, pp. 17-18; vol. V, pp. 139-143; R.C. Harris, op. cit., pp. 38-39; D.A. Heneker, op. cit., pp. 28, 55, 177; W.B. Munro, The Seigniorial system, pp. 21, 25, 52-53. Ces deux derniers auteurs manquent de précision sur le sujet. Voir aussi, pour l'octroi de lettres d'amortissement en faveur des Récollets de Québec et des Religieuses de l'Hôtel-Dieu de Québec: Edits et Ordonnances, I, 98-99, 244-247,

172 De 1822 à 1846, il n'y a eu que neuf cas de commutation volontaire de seigneurie en franc et commun soccage; Ste-Anne de la Pérade, 28 décembre 1831; Beauharnois, 10 mars 1833; Lotbinière, 31 décembre 1835; Madawaska et Témiscouata,

surcroît de cette qualité, à défricher partiellement¹⁷³ et, ensuite, parce que les chances de trouver une personne au pays ayant quelque notion de l'emphytéose autrement que dans son acception dérivée sont à peu près nulles.

D - Place de l'emphytéose en droit moderne

53 - Selon nous, l'emphytéose véritable n'a donc pas existé au Québec avant 1854, soit sous le régime français, soit sous le régime anglais. Il en fut de même pour les années 1854 à 1866, date de la codification de nos lois. Tel n'est sans doute pas l'avis des codificateurs¹⁷⁴, mais il n'est honnêtement d'opinion plus conforme à la réalité des choses en la matière. Si certains désirent vraiment prendre au pied de la lettre les affirmations de ces messieurs, affirmations du reste qui ne

5 décembre 1838; Mont-Louis, 6 juin 1839; Perthuis, 7 avril 1841; Rivière de la Madeleine et Pabos, 8 mars 1842; Anse du Grand-Etang, 4 février 1846. W.B. Munro, The Seigniorial System, p. 243, Note 1.

173 Instructions au gouverneur J. Murray en date du 7 décembre 1763, article 51: "... Vous devrez bien prendre soin que toutes ces concessions de terres que vous pourrez faire, le soient à des personnes en état de les cultiver et améliorer, (...) que pour chaque 50 acres de terre colonisable, le concessionnaire sera tenu dans les 3 ans de la date de la patente de défricher et améliorer au moins 2 acres, dans la partie jugée la plus avantageuse à son choix, ou bien encore défricher et drainer 3 acres de terre savaneuse...". J. Bouffard, op. cit., pp. 15-16.

174 "(...) elle (l'emphytéose) a été de tout temps d'un usage fréquent et continu dans le pays, et que notre législature, loin de l'abolir, l'a au contraire réservée et confirmée en termes exprès, (...)": (Rapport des Codificateurs, p. 362); "L'emphytéose, si bien connue dans l'ancienne jurisprudence, aussi bien que dans la nôtre, (...)". "(...) il est incontestable que l'emphytéose existe encore dans le pays; que loin d'y avoir été abolie, elle

trouvent aucun appui dans la référence donnée¹⁷⁵, dans la doctrine¹⁷⁶ ou dans la jurisprudence¹⁷⁷, alors il leur faudra comprendre l'emploi du mot dans son sens corrompu et/ou mélangé de féodalité, avec confusion de l'institution dans le bail à

a été spécialement reconnue par notre législation": (Rapport des Codificateurs, p. 406).

175 Acte concernant les rentes foncières, les rentes constituées et rentes viagères, S.R.B.C., Chap. 50, sect. 3. L'emphytéose n'est ici mentionnée que de nom et à titre d'exception au nouveau principe du rachat des rentes foncières de plus de 99 ans ou perpétuelles créées avant le 4 mai 1859. De là à conclure, comme les Codificateurs, qu'il s'agit en l'occurrence de la même institution pour laquelle ils préparent un titre "nouveau" au code, c'est beaucoup demander.

176 Nulle mention de l'emphytéose chez des auteurs comme: Cugnet, Traité Abrégé des Anciennes Loïs, Coutumes et Usages de la Colonie du Canada Aujourd'hui Province de Québec, Québec, 1775; Henry Des Rivières Beaubien, Traité sur les Loïs Civiles du Bas-Canada, 3 volumes, Montréal, Ludger Duvernay, 1832-1833; Justin M^cCarthy, Dictionnaire de l'Ancien Droit du Canada, Québec, John Nelson, 1809. Rien non plus dans la coutume de Paris et les propos de P.B. Mignault (op. cit., tome III, p. 181), Louis Baudouin (Le Droit Civil de la Province de Québec, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, pp. 349, 461), à l'effet que l'emphytéose fut d'une pratique courante et répandue dès les débuts de la Colonie, ne concernant, de leur propre aveu, que l'institution dénaturée par les moeurs et le langage de l'époque.

177 Nos annales judiciaires rapportent 16 cas de baux dits emphytéotiques signés ayant 1866: Balston v. Pozer et Hôtel-Dieu, 2 Mathieu, R.J.R.Q. 255; Blanchet v. Le Séminaire de Québec, (1865) 15 L.C.R., 104; Carpenter v. Dery, (1877) 8 R.L., 283; Cossit et al. v. Lemieux et Rattrey, (1881) 25 L.C.J., 317; Dingweel v. Delaney et al., (1896) 2 R. de J., 429; Dufresne v. Lamontagne, (1864) 8 L.C.J., 197 ou 13 R.J.R.Q., 120; Ex parte The Grand Trunk Railway Company 5 Mathieu, R.J.R.Q., 5; Ex parte Harvey, (1855) 5 L.C.R., 378; Gould v. The mayor, aldermen and citizens of the City of Montreal, (1859) 3 L.C.J., 197; Henault v. Gervais, (1906) 12 R. de J., 229; Huot v. Danaïs, (1858) 8 L.C.R., 235; Méthot et al v. O'Callaghan et Lampson, (1852) 2 L.C.R., 331;

cens ou à rente; ce qui n'empêchait point le contrat, dans la première alternative, de donner les mêmes résultats que l'emphytéose véritable si des impenses étaient expressément exigées du preneur.

54 - Le terme emphytéose a ainsi résisté au temps et aux événements jusqu'en 1866, mais ceux-ci par contre ont transformé l'institution en simple souvenir de ce qu'elle avait été originairement. C'est dire que le législateur a, avec la promulgation du Code, fait davantage que de nous rapporter le droit et les coutumes alors en vigueur dans ce pays ou en France sur la question. Il nous a restitué le contrat d'emphytéose dans sa teneur primitive avec, évidemment, des

Murphy v. O'Donovan et Lampson, (1852) 2 L.C.R., 333; Têtu v. Chinic, (1864) 14 L.C.R., 147; Têtu v. Martin et La Société de Construction de Québec, (1857) 7 L.C.R., 42; Thibault v. Pelletier, [1949] C.S. 467. D'après les éléments d'information donnés au compte rendu des jugements, voici ce que nous pouvons dire: dans 3 cas seulement, le pacte porte sur un alleu ou une terre libre (Blanchet v. Le Séminaire de Québec; Dingweel v. Delaney; Dufresne v. Lamontagne) et pour le premier d'iceux nous ignorons s'il y avait obligation d'améliorer, pour le deuxième, défricher et cultiver en constitue sa teneur, alors que pour le troisième elle est définitivement imposée. Dans cinq cas (Balston v. Pozer; Carpenter v. Déry; Ex parte The Grand Trunk Railway Company; Têtu v. Chinic; Têtu v. Martin), on peut, à la rigueur présumer que la transaction a pour objet un alleu parce que le propriétaire-concédant, Les Ursulines de l'Hôtel-Dieu de Québec, détenait des terres en cette qualité (Supra, note 171). L'obligation n'est toutefois mentionnée que dans le premier cas; pour le reste: rien. Etant donné l'emplacement et la nature des lots concédés dans Gould v. The mayor, aldermen and citizens of the City of Montreal et Ex parte Harvey, peut-être s'agit-il de terres libres aussi, mais dans ces cas aucune obligation d'améliorer n'est stipulée, quoiqu'elle soit sous-entendue. Pour clore le débat, disons qu'il est de jurisprudence reconnue que l'obligation d'améliorer en matière d'emphytéose n'existait pas au Québec avant la codification:

ajouts¹⁷⁸ et des retraits¹⁷⁹ témoignant d'un passé difficile.

A compter de ce moment, l'institution d'emphytéose retrouve sa vitalité et son utilité d'antan. Elle redevient apte à servir au développement dans le domaine rural d'abord, puis dans le domaine urbain en ne cessant de s'adapter aux exigences d'une société commerciale et individualiste. Les bienfaits et les avantages pouvant résulter du pacte emphytéotique sont tels que nombre de pays comme la France, la Belgique, l'Italie et les Pays-Bas, pour ne nommer que ceux-là, ont, à l'instar du Québec, choisi de le conserver et de lui accorder bonne place dans leur système de lois. Pour la France, il est à noter cependant que ce n'est point le contrat ainsi dénommé (articles 937-950 C.R.) qui constitue l'emphytéose véritable, mais plutôt le bail à construction introduit par la loi n^o 64-1247 du 16 décembre 1964.

55 - Pavant naturellement la voie à une étude sur la nature juridique du lien d'emphytéose, notre chapitre préliminaire contient nombre de définitions, de distinctions et de

Cossit et al v. Lemieux et Rattrey, p. 322; Dingweel v. Delaney et al, p. 449; Larue v. The Chateau Frontenac Co., (1912) 41 C.S., 193, à la p. 200; Thibault v. Pelletier, p. 468.

178 Sa durée est désormais limitée, le droit d'exponse est devenu incomplet et le paiement du canon annuellement rendu à nouveau obligatoire sous peine de commise.

179 Les droits de prélation et de mutation ont disparu.

délimitations qui nous seront alors d'un précieux secours. Si certaines d'entre elles avaient été auparavant faites et retenues, nul doute qu'il y aurait eu moins d'opinions aussi variées en la matière concernée, moins de théories qui, du simple droit personnel, vont jusqu'au plein droit de propriété en passant par tous les intermédiaires possibles. Par delà les informations de détail y contenues cependant, notre exposé préliminaire tend à démontrer et démontre surtout deux choses: d'une part, que l'institution d'emphytéose se distingue, se dissocie de la pléthore de pactes et de tènements passés offrant quelque ressemblance avec elle par l'obligation d'améliorer incombant à l'emphytéote en cette seule qualité; d'autre part, que le propriétaire constituant, en échange de la charge ainsi assumée par l'emphytéote, accorde à ce dernier des prérogatives sans égal non seulement sur l'immeuble¹⁸⁰ ainsi transporté en

180 L'emphytéose ne peut porter que sur un immeuble et plus particulièrement que sur un immeuble par nature (*infra*, nos 168 et ss.). Cette règle, du moins dans sa première partie, n'a jamais été contestée. Elle semblait toutefois si évidente que très peu d'auteurs l'ont énoncée de façon expresse. A cet effet, voir: P.B. Mignault, *op. cit.*, p. 183; A. Montpetit et G. Taillefer, *op. cit.*, p. 502; G. Dufour, *op. cit.*, pp. 45, 256; H. De Page, *op. cit.*, p. 596; A. Weill, *Les biens*, p. 561; H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, p. 321; François Langelier, *Cours de Droit Civil de la Province de Québec*, Tome II, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, p. 317; Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome III par Maurice Picard, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 988; G. Baudry-Lacantinerie, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, 3e éd., *Du Contrat de Louage* par A. Wahl, Tome I, Paris, Sirey, 1906, p. 845. Le droit d'emphytéose étant presque toujours constitué uniquement sur cet immeuble par nature par excellence qu'est le sol, nous discuterons toujours, sauf indication contraire, comme s'il en était continuellement ainsi. Pour la fluidité du texte, nous emploierons toutefois, et comme par le passé, des synonymes de ce terme.

emphytéose, mais aussi sur les améliorations y effectuées en exécution de cette fameuse obligation.

56 - L'existence reconnue de pouvoirs particulièrement importants en la main de l'emphytéote signifie-t-il toutefois et pour autant identité de pouvoirs sur le fonds et les améliorations? Il y a peu de temps encore, on estimait généralement que la chose allait de soi. Partant, on admettait sans ambages et sans grande réflexion que l'emphytéose conférerait tout naturellement les mêmes droits sur les réalisations effectuées que sur l'immeuble reçu¹⁸¹. Il en est hélas résulté une qualification globale du lien d'emphytéose qui n'a jamais vraiment su donner satisfaction.

Nous croyons pour notre part qu'il n'y a rien d'acquis en ce domaine et que la question précédemment posée est, de par son importance, sa complexité et ses implications, digne de la plus sérieuse attention. Elle est à ce point liée au problème de la qualification exacte du lien d'emphytéose, que nous choisissons de la considérer comme pièce maîtresse d'un développement en deux temps où les droits et obligations des parties sur le fonds

181 Il s'agissait, semble-t-il, d'une vérité tellement évidente qu'elle est passée sous silence chez la plupart des juristes. Parmi ceux qui nous présentent leur opinion à cet effet sous forme de simple affirmation, on peut citer: Troplong, op. cit., p. 137; J. Lefort, op. cit., pp. 261-262; G. Dufour, op. cit., p. 116; E. Chenon, Les démembrements de la propriété foncière, p. 56; Jean-Guy Cardinal, Le Droit de Superficie, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, pp. 112, 176; Camille Charron, Le Bail Emphytéotique, dans Cours de Perfectionnement de la Chambre des Notaires du Québec, Montréal, 1969, p. 36; J. Noël, dans Cohen et Zalkind v. M.R.N., 67 D.T.C. 5175, p. 5179.

et sur les améliorations seront analysés séparément. Cette démarche nous est d'ailleurs dictée par la chronologie même des événements en l'espèce.

Suivant l'ordre normal des choses et avant même d'acquitter son principal devoir, l'emphytéote commence par détenir certains droits sur l'objet appelé à recevoir ses réalisations. Dans une première partie, ce sont ces droits qu'il nous faut d'abord préciser dans leur nature et déterminer dans leur étendue d'une façon convenable. Par la suite, soit après avoir épuisé le sens de la relation des parties au niveau de base, au niveau de la chose cédée par contrat, tant par une qualification adéquate et une délimitation exacte des pouvoirs de chacun (Chapitre I), que par une vérification générale des modalités d'exercice de leurs facultés respectives (Chapitre II), nous liquiderons, dans une deuxième partie, la question de savoir si ce qui a cours sur l'héritage offert par le maître se retrouve sans différence aucune, se répercute dans sa totalité sur l'oeuvre y érigée par l'emphytéote. Notre sentiment à cet égard étant que l'emphytéote profite de l'accession pendant la durée de l'emphytéose (Chapitre I), mais uniquement pendant ce temps (Chapitre II), nous verrons alors comment la tenure emphytéotique s'analyse de fait en une propriété superficielle temporaire de l'emphytéote sur certaines de ses améliorations.

57 - Pour mener à bonne fin l'entreprise concernée par les présentes, il sera difficile, voire impossible de nous en tenir uniquement aux sources d'information disponibles en ce pays. Ces sources d'information sont en effet trop limitées et la raison principale en est qu'au Québec l'institution d'emphytéose a plutôt été objet de bizarrerie que d'une saine curiosité intellectuelle. Il faut évidemment comprendre que le contrat était très

peu employé au siècle dernier, que son application était alors surtout réservée au secteur rural; partant, qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger, de penser, mais seulement de souligner l'insolite. Toutes les difficultés de l'époque semblaient d'ailleurs pouvoir se solutionner par simple référence aux dispositions pertinentes d'un Code contenant à la fois une définition apparemment très claire du droit¹⁸² et des dispositions accessoires relativement bien détaillées. Il appert en conséquence que nos juristes se sont généralement contentés de verser dans la douce quiétude d'une science acquise et que la production doctrinale sur la tenure emphytéotique se réduit, quoique centenaire, à quelques pages dans les traités généraux de droit, quatre ou cinq articles dans les revues spécialisées et un bref commentaire ici et là. Quant aux jugements de nos tribunaux, assez nombreux nous le reconnaissons, il est souvent malaisé d'en tirer profit parce que les digressions et les lieux communs y contenus l'emportent de beaucoup sur les appréciations critiques, rationnelles et constructives du texte de loi applicable dans chaque cas.

Compte tenu de ces faits, force nous sera donc de référer fréquemment au droit romain, au droit français, voire au droit belge. L'histoire et la similitude des règles de droit applicables en l'espèce milite d'ailleurs en faveur d'un recours à de telles sources. Tout en notant une récente différence entre l'emphytéote québécois et son homonyme français et belge à

182 La définition donnée par l'article 567 c.c. n'est pas claire parce que le droit d'emphytéose est confondu avec une des formes périmées du contrat d'emphytéose: le bail. Il suit de là que le détail des dispositions des articles 568 à 582 c.c. se dilue dans l'ambiguïté de leur formulation sans couvrir toute la réalité du lien d'emphytéose.

propos de l'obligation d'améliorer¹⁸³, différence qui n'affecte en rien l'identité de leurs pouvoirs sur le fonds, il nous sera alors permis de mieux établir l'existence d'un régime juridique distinct et particulier sur les améliorations.

Ceci dit, entreprenons de suite notre étude sur la nature juridique du lien d'emphytéose dans le respect du plan précédemment annoncé.

Partie I - L'emphytéose confère à son bénéficiaire un "jus in re aliena" bien délimité

Partie II - Le "jus in re aliena" conféré donne occasionnellement naissance à une propriété superficielle en faveur de l'emphytéote

183 Depuis 1902, l'emphytéote n'est pas légalement tenu d'améliorer en France: H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 251; A. Weill, Les biens, p. 63; Paul Ourliac et Michel de Juglart, Note J.C.P. 1964-2-13831 sous Soc. 6 mai 1964. Contra, par égarement sans doute puisque l'article 943 C.R. indique bien le caractère facultatif de la charge: M. Planiol et G. Ripert, op. cit., pp. 987-988; Jean Carbonnier, Droit Civil, Tome III, Paris, P.U.F., 1969, pp. 212-213; Jean Viatte, Note J.C.P. 1965-2-17 sous Seine 3 nov. 1964. Il en est de même en Belgique depuis 1824. Voir infra, Note 878.

PARTIE I

L'EMPHYTEOSE CONFERE A SON BENEFICIAIRE UN "JUS IN RE ALIENA" BIEN DELIMITE

L'intitulé de la première partie de ce travail est l'aboutissement d'un long processus où le droit d'emphytéose aura non seulement été classé d'après son genre et son espèce, mais aussi précisé quant à l'étendue des prérogatives qu'il comprend. Pour sùreté de la valeur de notre proposition initiale, nos constatations au chapitre de la qualification et de la délimitation des droits retenus et cédés sur l'immeuble sujet à emphytéose auront même été éprouvées par une observation attentive des activités respectivement autorisées pour les parties concernées au contrat d'emphytéose.

CHAPITRE I

QUALIFICATION ET DELIMITATION DES DROITS
RETENUS ET CEDES SUR L'IMMEUBLE TRANSPORTE EN EMPHYTEOSE

58 - "Je crois, disait Mignault, que nous pouvons nous dispenser de donner un nom au droit de l'emphytéote; ce serait d'ailleurs une entreprise périlleuse..."¹⁸⁴. Entreprise périlleuse, mais nécessaire puisque "le rôle que jouent sur le développement des idées les mots dont on se sert pour les qualifier, est trop capital pour être négligé"^{184bis}. Au fait, l'étape de la qualification est essentielle; celle de la délimitation en dépend, en découle tout en y étant intimement liée.

Pour franchir cette première étape, il nous semble qu'un regroupement des multiples prétentions en principales tendances, suivi d'une élimination progressive des moins valables d'entre elles, soit la meilleure démarche à suivre en l'occurrence. Le nombre des opinions émises sur le sujet cependant, nous interdit, à ce stade, d'avoir recours à l'une d'elles pour en écarter une

184 P.B. Mignault, op. cit., p. 194.

184^{bis} Léon Mazeaud, La responsabilité dans l'exercice d'un droit, (1955-56) 58 R. du N. 369, p. 386.

autre. Chaque système porte habituellement en soi les germes de sa propre perte et il s'agira surtout d'exploiter cette faiblesse par un usage adroit des éléments connus, admis et non controversés. Passons donc maintenant à l'attaque des positions extrêmes avant d'examiner les variantes d'un moyen terme.

Section I - L'antithèse bail-vente

59 - Les jurisconsultes romains ne semblent pas avoir connu d'autre antinomie possible au problème de la qualification du lien emphytéotique que celle énoncée au titre de la présente section: bail ou vente. Si nous arrivons à saisir pourquoi la question ne pouvait guère se formuler autrement pour eux, en envisageant d'abord la solution romaine dans chaque cas, on s'apercevra vite que le doute n'est pas permis en droit moderne.

Paragraphe I - L'emphytéote perçu comme un locataire

60 - Puisque nous commencerons par examiner cette hypothèse en droit romain, il faut mentionner que la transaction intervenue entre l'Etat et l'un de ses sujets n'était pas soumise aux mêmes règles civiles que l'entente conclue entre

simples citoyens¹⁸⁵. Il sera donc traité séparément de la possibilité du louage en droit public et en droit privé à Rome, mais, dans ce dernier cas, l'étude englobera telle éventualité en droit québécois et cela, tant parce que notre contrat d'emphytéose est calqué sur l'institution privée romaine, que parce que les règles des articles 567 à 582 du Code s'appliquent aujourd'hui indépendamment de la qualité des parties en cause.

A - L'emphytéose de droit public
était habituellement un louage

La forme, en droit romain, prenait souvent le pas sur le fond.

a) Il y avait louage en la forme

61 - C'est sur les terres incultes attenantes ou comprises à l'intérieur des "latifundia" de la province d'Afrique, en particulier ceux de l'empereur détenus en sa qualité personnelle,

185 La doctrine reconnaît sans hésitation et l'existence de l'emphytéose de droit public et son antériorité à celle de droit privé. Elle a par contre accordé très peu d'importance, pour ne pas dire ignoré dans son ensemble, et le caractère ambivalent de la tenure administrative et les implications de ce trait particulier par rapport à l'interprétation de l'institution de droit privé. Infra, n^{os} 83 et ss. Par emphytéose de droit public, nous n'entendons pas un contrat exorbitant du "jus civile", mais seulement que l'administration publique utilisait un contrat d'un genre différent de celui employé par les particuliers entre eux, qu'elle arrivait à la matérialisation du concept d'emphytéose par des voies civiles autres.

que nous avons trouvé la première tenure à caractère vraiment emphytéotique. Cette tenure était ouverte à quiconque voulait, par son labeur et son assiduité, vivifier les surfaces stériles sus-mentionnées, mais principalement, au tout début, aux petits colons, sous-concessionnaires du gros "conductor" qui avait lui-même affermé tout le domaine. Quand l'occupation manciennne, suite à une décision du prince en vue d'étendre le champ d'application et les effets bénéfiques de cet usage, céda le pas au contrat d'emphytéose, le conducteur principal, de fermier d'impôts, devint emphytéote. Emphytéote, mais toujours locataire, car s'il se voyait imposer des obligations supplémentaires et pouvait dorénavant bénéficier de privilèges nouveaux, l'intervention impériale n'avait en rien modifié le cadre légal de sa relation avec son souverain agissant comme simple propriétaire ou comme chef d'Etat¹⁸⁶. C'est donc par le biais du bail, du moins sous ce costume d'apparat, que la pratique originale autorisée par les lois "Manciana" et "Hadriana" fut élevée au rang des contrats bilatéraux¹⁸⁷.

62 - Par l'intermédiaire du louage, avons-nous dit, mais pourquoi? N'y avait-il pas d'autres moyens, entre autres celui d'un contrat entièrement nouveau et distinct? Pour comprendre la difficulté à laquelle se heurtaient les Romains,

186 A. Hajje, op. cit., pp. 121 et 137.

187 Pour tout l'alinéa, supra, n^{os} 29-30.

il faut avoir une idée, même très vague, de l'importance de la forme dans leur droit. Ils n'avaient pas élaboré de théorie générale des contrats telle que nous l'entendons aujourd'hui en droit moderne. Au contraire, toutes leurs activités quotidiennes devaient, pour avoir force de loi entre les parties concernées, être coulées dans le moule défini des contrats types de l'époque; chaque convention ayant ses règles et ses effets propres. La création du lien de droit et le pourvoi en justice ne s'autorisaient pas de l'accord, mais bien du pacte dans lequel cet accord avait été incorporé. Dans ces conditions, il s'agissait tout simplement de trouver la case appropriée, capable d'accueillir la réalité emphytéotique sous forme d'incidence. Système aberrant? Non. Si les Romains s'en sont accommodés, c'est qu'ils étaient sans contredit passés maîtres dans l'art de plier leurs volontés aux exigences du formalisme¹⁸⁸.

63 - Les rigueurs du droit, il est vrai, avaient été peu à peu tempérées par l'avènement de contrats nouveaux. Mais, la nécessité de "caser" une transaction s'imposait toujours.

188 Sur l'aspect formaliste du droit romain en général et en matière contractuelle en particulier, voir: B. Nicholas, op. cit., pp. 61-64, 159-167; P.F. Girard, op. cit., pp. 461-472; J. Ellul, op. cit., pp. 313-314; A.E. Giffard, Droit romain et Ancien droit français - Les obligations, 3^e éd., par Robert Villers, Paris, Dalloz, 1970, pp. 26-27; J. Ortolan, op. cit., pp. 128-138.

Dépouillés des solennités et des artifices traditionnels, ces nouveaux contrats donnaient priorité aux conditions de fond sur celles de forme. Etant toutefois en nombre limité, ils ne représentaient qu'autant de possibilités additionnelles au jeu de la "catégorisation" des ententes. En d'autres termes, on n'était pas encore passé du spécifique au général en matière contractuelle. Avant que le bail emphytéotique fasse son entrée en scène, l'empereur avait donc dû choisir. Voyons comment et entre quoi.

64 - Depuis Gaius, on divisait volontiers les contrats en groupes correspondant à leur mode de formation: "Litteris", si la convention résultait de l'inscription faite sur un registre du genre livre de caisse, "verbis", si elle procédait de l'échange de formules verbales consacrées et, enfin, "re" ou "consensu", si elle provenait d'un simple accord des volontés, avec ou sans remise obligatoire d'une "res corporalis"¹⁸⁹.

65 - Limité aux créances d'argent et plus spécialement à la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien ou à la conversion d'une obligation "bonae fidei" préexistante en

189 Sur cette division quadripartite et les variantes propres à chaque groupe, voir: B. Nicholas, op. cit., pp. 167-198; P.F. Girard, op. cit., pp. 508-624; A.E. Giffard, op. cit., pp. 26-94; P. Bonfante, op. cit., pp. 489-491; J. Ortolan, op. cit., pp. 136-411. Parallèlement aux contrats civils et à défaut d'avoir pu y trouver place, il existait aussi de nombreux pactes innommés qui recevaient la protection du droit prétorien.

obligation littérale, le contrat "litteris" était tout à fait incapable d'absorber l'emphytéose en douceur.

66 - Des modalités reconnues du pacte verbal, il faut écarter , du fait de leur destination particulière, le "jusjurandum liberti" et la "dictio dotis"¹⁹⁰, pour ne retenir que la "stipulatio". La "stipulatio" seule, en effet, offre quelque intérêt en la matière, puisqu'elle pouvait accueillir en son sein toute entente imaginable et y donner force de loi. Par un petit jeu de questions et de réponses adaptées à la nature et au but de la transaction, créancier et débiteur n'avaient, pour être liés en loi, qu'à formuler demande et réplique en termes prescrits, consacrés. Est-ce à dire que le choix de la "stipulatio" était tout indiqué dans les circonstances? Nous ne le croyons pas, car, en dépit de la simplicité et de la plasticité de cette procédure, il faut aussi considérer qu'à l'époque de la mutation formelle de l'emphytéose, la stipulation était une espèce de contrat fourre-tout vers laquelle on se tournait à défaut d'avoir pu loger son accord à autre enseigne. Ce n'est donc qu'à la toute fin de notre enquête qu'il nous sera permis d'apprécier sa valeur utilitaire par rapport au point présentement débattu.

190 Le "jusjurandum liberti" était "l'obligation de don, de prix ou de services que l'affranchi contractait par serment envers son patron pour cause de son affranchissement" (J. Ortolan, op. cit., p. 153). Voir aussi: A.E. Giffard, op. cit., p. 41; P.F. Girard, op. cit., pp. 526-527. La "dictio dotis" était une "constitution solennelle de dot qui peut être faite par la femme qui va se marier, par son ascendant paternel ou par son débiteur,

67 - Parmi les contrats réels, le prêt de consommation ("mutuum") et la sûreté donnée à l'acquittement d'une dette ("pignus") n'étaient pas du tout taillés à la mesure des besoins de l'emphytéose. Le prêt à usage ("commodatum") et le dépôt ("depositum") étant, d'autre part, toujours conclus à titre gratuit¹⁹¹, les goussets de l'Etat auraient trop souffert de voir notre institution s'y rattacher.

68 - Restaient alors les quatre variétés du pacte consensuel. Par le mandat ("mandatum"), une personne sollicitait d'une autre un service, habituellement la gestion d'une affaire licite. Si l'économie de ce contrat n'interdisait pas au mandataire d'avoir un intérêt quelconque à la réalisation du service requis, cet intérêt devait toujours être subsidiaire à l'avantage que procurait son intercession pour et en faveur du mandant. Aux fins du mandat, le mandataire n'était que l'"alter ego" du mandant. Or, le succès de la tenure emphytéotique réside dans cette impression que doit avoir le preneur d'agir d'abord et avant tout dans son propre intérêt, comme si la chose sur laquelle il oeuvre était sienne¹⁹². Le mandat

délégué par elle au mari" (A.E. Giffard, op. cit., p. 41). Voir aussi: P.F. Girard, op. cit., pp. 525-526.

191 P.F. Girard, op. cit., pp. 538, 562-563; B. Nicholas, op. cit., p. 168; A.E. Giffard, op. cit., pp. 90-91; J. Ortolan, op. cit., pp. 145, 147.

192 Supra, N° 8 et Note 14.

ne pouvait satisfaire à cette exigence sans risque de perdre son individualité. Des raisons similaires ont dû, pensons-nous, militer en faveur du rejet de la société ("societas") comme cadre légal possible à l'emphytéose. L'apport respectif des parties aurait sans doute paru équitable, l'Etat fournissant la jouissance d'un fonds et l'emphytéote son labeur; le mode de partage des profits aussi, le premier touchant une part des fruits ou son équivalent en espèces et le second tout le reste; et de même, enfin, pour la répartition des risques, l'un supportant la perte de l'héritage et l'autre le produit de son travail. Malheureusement, l'Etat et l'emphytéote ne poursuivaient pas le même but, ce qui était indispensable en matière de société¹⁹³. Le preneur cherchait un investissement peu coûteux et rémunérateur à longue échéance. L'empereur, lui, voulait mettre un cran d'arrêt à l'exode des fermiers, augmenter l'étendue des surfaces entretenues et, surtout, accroître le nombre des contribuables capables de répondre aux demandes du fisc. La relation société-instrument du pouvoir de l'Etat eut été par trop évidente à l'emphytéote au moment où son

193 B. Nicholas, op. cit., p. 186; A.E. Giffard, op. cit., p. 79. La candidature de la société était du reste écartée de façon péremptoire par les règles qu'"il n'y a pas de société éternelle" et que l'on ne pouvait "valablement convenir par avance que la société continuera avec les héritiers de l'associé décédé" (J. Ortolan, op. cit., pp. 307-309). Or, nous verrons plus loin que l'emphytéose se pouvait instituer à perpétuité et que les droits de l'emphytéote dans le contrat se continuaient dans la personne de ses héritiers. Infra, n^{os} 79-81.

associé aurait réclamé à la fois sa part des bénéfices et le montant des impôts dûs. D'ailleurs, il n'est pas dans les habitudes d'un gouvernement, impérial par surcroît, de s'associer avec un simple individu, si ce n'est au sens figuré de se l'associer, de s'assurer son concours à des fins prédéterminées par l'Etat seul. Ce qui nous conduit, en définitive, aux deux membres de l'antithèse ci-haut mentionnée: vente ("emptio venditio") ou location ("locatio conductio"). "Il faut, disait en effet Ortolan, que ce soit l'une ou l'autre; car ce n'est qu'à l'un de ces titres qu'il (le droit) peut être obligatoire: le droit civil n'a pas d'autre contrat qui s'en rapproche, et il n'en invente pas de nouveaux, son catalogue est fermé"^{193bis}.

69 - Le "ou" par Ortolan ci-dessus employé n'est nullement disjonctif, croyons-nous, puisque la souplesse respective des conventions de vente et de location leur permettait toutes deux de s'accommoder de l'incidence emphytéotique. Si l'empereur jeta d'abord son dévolu sur le louage, c'est uniquement parce que l'option vente comportait certains désavantages a priori. L'aliénation d'une parcelle de la "res privata" ne regardait

^{193bis} J. Ortolan, op. cit., p. 295.

en fait que l'empereur, habilité, comme tout propriétaire, à disposer de son bien personnel au gré de sa volonté¹⁹⁴. Il en était tout autrement, cependant, pour le "patrimonium principis". Indisponible, inaliénable et imprescriptible¹⁹⁵, le domaine public ne pouvait, théoriquement, faire l'objet d'une vente, emphytéotique ou autre. Un subterfuge du genre "jus privatum salvo canone"¹⁹⁶ permettait peut-être de déroger à cette règle sacrée sans la démentir dans son principe, mais il desservait en même temps la cause de la vente. Dans le cas d'une aliénation, en effet, tous les risques passent à l'acheteur¹⁹⁷. Or, l'empire romain ceinturait un bassin dont le sol du pourtour offrait la singularité d'être assez instable dans nombre de régions. La disparition d'un héritage, suite à une secousse sismique, une éruption volcanique, un glissement de terrain

194 La liberté de disposition de l'empereur sur les biens composant la "res privata" n'allait pas jusqu'à lui permettre de transférer la propriété quiritaire des héritages situés en terre provinciale.

195 G.G. Tocilescu, op. cit., p. 11; E. Garsonnet, op. cit., pp. 81-82, 113, 148; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 6; G. Lepointe, op. cit., p. 39; G. Dufour, op. cit., p. 14.

196 Supra, note 36; infra, n° 108, 111.

197 P.F. Girard, op. cit., pp. 579-583; J. Ortolan, op. cit., pp. 280-283; A.E. Giffard, op. cit., pp. 59-62; B. Nicholas, op. cit., pp. 179-180.

ou la crue des eaux de rivières, n'était pas une simple hypothèse d'école pour les habitants de ces contrées et candidats probables à l'emphytéose. D'autre part, ce procédé avait le défaut impardonnable de contraindre l'intéressé à des déboursés importants avant même le début des travaux d'amélioration. En somme, l'emphytéote se serait retrouvé chargé de toutes les responsabilités de la propriété du fonds sans vraiment l'avoir¹⁹⁸. La location, par contre, permettait d'obvier à ces inconvénients et procurait une meilleure image de marque au nouveau contrat d'emphytéose. Son choix s'imposait¹⁹⁹ donc à l'empereur et tout recours à la "stipulatio" devenait ainsi inutile.

70 - N'était-ce pas, au reste, par le ministère d'amodiations diverses que l'exploitation du patrimoine public s'était toujours faite²⁰⁰! Il n'y avait pas lieu de changer cette politique, mais seulement de l'adapter à des besoins nouveaux. Adaptation facile à réaliser puisque une condition d'améliorer pouvait très bien s'insérer dans un louage du genre "jus perpetuum salvo canone", alors en grande vogue et dont la longue durée convenait à merveille aux exigences de l'arboriculture. Cet aménagement du vieux bail censorial

198 Infra, n^{os} 110-115.

199 Ce choix n'excluait pas tout recours à la vente comme nous le verrons, mais la transaction, sauf modifications, offrait alors moins d'attrait pour le candidat à l'emphytéose. Infra, n^{os} 108 et ss.

200 Supra, n^o 16-17, 26 et ss.

("locatio censoria")²⁰¹ ne signifiait pas pour autant la disparition du "jus perpetuum salvo canone". Son absorption par l'emphytéose ne se produira que beaucoup plus tard, c'est-à-dire sous Justinien²⁰². Entre temps, emphytéote et perpétuaire travailleront côte à côte, le premier sur une terre ingrate qu'il devra vivifier, le second sur un sol riche qu'il cultivera à son gré.

71 - Ainsi, c'est par le bail, que l'emphytéose pouvait le mieux servir les intérêts de l'empire au début du IV^e siècle A.D. Pareille constatation ne nous fait malheureusement pas déboucher sur une voie désormais libre de toutes embûches. Nos conclusions ci-haut trouvent certes un appui sérieux dans les nombreux textes qui utilisent le mot "conductor" pour désigner le preneur dans ses relations avec le maître du fonds²⁰³ et dans le rapprochement qu'effectue l'ensemble de la doctrine entre l'emphytéose et le "jus in agro vectigalis" et le "jus perpetuum salvo canone"²⁰⁴. Il existe, par ailleurs, autant de références à l'emphytéote comme "dominus" dans ses relations

201 Supra, notes 66 et 81.

202 Supra, note 69.

203 Voir liste des références données par E. Levy, op. cit., pp. 46-47.

204 Supra, nos 27 in fine, 33-34.

avec les tiers ou pour qualifier sa jouissance sur l'immeuble à lui cédé²⁰⁵. Quant aux baux vectigalien et perpétuel auxquels la tenure emphytéotique vient d'être abouchée, nous savons aujourd'hui que les jurisconsultes de l'époque étaient fort divisés sur la nature véritable de ces contrats; les uns opinant qu'il s'agissait d'un louage, les autres d'une vente²⁰⁶. Il est à se demander, à la lumière de ces faits, si l'occupation emphytéotique n'aurait pas franchi le seuil contractuel vêtue uniquement des oripeaux de la location. Satisfaction sur ce ne peut être obtenue, encore une fois, que par un complément d'enquête sur le caractère du partage des privilèges de jouissance opéré sur l'héritage par le bail emphytéotique en droit public. Si le rapport propriétaire-emphytéote est du type prévalant en fait de louage, nous serons tout de suite fixés. Dans le cas contraire, nous devons poursuivre démarches et recherches sur un autre terrain.

b) Il n'y avait point louage au fond

72 - Ce qui peut sembler contradictoire au premier coup d'oeil ne l'est souvent pas lorsqu'on y regarde de plus près. Ainsi, certains des textes désignant l'emphytéote comme propriétaire se rapportent au cas de la vente emphytéotique, cas

205 Voir liste des références données par E. Levy, op. cit., pp. 46-47.

206 Infra, note 231.

que nous étudierons un peu plus loin,^{206bis}. Quant aux fois où la même expression est employée pour qualifier l'emphytéote à bail, il faut comprendre que ce dernier faisait, d'une certaine façon, figure de propriétaire. Sa condition n'était en effet pas celle du simple locataire, mais bien celle du perpétuaire, émule du preneur vectigalien. Or, le droit de ces fermiers de l'Etat avait, grâce au prêteur, évolué lentement vers la réalité, puis la propriété au fur et à mesure que la durée de leur contrat était passée de cinq à cent ans et davantage. Ce processus d'affermissement graduel de leur position qu'avait amorcé le prêteur s'était toutefois opéré en dehors du droit civil, de sorte qu'à certains égards ils étaient toujours locataires et à d'autres ils ne l'étaient pas du tout. Pour apprécier à sa juste valeur la situation du preneur emphytéotique, il y a donc lieu de considérer à la fois sa personnalité civile et sa personnalité prétorienne; celle-ci ayant tendance à empiéter sur celle-là, même si en théorie elle ne le pouvait pas. A cette fin, nous ferons appel à la réglementation des baux ordinaires ainsi qu'à celle des baux à long terme de l'administration publique. Pour avoir une meilleure idée de la nature et de l'étendue du droit du preneur emphytéotique,

206bis Infra, n^{os} 103 et ss.

nous ajouterons aussi les commentaires de tous les auteurs qui, mystifiés par le laconisme des empereurs Zénon et Justinien en matière d'emphytéose de droit privé, ont appliqué à cette institution toutes les règles du "jus in agro vectigalis" et du "jus perpetuum salvo canone"²⁰⁷.

1°) La couverture civile

73 - Se présentant habituellement sous les traits d'un bail, l'emphytéose se devait de répondre et répondait en fait aux canons du droit civil en la matière. Un simple accord des volontés sur les éléments constitutifs de l'entente, fonds offert et prix du loyer demandé, liait automatiquement les parties. L'Etat avait alors et à fournir et à garantir à l'emphytéote la jouissance de l'immeuble promis²⁰⁸. Comme la

207 On a beaucoup ergoté, en effet, sur le bail vectigalien et sur son successeur sans jamais les situer dans le rôle exact de leur emploi. L'importance de ces contrats, dont l'une des variétés de l'emphytéose administrative épouse la forme et les règles, est indéniable, mais, comme nous aurons l'occasion de le démontrer plus tard, seule la matière prétorienne de ces baux pouvait se retrouver dans le contrat d'emphytéose de droit privé. Infra, n^{os} 83, 87-93.

208 Telle était la règle en matière de louage: P.F. Girard, op. cit., p. 607; J. Ortolan, op. cit., pp. 291-292, 298-299; A.E. Giffard, op. cit., p. 73; B. Nicholas, op. cit., p. 185. Pour le louage emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 137.

jouissance procurée était la cause de la prestation du preneur, l'obligation de ce dernier à la redevance était éteinte ou le montant dû proportionnellement réduit chaque fois que, de façon définitive ou temporaire, il s'en voyait privé en tout ou en partie par le propriétaire, un tiers ou un événement fortuit²⁰⁹. La résiliation du bail était, par contre, au choix du locateur quand l'emphytéote se rendait coupable d'abus de jouissance sur l'héritage cédé ou faisait défaut d'acquitter le loyer convenu pendant deux années consécutives²¹⁰. Le

209 Pour le louage: P.F. Girard, op. cit., p. 608, note 2; A.E. Giffard, op. cit., p. 73; J. Ortolan, op. cit., p. 299. Pour la "conductio agri vectigalis": Pepin Le Halleur, op. cit., p. 12; Troplong, op. cit., p. 112; A. Ménard, op. cit., p. 11; E. Garsonnet, op. cit., p. 107. Pour le "jus perpetuum salvo canone": G.G. Tocilescu, op. cit., p. 65; A. Hajje, op. cit., p. 134. Pour le louage emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 142.

210 Abus de jouissance - Pour le bail: P.F. Girard, op. cit., pp. 609-610; A.E. Giffard, op. cit., p. 74; J. Ortolan, op. cit., p. 300. Pour le bail vectigalien: A. Ménard, op. cit., p. 9; Troplong, op. cit., p. 112. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 141. Pour l'emphytéose par analogie, selon: G.G. Tocilescu, op. cit., p. 92; G. Dufour, op. cit., pp. 48-49, 99; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 66-67, 81; W.R. Johnston, op. cit., p. 343.

Défaut de payer la redevance pendant 2 ans - Pour le bail: P.F. Girard, op. cit., p. 610; A.E. Giffard, op. cit., p. 74; J. Ortolan, op. cit., p. 300. Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 23; A. Ménard, op. cit., pp. 11-12; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 15; E. Garsonnet, op. cit., p. 107; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 35; A. Hajje, op. cit., p. 33. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 142; E. Cuq, Manuel des Institutions Juridiques, p. 357.

Le délai de carence sera de 3 ans en droit privé:
Infra, no 229.

locataire devait de plus garantir le paiement du canon et ne pouvait s'en libérer par le déguerpissement²¹¹. Enfin, la convention était sujette à tacite reconduction et le preneur pouvait transmettre son droit de jouissance par acte entre vifs ou à cause de mort, sans être pour autant déchargé de la sorte de son obligation au versement de l'annuité dans le premier cas, s'il n'y avait pas eu novation par changement de débiteur²¹²

211 Sûreté donnée au paiement de la redevance - Pour le bail: P.F. Girard, op. cit., p. 609; J. Ortolan, op. cit., p. 302. Pour le bail vectigalien: A. Boraud, op. cit., p. 11; J. Lefort, op. cit., p. 68. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 137.

Interdiction de déguerpir - Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. Dufour, op. cit., pp. 61-62; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 95-97; J. Pinatel, op. cit., p. 21. Infra, note 212.

212 Tacite reconduction - Pour le bail ordinaire et les baux administratifs: P.F. Girard, op. cit., p. 604, Note 3 et p. 605; A.E. Giffard, op. cit., pp. 74-75; J. Ortolan, op. cit., p. 300.

Transmissibilité du droit - Pour le bail: P.F. Girard, op. cit., p. 610; A.E. Giffard, op. cit., p. 74; E. Cuq, Le Colonat partiaire, p. 98; J. Ortolan, op. cit., p. 301. Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 23; A. Ménard, op. cit., p. 11; A. Boraud, op. cit., pp. 23-25, 29; E. Garsonnet, op. cit., p. 108; A. Hajje, op. cit., p. 32; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 357; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 12; P.F. Girard, op. cit., p. 413; B. Nicholas, op. cit., p. 148; G. Lepointe, op. cit., p. 149. Pour le "jus perpetuum salvo canone": E. Garsonnet, op. cit., p. 150; A. Boraud, op. cit., p. 97; A. Ménard, op. cit., p. 17; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 40; A. Hajje, op. cit., p. 133; G. Dufour, op. cit., pp. 31-32; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 74. Pour le bail emphytéotique: E. Cuq, Manuel des Institutions Juridiques, p. 358; A. Hajje, op. cit., p. 137.

Impossibilité de se décharger du canon sans novation. - Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 23; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 15. Pour le "jus perpetuum salvo canone": A. Boraud, op. cit., p. 18; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 40;

74 - Quant à l'ingrédient qui transformait une amodiation à long terme en bail emphytéotique, comment l'incorporait-on à la convention? L'obligation d'améliorer n'était pas un des éléments constitutifs du louage²¹³. Par ailleurs, le désir du bailleur de voir son fonds rabonni pouvait difficilement être envisagé comme simple mobile de fait à son engagement d'en accorder la jouissance au locataire. L'Etat consentait à s'obliger davantage en considération des améliorations promises que du loyer annuel à recevoir. Seule l'inexistence d'un contrat d'emphytéose parfaitement distinct et indépendant empêchait la poursuite du but véritable de prendre place au niveau de la cause intrinsèque de l'entente. La contreprestation recherchée faisant ainsi défaut à l'essence du contrat de location, le propriétaire se devait donc de l'élever lui-même au rang de condition de formation du pacte pour lier l'emphytéote sous ce rapport. Cette condition se devait, de plus, d'être résolutoire pour permettre au preneur de procéder immédiatement et à bon droit à la vivification de l'héritage et pour servir de sanction au défaut de ce faire. A vrai dire, aucun autre

G. Dufour, op. cit., p. 31; E. Garsonnet, op. cit., p. 150. Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. Dufour, op. cit., p. 80; A. Ménard, op. cit., pp. 56-67; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 113; E. Garsonnet, op. cit., p. 156.

213 Pas plus que de la "conductio agri vectigalis" et du "jus perpetuum salvo canone". Supra, notes 94 et 35.

moyen ne s'ouvrait à l'Etat dans les circonstances²¹⁴.

75 - A date, nos propos sont parfaitement conformes aux préceptes du "jus civile", auxquels les Romains tentaient toujours de donner d'abord satisfaction. Ils ne révèlent toutefois qu'une face d'un as frappé sous le signe de la logique économique-légale et paré du listel de la location. L'autre face est à l'effigie du préteur et fut gravée sous l'empire de la nécessité. Le préteur était le modérateur suprême du droit romain. Il a atténué le rigorisme inhérent à un système naturellement porté vers le respect des principes et des formes consacrés pour lui donner cette flexibilité indispensable à la cohabitation du droit et de la justice. En matière d'emphytéose, comme dans bien d'autres, son rôle fut déterminant. A tel point même que son oeuvre altère la substance personnelle du droit résultant normalement d'un bail, grille la couverture civile donnée à notre institution.

2°) La réalité prétorienne

76 - Vers la fin du IV^e siècle avant Jésus-Christ, l'administration de la justice avait été confiée à un nouveau magistrat, le préteur. Sa fonction consistait surtout dans l'organisation de procès qu'il n'était pas lui-même appelé à juger.

214 Sur la condition résolutoire en général: P.F. Girard, op. cit., pp. 762 et ss.; A.E. Giffard, op. cit., pp. 205 et ss.; J. Ortolan, op. cit., pp. 286-287.

Sur la condition résolutoire dans le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., pp. 140-141; Code Justinien, XI-62-5.

Toute son importance dans l'évolution du droit vient du contrôle qu'il exerçait sur les moyens de se pourvoir en justice; ce qui, dans un système fondé sur la règle "pas de recours, pas de droit" était un pouvoir considérable. ^{oper:}

77 - Au début, il semble n'avoir pu "ni donner une action que la loi ne donnait pas, ni arrêter une action que la loi donnait"²¹⁵. Sa "jurisdictio" était limitée et c'est uniquement par le biais de son "imperium" qu'il arrivait à pallier les lacunes et les injustices du "jus civile" en ordonnant aux parties de faire ou de ne pas faire un acte qui risquait d'occasionner un litige. La "lex Aebutia" (circa 135 avant J.C.) allait changer tout cela. Par une procédure nouvelle appelée à évincer complètement celle des "legis actiones", beaucoup trop incomplète et formaliste pour les besoins de l'époque, l'ouverture du procès va maintenant dépendre d'une formule émise au gré du préteur et dont les termes conditionneront le prononcé de la sentence à intervenir. L'originalité de cette procédure, imaginée par le préteur pérégrin, tient non seulement à la liberté du magistrat d'accorder ou de refuser désormais aux plaideurs la "formula" leur permettant d'obtenir un jugement, mais aussi à la faculté de ce personnage public d'en autoriser

215 P.F. Girard, op. cit., p. 1052.

la délivrance tant pour sanctionner un droit reconnu par le "jus civile", que pour protéger des droits (au sens large) résultant d'une situation de fait et méritant, par équité, l'appui d'un recours qu'il octroie en vertu de son "imperium".

78 - Chaque préteur prit l'habitude, malgré une prérogative à ce contraire, de reconduire d'année en année l'ensemble des pourvois mentionnés à l'édit de son prédécesseur. Il n'effectuait que les retouches dictées par l'expérience et les circonstances. Il se forma ainsi "une masse compacte et considérable de règles permanentes comme les lois qui, passant d'un préteur à l'autre, constituèrent ce qu'on appela"²¹⁶ le droit prétorien ou honoraire²¹⁷. C'est par ce droit parallèle au "jus civile", conçu pour compléter et corriger ce dernier et non pour le modifier comme il le fit cependant en fait, que l'emphytéote va échapper à la condition propre d'un locataire.

79 - La concession de baux ordinaires d'un lustre assurait, avons-nous vu, le rendement profitable des meilleures parties de l'"ager publicus". L'habitude des prolongements par tacite reconduction avait cependant donné à cette location

216 P. Bonfante, op. cit., p. 300.

217 Sur la constitution, l'évolution et le rôle du droit honoraire, de même que sur l'importance du préteur, voir: P. Bonfante, op. cit., pp. 295-304, 408-411, 522-525; J. Ellul, op. cit., pp. 295-298, 302-303, 314-315, 388-390, 464-465; B. Nicholas, op. cit., pp. 19-28; P.F. Girard, op. cit., pp. 42, 46, 58-61, 1116-1132; J. Ortolan, op. cit., pp. 510-522, 572-594, 747-776. Sur l'administration de la justice et l'évolution de

quinquennale l'aspect d'une amodiation centenaire, voire même perpétuelle aux derniers siècles de la république²¹⁸. Le passage des baux de cinq à cent ans ou à perpétuité ne pouvait et n'aurait normalement pas dû modifier la nature de ce contrat. Un aussi long terme, considéra néanmoins le prêteur, pla ait le preneur vectigalien dans une situation particulière; situation méritant à ce dernier une plus grande liberté de manœuvre et exigeant plus ample protection que n'en accordait alors le louage. Il résolut donc de mettre le fait en accord avec le droit et à l'aide de ses pouvoirs généraux et spéciaux renforça graduellement la position du locataire²¹⁹.

80 - Deux des interventions du prêteur en faveur du concessionnaire des baux de longue durée retiennent surtout

la procédure (Actions de la loi, formulaire extraordinaire), voir: P.F. Girard, op. cit., pp. 30-31, 1025-1147; J. Ellul, op. cit., pp. 318-323, 390-396; P. Bonfante, op. cit., pp. 168-176, 497-517; J. Ortolan, op. cit., pp. 471-678.

218 A. Ménard, op. cit., p. 7; G. Dufour, op. cit., p. 21; A. Boraud, op. cit., pp. 10, 14-15, 17, 92; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 8-9; E. Garsonnet, op. cit., p. 107; A. Hajje, op. cit., pp. 23, 25-26, 135; W.R. Johnston, op. cit., p. 325. Le bail à long terme permettait à l'Etat, d'une part, de compter sur des revenus stables pendant une très longue période et évitait au conducteur principal, d'autre part, d'avoir à se chercher des sous-fermiers trop souvent; sous-fermiers, au demeurant, beaucoup plus conscients de la nécessité de ménager le sol qu'un preneur à court terme.

219 G. Dufour, op. cit., pp. 21-22; A. Ménard, op. cit., p. 9; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 38; A. Hajje, op. cit., pp. 29-30.

notre attention. Le "conductor agri vectigalis" avait été muni d'une "actio in rem utilis" lui donnant droit de faire valoir sa jouissance sur le fonds loué tant contre les tiers, que contre le propriétaire lui-même, c'est-à-dire l'Etat²²⁰. Par cette action réelle calquée sur la "rei vindicatio" civile, le preneur pouvait suivre l'objet de son droit en quelques mains qu'il passât. Pareille disposition ne laisse pas de surprendre puisque le bail n'établissait un rapport qu'entre deux personnes et excluait de ce fait toute opposabilité "erga omnes"²²¹. Mais il y avait plus encore. Le conducteur avait le loisir d'utiliser son droit comme instrument de crédit, la faculté d'engager le domaine affermé à la sûreté d'une créance²²².

220 Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 22; A. Ménard, op. cit., p. 10; A. Boraud, op. cit., p. 24; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 10; E. Garsonnet, op. cit., p. 108; A. Hajje, op. cit., pp. 32-33; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 357; P.F. Girard, op. cit., p. 413. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 130. Pour l'emphytéose par analogie, selon: J. Pinatel, op. cit., pp. 20-21; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 77-78; G. Dufour, op. cit., p. 56; B. Nicholas, op. cit., p. 149; W.R. Johnston, op. cit., p. 342; C. Accarias, op. cit., tome I, p. 727; C. Demolombe, op. cit., p. 374.

221 P.F. Girard, op. cit., p. 274; B. Nicholas, op. cit., pp. 110, 185; J. Ortolan, op. cit., p. 299.

222 Pour le bail vectigalien: A. Ménard, op. cit., p. 10; A. Boraud, op. cit., p. 25; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 10; E. Garsonnet, op. cit., p. 108; A. Hajje, op. cit., p. 34; P.F. Girard, op. cit., pp. 413, 824. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 144. Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. Dufour, op. cit., p. 47; W.R. Johnston, op. cit., p. 342; C. Demolombe, op. cit., p. 374.

Or, cette prérogative, en droit romain, avait toujours été refusée au locataire parce qu'il était lui-même incapable d'entrer en contact juridique direct et immédiat avec la chose baillée, incapable de faire abstraction de la personne du locataire dans l'exercice de ses droits sur ladite chose²²³.

81 - Si l'on ajoute à ces deux interventions prétoriennes celles, d'une part, qui permettaient au preneur à long terme d'affecter le fonds à la destination de son choix²²⁴, de faire les fruits siens par séparation²²⁵, et celles, d'autre part, lui procurant les interdits possessoires en complainte

223 P.F. Girard, op. cit., p. 274; B. Nicholas, op. cit., p. 148; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 355; J. Ortolan, op. cit., p. 299.

224 Pour le bail vectigalien: A. Ménard, op. cit., p. 9; Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. G. Tocilescu, op. cit., p. 48; Papin Le Halleur, op. cit., pp. 66-67; G. Dufour, op. cit., p. 48; C. Demolombe, op. cit., p. 375.

225 Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 22; A. Ménard, op. cit., p. 10; A. Hajje, op. cit., p. 34; P.F. Girard, op. cit., pp. 345, 413; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 257; E. Cuq, Le Colonat partiaire, p. 104. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 143. Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. Dufour, op. cit., p. 47; J. Pignatelli, op. cit., pp. 20-21; A. Ménard, op. cit., pp. 33-34; P.F. Girard, op. cit., p. 345; C. Accarias, op. cit., tome II, p. 498. L'usufruitier ne faisait les fruits siens que par perception et non par séparation comme le propriétaire et l'emphytéote: P.F. Girard, op. cit., pp. 391-392; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 257 et 377; B. Nicholas, op. cit., pp. 139-140; G. Lepointe, op. cit., p. 134; E. Cuq, ibidem.

et en réintégrandes²²⁷, les actions confessoires et négatoires utiles de servitudes²²⁸ et, enfin, les actions "arborum furtim caesarum, aquae pluviae arcendae, communi dividundo, familiae erciscundae" et "finium regundorum"²²⁹ normalement réservées

227 Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 22; A. Ménard, op. cit., p. 10; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 11; G.G. Tocilesco, op. cit., p. 38; A. Hajje, op. cit., p. 30; G. Lepointe, op. cit., p. 149; P.F. Girard, op. cit., p. 413; Troplong, op. cit., p. 112. Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. Dufour, op. cit., p. 56; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 78-79; J. Pinatel, op. cit., pp. 20-21; C. Accarias, op. cit., tome I, p. 727; W.R. Johnston, op. cit., p. 342; C. Demolombe, op. cit., p. 374.

228 Pour le bail vectigalien: A. Ménard, op. cit., p. 11; A. Boraud, op. cit., p. 27; A. Hajje, op. cit., p. 34; P.F. Girard, op. cit., pp. 407, 413. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 138. Pour l'emphytéose par analogie, selon: P.F. Girard, op. cit., p. 407; W.R. Johnston, op. cit., p. 342.

229 Pour le bail vectigalien: G. Dufour, op. cit., p. 22; A. Ménard, op. cit., pp. 10-11; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 10-12; E. Garsonnet, op. cit., p. 108; A. Hajje, op. cit., pp. 34-35; P.F. Girard, op. cit., p. 667. Pour le bail emphytéotique: A. Hajje, op. cit., p. 138. Pour l'emphytéose par analogie, selon: G. Dufour, op. cit., p. 58; W.R. Johnston, op. cit., pp. 342-343. "Actio arborum furtim caesarum": action en dommages pour des arbres coupés (P.F. Girard, op. cit., p. 460). "Actio aquae pluviae arcendae": action en vue de faire rétablir le cours normal de l'eau de pluie (P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 306; P.F. Girard, op. cit., pp. 278, 666-667). "Actio communi dividundo": action en partage d'une chose commune (P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 250; P.F. Girard, op. cit., p. 667). "Actio familiae erciscundae": action en partage d'une hérédité (P.F. Girard, op. cit., pp. 336 et 667). "Actio finium regundorum": action en bornage (P.F. Girard, op. cit., pp. 337 et 667).

au propriétaire, force nous est de constater, à moins de vouloir nous battre contre l'évidence, la disparition effective du lien personnel qui devait, selon le droit civil, caractériser la nature de la relation de l'Etat avec ses locataires, fussent-ils des preneurs à long terme²³⁰. Grâce au prêteur, le "conductor agrī vectigalis" pouvait, en effet, tirer directement de la chose toute l'utilité juridique dont il avait besoin. Piqueté de tant d'éléments de réalité, son droit le plaçait même plus près de la propriété que ne l'était l'usufruitier.

82 - Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les juristes romains se soient perdus en conjectures sur la nature exacte de cette convention. Gaius, qui nous a rapporté ce fait, affirme toutefois que le différend doctrinal avait été finalement résolu en faveur du louage au II^e siècle après Jésus-Christ²³¹, c'est-à-dire près de deux cents ans avant l'assimilation de l'occupation manciennne au bail vectigalien. La décision aurait donc dû rendre improbable, voire impossible, toute confusion entre le preneur emphytéotique et le propriétaire. Pourtant, confusion il y eut et voici pourquoi. La

230 P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 355-357; A. Ménard, op. cit., p. 7.

231 G. Dufour, op. cit., pp. 22-23; A. Ménard, op. cit., pp. 11-12; A. Boraud, op. cit., pp. 11 et 23; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 14; A. Hajje, op. cit., p. 25; Troplong, op. cit. p. 111; E. Garsonnet, op. cit., p. 107.

location était un contrat de droit civil et, au regard de ce droit, les recours et les ordres donnés par un magistrat dépourvu d'autorité législative²³² ne pouvaient, en pure théorie, porter atteinte à la substance personnelle du bail. Le "jus honorarium" était exorbitant et indépendant du "jus civile". Dans les faits, bien entendu, il en était tout autre. Depuis la "lex Aebutia" surtout, le préteur paralysait et modifiait à volonté les dispositions du droit civil par la "formula" et ses interdits²³³. Le parallélisme des deux droits était ainsi des plus fictif et c'est ce qui explique, en partie, que deux siècles après la décision ci-haut rapportée, décision de casuiste sans doute, l'emphytéote ait été tour à tour qualifié de "conductor" et de "dominus"²³⁴.

83 - En somme, on peut déclarer que le bail emphytéotique était un louage, sauf exceptions; que toutes les règles de la location s'y appliquaient, sauf dérogations admises par le "jus honorarium". Dérogations dont l'ensemble, avouons-le, nous contraint à reconnaître au preneur un "jus in re aliena" prétorien et, éventuellement, civil, lorsque Justinien

232 J. Ellul, op. cit., p. 391; P. Bonfante, op. cit., p. 299; P.F. Girard, op. cit., p. 45; B. Nicholas, op. cit., p. 19.

233 "Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia", avait dit le grand juriste Papinien (cité par P. Bonfante, op. cit., p. 304).

234 Supra, n° 71.

débarrassera le droit romain de son dualisme artificiel et inutile²³⁵. Où est donc la difficulté, se demandera-t-on alors, puisque tous les auteurs souscrivent à l'idée d'un tel droit en faveur du conducteur vectigalien, du perpétuaire et, par voie de conséquence, de l'emphytéote²³⁶? C'est, devons-nous répondre, qu'il s'agit ici de louage emphytéotique de droit public et que la doctrine transpose en droit privé ses conclusions sur une des formes possibles seulement de l'emphytéose administrative. Ce faisant, elle obtient un contrat régi par les principes généraux du bail, mais donnant naissance à un droit réel aux limites indéfinissables. Ce fond personnel du pacte, que les hommes de lois auraient voulu accessoire et non principal, en deuxième ligne et non en première, va désormais devenir leur pierre d'achoppement à l'interprétation rationnelle

235 G. Lepointe, op. cit., p. 52; P.F. Girard, op. cit., p. 287.

236 Pour le preneur vectigalien: A. Hajje, op. cit., pp. 32-33; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 28; E. Garsonnet, op. cit., p. 108; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 357; B. Nicholas, op. cit., p. 148; Troplong, op. cit., p. 112; A. Ménard, op. cit., pp. 9, 13-14; A. Boraud, op. cit., pp. 23-24, 29; G. Lepointe, op. cit., p. 149; P.F. Girard, op. cit., pp. 274, 393, note 1, 413; C. Accarias, op. cit., tome I, pp. 726-727. Pour le perpétuaire: Supra, note 35. Pour l'emphytéote en droit romain: P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 359; G. Lepointe, op. cit., p. 152; C. Accarias, op. cit., tome I, pp. 726-727, tome 2, p. 497; B. Nicholas, op. cit., p. 148; P.F. Girard, op. cit., p. 414; A. Hajje, op. cit., pp. 138-140, 146, 151; Troplong, op. cit., p. 122; Ch. Giraud, op. cit., p. 199; E. Garsonnet, op. cit., pp. 151-156; Pepin Le Halleur, op. cit.,

de la réalité emphytéotique. Ainsi, sur les points où Zénon et Justinien ont gardé le silence le plus absolu, on invoquera avec un pragmatisme dénué de toute logique civile, parce qu'il ne tient compte que de la fréquence d'application du cas et de ses répercussions pécuniaires entre les parties, soit les préceptes du louage, soit ceux plus conformes au caractère réel du droit d'emphytéose. Qui, à titre d'exemple, s'acquittera des droits réels et fonciers grevant l'immeuble? L'emphytéote bien sûr, dira-t-on, puisqu'il jouit d'un "jus in re aliena" de très grande étendue²³⁷. Qui, d'autre part, pourra garder le trésor trouvé sur l'héritage? Certes pas l'emphytéote, clame-t-on, puisqu'il dispose simplement d'un droit personnel à incidence réelle²³⁸. Nous nous élevons contre l'absurdité

pp. 66, 155-162; A. Boraud, op. cit., p. 123; G. Dufour, op. cit., pp. 44-45; A. Ménard, op. cit., pp. 27, 30-31; J. Lefort, op. cit., pp. 90-91; C. Demolombe, op. cit., pp. 374-376; J. Ortolan, op. cit., pp. 295-297; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 89; J. Pinatel, op. cit., pp. 20-21; W.R. Johnston, op. cit., pp. 330-331, 342-343; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., p. 985; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 320; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 191; A. Colin et H. Capitant, op. cit., p. 198; J.-G. Cardinal, op. cit., pp. 40-41; E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, pp. 17-18.

237 G. Dufour, op. cit., pp. 59, 64; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 71; C. Accarias, op. cit., tome II, p. 498; A. Hajje, op. cit., p. 142; W.R. Johnston, op. cit., p. 340; Troplong, op. cit., p. 120.

238 A. Ménard, op. cit., p. 38; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 68; G. Dufour, op. cit., pp. 23, 47, 49; C. Demolombe, op. cit., p. 375.

d'une telle argumentation. Non pas parce que la solution est inexacte en général, mais parce que le raisonnement y conduisant l'est, lui. Le problème de la nature juridique de notre institution est tout entier dans cette fausse dialectique dont il faut démonter le mécanisme, tant en droit civil romain que québécois.

84 - Avant de procéder à cette opération délicate cependant, rappelons ici, en guise de conclusion, que des raisons éminemment propres au droit romain ont contribué au choix du bail comme cadre civil à la tenure autorisée par les lois "Manciana" et "Hadriana", que ce choix n'excluait pas celui de la vente si désiré et, enfin, que malgré ce premier choix et surtout à cause d'un mixage des "jus civile" et "jus honorarium", l'amodiation emphytéotique arrivait à procurer au preneur un droit réel sur la chose d'autrui.

B - L'emphytéose de droit privé n'est pas un louage

85 - Les auteurs estiment pour la plupart que les constitutions de Zénon et de Justinien nous éclairent peu sur la nature exacte et le fonctionnement habituel du droit conféré par l'entente emphytéotique intervenant entre simples particuliers. Aussi, fait-on par nécessité beaucoup d'emprunts à l'amodiation emphytéotique de droit public en présumant filiation de la simple antériorité chronologique et, partant,

identité des prérogatives du preneur dans les deux cas, sauf sur les points discutés par les empereurs sus-mentionnés. Il y a là, de la part de l'ensemble des juristes, un effort très louable d'expliquer l'emphytéose, mais cet effort se traduit malheureusement par une assertion erronée, savoir: que l'institution de droit privé est, depuis Zénon, un bail. On a beau ajouter que le pacte en question accorde à l'emphytéote un droit réel très profond, le mot est là, faisant tache d'huile. A preuve, les codes québécois et français parlent d'abord et surtout de bail emphytéotique. Evidemment, tout le malentendu de cette prémisse implicite procède du rattachement fait, par la doctrine, de l'emphytéose privée au louage public de ce nom, simple bail vectigalien à incidence emphytéotique²³⁹. Or, nous avons déjà démontré que le rattachement vectigalien était à repousser²⁴⁰ et, qui plus est, constituait, si effectué et par les contradictions qu'il engendre, un obstacle majeur à la bonne intelligence du lien d'emphytéose privée²⁴¹. Pour que l'absence de relation formelle et substantielle entre le louage et l'emphytéose devienne ici patente,

239 La préséance en Occident de l'emphytéose théodosienne y est sans doute pour quelque chose aussi dans cette façon de présenter l'institution. Supra, n^{os} 37-38.

240 Supra, n^{os} 25-34.

241 Supra, n^o 83.

il faut donc, selon nous, rectifier cette erreur d'aiguillage généalogique par des arguments plus pressants encore.

Les questions de forme n'ayant point en droit moderne la même importance qu'en droit romain classique, nous disposerons en premier lieu du problème de fond.

a) Il n'y a pas louage au fond

86 - Sous ce qui est aujourd'hui l'article 567 c.c., les Codificateurs ont d'abord cité les constitutions des empereurs Zénon et Justinien. Ces souverains byzantins n'ont pas, comme le reste des doctes juristes figurant à la citation, défini l'emphytéose. Ils ont néanmoins pris des décisions et fait des mises au point qui, à l'analyse, nous renseignent parfaitement sur le sujet de la présente discussion. Dans un premier temps, nous verrons que leurs édits ne tolèrent aucune relation entre l'emphytéose et le louage et, dans un deuxième temps, que même si une telle relation était établie, elle n'aurait pas pour effet de transformer notre institution en simple location.

1°) La relation louage-emphytéose est interdite

87 - Le début de la loi I au code "de emphyteutico jure" est rédigée comme suit:

Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam ...²⁴².

Zénon déclare donc, d'une façon péremptoire, que l'emphytéose, n'est ni un bail, ni une vente, qu'elle constitue au contraire un troisième genre de contrat, avec une définition et un caractère propres permettant de la distinguer, de la dissocier des deux autres contrats précités. Si nous examinons attentivement et la suite de ce texte de loi et les deux suivants au code "de emphyteutico jure", nous ne trouvons aucune autre référence au louage. Les mots "locatio", "conductio" ou tout dérivé d'iceux ne sont jamais employés. Bref, il n'y a qu'une mention à l'égard du bail dans les seuls documents romains que nous possédions sur l'emphytéose de droit privé et elle a été faite pour interdire tout rapprochement entre notre institution et la location. Nous avons grand peine alors à comprendre pourquoi la doctrine, qui connaissait pourtant l'existence et le contenu de ces constitutions, a malgré tout passé outre à l'interdiction de Zénon.

88 - Il est vrai, certes, que les empereurs Zénon et Justinien ne se sont pas expliqués ouvertement sur la nature de

242 Code Justinien, IV, 66, 1.

ce contrat. Le premier, qui avait pourtant annoncé la couleur en parlant de "conceptionem definitionemque habere propriam", se limite à la question du partage des risques entre les parties. Le second, lui, traite uniquement de la commise pour défaut de paiement du canon et des droits de préemption et de mutation. Sur l'essentiel par conséquent, pas un mot apparemment. En fait, l'essentiel est à la fois dit et sous-entendu.

89 - Que représentent en effet les fameuses lois "Zenoniana" et "Justiniana"? Les premières et uniques manifestations du législateur romain sur l'emphytéose appliquée aux immeubles privés. Que font au juste nos deux empereurs dans les constitutions I à III du code "de emphyteutico jure"? Ils statuent sur les points précis et controversés qui ont exigé leurs interventions. Comment procèdent-ils? Ils transforment d'abord l'emphytéose en contrat unique, en supprimant tout rapport analogique avec le louage et la vente et solutionnent ensuite les cas litigieux. Une telle démarche de leur part ne laisse pas simplement entendre, mais implique nécessairement ceci: que la pratique de l'emphytéose était déjà d'un usage courant entre citoyens avant la promulgation desdites lois; que la transaction était alors conclue à l'exemple du droit administratif, c'est-à-dire sous forme

d'amodiation ou d'aliénation emphytéotique²⁴³, qu'un doute subsistait sur le fait de savoir "s'il n'y avait une différence grave entre la portée d'une semblable concession, lorsqu'elle émane d'un particulier, ou lorsqu'elle émane de l'Etat"²⁴⁴; et enfin que les empereurs ont dissipé ces doutes tout en respectant le droit en vigueur à l'époque, tout en renvoyant "tacitement à la réglementation détaillée du droit public partout où il n'intervient aucune incompatibilité entre leurs dispositions et l'emphytéose administrative"²⁴⁵. Voilà l'interprétation qu'il faut donner et aux interventions de Zénon et Justinien et à leur mutisme.

90 - La plupart des savants ont jusqu'ici suivi, avec des variantes toutes personnelles, à peu près le même cheminement intellectuel. A peu près, dit-on, parce que la majorité d'entre eux ont ignoré l'existence de la vente emphytéotique

243 E. Cuq, Manuel des Institutions Juridiques, pp. 357-359; G. Lepointe, op. cit., pp. 150-151; A. Hajje, op. cit., pp. 136, 144-145; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 58.

244 Pepin Le Halleur, op. cit., p. 58. Cette phrase reprise par bon nombre d'auteurs, donne l'impression que Pepin Le Halleur va interpréter correctement le texte de Zénon. Pourtant, il n'en est rien. Il poursuit son discours comme s'il avait oublié ses propres paroles, comme s'il avait oublié l'existence de la vente emphytéotique, pour nous servir ensuite une version vectigaliennne du contrat "sui generis" créé par Zénon.

245 A. Hajje, op. cit., p. 147.

de droit public²⁴⁶ et, de ce fait, n'ont pas très bien saisi le sens du paragraphe introductif de la "lex Zenoniana". Pour eux, les termes "neque conductionis neque alienationis" constituaient tout au plus un rappel, en matière d'emphytéose, de la dispute ayant autrefois divisé les juriconsultes classiques sur la nature du "jus in agro vectigali", dispute qui avait été tranchée par l'assimilation de la "conductio agri vectigalis" au louage. Cette décision aurait apaisé la querelle sans la vider et le problème aurait été agité derechef quand l'emphytéose, provenant selon ces auteurs exclusivement du bail vectigalien, commença à recevoir une application généralisée sur les fonds privés. Zénon aurait alors liquidé le différend en répondant que l'emphytéose n'équivalait pas à bail ou à vente, mais constituait plutôt un contrat à part, un contrat "sui generis". Ce faisant, l'empereur aurait donné un caractère civil au droit réel prétorien du preneur, droit réel civil qui ne lui conférerait toutefois pas la propriété de

246 Les auteurs cités à la note 243, de même que J. Lefort (op. cit., pp. 62-63), A. Ménard (op. cit., p. 21) et A. Boraud (op. cit., pp. 101-103) connaissaient la vente emphytéotique, mais, pour une raison inexplicable, il appert qu'ils ont tous, à l'exception de Hajje et Cuq, fait abstraction de cette connaissance dans leur interprétation des textes de Zénon et de Justinien.

l'héritage²⁴⁷. Cet enseignement de la doctrine est faux, mais chose assez intéressante, la conclusion avancée est presque exacte.

91 - Zénon ne se prononce pas sur l'étendue du droit de l'emphytéote, sur le fait de savoir si ce dernier obtient par convention plus qu'un simple locataire et moins qu'un propriétaire absolu²⁴⁸. Cette étendue était à la fois connue et déterminée par la combinaison des "jus civile" et "jus honorarium"²⁴⁹. Il met tout simplement fin, en matière privée, à l'association de la tenure emphytéotique avec la

247 Pour les auteurs qui ont suivi ce raisonnement: Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 52-58; A. Boraud, op. cit., pp. 119-123; G. Dufour, op. cit., pp. 37-41; A. Ménard, op. cit., pp. 13-14, 24-28; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 78-85; E. Garsonnet, op. cit., pp. 155-156; W.R. Johnston, op. cit., pp. 330-331; Troplong, op. cit., pp. 121-122; Ch. Girard, op. cit., p. 199; C. Accarias, op. cit., tome II, pp. 497-498; P.F. Girard, op. cit., p. 414; J. Ortolan, op. cit., p. 295; C. Demolombe, op. cit., pp. 374-376.

248 Si l'empereur avait statué sur l'étendue du droit de l'emphytéote, il aurait vraiment fallu qu'il fixe cette étendue avec plus de précision, car entre la simple créance et le plein droit de propriété, il y a toute une gamme de possibilités.

249 Le droit prétorien se trouvait tout entier dans un édit du jurisconsulte Julien rédigé sous les ordres de l'empereur Hadrien. Cet édit récapitulatif ne pouvait être modifié que sur décision impériale. B. Nicholas, op. cit., p. 22; P.F. Girard, op. cit., pp. 57-61.

location et la vente et règle ensuite un point dépendant de cette association: la répartition des risques. Le lien avec ces deux contrats était en effet assuré, savons-nous déjà, par le droit civil²⁵⁰ et l'emphytéose ne formait qu'une variété d'iceux par l'adjonction d'une clause incidente imposant l'obligation d'améliorer sous "condicio ad quam" des ententes. L'empereur coupe ce lien, annule les effets de la référence civile qui, dans un cas, accordait une créance étouffée par la réalité prétorienne et, dans l'autre cas, un simulacre de propriété²⁵¹. Cette scission a pour conséquence de débarrasser le droit de l'emphytéote de toute ambiguïté substantielle et d'élever l'obligation d'améliorer au niveau de la clause intrinsèque d'un accord qui devient le cinquième contrat civil "consensu"²⁵². En édictant des règles qui ont trait uniquement au fonctionnement technique de l'institution, et non à la nature du droit procuré par icelle, Justinien vient confirmer plus tard l'oeuvre de son prédécesseur en titre.

92 - Les auteurs avaient et ont donc encore raison de conclure que la "lex Zenoniana" a donné naissance à un contrat

250 Supra, n^{os} 61, 69-70, 84 et Infra, nos 104 et ss.

251 Supra, n^{os} 80-83 et Infra, nos 110 et ss.

252 P.F. Girard, op. cit., p. 470; C. Accarias, op. cit., tome II, p. 498.

"sui generis" conférant à l'emphytéote un droit réel civil; droit dont la profondeur, en ce qui nous concerne, reste à être déterminé dans le détail. Une connaissance partielle de la tenure de droit public est toutefois responsable d'une grave méprise de leur part sur la signification des paroles de l'empereur. Cette méprise leur fait commettre un impair dans le rattachement de la transaction privée à la tenure qui l'aurait engendrée. Enfin, ce rattachement, effectué en vue de découvrir la qualité et la dimension du droit d'emphytéose, les place, précisément parce qu'il est erroné, devant un contrat mixte, c'est-à-dire mi-personnel, mi-réel. Les vectigalistes se retrouvent donc face au même problème qui, selon eux, aurait motivé l'intervention du législateur, mais avec cette différence que, n'ayant pas, suivant l'ordre de Zénon, largué la première amarre civile rattachant l'emphytéose "sui generis" au bail, ils ne peuvent plus expliquer l'incompatibilité qui résulte de la fusion dans un même droit d'éléments personnels et réels par le rappel de la division théorique du "jus civile" et du "jus honorarium". En définitive, la thèse majoritaire se résume en une méconnaissance, suivie d'une méprise, entraînant un impair qui conduit finalement à l'absurde²⁵³.

253 Sous un même rapport, un droit ne peut être à la fois réel et personnel. Infra, note 268.

93 - Une juste appréciation des textes contenus au code "de emphyteutico jure", juste appréciation de la loi 'I en particulier, nous a montré qu'il ne devait y avoir aucune corrélation entre l'institution d'emphytéose privée et le bail et, par conséquent, qu'il ne pouvait subsister aucun vestige de "personnalité" au nouveau contrat. Si l'emphytéose québécoise, qui a beaucoup emprunté au droit romain²⁵⁴, porte aujourd'hui de telles traces, c'est, pensons-nous, uniquement aux méfaits successifs de la doctrine qu'elle les doit. S'inspirant de la principale tendance doctrinale, le législateur québécois et, dans une moindre mesure, celui de la France, ont en effet mélangé le droit de l'emphytéote de matières personnelles. Nous pouvons sans doute tirer parti de ce fait pour établir une certaine connexité entre l'emphytéose et la location, mais nous ne pourrons jamais, sur cette base, transformer l'emphytéote en simple locataire.

2°) Telle relation ne ferait pas de l'emphytéose une location

94 - Que nous le voulions ou non, les règles de l'emphytéose sont ainsi formulées en droit moderne qu'elles nous permettent de trouver assez facilement des points de contact entre la tenure emphytéotique et le louage.

254 Supra, note 17, nos 60, 85-86.

Une première lecture des articles 567 à 582 du code civil québécois et des articles 937 à 950 du code rural français, nous révèle d'abord que les expressions bail emphytéotique, bailleur et preneur sont employées comme synonymes d'emphytéose, de propriétaire et d'emphytéote. Cette association verbale n'est pas une preuve en soi, n'est pas le signe d'un rapport juridique évident entre les institutions du louage et de l'emphytéose. Elle laisse néanmoins présager des rapprochements plus intimes parce qu'elle traduit l'état d'esprit du législateur, un état d'esprit qui tient largement compte de la théorie vectigaliennne.

95 - Nous constatons effectivement que, abstraction faite de la charge des améliorations, la rédaction de l'article 567 c.c. ressemble de façon singulière à celle de l'article 1600 c.c. sur le louage de choses, que le propriétaire est tenu, comme un locateur envers son locataire, de faire jouir l'emphytéote pendant toute la durée prévue au contrat²⁵⁵, que l'obligation imposée à l'emphytéote d'avoir satisfait à tous ses engagements pour le passé avant d'user du déguerpissement le prive d'un véritable droit d'exponse²⁵⁶ et, enfin, si l'on

255 Arts 573 et 1604 (3) c.c.

256 Art. 580 c.c.; en France, l'emphytéote ne peut pas déguerpier, 942 C.R.

veut faire flèche de tout bois, que la mention du non renouvellement de la convention par tacite reconduction est un indice de l'affinité existant entre l'emphytéose et le louage qui respecte tout simplement l'aversion du droit moderne pour les baux à perpétuité²⁵⁷. Il y a là, à n'en pas douter, matière à réflexion et l'ensemble pourrait certes être invoqué au soutien d'une thèse en faveur du bail emphytéotique. Au delà des apparences toutefois, malgré lesdits points de contact notés, si nous les acceptons à leur face même, il est facile de démontrer pourquoi l'emphytéose ne peut équivaloir à bail; le tout, sans que besoin soit de reprendre et de réfuter chacun des arguments qui tendraient à donner raison aux partisans probables de l'idée d'une créance de jouissance emphytéotique.

96 - Le louage de choses est, il faut l'admettre, un contrat souple, malléable qui se prête aux accommodements les plus divers. S'il ressortait jamais de ces accommodements cependant que le locataire dispose d'une puissance juridique directe et immédiate quelconque sur le bien dont le bailleur s'est engagé à lui procurer la jouissance, il ne pourrait vraiment plus, dès lors, être encore question de louage. Le

257 Art. 579 c.c. Sur la question des baux à perpétuité, voir: St-Gabriel Land and Hydraulic Land Co. Ltd. v. Consumers Cordage Co. Ltd., (1942) C.S. 257, et (1944) B.R. 305.

bail n'établit en effet qu'un rapport de droit entre deux personnes, ne confère au preneur qu'une créance lui permettant de rejoindre ultérieurement la chose par l'entremise du locataire. La propriété de ce dernier sur l'objet baillé demeure néanmoins toujours entière, ne subit jamais aucune atteinte dans sa substance, même si le locataire est en contact physique direct et immédiat avec ledit objet²⁵⁸. Or, l'emphytéote bénéficie pour sa part de prérogatives qui ne s'entendent justement

258 Civ. , 14 mai 1918, S. 1918-1919-1-114; Civ. , 19 mars 1919, S. 1920-1-120; Desjardins v. Gravel (1881) 25 L.C.J., 105; McLaren et al v. Kirkwood, (1881) 25 L.C.J., 107; Mowry v. Bowen, (1884) M.L.R., 477; The Standard Life Assurance Co. v. Lamy, (1901) 7 R. de J. 320; Gilbert v. Girard, (1902) 8 R. de J., 294; Nassif v. Bisson, (1931) 51 B.R., 118; Desrosiers v. Béliveau et al, (1936) 60 B.R., 482; Pépin v. Racine et al, (1972) R.P., 29; J. Carbonnier, op. cit., pp. 39-41, 107; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 293; A. Colin et H. Capitant, op. cit., p. 147; A. Weill, op. cit., p. 458; "Même lorsque les droits personnels conduisent à une utilisation de la chose ou du bien considéré, ils ne permettent d'y accéder que par le truchement d'une autre personne, celle du propriétaire ou titulaire du droit sur cette chose, sur ce bien". (G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 13); "Pour saisir - et apprécier - la distinction entre le droit réel et le droit personnel, il convient de se départir de cette vue trop courte qui inclinerait à ranger sous le concept de réalité tout droit donnant à son titulaire quelque faculté d'user des choses par contact direct et emprise matérielle sur celles-ci (commodataire ou locataire, par exemple). Certes, le droit réel suppose le plus souvent pareille emprise: ainsi pour l'usufruit, l'emphytéose, les servitudes foncières positives, mais non les servitudes négatives, lesquelles empêchent le propriétaire de faire de son bien tel ou tel usage, sans autoriser de la part de leur titulaire aucun usage matériel du fonds asservi. Mais, de toute façon, le critère du droit réel n'est à rechercher ni dans l'emprise, ni même dans un certain degré d'emprise sur la chose. Il est dans le mode réel de cette emprise, emportant mutilation ou diminution du droit de propriété, désormais privé de l'un de ses attributs de plénitude et d'exclusivité des pouvoirs sur la chose, et, en ce sens, frappé de 'démembrement'".

que si son droit porte non pas seulement sur la matérialité éventuelle de l'héritage, mais aussi sur une fraction actuelle de la propriété même du constituant, puisque, de par la loi, il a la faculté d'hypothéquer et de vendre l'immeuble à lui cédé par le propriétaire²⁵⁹. Ces pouvoirs sont, reconnaissons-le, nettement exorbitants du cadre étroit de la relation qui existe entre bailleur et preneur et il devient par conséquent tout-à-fait ridicule de vouloir assimiler l'emphytéote au locataire. Notre Code ne dit peut-être pas de façon aussi expresse que le Code rural français²⁶⁰ que l'emphytéose est un droit réel, mais l'on ne saurait se méprendre sur le sens des dispositions de l'article 2203 c.c., paragraphe quatre, à l'effet que "l'emphytéose, l'usufruit, et autres droits démembrés semblables, sont susceptibles d'un domaine de propriété distinct et d'une possession utile à la prescription"²⁶¹.

97 - Personne, fort heureusement, n'a aujourd'hui l'inconscience de prétendre que l'emphytéose s'analyse en une simple créance de jouissance. Il y a eu d'antan en France, il est

(Jean Dabin, Une Nouvelle Définition du Droit Réel, 1962, Revue trimestrielle de droit civil, 20, pp. 29-30).

259 Art. 570 c.c.

260 Art. 937 c.r.

261 La version anglaise du paragraphe quatre de cet article nous éclaire encore davantage: "Emphyteusis, usufruct and other like proprietary rights are susceptible...". Voir: Infra, note 331.

vrai, des auteurs de renom qui ont conclu à l'identité complète de l'emphytéose et du louage²⁶², mais la loi récognitive du 25 juin 1902 leur a donné tort sur ce chapitre. Il faut avouer que le dossier de la créance emphytéotique se présentait assez bien dans ce pays depuis 1804 et c'est du reste uniquement pour cette période que certains l'ont plaidé avec des arguments de texte dont le rappel n'est pas ici indispensable. Le fait que nul de nos jours ne prend ouvertement le parti du bail ne signifie pas pour autant que l'idée soit abandonnée de tous. Il appert, au contraire, que d'aucuns y oeuvrent en sous-main. Les relents "personnalistes" qui subsistent dans la formulation des articles de loi sur l'emphytéose poussent en effet plusieurs à voir dans cette institution "un droit réel accessoire au droit de créance de l'emphytéote contre le bailleur"²⁶³. La conséquence de ce jugement est assez évidente: chaque fois

262 E. Chenon, Les Démembrements de la Propriété Foncière, pp. 166, 170; C. Demolombe, op. cit., pp. 444-446; *Delvincourt, op. cit., p. 185; Grenier, Traité des Hypothèques, 3^e éd., tome I, Clermont-Ferrand, Thibaud-Landriot, 1829, pp. 307-308. Ces auteurs invoquaient surtout le silence du code napoléonien sur le sujet et le caractère limitatif des articles 543 et 2118 C.N.

263 H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 321. Dans le même sens, voir: A. Weill, op. cit., p. 12; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., p. 985.

qu'il y aura doute sur la nature du droit conféré par la convention conclue, on devra trancher en faveur du bail²⁶⁴.

98 - Cette opinion mitigée sur le louage emphytéotique ne manque pas d'attrait puisque, d'une part, un droit réel peut très bien être l'accessoire d'une créance²⁶⁵ et, d'autre part, "il peut y avoir des combinaisons dans lesquelles les éléments primordiaux de plusieurs contrats distincts peuvent se mélanger pour former des contrats mixtes"²⁶⁶. Le système proposé n'en est pas moins spécieux. Si, en effet, l'élément principal du droit de l'emphytéote est sa créance contre le bailleur, il faudrait admettre, soit que le bail fait naître un droit réel, soit, ce qui revient un peu au même, que l'emphytéose est à la fois un droit personnel et réel. Or, il est

264 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 504; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd. et al, (1952) R.L., 149, p. 155, et (1963) B.R., 313, p. 314; D'Amours v. Sirois et Caron, (1935) 41 R. de J., 224, 251; Fraser et al v. The Rivière-du-Loup Pulp Co. Ltd. et The Trust and Guarantee Co. Ltd., (1922) 32 B.R., 541, p. 564; Lapointe v. Crevier, (1907) 13 R. de J., 71, p. 75. Cette règle d'interprétation se justifiait au moyen âge, alors qu'on doutait de l'existence même de l'emphytéose. Aujourd'hui, toutefois, elle n'a plus aucun fondement. A ce sujet, voir: Troplong, op. cit., pp. 125, 128.

265 L'hypothèque et le privilège immobilier par exemple.

266 M. Planiol, Note D.P. 1912-I-113 sous Civ., 18 oct. 1911. On peut mentionner le cas de la dation en paiement sur ce point.

de doctrine et de jurisprudence reconnues que le louage ne crée pas de droit réel en faveur du preneur²⁶⁷ et nous affirmons de plus que les droits réel et personnel ne peuvent pas être amalgamés dans une même opération juridique parce qu'ils "sont opposés par leur nature et exclusifs l'un de l'autre"²⁶⁸. Comme le fait remarquer Voirin, "il y a dans le domaine du droit des coexistences abusives si ce n'est excessives"²⁶⁹ et la combinaison des droits réel et personnel nous en fournit le meilleur exemple, croyons-nous. Si, par ailleurs, l'élément principal du droit de l'emphytéote n'est pas sa créance contre le propriétaire du fonds, il faudrait supposer, soit que les droits personnel et réel sont sur un pied d'égalité, soit que le droit réel a priorité sur la créance. Dans le premier cas, la situation est identique à la deuxième alternative de la première hypothèse ci-dessus envisagée et la même solution s'impose. Dans le deuxième cas, nous retrouvons nos propres conclusions refusant toute assimilation de l'emphytéose au bail et reportant au chapitre deuxième de la présente partie, la discussion

267 Supra, note 258.

268 P. Jozon, De la Nature du Droit du Preneur, 1865, Revue pratique du droit français, 1865-2-358.

269 Pierre Voirin, Note J.C.P. 1962-II-12838 sous lère Civ., 6 mars 1962.

sur les pseudo-éléments personnels qui affubleraient l'institution en droit moderne. Enfin, si la tenure emphytéotique n'est pas du genre de l'amodiation, ainsi que nous l'avons démontré, il s'ensuit forcément qu'elle ne peut et ne doit pas tomber automatiquement dans cette catégorie quand le doute surgit. Seule l'interprétation de la volonté des parties permettra de faire la lumière sur ce point et rien n'interdit alors de prendre en considération les autres démembrements de la propriété comme possibilité de rechange²⁷⁰.

98bis - Toute référence juridique à la location est ainsi non seulement prohibée par Zénon, le père de l'emphytéose moderne, mais vouloir s'y référer devient même impossible, si ce n'est en paroles et encore uniquement pour indiquer qu'il y a longtemps eu confusion sur cet article.

b) Il n'y a pas louage en la forme

99 - Depuis Zénon, l'emphytéose est un contrat "sui generis consensu", une convention dépourvue de toute exigence de forme²⁷¹. Seules les conditions de fond décident vraiment

270 A cet égard, voir Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité, pp. 5180-5181.

271 A. Hajje, op. cit., pp. 94, 144-146; E. Levy, op. cit., p. 200; G. Dufour, op. cit., pp. 66-68, 157; A. Ménard, op. cit., p. 50; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 100; W.R. Johnston, op. cit., pp. 331-332. Tous ces auteurs font remarquer que le contrat était parfait "nudo consensu". La plupart d'entre eux précisent de plus que l'exigence d'un écrit pour l'emphytéose des biens

de la qualification définitive de l'entente²⁷². Comme ces conditions ne sont ni celles du louage ni celles d'une variété du louage, l'institution ne peut donc être un bail dans sa forme, ne peut être un bail en dépit de cette forme.

100 - Les législateurs québécois et français ont, et c'est dommage, suggéré une forme, un cadre²⁷³ pour ce contrat non formaliste: le bail. C'est ainsi que la très grande majorité des conventions d'emphytéose, sinon la totalité, portent l'étiquette inappropriée et trompeuse de bail emphytéotique. Qui plus est, ces contrats sont rédigés suivant les formules traditionnellement usitées en matière de louage. Le choix de ce cadre légal, accompagné des termes qui lui sont familiers, est malheureux non seulement parce qu'il évoque et contribue à

ecclésiastiques ne s'étendait pas à pareille entente sur des biens séculiers et que les mots "scriptura interveniente" au texte de Zénon réfèrent à l'acte "ad probationem" pour tout pacte en dérogation à la loi générale et non pas à un document "ad solemnitatem". Supra, note 89.

272 Merlin, Recueil Alfabétique des Questions de Droit, t. V, p. 581, et Répertoire de Jurisprudence, t. VI, pp. 710-711; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 351; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., p. 989; P.B. Mignault, op. cit., p. 182; W. de M. Marler, op. cit., p. 136; N.L. Rappaport, Emphyteutic Lease, (1963) 23 R. du B., 265, p. 270; Civ. , 1^{er} avril 1840 (1^{ère} espèce), S. 40-I-433; Nîmes, 30 mars 1843, sous Req. , 12 mars 1845, S. 45-I-382; Civ. , 18 mai 1847, S. 47-I-623; Seine, 10 avril 1858, sous Civ. , 11 nov. 1861, S. 62-I-91; Remillard et al v. Duval et al, (1890) 34 L.C.J. 83, p. 87; Lampson v. Cité de Québec, (1920) 54 D.L.R. 334, p. 350; Montreal Light, Heat and Power Consolidated et al v. Cité d'Outremont, (1930) 49 B.R., 456, p. 468; N^o 229 v. M.R.N., 55 D.T.C. 63, p. 66.

273 Au sens large du terme, parce que la location, contrat "consensu", n'est soumise à aucune exigence de forme.

perpétuer l'idée d'une association monstrueuse, mais aussi parce que, nonobstant ce fait et sans qu'il soit question de transformer l'emphytéose en variante originale du louage, il arrivera souvent que cedit choix empêchera le juge de saisir la réalité du droit plus ou moins bien finement couché sur le papier constatant la transaction.

101 - Que se passera-t-il en effet si, advenant conflit, l'entente a été, en vue du résultat à obtenir, qualifiée de bail emphytéotique sans pour autant contenir la traditionnelle énumération de tous les éléments dits caractéristiques de l'institution²⁷⁴ ? Il est à prévoir que le tribunal saisi sera en l'occurrence victime du trop grand pouvoir évocateur du mot bail, qu'il refusera de reconnaître l'existence d'un rapport constituant-emphytéote²⁷⁵, et ce, malgré la dénomination de l'acte indiquant la règle applicable et la faculté donnée aux cocontractants d'omettre ce qui, étant de l'essence de la tenure, se sous-entend forcément sauf dérogation²⁷⁶. Pour les parties, le danger sera aussi le même si une convention pareillement libellée comprend, mais n'énonce pas manifestement ce qui constitue

274 Au Québec, on les tient généralement pour être au nombre de quatre: cession d'un droit réel immobilier, obligation d'améliorer, durée de plus de neuf ans et paiement d'une redevance annuelle.

275 Pour le tribunal, il y aurait alors raison grave de douter. Donc, Supra, note 264.

276 P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 182; Damours v. Sirois et al, précité, p. 235; N^o 229 v. M.N.R., précité, p. 66.

l'emphytéose²⁷⁷. Comment du reste n'y aurait-il pas menace de "personnalisation" de la réalité du droit en la matière quand rien n'interdit de faire au locataire un sort comparable à celui de l'emphytéose. Un contrat de plus de neuf ans accordant au preneur à bail la jouissance personnelle d'un immeuble pourrait bien l'obliger, outre le loyer, à réaliser des améliorations, à supporter tous les risques de la chose baillée, à effectuer à ses propres frais toutes les réparations, petites et grosses et, enfin, à acquitter tous les droits fonciers grevant l'héritage. Liberté pourrait même lui être accordée de mettre fin unilatéralement au bail si toutes les obligations ont été remplies²⁷⁸. Entre un pacte de ce genre et l'emphytéose, la distinction sera donc malaisée et le juge, lien nominal établi dans l'intitulé et le corps de l'acte aidant, aura naturellement tendance à trancher en faveur de l'amodiation ordinaire. Dans ces cas, seule la présence d'indices sérieux témoignant de la capacité de l'emphytéote de tirer directement de la chose

277 C'est toujours l'hypothèse du doute, mais à un degré moindre que dans le premier cas. Donc, Supra, note 264. Voir aussi: Crédit Foncier Franco-Canadien v. Young, (1883) 9 Q.L.R., 317, pp. 319-321; Price et al v. Leblond et al, (1902) 8 R. de J., 190, pp. 199-201; The Montreal Harbour Commissioners v. The Record Foundry & Machine Company et al, (1909) 38 C.S., 161, pp. 163, 165, 171; Seine, 10 avril 1858, sous Civ. , 11 nov. 1861, s. 62-I-91.

278 A l'effet qu'un contrat de louage peut contenir des dispositions semblables à celles prévues par la loi en matière d'emphytéose: La Compagnie du Grand Télégraphe du Nord-Ouest

l'utilité prévue par l'article 570 c.c. et confirmant, par ce, la réalité du lien, permettra d'éviter la déchéance²⁷⁹.

102 - Il appert par conséquent qu'une relation formelle et verbale avec le bail est à proscrire, car, en l'espèce, elle fausse beaucoup plus qu'elle n'assure le jeu des volontés.

Ayant constaté que l'emphytéote n'est pas un conducteur et noté, d'autre part, qu'il importait d'éviter toute association attributive avec le bail, passons maintenant d'un extrême à l'autre pour considérer l'hypothèse de la propriété.

Paragraphe II - L'emphytéote perçu comme propriétaire

103 - La distinction entre l'emphytéose de droit public et de droit privé conserve ici toute son importance; étant entendu toutefois que la première, examinée pour mieux comprendre la seconde, n'avait cours qu'en droit romain.

A - L'emphytéose de droit public était parfois une vente

104 - Nous savons déjà que l'occupation emphytéotique a fait son entrée sur la scène contractuelle vers le début du IV^e siècle A.D. pour contribuer à la revalorisation des terres

du Canada v. La Compagnie du Télégraphe de Montréal, (1889) 17 R.L. 203; Fraser et al v. The Rivière du Loup Pulp Co. Ltd. et al, précité, pp. 563-564.

279 Ex parte Harvey, précité, p. 381; Cossit et al v. Lemieux et al, précité, p. 323; Rémillard et al v. Duval et al, précité, pp. 86-87; Dingwell v. Delaney et al, précité, pp. 433-434, 440-441.

délaissées et improductives du domaine public²⁸⁰. Nous n'ignorons pas non plus que le biais emprunté fut celui des conventions "consensu", en particulier le bail, dont l'emphytéose devenait une variante par l'adjonction d'une clause incidente "ad quam"²⁸¹. Nous avons maintes fois souligné cependant que le louage n'était pas le seul et unique contrat "consensu" de l'époque capable de se charger de l'incidence emphytéotique. La vente pouvait s'en accommoder tout aussi bien²⁸². Le procédé de l'aliénation emphytéotique était toutefois plus complexe que celui de la location du même genre. Il devait en effet éviter de violer le principe de l'incessibilité du domaine public²⁸³ et contrebalancer, par des arrangements particuliers, les désavantages inhérents à ce type de contrat²⁸⁴; sans quoi, la transaction eut été non seulement illégale, mais aussi sans attrait. Nous verrons comment l'administration solutionna ce problème pour employer, en matière d'emphytéose, la vente parallèlement au louage.

280 Supra, nos 6-8, 24-30.

281 Supra, nos 69-74, 91.

282 Supra, nos 69, 84, note 243.

283 Supra, n° 69, note 195.

284 Supra, n° 69.

105 - Comme il a été auparavant établi qu'il n'y avait d'autre alternative en droit civil romain que la location ou l'aliénation pour accueillir la réalité emphytéotique²⁸⁵, la question de forme ne sera pas ci-dessous reprise ou discutée. Le choix et l'usage du cadre de la vente ne fait aucun doute. Qui plus est, nous retrouverons tous les effets normaux attachés à cette convention; tous, si ce n'est le principal: le transfert de la propriété quiritaire à l'acquéreur.

a) L'équivalent d'une vente dans les effets procurés

106 - La vente emphytéotique, de dire E. Cuq et A. Hajje²⁸⁶, aurait été d'un usage assez courant en Egypte dès le début du premier siècle après Jésus-Christ. L'empereur s'en serait servi peu de temps après la conquête et l'annexion du pays pour garantir le développement des étendues en friche situées à l'écart du Nil.

Sans disposer d'informations très précises sur le sujet, il y a tout lieu de croire, selon nous, à une transaction conclue à l'instar de certaines pratiques locales alors en vigueur. Cette hypothèse est certes conforme aux habitudes romaines en territoire conquis, mais elle risque, dans sa

285 Supra, n^{os} 61-68.

286 E. Cuq, Manuel des Institutions juridiques..., p. 359; A. Hajje, op. cit., p. 86.

présentation, de nous attirer les foudres de plusieurs. En effet, on objectera, d'une part, que, eu égard au lien de rattachement, l'emphytéose aurait alors ses racines dans l'ancien droit égyptien, et non dans la "lex Manciana" et, d'autre part, que, eu égard à la date, l'institution aurait d'abord été reconnue comme une variante de la vente, et non du louage. Pareilles remarques méritent réponse, ne serait-ce que pour démontrer leur défaut de pertinence.

107 - Qu'il nous soit permis, en tout premier lieu, de rappeler que la possibilité d'une importation du concept d'emphytéose en droit romain n'a par nous été exclue en aucun moment. Nous sommes au contraire plutôt favorable à cette idée qui a déjà été évoquée du reste²⁸⁷. Pour les raisons données en début d'ouvrage, il nous a fallu toutefois passer sous silence le problème des origines lointaines de notre institution²⁸⁸. Nos recherches ont été limitées à la tenure qui, en droit romain, a pu servir de point de départ à l'emphytéose. Et cette tenure est, à notre humble avis, celle qu'autorisaient les lois "Manciana" et "Hadriana", indépendamment de toute question d'antériorité de la notion chez un autre peuple et

287 Supra, n^{os} 4, 10.

288 Supra, n^o 11.

de l'influence probable de sa législation sur le droit romain²⁸⁹. Quant à la deuxième objection, il suffit de noter que l'expression vente emphytéotique était vide de sens au 1^{er} siècle A.D., constitue un barbarisme inventé au mépris de la trame historico-juridique des événements en la matière. L'emphytéose administrative n'épousera les formes de la vente qu'au cours de la deuxième moitié du IV^e siècle A.D.²⁹⁰, soit près de soixante-quinze ans après le passage officiel de l'occupation mancienne à la location emphytéotique²⁹¹. Avant cette date, nous ignorons non seulement s'il y a eu passage d'on ne sait quoi à l'aliénation emphytéotique, mais, ce qui est beaucoup plus grave, si ladite transaction était un contrat romain ou égyptien. D'ailleurs, même s'il s'agissait en l'occurrence d'une vente romaine mélangée d'éléments de droit égyptien, comme nous le pensons, il n'est pas dit que l'incidence emphytéotique se présentait alors de façon identique à la manière de procéder avec le louage au début du IV^e siècle A.D.²⁹². En droit rural sémitique, des régions entières étaient souvent frappées d'une servitude d'utilité

289 Supra, n° 4, notes 18-19, 82.

290 Infra, p. 139.

291 Supra, n^{os} 30-31, 82.

292 Supra, n^{os} 70, 74, 91.

publique d'emphytéose et l'empereur a très bien pu respecter, en matière de vente dans certaines contrées, cet usage bien connu des égyptiens, babyloniens, assyriens et chaldéens²⁹³. Enfin, le concept d'emphytéose emprunté au droit égyptien aurait été incorporé à la vente romaine, qu'il n'y a aucun texte à caractère administratif pour le prouver. Le premier document officiel à faire état de l'aliénation emphytéotique est une constitution de l'an 386 A.D. qui la verse dans la catégorie des "jura privata salvo canone"²⁹⁴, tout comme le bail emphytéotique l'avait été dans celle des "jura perpetua salvo canone"²⁹⁵; deux catégories de droit où l'obligation d'améliorer n'était pas strictement de rigueur²⁹⁶ et les fonds y concernés pas forcément incultes²⁹⁷. Bref, cette supposée vente emphytéotique usitée

293 A. Hajje, op. cit., pp. 95 et ss.; Edouard Cug, Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites, Paris, 1929, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, pp. 106-107, 114-115, 150-161, 208-214, 440-442, 474-487; Emile Szlechter, De quelques considérations sur l'origine de la propriété foncière privée dans l'ancien droit mésopotamien, 1958, R.I.D.A., 121, pp. 130-131; Guillaume Cardascia, Le concept babylonien de la propriété, 1959, R.I.D.A., 19, pp. 22-23, 25, 29; Emile Szlechter, La nature juridique de la clause "ana qabê" en droit babylonien, 1959, R.I.D.A., 77, pp. 80, 83-84, 86-87, 90.

294 Code Justinien, XI, 59, 7.

295 Supra, n^{os} 16, 68, note 95.

296 Supra, notes 94-96.

297 Supra, n^{os} 16, 27, notes 93, 95.

sur cette partie de la "res privata" impériale qu'était l'Egypte n'est sans doute qu'un faux-semblant. Elle ne le serait point, que l'occupation manciennne conserverait encore la priorité des origines romaines de l'emphytéose puisque cette dernière est d'époque républicaine²⁹⁸. De plus, la véritable aliénation emphytéotique commencerait toujours sa vie publique uniquement dans la seconde moitié du IV^e siècle A.D., à la fois parce que sa consécration législative date de cette période²⁹⁹, que parce que rien ne permet d'affirmer que le "jus privatum salvo canone" emphytéotique est de la lignée de la convention égyptienne dont il a été ci-dessus fait mention.

108 - Le "jus privatum salvo canone", l'avons-nous déjà indiqué, se rapportait à la cession d'une parcelle de l'"ager publicus"³⁰⁰. Une portion du prix de vente était payée comptant et le solde, "dans l'intérêt du prince et pour empêcher ses agents de dissiper les sommes provenant de ces sortes d'aliénation"³⁰¹, acquitté sous forme d'une rente fixe et perpétuelle. L'opération avait été imaginée en un temps où le compte impérial était à découvert. L'argent versé comptant lors de la perfection

298 Supra, note 57. L'opération mentionnée par Cuq et Hajja, (supra, note 286) n'était que du 1^{er} siècle A.D.

299 Supra, n° 107.

300 Supra, note 36.

301 E. Garsonnet, op. cit., p. 149. Dans le même sens: Pepin Le Halleur, op. cit., p. 25; A. Ménard, op. cit., p. 16.

de l'entente devait en effet permettre de combler les vides du trésor et de parer aux besoins les plus pressants. Aussi, les empereurs prodigues en firent-ils grand usage, car à leurs yeux la vente "salvo canone" surclassait de par cette fonction les autres tenures habituellement appliquées au domaine du peuple.

109 - Transformer cette convention faite "sous la condition résolutoire d'une redevance annuelle et perpétuelle"³⁰² en vente emphytéotique était en soi un jeu d'enfant. Il n'y avait, à l'exemple du bail³⁰³, qu'à la consentir sous la condition résolutoire supplémentaire d'améliorer. Cette seule intervention n'aurait toutefois pas suffi. Il fallait de plus donner à la vente emphytéotique le lustre qui lui permettrait de rivaliser avec le louage du même nom; ce qui fut fait quand l'empereur cessa de considérer le "jus privatum salvo canone" comme simple instrument de crédit. Ce dernier jugea bon en effet, le problème du délaissement des propriétés rurales étant à ce point aigu, d'accorder, sans exigence aucune de déboursés préliminaires, tous les avantages inhérents de ce droit à quiconque occuperait un fonds abandonné ou improductif en vue de le bonifier³⁰⁴. Dans son principe opérationnel, on voit donc

302 Pepin Le Halleur, op. cit., p. 32. Dans le même sens: E. Garsonnet, op. cit., p. 150; A. Hajje, op. cit., pp. 92-93.

303 Supra, n^{os} 69-74, 91.

304 A. Hajje, op. cit., p. 219; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 30; E. Levy, op. cit., p. 195; A. Boraud, op. cit., pp. 102-103;

comment cette nouvelle transaction se rapproche, est même directement reliée à la façon de procéder des lois "Manciana" et "Hadriana"³⁰⁵. Entre le "mancianus cultor" et l'acquéreur emphytéotique, il n'y a d'autre écart que la dénomination de leur droit respectif. Tous deux disposaient des mêmes prérogatives, devaient s'acquitter des mêmes charges et leur titre demeurerait résoluble tant pour défaut de paiement du canon, que pour inexécution d'améliorations. Il est à croire dès lors que l'aliénation emphytéotique "salvo canone" a été conçue pour maintenir et perpétuer l'ancienne pratique des lois susmentionnées au niveau du petit colon, du simple particulier, pendant que la location emphytéotique s'occupait du gros "conductor", forçait l'extension de l'institution sur une plus grande échelle.

110 - Reste cependant une question à discuter, un point à élucider. Si, d'une part, le "jus privatum salvo canone" équivalait à vente³⁰⁶, plaçait l'acquéreur emphytéotique dans une situation comparable à celle d'un acheteur sous condition résolutoire en droit moderne, ce qui nous dispense d'une inutile énumération des droits et devoirs propres à chacun à ce

Code Justinien, XI, 59, 7.

305 Supra, n^{os} 19-20, 24.

306 A l'effet que le détenteur d'un "jus privatum salvo canone" était considéré comme propriétaire: E. Levy, op. cit., p. 44; W.R. Johnston, op. cit., p. 326; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 21, 25, 34; G. Dufour, op. cit., p. 30; A. Boraud, op. cit., p. 103; A. Hajje, op. cit., p. 93; A. Ménard, op. cit.,

contrat, encore faut-il savoir, d'autre part, comment l'administration parvenait à transporter un bien incessible³⁰⁷. La réponse est que la vente "salvo canone" procurait tous les effets civils de la propriété sans vraiment l'accorder, la transférer. Voilà l'anomalie et la clef de cette transaction que l'on pourrait qualifier de vente inachevée.

b) L'absence de vente quant au transfert de la propriété

111 - Le "patrimonium principis", venons-nous de remarquer, était hors-commerce. Occasionnellement, l'empereur, par favoritisme ou par nécessité, passait outre à cette règle sacrée et cédait librement une fraction du domaine public. C'était le cas du "jus privatum dempto canone"³⁰⁸. Il eut été imprudent toutefois de déroger systématiquement au principe de l'indisponibilité de l'"ager publicus". Aussi, devait-il préférer la formule du "jus privatum salvo canone" qui avait l'insigne avantage de lui procurer de nouveaux capitaux, de lui ménager des sommes importantes pour l'avenir et de lui permettre de monnayer la réserve foncière du peuple sans l'aliéner juridiquement. L'équivalent périodique et perpétuel obtenu par la

p. 16; J. Lefort, op. cit., p. 63.

307 Supra, n° 69, note 195.

308 Supra, note 37.

décomposition du prix de vente autorisait en effet une représentation de l'héritage supposément cédé dans le patrimoine de l'état, constituait une charge réelle "in recognitionem dominii publico"³⁰⁹. C'est dire que la vente "salvo canone" de même que la vente emphytéotique "salvo canone" par la suite ne donnaient pas, ne pouvaient donner la propriété pleine et entière à l'acheteur.

112 - La représentation qu'autorisait l'existence du canon et la preuve par cette redevance donnée au bien fondé de notre dernière assertion ne nous indiquent cependant pas pourquoi l'empereur, voulant retenir la propriété, avait recours à un contrat ayant le pouvoir de rendre l'intéressé propriétaire. La vérité est que, pour trouver une personne disposée à accepter ce marché de dupes, il fallait au moins offrir l'illusion de la propriété; que, facteur ne pouvant être laissé pour compte, le répertoire des conventions civiles à Rome était limité; que, enfin, la vente seule permettait, par une technique adroite, d'obtenir le résultat désiré.

113 - En droit romain, l'"emptio venditio" rendait l'acquéreur normalement, mais pas nécessairement propriétaire.

309 "Une imposition ou une charge quelconque sur un fonds en annule la propriété; ceci eut lieu sur une vaste échelle pour les fonds provinciaux obligés au 'tributum' ou au 'stipendium', vis-à-vis de l'empereur ou du peuple romain; c'est ce qui arrivait aussi pour les fonds soumis à un vectigal ou canon". P. Bonfante, op. cit., p. 208. Voir aussi: E. Garsonnet, op. cit., p. 149; W.R. Johnston, op. cit., p. 339; R. Monier, op. cit., t. I, p. 366.

Comme l'explique P.F. Girard, "le seul fait que l'acheteur n'a pas été rendu propriétaire, qu'il est exposé à succomber plus tard au pétitoire sur la revendication du véritable propriétaire ne l'autorise pas à dire que le vendeur n'a pas accompli son obligation de délivrance; car le vendeur n'est pas obligé à lui transférer la propriété, à 'dare'"³¹⁰. Par contre, poursuit le même auteur, l'acheteur "a le droit d'exiger qu'on lui donne une situation inexpugnable au possessoire, qu'on lui donne une possession dont il ne puisse pas être dépouillé par un interdit"³¹¹. Le vendeur, ajoute ce docte juriste, n'est tenu à "dare", à rendre l'acquéreur propriétaire que s'il y a stipulation expresse à cet effet³¹². C'est précisément ce que l'empereur devait se garder de faire, sans pour autant convenir de la sorte puisque une telle clause était interdite³¹³.

114 - Le procédé des fonds "empti privato salvo canone" était aussi d'une grande habilité. L'état conservait le "nudum jus quiritium" et l'acheteur recevait toute l'utilité économique

310 P.F. Girard, op. cit., p. 585. Dans le même sens: A.E. Giffard, op. cit., pp. 55-57; B. Nicolas, op. cit., pp. 103-105, 178-179.

311 P.F. Girard, op. cit., p. 586. Dans le même sens; A.E. Giffard, ibidem; B. Nicholas, ibidem.

312 P.F. Girard, op. cit., p. 585.

313 P.F. Girard, op. cit., p. 583, note 3.

et juridique de la chose pour l'avenir³¹⁴. On serait presque tenté de dire, en employant une expression propre au langage féodal, que ce contrat, dont l'emphytéose allait devenir une variante, conférait le domaine utile à l'acquéreur. Pareille affirmation serait évidemment des plus inexacte, des plus erronée parce que les romains ne reconnaissaient point l'existence de deux domaines de propriété distincts sur un même objet dans un même droit. Rien n'interdit de parler chez eux de propriété civile et de propriété soit prétorienne ou provinciale par rapport à un immeuble donné, mais l'héritage visé ne pouvait avoir à la fois, hormis bien entendu l'hypothèse d'une copropriété, deux propriétaires civils, prétoriens ou provinciaux. La propriété, même réduite à la titularité du droit, demeurait fidèle à ce qui l'animait dans son principe et les parties d'elle distraites n'avaient jamais vocation au titre. L'emphytéote du reste, dans le cas qui nous occupe, n'avait pas davantage les propriétés prétorienne ou provinciale. La première, dite souvent bonitaire ("rem in bonis habere"), n'était ouverte qu'à celui qui prescrivait acquisitivement la propriété quiritaire; le prêteur escomptant fictivement le délai³¹⁵. Or, il

314 E. Garsonnet, op. cit., p. 149; E. Levy, op. cit., pp. 105-106; A. Hajje, op. cit., p. 91; A. Boraud, op. cit., p. 102.

315 P.F. Girard, op. cit., pp. 286-287, 375-379; G. Lepointe, op. cit., p. 49; A. Accarias, op. cit., t. I, pp. 721-725; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 81-82, 308. Dans

ne pouvait être question d'usucaper la propriété d'un bien inaliénable et imprescriptible³¹⁶. La seconde, elle, profitait aux détenteurs en règle de fonds provinciaux. L'accorder à l'acquéreur emphytéotique de tels biens serait admettre que la transaction donnait un droit différent selon la qualité juridique du sol concerné; auquel cas, Zénon eut été contraint de distinguer, ce qu'il n'a point fait. Ce serait aussi reconnaître que ledit emphytéote allait, à compter de l'abolition de la discrimination entre "res Mancipi" et "res nec Mancipi" par Justinien³¹⁷, bénéficier de la "plena in re potestas"; auquel cas, les ententes "salvo canone" eurent perdu leur raison d'être, ce qui ne se produisit point³¹⁸.

la 2^e éd. de son traité de la possession en droit romain (Paris, 1806), F.C. De Savigny avait prétendu, en se fondant sur un texte relatif à la vente emphytéotique, que l'emphytéote de droit privé avait la propriété bonitaire, transformée en propriété civile pendant le règne de Justinien (rapporté par: Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 61-63; G. Dufour, op. cit., pp. 42-44; A. Ménard, op. cit., pp. 29-30; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 87-88). Dans la 7^e éd. de son ouvrage (Paris, 1893, p. 97), que nous avons consulté, l'emphytéose n'est plus qu'un démembrement de la propriété pour lui cependant.

316 C'est pourquoi l'acquéreur ne pouvant agir contre l'état pour défaut de délivrance, ne le pouvait davantage pour dol.

317 P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 9-10, 92; G. Lepointe, op. cit., pp. 7 et 52; P.F. Girard, op. cit., pp. 271-272, 285-287. Les choses "Mancipi" désignaient les objets romains. Ils étaient en nombre limité et eux seuls étaient susceptibles de propriété quiritaire. Le sol provincial, dont l'état se prétendait propriétaire, tombait dans la catégorie des "res nec Mancipi".

318 Les ventes "salvo canone", soit ordinaires, soit

115 - Sur la vente emphytéotique de droit public, nous concluons donc en indiquant qu'elle s'analyse non point en une aliénation absolue, mais en un démembrement civil poussé à son extrême limite par le canal d'un des deux seuls contrats type de l'époque capable de traduire civilement le concept d'emphytéose. Conséquemment, l'emphytéote à vente ne jouissait nullement de l'action civile en revendication, dite action pétitoire. De plus et contrairement à une certaine doctrine bien arrêtée, l'obligation de ce dernier au canon n'était pas strictement personnelle de par sa nature³¹⁹. Enfin, le pacte constitutif, conclu sans bourse délier de la part de l'emphytéote³²⁰, n'avait pas l'aspect lésionnaire du "jus privatum salvo canone" originaire³²¹. L'aliénation emphytéotique demeurait cependant plus onéreux que le bail du même nom dans et pour la répartition des risques³²².

emphytéotiques ont survécu au règne du célèbre Justinien.
A. Hajje, op. cit., p. 94.

319 Supra, note 309. A l'effet que l'obligation au canon était personnelle: Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 34-35; A. Ménard, op. cit., p. 16; G. Dufour, op. cit., p. 31; E. Garsonnet, op. cit., p. 149. Nous reviendrons sur cette question en parlant du canon emphytéotique. Infra, n° 177.

320 Supra, n° 109.

321 Supra, n° 69.

322 Supra, note 197.

B - L'emphytéose de droit privé
n'est pas une vente

116 - L'hypothèse du louage emphytéotique entre simples citoyens fut en partie écartée par une interprétation rationnelle des textes romains fondant notre institution en droit moderne et en droit québécois plus particulièrement³²³. Nous ne reprendrons pas ici les éléments de cette version, mais portons plutôt, avec les distinctions qui s'imposent, tout le détail de l'argumentation alors suivie à l'acquit du rejet d'une thèse qui se plairait à voir dans l'emphytéose de droit privé un cas d'aliénation sous une forme ou l'autre. Zénon, qu'il nous soit permis de le rappeler, a été on ne peut plus formel sur la question: "jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis"³²⁴.

117 - Suffit-il toutefois, pour clore le débat, de citer les paroles de ce prince byzantin? Nous ne le pensons pas. Leur sens en doit être donné, rappelé, car une fois les ponts coupés avec les formes de la tenure administrative, il n'est guère facile d'évaluer l'importance des restes qui surnagent et qui doivent composer le contrat "sui generis". La difficulté est

323 Supra, nos 83-94.

324 Code Justinien, IV, 66, 1.

telle que certains juristes pourraient aisément, par commodité ou égarement, laisser le quantitatif prendre le pas sur le qualitatif pour conclure en définitive à l'assimilation de l'emphytéose à la vente. Cette position serait et est à notre avis intenable, qu'il s'agisse d'aliénation pure et simple ou affectée d'une modalité quelconque.

118 - Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous précisons qu'il ne sera fait dans cette sous-division aucun commentaire sur la question de forme parce que le risque d'équivoque est beaucoup moins grand qu'en matière d'association verbale avec le bail. Un paragraphe sur les différents modes de constitution de l'emphytéose dans la section un du chapitre deuxième de la présente partie s'occupera de ce problème secondaire³²⁵.

a) L'absence d'aliénation pure et simple

119 - Le genre d'emphytéose dont l'administration publique se servait pour mettre en valeur certaines parties de son domaine était construit sur une double fiction: que l'emphytéote était soit locataire, soit propriétaire, alors qu'il n'était ni l'un ni l'autre; ce que l'état n'était pas sans

325 Infra, nos 166 et ss.

ignorer. Zénon trouva que ces fictions, utiles dans le secteur public, n'avaient pas leur raison d'être en droit privé. Aussi, annula-t-il la référence civile les autorisant, annula-t-il la référence faisant que l'emphytéote aurait normalement dû avoir soit une simple créance, soit la propriété. Ne pouvant plus dès lors constituer une variante du bail ou de la vente, l'emphytéose des particuliers devint donc le cinquième contrat consensuel. L'empereur ne s'est toutefois pas ouvert sur le sujet de l'étendue du droit de l'emphytéote. Il a simplement indiqué le moyen de déterminer telle dimension par un renvoi implicite à tout ce qui subsistait une fois les conséquences finales du rattachement civil habituel annulées³²⁶. Théoriquement, il est ainsi possible que le résidu soit à ce point considérable, qu'il faille s'incliner devant l'évidence d'une propriété emphytéotique. Mais, y a-t-il là plus qu'une possibilité?

120 - La réponse à cette question est négative et, ce, que l'on suive notre propre appréciation des lois I à III du code "de emphyteutico jure" ou que l'on adopte celle des vectigalistes à l'effet que l'emphytéose, contrat mitoyen entre la vente et le louage, accordait un droit mi-personnel, mi-réel. Selon nous, la propriété avait atteint son point limite de

326 Pour tout l'alinéa, supra, n^{os} 83-94.

dislocation avec l'aliénation emphytéotique et le texte de Zénon nous interdit d'aller plus loin. La masse prétorienne en matière d'amodiation emphytéotique peut donc équivaloir tout au plus au poids du droit de l'emphytéote à vente mesuré selon les canons du "jus civile". Justinien nous confirme dans cette opinion, puisque ses deux constitutions opposent pas moins de douze fois l'emphytéote au propriétaire³²⁷.

121 - Il est donc honnêtement impossible de soutenir, sur la base des documents dont l'institution québécoise tire sa substance, que l'emphytéote était et est un propriétaire. Arrive-t-on toutefois nécessairement à la même conclusion après examen et du texte des commissaires chargés de la codification et de celui de nos articles de loi? Il appert que oui, effectivement.

122 - En regard des articles 569, 575, 576 et 577 c.c., les codificateurs ont bel et bien affirmé que le "preneur devient propriétaire"³²⁸, et que c'est "une des conséquences de ce que l'emphytéote est propriétaire"³²⁹ qu'il doit supporter toutes les pertes survenant à la chose. "C'est encore comme

327 Code Justinien, IV, 66, 2-3.

328 Rapport des codificateurs, p. 408.

329 Ibidem,

propriétaire, poursuivent-ils, que l'emphytéote est tenu d'acquiescer tous les droits réels et fonciers dont l'héritage est chargé, et d'y faire toutes les réparations nécessaires, petites ou grosses"³³⁰. Ces paroles n'ont cependant pas le caractère probant qu'un esprit retors aimerait leur accorder. En effet, si on avait l'indécence de prendre au pied de la lettre les termes employés par les commissaires, il s'en suivrait une complète incompatibilité entre les qualités de preneur et de propriétaire attribuées à l'emphytéote et, fait beaucoup plus grave, nous serions contraints de taire volontairement leur sentiment clairement exprimé à l'effet que l'emphytéose est "un démembrement du droit de propriété, autant et plus que l'usufruit"³³¹. Mais alors, comment expliquer l'usage du mot propriété par ces Messieurs? C'est, en vérité, qu'ils envisageaient la propriété de l'emphytéote comme étant celle du domaine utile. A preuve, ils notent, en commentant les différents modes d'extinction de l'emphytéose, que le troisième paragraphe de l'article 579, c.c., "est fondé sur la justice et le bon sens qui veulent que dans ce cas (perte totale de l'héritage) le propriétaire perde son domaine direct et les droits

330 Ibidem,

331 Rapport des codificateurs, p. 362.

en résultant de même que le premier (l'emphytéote) perd son domaine utile et les avantages qui en découlent"³³². Or, quoique cette expression de "domaine utile" soit pour le moins déplacée depuis l'abolition de la tenure féodale au Canada en 1854, nous verrons plus loin qu'elle ne peut, dans son acception purement civile, s'entendre de la propriété et, ce, sous aucune considération³³³.

123 - Le texte même du Code, lui, est un peu plus gênant que le Rapport de nos codificateurs. L'emphytéote n'est pas nommément qualifié de propriétaire, mais c'est tout comme. Aux termes de l'article 569 c.c. "l'emphytéose emporte aliénation" et l'emphytéote "jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire". Ce dernier a bien, et nul ne le conteste, l'"usus" puisque toute tentative de la part du constituant en vue de se servir personnellement de l'immeuble cédé serait en violation de l'article 573 (1) c.c. et l'exposerait à un recours en plainte³³⁴. L'emphytéote a certes le "fructus" aussi puisqu'il peut, de l'avis de tous, soit pratiquer une politique de faire-valoir direct, soit percevoir des fruits civils en

332 Idem, p. 410. Les parenthèses sont de l'auteur des présentes.

333 Infra, n^{os} 155 et ss.

334 Art. 572 c.c.

transportant l'objet de son droit à un tiers³³⁵. Enfin, comment lui refuser l'"abusus" puisqu'il est seul autorisé à aliéner et hypothéquer l'héritage reçu³³⁶. Selon la trilogie classique des romanistes, le faisceau de ces attributs devrait donc constituer en la main de l'emphytéote un domaine de propriété complet. Pour logique que soit cette conclusion, nous refusons de la faire nôtre. L'un des arguments l'autorisant porte à faux par sa généralité et l'équation voulant qu'"usus" + "fructus" + "abusus" = "plena proprietas" est à repenser.

124 - Il est patent que l'"abusus" profite à l'emphytéote, mais, et c'est ce qu'il convient ici d'examiner, peut-on vraiment prétendre que ce dernier bénéficie du droit de disposer de la propriété de la chose? Nous évoquerons d'abord les réserves formulées à cet égard par la doctrine et la jurisprudence et donnerons par la suite notre opinion personnelle sur la question.

125 - Pour nombre d'auteurs et de juges, le problème se résout simplement: l'emphytéote jouit d'une fraction importante du "jus abutendi", mais une des composantes de cette prérogative lui fait forcément défaut puisqu'il ne peut mésuser

335 Art. 570 c.c.

336 C. Charron, op. cit., p. 15. Sur l'exclusivité du droit de vendre et d'hypothéquer l'immeuble, voir Infra, n^{os} 155 et ss.

du bien détenu. La pensée des tenants de cette position se retrouve toute entière dans le raisonnement suivi par l'illustre Mignault. La propriété, dit-il, "comprend le droit non seulement d'user (jus utendi), mais encore d'abuser (jus abutendi), c'est-à-dire de dénaturer, de détériorer, de détruire la chose qui en est l'objet. Donc, si l'emphytéote jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire, il aura nécessairement le droit d'abuser de la chose qui lui est baillée, de la dénaturer, de la détériorer, de la détruire. Or, ce droit, il ne le possède pas; s'il commet des actes d'abus, il encourt la déchéance du bail, c'est le législateur lui-même qui le déclare (art. 578). Il est donc inexact de dire d'une manière aussi absolue que le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire"³³⁷. Bref, l'emphytéote n'est pas propriétaire parce qu'il lui est interdit d'abuser. La démonstration manque de finesse et ne réussit guère à emporter notre conviction.

337 P.B. Mignault, op. cit., pp. 193-194. Dans le même sens: A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 511; L. Baudouin, op. cit., p. 462; W. de M. Marler, op. cit., pp. 135, 138; Jetté, op. cit., p. 99; J.-G. Cardinal, op. cit., p. 196; N.L. Rappaport, op. cit., pp. 269-270; C. Charron, op. cit., pp. 14-16, 20; Paul Martel, Le Placement Hybride, (1968-69) 71 R. du N., pp. 537-538; Pothier, op. cit., p. 186; *Guyot, op. cit., p. 682; *J. Domat, op. cit., p. 223; J. Lefort, op. cit., p. 289; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 290-291; G. Dufour, op. cit., p. 250; Troplong, op. cit., p. 136; Merlin, Répertoire du Jurisprudence, t. V, p. 722; Note sous Civ.¹, 1^{er} avril 1840, S. 40-I-433; Cossit et al v. Lemieux et Ratray, précité, p. 323;

126 Il est évident que Mignault déforme indûment le sens des mots "de la manière la plus absolue" contenus aux définitions québécoise et française du droit de propriété³³⁸. La souveraineté complète du propriétaire sur son bien, surtout s'il est immobilier, n'est depuis longtemps, sinon depuis toujours, qu'un mythe³³⁹. L'ampleur des restrictions imposées dans l'intérêt du voisinage immédiat ou de la collectivité toute entière nous est révélé par n'importe quel traité général de droit ou autres études plus spécifiques en la matière³⁴⁰. Ces limitations tempèrent tant et si bien l'absolutisme théorique dudit droit qu'il

Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité, p. 5179; No.229 v. M.R.N., précité, p. 67.

338 Les articles 406 c.c. et 544 C.N. sont identiques. Voir les propos plus mesurés de P.B. Mignault sur le "jus abutendi" à la page 477, tome II.

339 "C'est à cette légende de la propriété romaine absolue qu'il faut rattacher le sens parfois donné au mot 'abusus' (destruction de la chose pour son bon plaisir, alors qu'il signifie: consommation d'une chose consomptible par le premier usage) et au verbe 'abuti' dont on a tiré l'expression 'jus abutendi'" P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 89 (voir aussi les pages 57-59, 76, 78, 80, 172-174). "... Le membre de phrase sur lequel on met, à tort, l'accent principal semble avoir surtout une signification historique: déclarer la propriété affranchie de charges nombreuses, souvent vexatoires, qui, depuis la féodalité, l'étouffaient. Tel est le seul et véritable sens de la fameuse expression, si déformée au XIX^e siècle, 'de la manière la plus absolue'" H. De Page, op. cit., t. V, p. 780 (voir aussi la page 781). "Le droit de faire d'une chose absolument tout ce qu'on veut n'existe pas, ne peut pas exister..." Vareilles-Sommières, La Définition et la Notion Juridique de la Propriété, 1905, Rev. trim. dr. civ., p. 443 (voir aussi les pages 447, 449, 459).

340 A. Weill, op. cit., pp. 83-168; J. Carbonnier, op. cit., pp. 87-88; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., pp. 49-65;

est manifeste que son titulaire ne dispose nullement d'un blanc-seing à l'abus. Aussi, notre sentiment est-il plutôt à l'effet, en ce qui concerne l'aspect physique du "jus abutendi", que l'emphytéote exerce sur l'immeuble reçu une emprise comparable à celle d'un propriétaire et qu'il peut poser les mêmes actes que ce dernier.

127 - Il va de soi d'abord que l'emphytéote peut s'attaquer à la substance de la chose pour la transformer³⁴¹. Lui nier cette liberté de manoeuvre compromettrait gravement ses chances de réaliser les améliorations auxquelles il est tenu. N'est-ce pas là du reste, dans un changement d'exploitation ou

A. Colin et H. Capitant, op. cit., pp. 56-98; H. De Page, op. cit., t. V, pp. 794-826; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 104-110; L. Baudouin, op. cit., pp. 369 et ss.; André Cossette, Considérations sur le droit de propriété et son évolution, (1967-68) 70 R. du N., pp. 277 et ss.; Jean-Louis Baudouin, Aspects modernes de la propriété privée en droit québécois, (1964) 1 Rev. droit comp. Ass. québ., pp. 123 et ss.; Michel Pourcelet, L'évolution du droit de propriété depuis 1866, dans "Le droit dans la vie économique-sociale", (livre du centenaire du Code civil, II.), Montréal, 1970, Les Presses de l'Université de Montréal, pp. 2 et ss.

341 Larue v. Bellerive et al., (1891) 17 Q.L.R., 154, p. 157; D'Amours v. Sirois et al., précité, p. 253; Civ., 26 avril 1853, S., 53-I-445; Nîmes, 22 juin 1852, sous Req., 9 janv. 1854, S., 54-I-531; Req., 9 janv. 1854, S., 54-I-531, p. 533; Seine, 10 avril 1858, sous Civ., 11 nov. 1861, S., 62-I-91; Grenoble, 4 janv. 1860, S., 61-II-125; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., pp. 987, 989. Dans le même sens, mais sous la réserve de ne pas détériorer: *Guyot, op. cit., p. 682 (dans l'ancien droit); C. Demolombe, op. cit., p. 375 (dans l'ancien droit); *Sebire et Carteret, op. cit., p. 457; Denisart, op. cit., p. 457; Merlin, Répertoire de jurisprudence, t. V, p. 722; Pepin Le Haleur, op. cit., pp. 300-301, 352, 357;

de destination, d'apparence ou de superficie, la limite du possible avec un fonds pour son maître! Ce dernier ne peut faire qu'il n'en soit un³⁴².

128 - L'emphytéote peut aussi détériorer. Il faut en effet considérer l'article 578 c.c. comme un vestige d'une époque révolue: celle où l'obligation d'améliorer n'était pas de rigueur. A ce titre et de ce fait, la disposition est périmée et sa raison d'être au Code fort contestable. Toute l'utilité de cette règle était fondée dans l'ancien droit sur ce que le constituant entendait seulement, sauf indication expresse au contraire, que l'héritage transporté, avec ou sans constructions y dessus érigées ou uniquement ces dernières, conservent leur destination et valeur originaires. Le champ cultivé devait continuer de l'être, la maison et les bâtiments fermiers toujours entretenus, et les arbres, mines et carrières respectivement coupés et exploitées dans la mesure où, comme

Troplong, op. cit., pp. 143, 158; A. Weill, op. cit., pp. 563-564; H., L., et J. Mazeaud, op. cit., p. 321; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 192; A. Colin et H. Capitant, op. cit., pp. 199-200; P.B. Mignault, op. cit., pp. 211-213; Jetté, op. cit., p. 99.

342 Un fonds de terre a une assiette fixe, immuable que la main de l'homme et les cataclismes ne peuvent changer. Il n'y a que la contenance dudit immeuble et la façon d'exercer sa propriété sur icelui qui sont susceptibles d'être modifiées, affectées.

en matière d'usufruit, le propriétaire se livrait déjà à de telles pratiques³⁴³. En droit québécois cependant, il n'en est guère de même sur ce chapitre; entretenir ne suffit point. Conséquemment et à défaut d'en pouvoir nier son existence, l'article 578 c.c. doit, selon nous, être interprété non comme un tempérament au droit de disposition matérielle de l'emphytéote, mais plutôt comme un complément à l'obligation légale lui incombant au premier chef. Au demeurant, il est tout à fait inexact d'affirmer que le texte dudit article défend à ce dernier de détériorer. Il permet au contraire de soutenir l'inverse. L'emphytéote est autorisé à ce faire, mais ses actes de dégradation ne devront pas diminuer notablement la valeur du bien au moment de sa cession³⁴⁴. Selon le critère par la loi, il a ainsi toute latitude pour se livrer à des excès graves, puisque la valeur marchande dudit héritage comprend forcément la plus-value y donnée par les améliorations³⁴⁵.

343 *Guyot, op. cit., p. 682; *J. Domat, op. cit., p. 223; G. Dufour, op. cit., p. 168; Troplong, op. cit., p. 142; Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 295-296; J. Lefort, op. cit., p. 290. Pour l'inexistence de l'obligation d'améliorer dans l'ancien droit, voir supra, n^o 43.

344 Les mots "immeuble baillé" ne peuvent comprendre, ni référer à ce qui n'existait pas au moment de la constitution du droit d'emphytéose. La possibilité accordée au "bailleur" de demander la remise des "choses dans leur ancien état" confirme pareille interprétation de l'article 578 c.c. relativement à l'objet visé par la diminution de valeur.

345 Ex parte The Grand Trunk Railway Company, précité; Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité.

Une demande d'expulsion et de remise des choses dans leur ancien état ne nous apparaît donc probable que si le constituant est en présence d'un fou furieux. Encore faudra-t-il établir que les dégâts causés ont un caractère quasi-permanent, que l'emphytéote n'est plus en mesure d'y remédier avant l'expiration du terme convenu, car c'est alors seulement qu'on saura s'il y a eu ou non dépréciation véritable, s'il y a eu ou non défaut d'améliorer³⁴⁶. Cette opinion n'est nullement contraire à la seule décision rapportée dans nos annales sur ce point. L'arrêt Coffin c. Quinn et al³⁴⁷ est en effet mal fondé en droit, quoique bien rendu en équité. D'une part, le tribunal a jugé "ultra jure" en condamnant l'emphytéote à des dommages-intérêts sur une action en résiliation, éjection et restauration intentée en vertu de l'article 578 c.c.³⁴⁸, d'autre part, le seul remède approprié en l'espèce était celui fourni par l'article 1053 c.c., parce que les richesses du sous-sol étaient

346 Sur le délai dont dispose l'emphytéote pour effectuer ses réalisations, voir infra, n° 277.

347 (1891) 14 L.N. 306.

348 L'article 578 c.c. ne donne aucune liberté au juge pour réduire la portée du recours autorisé si la dépréciation est négligeable.

demeurées la propriété pleine et entière du constituant, avaient été exclues de l'objet du droit de l'emphytéote.

129 - Enfin, le pouvoir de destruction de l'emphytéote est aussi illusoire que celui d'un propriétaire foncier. Tout puissant que soit ce dernier, il n'arrivera jamais à faire le vide complet au site juridique du lot sur lequel il exerce son "dominium"³⁴⁹. Dès lors, on ne peut chercher noise au premier de n'être à même de réaliser ce qui échappe au second. Ce n'est là qu'affaire de bon sens. Certes, dira-t-on, mais l'évidence de la chose n'est-elle pas mise à rude épreuve, voire contredite, dans le cas où l'immeuble à améliorer est un bâtiment à l'exclusion du sol lui servant d'appui? L'objection ne manque pas d'à propos, car la pulvérisation d'un tel objet n'est pas imaginable. En se livrant à l'expérience, l'emphytéote irait directement à l'encontre de la disposition de l'article 581 c.c. lui commandant de remettre les biens reçus quand son droit prend fin. Conclusion: il bénéficie d'un "abusus" ébréché. Faux. Comme il le sera par la suite démontré, il n'est permis de constituer un droit d'emphytéose que sur un fonds de terre; ce dernier pouvant par ailleurs être ou ne pas être nu³⁵⁰.

349 Supra, note 342.

350 Infra, n^{os} 168 et ss. Dans l'ancien droit, on pouvait donner à emphytéose des constructions seulement. Le procédé était alors acceptable puisque l'emphytéote s'en tenait à l'entretien.

130 - Sur le terrain de la matérialité du "jus abutendi", il suit, démonstration faite, que l'emphytéote est l'égal du maître. Il l'est tout autant, semble-t-il, sous l'angle de la disposition légale. N'a-t-il point, comme un propriétaire, "l'aptitude de passer tous les actes susceptibles de restreindre, décomposer ou même anéantir son droit"³⁵¹? Tel est, en effet, le pouvoir que lui accorde l'article 570 c.c., auquel il convient de joindre le droit d'expose³⁵². De plus, magistrats et auteurs n'ont-ils pas de tout temps refusé la qualité d'emphytéote à quiconque n'avait pas faculté de pareille étendue³⁵³? Il serait donc en preuve que l'emphytéote est le propriétaire de l'immeuble reçu! Nullement. Au vu du dossier présenté, il apparaît

351 A. Weill, op. cit., p. 33.

352 Arts 573 (2), 579 (4), 580 c.c.

353 Larue v. Bellerive et al, précité, p. 157; Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité, pp. 200-201; D'Amours v. Sirois et Caron, précité, p. 254; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd et al, précité, pp. 153-154; No. 229 . M.R.N., précité, p. 67; Rosenstone v. M.R.N., 71 D.T.C. 688, p. 694; Befega Inc. v. M.R.N., 72 D.T.C. 6170, p. 6173; St-Lawrence Warehouse Inc. v. C.N.R., (1973) C.A. 221, pp. 223-225; Civ. , 6 mars 1850, S.50-I-210; Civ. , 24 août 1857, S.57-I-854; Grenoble, 4 janv. 1860, S.61-II-125; Req. , 6 mars 1861, S.61-I-713; Civ. , 11 nov. 1861, S.62-I-91; Civ. , 26 janv., 1864, S.64-I-91; Cass., 6 juill. 1931, S. 1931-I-376; W. de M. Marler, op. cit., pp. 135-136; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 515; N.L. Rappaport, op. cit., p. 270; C. Charron, op. cit., p. 16; A. Colin et H. Capitant, op. cit., p. 199. Contra: Coffin v. Quinn et al, précité, p. 307; Civ. , 12 niv., an XII, S. Chr.; P.B. Mignault, op. cit., pp. 198, 200; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, op. cit., p. 845.

seulement que les mots "jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire"³⁵⁴ doivent être pris en bonne part, parce que sciemment employés par le législateur; que ces mots confèrent à l'emphytéote, sujet aux réserves habituelles en matière de propriété, un droit de disposition équivalent à celui du maître. Rien de moins, mais rien de plus n'est admissible, car le code laisse entrevoir qu'il existe en l'occurrence "a difference slight in fact, but clear in law"³⁵⁵ entre jouir de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire et être effectivement propriétaire en titre de la chose. Différence nettement perceptible à la lecture, entre autres, des articles portant que la cession et le droit en découlant sont temporaires³⁵⁶, que les droits du constituant ne peuvent subir préjudice des aliénation, transport ou hypothèque consentis par l'emphytéote³⁵⁷ et que, enfin, ce dernier détient précairement la chose d'autrui, c'est-à-dire avec reconnaissance d'un domaine supérieur³⁵⁸. En conséquence, l'"abusus" de

354 Art. 569 c.c.

355 Lord Dunedin, dans City of Montreal v. Watt and Scott Ltd., (1922) 2 A.C. 555.

356 Arts 567, 568, 569, 573, 577, 579, 581 c.c.

357 Art. 570 c.c. qui rappelle la règle "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet".

358 Art. 2203 c.c.

l'emphytéote se restreint nécessairement aux composantes profondes de son droit et la notion de propriété comprend forcément, comme en témoigne la fraction retenue par le constituant, une dimension inconnue des auteurs du trinôme algébrique.

131 - Depuis des siècles, la notion de propriété s'analyse dans le cadre étroit d'un triptyque célèbre, d'une formule à succès érigée en postulat intangible. Mais, il en est des combinaisons comme des maximes: elles dispensent trop souvent de la réflexion. La sempiternelle équation née de l'extrapolation³⁵⁹ et revêtue de l'autorité conférée par le verbe latin ne fait pas exception en la matière. Considérant comme une donnée acquise de la science juridique que la propriété se ramenait à une trinité de droits collectifs, la doctrine en vint graduellement, pour dégager le concept de "nuda proprietas" expliquant la rationalité des démembrements, à faire de l'un d'eux, le "jus abutendi", le lot exclusif du propriétaire³⁶⁰. Siège confortable et sacro-saint de la propriété, ce dernier ne pouvait s'en départir sans voir disparaître son droit. L'"abusus" reçut donc le titre rassurant d'attribut distinctif de la propriété et tous se portèrent à l'assaut de problèmes plus

359 P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 57.

360 "Aubry et Rau, Demolombe, Pothier, pour ne citer que les princes, sont formels sur ce point". (Vareilles-Sommières, op. cit., p. 541).

complexes. Toute déférence due au poids de la tradition, nous sommes au regret de constater défaut de correspondance entre cet enseignement et la réalité. Si la propriété est envisagée et conçue comme un amalgame de trois services principaux, par opposition aux services déterminés profitant à d'autres sur le même objet, force est de convenir qu'elle cesserait d'être conforme à sa définition dès le premier morcellement. Ce que nul n'admet bien entendu, invoquant la capacité reconnue dudit droit de survivre à de multiples amputations. Soit! Mais c'est alors avouer que la propriété se réduit à un démembrement d'elle-même sans indiquer pourquoi le détenteur du lambeau dit "nue", plutôt que d'un ou des autres, a droit au titre tant convoité. Non point, reprend-t-on habituellement en chœur. Le maître est ce qu'il est parce qu'il retient l'essentiel, le principal: le pouvoir de disposition. Nous voulons bien, à condition toutefois que cette faculté "soit inséparable de la propriété et qu'elle ne se retrouve dans aucun autre droit"³⁶¹. Tel n'est pas le cas. D'une part, "la possibilité de disposer juridiquement de son droit en l'aliénant n'est nullement caractéristique de la propriété"³⁶². Au

361 S. Ginossar, Droit Réel, Propriété et Créance, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 30.

362 Marcel Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, 3^e éd., t. I, Paris, Cotillon, 1904, p. 749, note 1^o. Voir aussi: Vareilles-Sommières, op. cit., p. 455; A. Weill, op. cit. p. 34; S. Ginossar, op. cit., p. 31.

contraire, "ce caractère de cessibilité est commun en principe à tous les droits réels, sauf un petit nombre d'exceptions"³⁶³ et il s'étend même aux droits de créance³⁶⁴. D'autre part, le privilège de disposer matériellement de la chose échappe au propriétaire d'icelle, s'il la loue ou la grève de servitudes personnelles ou réelles; les bénéficiaires directs ou indirects de ces droits jouissant dès lors de l'"abusus" à des degrés variables³⁶⁵. Ces constatations étant indéniables, il suit naturellement que la construction traditionnelle est incomplète et qu'il nous faut, sinon nous en départir entièrement, du moins la parfaire.

132 - Le vice du système classique tient à ce qu'il est donné nom et définition à la propriété davantage à raison des droits y compris, qu'à raison de ceux qu'elle est susceptible de comprendre. L'accent ainsi mis sur l'addition plutôt que sur la potentialité, il n'est guère surprenant que la propriété

363 Ibidem. Parmi les exceptions, on peut mentionner les droits d'usage et d'habitation (494 et 497 c.c.). Il est toutefois loisible aux parties de déroger par contrat aux dispositions du Code en la matière: Goulet v. Gagnon, (1882) 8 Q.L.R. 208.

364 Arts 596, 1570 c.c.

365 L'"abusus" du propriétaire est paralysé par l'obligation de respecter les droits concédés sur sa chose et souvent le locataire, l'usufruitier, le maître du fonds dominant, auront pouvoir de transformation et de destruction.

soit apparue comme un "monopole à caractère absolu"³⁶⁶. Notre observation sur le vif a cependant démontré que "si l'on reconnaît à quiconque certains des avantages de la propriété sans lui conférer la qualité de propriétaire, c'est donc que le propriétaire peut être privé des mêmes avantages sans pour cela perdre sa qualité de propriétaire"³⁶⁷ et "que ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition, ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété"³⁶⁸. En conséquence, l'évidence est nettement à l'effet qu'il manque un monôme à l'équation des romanistes; monôme qu'il sied, eu égard au privilège unique du maître, sur le plan juridique, d'attirer à lui les fragments épars de son droit, de dénommer "vis attractiva". Le mot, emprunté au langage féodal, est de nous, mais l'idée vient d'un auteur grave de la fin du siècle dernier, début du présent: le marquis de Vareilles-Sommières, qui préférerait l'expression d'"arrière-droit". Voici comment

366 A. Colin et H. Capitant, op. cit., p. 27. Voir aussi: H., L., et J. Mazeaud, op. cit., p. 26; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 477; L. Baudouin, op. cit., p. 373; W. de M. Marler, op. cit., p. 31; M. Planiol, op. cit., p. 745.

367 S. Ginossar, op. cit., p. 27.

368 S. Ginossar, op. cit., p. 31.

il s'exprime:

"De ce que le propriétaire, en principe, a droit à tous les services de la chose, il suit que, si les lois positives ou les droits d'autrui sur la même chose qui l'empêchent d'en tirer certains services viennent à disparaître, il profite de l'abrogation de ces lois, de l'extinction de ces droits et peut désormais tirer de la chose les services dont il a été temporairement privé.

En d'autres termes (...), il suit qu'il a un arrière-droit à ceux de ces services auxquels actuellement et par exception, de par les lois positives ou de par ses conventions, il n'a pas droit.

Le titulaire de tout autre droit réel ne peut jamais prétendre qu'aux services spécifiés dans son titre. Il n'a pas à bénéficier de la vacance des services auxquels il n'a jamais été appelé, et ne profiterait en rien, par exemple, de l'extinction de la propriété elle-même"³⁶⁹.

133 - Or, qu'en est-il sur ce chapitre dans la tenure emphytéotique? Qui de l'emphytéote ou du constituant a en sa main un pouvoir "résiduaire"? Le Code a répondu on ne peut mieux à la question en indiquant ce qu'il advient de l'immeuble

369 Vareilles-Sommières, op. cit., pp. 444-445. S. Ginossar (op. cit., p. 32) tient le même langage: "Néanmoins, vienne à s'éteindre l'usufruit ou la servitude, à expirer le terme du bail, à disparaître l'effet de la clause d'inaliénabilité, et aussitôt les restrictions qui en résultaient s'évanouissent: le propriétaire reprendra 'ipso jure' l'exercice de son pouvoir dans la mesure même où il en avait été privé. Voici qui nous met sur la voie. Si le droit de propriété peut n'être ni total, ni perpétuel, il sera toujours résiduaire, (...). En d'autres termes, la propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer; mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité".

et du droit sur icelui concédé si le service du canon est interrompu pendant trois années consécutives³⁷⁰, s'il y a déguerpissement³⁷¹, si le terme du contrat est échu³⁷² ou si certaines infractions condamnables sont commises³⁷³. Dans tous ces cas, le constituant, fort de la "vis attractiva" retenue, retrouvera ou pourra à son gré retrouver la plénitude perdue de son droit; ce qui implique que, de son côté et pendant sa jouissance, l'emphytéote ne pouvait avoir plus que reçu, soit les couleurs de la propriété et non la propriété elle-même. N'est-ce pas là au demeurant ce qu'énonce en des termes un tant soit peu différents l'article 569 c.c.!

134 - La preuve est ainsi faite que l'institution étudiée n'emporte pas en droit privé, tant romain que québécois, transfert complet de la propriété en faveur de l'emphytéote. A ce jour, nous ne connaissons du reste personne qui ait soutenu le contraire avec force détails. Il y a bien eu ici et là un "lapsus linguae" qu'il convient de citer pour mémoire³⁷⁴, mais généralement parlant on peut affirmer que les mots

370 Art. 574 c.c.

371 Arts 573 (1), 580 c.c.

372 Art. 579 (1), c.c.

373 Art. 579 (2), c.c.

374 Ex parte The Grand Trunk Railway Company, précité, pp. 58-59; Coffin v. Quinn et al, précité, p. 307; Fraser v. Brunette

aliénation, propriété et propriétaire employés en relation avec emphytéose ou emphytéote se rapportaient toujours soit au domaine utile, soit, comme il est souvent dit, à une espèce, sorte ou genre de propriété limitée, dans son étendue, par le temps ou par une condition³⁷⁵. Ces dernières hypothèses sont dignes de considération. Nous les examinerons successivement; la seconde, sur le champ, la première, dans la section suivante³⁷⁶.

b) L'absence d'aliénation affectée d'une modalité

135 - Le refus de propriété servi à l'emphytéote au motif qu'il n'a pas la "vis attractiva" ne laissera sans doute pas de surprendre. Certains, abhorrant la nouveauté, concourront au dispositif sans partager nos vues sur le considérant.

(1887) , 19 R.L. 305, pp. 308-310; The Montreal Harbour Commissioners v. The Record Foundry & Machine Company et al, (1909) 38 C.S. 161, p. 171; Lampson v. City of Quebec, précité, p. 349; Fraser v. The Rivière-du-Loup Pulp Co. Ltd. et al, précité, pp. 545, 565. Dans ces arrêts, il n'y a absolument aucune élaboration de l'idée d'une propriété complète. Le mot est simplement utilisé sans restriction pour qualifier l'emphytéose. Nous inclinons à croire qu'il y a eu, en l'occurrence confusion avec le bail à rente.

375 Il ne peut donc être question de citer juges et auteurs hors texte dans le simple but de faire croire qu'ils ont opiné dans le sens de la "plena proprietas" de l'emphytéote sur l'immeuble.

376 Infra, n^{os} 144 et ss.

D'autres, plus perspicaces ou plus téméraires peut-être, feront remarquer que le lien de propriété fondé sur l'élément dit "vis attractiva" est trop ténu, qu'il s'est en l'occurrence rompu et qu'il y a lieu d'expliquer la situation par l'une des modalités possibles de la propriété. Sur les premiers, le temps fera son oeuvre. Aux seconds, nous répondrions volontiers, au risque d'être mal compris cependant, que somme toute le droit de propriété n'est "autre chose que la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne"³⁷⁷. Pour plus de clarté, nous leur donnerons toutefois la réplique sur le terrain de leur choix.

136 - Nous considérerons par ordre les modalités connues comme le terme, la condition et la copropriété, en omettant pour défaut de congruité les cas de la propriété apparente et inaliénable. Le terme et la condition seront d'ailleurs analysés sous un même titre, étant entendu qu'il est en l'espèce impossible de séparer les deux éventualités depuis la codification³⁷⁸. Enfin, de la superficie, il ne sera dit mot puisque cette partie de notre travail a trait uniquement aux relations des parties sur le fonds concédé.

377 S. Ginossar, op. cit., p. 33.

378 Depuis 1866, la durée de l'emphytéose ne peut excéder 99 ans et l'emphytéote est de droit tenu d'améliorer (567, 568, 577 c.c.).

1°) Propriété temporaire et résoluble

137 - Etude sous une même rubrique ne signifie nullement étude simultanée, difficile à concevoir du reste. Les éléments terminaux de l'intitulé ci-dessus seront donc fictivement disjointes aux fins d'examen et de traitement.

138 - Au milieu du siècle dernier, la Cour de Cassation prit momentanément trop à coeur les intérêts de l'Administration de l'Enregistrement dans la perception des droits de mutation. Elle décida alors à plus d'une reprise que "l'effet propre et particulier du bail emphytéotique est d'opérer la translation et l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose"³⁷⁹. Ces arrêts furent très mal accueillis par des juristes émérites de l'époque³⁸⁰. On leur reprochait d'avoir été rendus au mépris des vérités acquises. Peu de temps après et suite à ces réactions sans doute, le tribunal suprême se départit à jamais de sa position antérieure, revint naturellement aux notions classées dans le "donné"³⁸¹. En effet, la perpétuité

379 Civ. , 1^{er} avril 1840 (1^{ère} espèce), S. 40-I-433. Dans le même sens: Civ. , 24 juill. 1843, S. 43-I-830; Cass., 18 mai 1847, S. 47-I-623; Civ. , 6 mars 1850, S. 50-I-210; Civ. , 23 fév. 1853, S. 53-I-206. Voir aussi: Damours v. Sirois et al, précité, p. 254.

380 Note sous Civ. , 1^{er} avril 1840, S. 40-I-433; observations de Troplong, précédant l'arrêt du 12 mars 1845 (S. 45-I-382); Pepin Le Haleur, op. cit., pp. 346-347.

381 Le tribunal revint à la théorie du double domaine dans Cass., 26 avril 1853, S. 53-I-445, puis opta définitivement pour celle du démembrement de la propriété à compter de Req. , 6 mars 1861, S. 61-I-713.

du droit de propriété, même contestée sous certains de ses aspects³⁸², demeure aujourd'hui encore l'une des valeurs les plus sûres sur le marché des idées reçues. On n'admet point, sauf un petit nombre d'exceptions qui n'en sont pas vraiment³⁸³, qu'une personne puisse "céder la propriété de sa chose pour un temps limité"³⁸⁴, puisse "être propriétaire pour X années"³⁸⁵ seulement. Quiconque de nos jours désire rendre compte de l'emphytéose par la propriété "ad tempus" se heurtera ainsi à une doctrine et à une jurisprudence bien établies.

139 - A notre avis, il ne suffit toutefois pas de souligner que les tenants probables d'une propriété emphytéotique temporaire se jouent de malheur. Il faut aussi parer, en autant

382 Voir, sur la question, G. Marty et P. Raynaud, op. cit., pp. 57-60.

383 Il est universellement reconnu que les droits de "propriété" littéraire, artistique et industrielle sont improprement qualifiés. De plus, retarder le transfert de propriété dans une vente ou une donation ne signifie pas qu'elle devient temporaire, mais seulement que son titulaire actuel aura "temporairement droit aux services perpétuels de la chose" (Vareilles-Sommières, op. cit., p. 458). Enfin, le droit de superficie né d'un bail avec permission ou obligation de construire n'est pas un tempérament aux principes de la pérennité, parce qu'au moment de la signature du contrat le bailleur n'a cédé aucune propriété au locataire (l'objet du droit de superficie n'existe pas encore). Il n'a fait que renoncer à une de ses prérogatives pour permettre au locataire de profiter éventuellement de la propriété superficielle. Qui plus est, c'est alors la modalité de la propriété qui est temporaire, et non la propriété elle-même. Infra, n^{os} 377 et ss.

384 H. L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 60.

385 Ibid, p. 101.

que faire se peut, aux attaques éventuelles de ceux qui chercheront tout bonnement à nous confondre. L'objection à prévoir est la suivante. Ayant auparavant démontré que la faculté de disposer du bien détenu profitait à l'emphytéote pour la durée du délai prévu au contrat³⁸⁶, nous ne devrions pas pouvoir repousser les prétentions à la propriété bornée à temps par une théorie du "perpetuum jus" fondée essentiellement sur la contradiction "in terminis" résultant de la combinaison du terme et de l'"abusus"³⁸⁷. La manoeuvre serait habile mais sans plus, car nous répudions l'argument habituellement invoqué au soutien de la perpétuité de la propriété sans nier pareille vocation à ce droit. Ceci dit, il n'est nul besoin, pour refuser l'application de la propriété "ad tempus" à l'emphytéose, de chercher en quoi le caractère de perdurabilité du droit de propriété se vérifie, car l'incompatibilité couramment avancée est imaginaire en ce qui concerne les fonds de terre. On peut très bien s'en tenir à l'illogisme même de la proposition.

140 - Supposons un instant que l'emphytéote soit propriétaire pour une durée prédéterminée. A ce titre et

386 Supra, n^{os} 123 et ss.

387 A. Weill, op. cit., p. 270; A. Colin et H. Capitant, op. cit., p. 141; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 60.

contrairement à la distinction d'abord faite par Zénon³⁸⁸, tous les risques seraient alors à sa charge. De plus, advenant exercice du droit d'exponse par lui, son déguerpissement devrait normalement profiter à l'état³⁸⁹ et non au constituant ou à ses ayants-droit³⁹⁰, simples créanciers d'une obligation de transférer à terme en l'occurrence. Enfin, nous devrions reconnaître que le législateur a erré en ne classant point l'institution au Titre cinquième du Livre trois du Code³⁹¹ et en refusant à l'emphytéote l'action pétitoire³⁹². Des conséquences de la thèse donnée comme réelle, on voit que, loin d'expliquer rationnellement le concept d'emphytéose, elle l'embrouille. Nous la rejetons donc sans plus ample discussion.

388 Code Justinien, IV, 66, I. La distinction sur le partage des risques en cas de perte totale ou partielle se retrouve au Code (575, 579 c.c.) et fut de tout temps suivie.

389 Arts 401 et 504 c.c. Voir aussi: H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 61; A. Colin et H. Capitant, op. cit., p. 137; A. Weill, op. cit., pp. 253-254; M. Planiol, op. cit., p. 820.

390 Sur la faculté d'abandon en général, voir: Silvio Lessona, Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil, 1912, Rev. trim. dr. civ., pp. 361 et ss.; André Breton, Théorie générale de la renonciation aux droits réels, 1928, Rev. trim. dr. civ., pp. 261 et ss.; Louis Seillan, L'acte abdicatif, 1966, Rev. trim. dr. civ., pp. 288 et ss.

391 L'emphytéose se situe pour l'heure au Titre V du Livre II du Code.

392 Art. 572 c.c. Sur le refus de la doctrine et de la jurisprudence québécoise à accorder l'action pétitoire à l'emphytéote, voir infra, no 270.

141 - Les difficultés d'interprétation surgissant de l'hypothèse d'une propriété conditionnelle ne sont pas moins grandes. S'agirait-il d'une condition suspensive où l'emphytéote recevrait la propriété s'il exécutait telles améliorations et et servait tant de fois le canon sans défaillir, qu'il serait, "pendente conditione", limité aux actes et mesures conservatoires³⁹³, il n'aurait qu'un "jus ad rem"³⁹⁴. Or, il appert que l'article 570 c.c. lui accorde davantage. Du reste, même tout empêchement levé sur ce point par des moyens qui nous échappent pour l'instant, l'emphytéote ne jouirait-il pas toujours, en réalisant les conditions sus-mentionnées, d'une propriété restituable à l'expiration du temps pour lequel l'emphytéose peut être contractée, d'une propriété bornée à temps? S'agirait-il au contraire d'une condition résolutoire où l'emphytéote serait, "ab initio", pleinement propriétaire sous réserve du paiement fidèle de la rente et de la concrétisation des améliorations promises, que nous aurions à réitérer les propos tenus à l'alinéa précédent sur le partage des risques, la faculté

393 Un propriétaire sous condition suspensive n'a droit à plus: H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 102; A. Weill, op. cit., p. 276; J. Carbonnier, op. cit., p. 100; L. Baudouin, op. cit., p. 595; 1086 c.c.

394 Sur la qualification et l'étendue du droit d'un propriétaire sous condition suspensive, voir entre autres: Asselin v. Lévesque, (1913) 44 C.S. 481; Lamoureux v. Robert et al, (1935) 41 R. de J. 29; Robitaille v. La Compagnie d'Assurance Stanstead et Sherbrooke et al, (1948) C.S. 443.

d'abandon et l'action en revendication³⁹⁵. Au demeurant, la réalisation d'une des conditions ne devrait-elle pas logiquement, par son effet rétroactif, dispenser le constituant de l'obligation ingrate de se pourvoir en justice pour faire à la fois constater et prononcer la déchéance des droits de l'emphytéote? L'article 579 (2) c.c. l'y soumet pourtant. Il n'en faut pas plus, croyons-nous, pour écarter cette solution qui, comme celle axée sur la modalité du terme, semblait plaire à Mignault³⁹⁶.

2°) Copropriété

Si le mot et l'idée de copropriété ont été à l'occasion employés en relation avec l'emphytéose, on ne peut pour autant conclure que les responsables entendaient par là traduire la réalité de l'institution moderne.

142 - Ainsi, c'est à une indivision entre maîtres des domaines éminent et profitable dans l'ancien droit que songeaient Foelix et Henrion en affirmant que "l'emphytéote à temps avait, conformément au droit romain, acquis la copropriété du fonds pour le temps de la durée du contrat"³⁹⁷. Il en est de même,

395 Supra, n° 140.

396 "Si la propriété pouvait être temporaire et limitée, on ne saurait trouver une expression qui rende mieux compte de l'emphytéose". P.B. Mignault, op. cit., p. 194, note b.

397 Foelix et Henrion, Rentes foncières, p. 24, reproduit par Chs. C. de Lorimier, op. cit., t. V, pp. 34-35.

avec application au droit post-révolutionnaire français, pour la Cour royale de Paris qui, dans un arrêt du 10 mai 1831, déclarait que l'emphytéose "confère tout à la fois une jouissance usufruitière à longues années et une copropriété entre le bailleur et le preneur"³⁹⁸. Or, comme il s'agit dans les deux cas non pas de copropriété au sens propre du terme, mais plutôt d'une version alambiquée de la théorie du "duplex dominium", nous disposons de ces opinions par un renvoi à tout ce qui a été et sera dit sur icelle pour l'époque romaine ou toute autre période de l'histoire³⁹⁹. Quant à L. Perret, il énonce deux vérités complémentaires dans une même phrase en opinant, au commentaire d'une affaire récente, qu'"il serait en fait plus exact de dire que sur cet immeuble (cédé en emphytéose) s'exercent deux droits de propriété différents, l'un absolu, l'autre réel immobilier démembrant presque totalement le premier, et qu'il en résulte ainsi deux propriétaires concomitants"⁴⁰⁰. C'est-à-dire, d'une part, que la tenure emphytéotique est en soi un "cizaillement" de la propriété et,

398 Paris, 10 mai 1831, S. 31-II-153. La cour de Cassation rejetta le pourvoi en appel et repoussa la théorie du tribunal inférieur: Req. , 19 juill. 1832, S. 32-I-531.

399 Supra, n^{OS} 114 et 122 . Infra, n^{OS} 155 et ss.

400 Louis Perret, (1971) 2 R.G.D., 85 pp. 107-108.

d'autre part, que le droit d'emphytéose est, considéré par rapport au titulaire d'icelui, un objet de propriété. La suite de ses propos nous confirme sur ce⁴⁰¹ et il ne mérite donc en aucune façon de se faire taxer de "copropriétaire".

143 - Il faut toutefois trouver mieux que l'absence d'autorités complaisantes pour tourner le dos à une hypothèse. Nous intimons par conséquent que la solution de copropriété doit être repoussée au motif de son inconciliabilité avec les textes de loi sur l'emphytéose. Cette dernière, en effet, ne s'analyse pas en un régime durable et organisé de l'indivision. Il est d'abord impossible, au vu des articles concernés, d'exprimer en pourcentage numérique l'importance respective des quote-parts abstraites du constituant et de l'emphytéote⁴⁰². De plus, ledit constituant est privé de la jouissance de l'héritage pendant toute la durée prévue au contrat⁴⁰³ et l'emphytéote ne bénéficie pas de l'acte abdicatif de son coindivisaire⁴⁰⁴. Enfin, il n'intervient à l'expiration du terme convenu aucun partage ayant pour effet de remplacer les fractions indivises de chacun par

401 Ibid., pp. 108-110.

402 Habituellement, on est vite fixé sur ce point soit en comptant le nombre de copropriétaires, soit en se référant aux termes du contrat.

403 Arts 567, 569, 572, 573 c.c.

404 Ce qui se produit pourtant en matière d'indivision ordinaire: A. Breton, op. cit., pp. 278, 352.

des portions divisées sur le fonds⁴⁰⁵. Non! en vérité, cette modalité explicative est entachée du même vice que les deux précédentes, soit celui de vouloir faire participer l'emphytéote à la propriété alors que son droit est restreint aux principaux attributs d'icelle.

Par voie d'élimination progressive, nous arrivons en fin de compte à la seule option plausible: celle du "jus in re aliena".

Section II - Le droit réel sur la chose d'autrui

144 - La porte de l'antithèse débouche sur le vestibule des démembrements du droit de propriété sans nous révéler la dimension exacte des pièces mises à la disposition de l'emphytéote québécois par le propriétaire-constituant. Il est à prévoir cependant que ce dernier lui cèdera les appartements jadis réservés par ses aïeux à l'emphytéote byzantin, ancêtre lointain mais direct de son invité de marque. Pour en avoir la certitude, pour savoir si l'hôte divise toujours sa propriété de la même façon pour accueillir l'emphytéote, il suffit en fait de comparer les plans du maître d'oeuvre Zénon avec ceux déposés au Code par les architectes de 1866. Cette étude comparative nous fera voir que lesdits appartements ont été redécorés

405 Bien au contraire, il semble que l'emphytéote devrait alors subir l'expropriation de ses droits sans indemnité.

au goût du jour sans que l'espace habitable ait été pour autant réduit, ni l'originalité du style primitif trahie.

Paragraphe I - Le démembrement romain

145 - Zénon nous a donné la mesure du droit d'emphytéose par un renvoi restrictif. La réglementation alors en vigueur sur la tenure de ce nom continuait d'être applicable, sauf pour ce qui avait trait à l'acte constitutif, dorénavant unique, et à la répartition des risques ou autres détails du genre, désormais indépendants du choix des modes constitutifs anciennement usités. Ce faisant, il a rassemblé en un seul contrat de droit privé l'essentiel des conventions emphytéotiques employées par l'administration publique sur le "patrimonium principis", conventions qui prenaient volontiers les formes du louage et de la vente sans vraiment faire de l'emphytéote un locataire ou un propriétaire⁴⁰⁶.

146 - Or, veut-on aujourd'hui et à notre tour fixer avec précision l'étendue du droit conféré sur une propriété privée de l'époque par l'emphytéose byzantine, qu'il faut en premier lieu interpréter l'intervention de l'empereur comme un retour aux sources primitives de l'institution. La connaissance acquise à la fois du contenu des pactes administratifs ci-dessus mentionnés et des raisons d'opportunité qui ont présidé à la

406 Supra, n^{os} 83-93.

sélection de ces moules devra aussi être mise à profit. Enfin, il faudra savoir tirer avantage dans notre tâche des informations précieuses que nous ont apportées de récentes découvertes.

147 - L'emphytéose de droit privé, n'ayant plus par la grâce de Zénon à revêtir les apparences trompeuses de la vente ou de la location, devenait ce qu'était l'emphytéose administrative dépouillée des enveloppes imposées dans le principe du respect de la typicité des conventions "consensu", redevenait par contrat "sui generis" ce qu'elle avait été d'antan, par occupation, sous les lois "Manciana" et "Hadriana". Seul le cadre légal fut à nouveau changé, car, en ce, ledit Zénon n'a guère agi autrement que ses prédécesseurs en titre. Mais sans agir autrement, il alla tout de même plus loin, puisqu'il fit ce qui était impensable pour eux, puisqu'il ajouta l'emphytéose à la liste fermée des contrats civils consensuels. Ce geste lui coûta peu, pensons-nous. Sachant en effet que l'amodiation et l'aliénation emphytéotiques étaient fondées sur des fictions⁴⁰⁷, que l'occupation emphytéotique avait d'abord été pratiquée sur les terres privées de grands propriétaires provinciaux⁴⁰⁸, que la vente emphytéotique était

407 Supra, n^{os} 76-83, 110-114.

408 Supra, n^{os} 18-31.

une version à peine déguisée de la tenure manciennne⁴⁰⁹ et, enfin, que le processus d'affermissement du droit du preneur vectigalien amorcé par le prêteur avait été initialement conçu pour et à l'intention des possesseurs d'"agri occupatorii vel artificiales"⁴¹⁰, l'empereur prit tout bonnement une décision qui s'inscrivait dans la trame logique des événements en la matière. En un temps qui n'était plus aux artifices, il dépouilla la tenure des masques voilant inutilement son essence et son originalité. Du coup, l'institution retrouva sa pureté perdue, vint occuper une case où le fond l'emporte sur la forme. C'est dire qu'il suffit, pour jauger la profondeur du droit de l'emphytéote privé, de préciser la condition du "mancianus cultor".

148 - D'après l'inscription d'Henchir Mettich, c'est l'occupation qui sert de titre à ceux qui mettaient en valeur soit les "subcesiva", soit les "superficies" sises respectivement à l'extérieur et à l'intérieur du domaine de la "Villa Magna Variani"⁴¹¹. Par cet acte, les intéressés recevaient "un droit analogue à celui qui, aux premiers siècles de Rome, fut accordé

409 Supra, n^o 109.

410 P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 65; G. Lepointe, op. cit., pp. 11-13, 55; P. Bonfante, op. cit., pp. 298-299; R. Monier, op. cit., t. I, p. 384; E. Garsonnet, op. cit., p. 116; A. Hajje, op. cit., p. 15; J. Ellul, op. cit., pp. 403-404.

411 Supra, n^o 19.

aux patriciens d'abord, puis à tous les citoyens romains sur l'ager occupatorius"⁴¹². Ce droit, qualifié par la "lex Manciana" d'"usus proprius" et de "jus colendi" selon qu'il portait sur des parcelles palustres ou sylvestres attenantes audit domaine ou sur celles situées dans les limites d'icelui, comprenait pour son bénéficiaire toute l'utilité juridique et matérielle possible sur et de la chose, sous la seule réserve de la titularité de propriété ou, plus précisément, de la

412 E. Cuq, Le Colonat partiaire..., p. 89. Voir aussi p. 90. Et Cuq de dire à la page 94: "A la différence des colons ordinaires, qui sont de simples détenteurs, ceux qui mettent en valeur les 'subcesiva' ont la possession. L'"usus" ne se conçoit pas sans la possession. Cette conséquence est confirmée par un document contemporain de l'inscription d'Hr Mettich. Au IV^e livre de ses 'Lettres', Javolenus examine la différence qui existe entre un 'fundus' et une 'possessio', et il conclut en disant: 'Possessio usus loci est'. En présence d'un texte aussi décisif, est-il besoin de rappeler le passage bien connu de Festus sur l' 'ager occupatorius'? 'Possessiones appellantur agri late patentis publici privatique, quia non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, colebat' ". Dans le même sens: A. Boraud, op. cit., pp. 56, 74-76; A. Hajje, op. cit., pp. 4, 48-51; C. Saumagne, op. cit., pp. 131, 140.

On peut du reste avoir une idée assez précise de l'importance du droit du possesseur d'"agri occupatorii vel arci-finales" en indiquant à nouveau pour mémoire que sa situation de fait s'était, en Italie, rapidement transformée en véritable droit réel sur le bien d'autrui, puis en propriété civile peu de temps après que le préteur eut émis, en vue d'assurer sa défense, des interdits qui sont à l'origine de la protection possessoire. P. Bonfante, op. cit., pp. 215, 298-299, 322; J. Ellul, op. cit., pp. 403-404; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 65, 72-73, 76; R. Monier, op. cit., t. I, p. 384; A. Hajje, op. cit., pp. 4, 11-15; A. Boraud, op. cit., pp. 75-76; C. Saumagne, op. cit., pp. 128, 136-137; E. Garsonnet, op. cit., pp. 115-122. Voir aussi: Supra, n^o 28.

"vis attractiva", soit: la possession, l'usage, les fruits, la faculté de transformer, de disposer entre-vifs ou à cause de mort et le privilège d'hypothéquer; le tout, avec obligation légale imposée à l'occupant d'améliorer et devoir de sa part de verser une redevance annuelle en nature. Telle est bien effectivement l'opinion de tous les juristes qui se sont penchés sur ce document épigraphique d'une valeur inestimable dans l'histoire de l'emphytéose⁴¹³; opinion que nous partageons et que viennent au demeurant corroborer la "lex Hadriana" et les tablettes Albertini.

149 - Aux vivificateurs des surfaces "de rudibus agris et iis qui per decem annos continuos inculti sunt" de tout le domaine impérial privé d'Afrique, la "lex Hadriana" conférait le "jus possidendi ac fruendi hereditate suo relinquendi", c'est-à-dire l'équivalent de l'"usus proprius" et du "jus colendi" résultant de la "potestas occupandi" sous la "lex Manciana". Simple refonte administrative de la "lex Manciana", le texte d'Hadrien ne toucha point en effet au fond de la loi reprise. La portée territoriale de l'ancien règlement est délimitée, la méthode de calcul des exemptions d'annuités modifiée et le

413 E. Cuq, Le Colonat partiaire..., pp. 88-111; C. Saumagne, op. cit., pp. 131, 135; A. Boraud, op. cit., pp. 69-75; A. Hajje, op. cit., pp. 51-58; W.R. Johnston, op. cit., p. 327.

\statut de l'occupant clarifié, mais rien de plus. Pour s'assurer les avantages inhérents à cette tenure à caractère emphytéotique, il faut encore et toujours, à l'instar du régime établi par la "lex Manciana", occuper en vue de bonifier et acquitter régulièrement le canon convenu⁴¹⁴. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le but de la mise à jour effectuée par l'empereur Hadrien est double: donner, d'une part, une impulsion nouvelle à une loi bénéfique dont l'application était devenue facultative et, mettre, d'autre part, la formulation d'icelle en accord avec l'évolution du droit depuis l'époque républicaine⁴¹⁵. Sur le premier motif, il est difficile de s'étendre davantage. Sur le second par contre, il serait bon de rappeler le passage pertinent du savant Cuq pour ce qui a trait à la nouvelle qualification du droit de l'emphytéote mancien:

"Le changement de dénomination s'explique par les progrès réalisés par la jurisprudence entre l'époque où fut rédigée la 'lex Manciana' et celle où fut rendue la 'lex Hadriana'. Dans la première moitié du III^e siècle, alors que la jurisprudence

414 A l'effet que la "lex Hadriana" est, sujet aux précisions ci-haut mentionnées, identique à la "lex Manciana" dont elle reprend les termes et qu'elle accorde à l'occupant-vivificateur un "jus in re aliena" aux limites de la propriété: P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 73; W.R. Johnston, op. cit., p. 328; E. Levy, op. cit., pp. 194-195; E. Cuq, Le Colonat partiaire..., op. cit., pp. 99-100; A. Hajje, op.cit., p. 47; A. Boraud, op, cit., pp. 78-87; C. Saumagne, op. cit., pp. 102, 110, 112-113, 128, 131, 142.

415 Supra, n^{os} 20, 23-24.

eut pleine conscience de la nécessité de donner aux notions juridiques une précision rigoureuse, elle s'efforça de définir les droits des possesseurs des fonds provinciaux. Mais, au lieu de les construire comme des droits réels distincts, elle les fit rentrer dans les cadres consacrés par l'usage, ce qui simplifia la nomenclature juridique. Ce qu'elle fit pour la propriété provinciale, elle le fit pour le droit des colons sur les 'subcesiva'. L'expression 'usus proprius', qui figurait dans la 'lex Manciana', aurait pu donner à penser que le colon acquerrait la propriété du champ par usucapion. Les rédacteurs de la 'lex Hadriana' cherchèrent une formule susceptible de prévenir toute erreur: au lieu de désigner en bloc les droits des colons, ils en firent l'analyse, en donnèrent le détail"⁴¹⁶.

150 - De ces explications, de l'interprétation précédemment et généralement donnée des lois "Manciana" et "Hadriana" et des termes mêmes "jus possidendi ac fruendi hereditate suo relinquendi", il suit que l'emphytéose mancienne offrait aux intéressés un "jus in fundo", un "jus in re aliena" épuisant à l'extrême les droits de l'empereur et de l'état; celui-là ne retenant sur ses domaines privés d'Afrique qu'une "vis attractiva" de première main exerçable aux fins de consolidation de la propriété provinciale en cas d'expose du "mancianus cultor" et de défaut d'icelui d'améliorer ou d'acquitter régulièrement le service du canon, celui-ci qu'une "vis attractiva" de seconde main lui permettant de concrétiser, à l'abandon du prince, la

⁴¹⁶ E. Cuq, Le Colonat partiaire..., pp. 99-100. Dans le même sens: C. Saumagne, op. cit., pp. 110, 131, 135, 142 et p. 99 à la note.

propriété quiritaire qu'il prétend détenir sur les fonds provinciaux⁴¹⁷. A preuve, les documents privés de la dernière décade du V^e siècle de notre ère. Ces documents en effet, connus aujourd'hui sous le nom de l'ancien directeur des Antiquités de l'Algérie qui travailla à leur traduction, feu E. Albertini, démontrent non seulement que la "lex Manciana" avait dû être dès sa promulgation un règlement intéressant toute la province d'Afrique⁴¹⁸, mais aussi que la location et la vente emphytéotique ne furent pas introduites au détriment existentiel des pratiques dont elles étaient issues⁴¹⁹.

151 - Les tablettes Albertini découvertes dans la région de Tébessa à la frontière algéro-tunisienne en 1928, nous fournissent des exemples de la "lex Manciana" en mouvement et, partant, le moyen de contrôler nos dires⁴²⁰. Le lien de connexité entre ladite loi et les vingt-trois des cinquante-trois tablettes trouvées est assuré tant par la description de la

417 "Elle (Rome) ne reconnaît pas au sol provincial l'aptitude à la propriété quiritaire, ou plus exactement, en vertu de la doctrine à laquelle elle s'est arrêtée après quelques tâtonnements dès la fin de la République, elle prétend seule en être propriétaire: elle laisse aux indigènes et à leurs ayants-cause la possession et la jouissance des immeubles qu'elle ne confisque pas, mais elle garde sur eux le domaine éminent". P.F. Girard, op. cit., p. 285. Dans le même sens: G. Lepointe, op. cit., p. 51; R. Monier, op. cit., pp. 366-367.

418 Supra, n^o 23.

419 Supra, note 79.

420 C. Courtois (op. cit., pp. 3 et ss., 195 et ss.) nous donne tous les détails ayant trait à la découverte, le

"res vendita", comprenant fonds et améliorations, que par la triple relation de droit à laquelle est assujettie la chose vendue. Ces vingt-trois contrats d'"emptio-venditio", intervenus entre divers "berbères romanisés des steppes subsahariennes de la vieille province d'Afrique"⁴²¹ au cours des années 493-496 A.D., ont tous pour objet des "particella agrorum ex culturis mancianis" sous le contrôle effectif et juridique du vendeur, mais situées dans le domaine Tuletianos, propriété d'un certain Flavius Geminus Catullinus et de ses enfants qui, au reste, n'interviennent jamais aux actes. Chaque transaction immobilière spécifie aussi que, jusqu'à la signature de l'entente, le vendeur a eu, tenu, possédé, utilisé et joui de la chose et de ses accessoires sur lesquels il exerçait son "jus mancianum"; droit qu'il transfère à l'acquéreur pour que lui et ses héritiers aient, tiennent, possèdent, usent et jouissent de la chose vendue à perpétuité. Des clauses habituelles de garantie et l'eschatocole viennent compléter ces conventions⁴²². Bref, le contenu des actes transcrits sur les planchettes exhumées est des plus révélateur. On observe d'une part que, quatre siècles après que

déchiffrement et la méthode de publication des tablettes Albertini. Il s'est aussi livré à une étude très fouillée sur l'histoire politico-socio-économique du domaine Tuletianos à l'intérieur duquel les ventes de "particella agrorum ex culturis mancianis" ont eu lieu.

421 C. Saumagne, op. cit., p. 81.

422 Voir C. Saumagne (op. cit., pp. 82-96) pour le texte et la traduction explicative d'un contrat type établi par

le cippe d'Henchir Mettich fut frappé d'un règlement rendu "ad exemplum legis mancianae", les habitants d'un domaine différent de celui de la "Villa Magna Variani" respectent et perpétuent encore au niveau local les usages introduits par l'ancienne loi républicaine. L'amodiation et l'aliénation emphytéotiques, conçues à l'origine pour des surfaces plus étendues⁴²³, n'ont pas supplanté à date chez ces gens les traditions établies. La qualification des cultures et le lieu de leur emplacement ne permettent guère de conclure autrement sur ce. On voit d'autre part que la formulation du transfert des droits du vendeur évoque, avec plus de détails encore, l'essentiel du "jus possidendi ac fruendi hereditate suo relinquendi" de la "lex Hadriana". D'ailleurs, l'ampleur des prérogatives de ce dernier et son comportement sont tels que nous lui reconnâtrions volontiers la propriété si ce n'était des mots clefs indiquant que le "fundus tuletianos" est "sub dominio Flavii Geminii Catullinii" et de ses enfants. En fait, les Geminii ne sont pas davantage propriétaires et leur descendance ou ayants-droit ne le seront point tant que Justinien n'abolira pas la distinction

regroupement des 23 ventes en question.

423 supra, n^{os} 30, 61, 69-70, 104, 109, 115.

périmée entre "res mancipi" et "res nec mancipi"⁴²⁴. Avant, il faut compter avec la propriété théorique de l'état. Saumagne nous instruit brillamment sur ce point:

"Ainsi, entre le vendeur de la 'cultura mancipiana' qui agit exactement comme s'il en était le propriétaire, 'possessor' de droit provincial, et le tiers personnage dont le vendeur nous dit lui-même qu'il a le 'dominium' du sol qui porte la 'cultura mancipiana', c'est-à-dire qu'il en est également le 'possessor' de droit provincial, il faut qu'il y ait quelque distance dont le vocabulaire du droit, appliqué dans sa rigueur, est impuissant à rendre compte; - mais dont il nous semble que la terminologie pratiquée par les juristes provinciaux, a su marquer les nuances en assouplissant la fermeté originelle des mots aux modalités novatrices de la pratique. Il est perceptible que, dans les formules dont l'établissement remonte à l'âge classique du droit, les mots 'possessio' et 'possessor' conviennent également à désigner aussi bien le droit et la qualité de celui qui est maître de disposer de la 'cultura mancipiana', que le droit et la qualité de cet autre personnage dans la 'propriété' de qui le formulaire n'omet pas de nous avertir que se trouve cette même 'cultura'.

Ces considérations nous conduisent à penser que la pratique des actes provinciaux, dans l'intention de prévenir d'inextricables confusions de langage et d'idées, a résolument admis de substituer, par commodité coutumière, l'usage du mot 'dominus' nonobstant son impropiété, à celui de 'possessor' pris avec le sens de 'propriétaire d'un fonds provincial', dans les cas où le droit du 'possessor'-propriétaire se trouve en relation d'opposition avec un droit second et mineur, de caractère

424 Supra, note 317.

'réel', issu d'un démembrement du droit de propriété et qui ne peut être désigné plus correctement que par le mot 'possessor', pris lui-même dans un sens second et mineur"⁴²⁵.

152 - Le "sermo procuratorum" d'Aïn-el-Djemala du reste nous avait déjà servi un avertissement à cet égard en spécifiant, pour éviter le quiproquo, qu'il s'agissait de cette sorte de "jus possidendi ac fruendi hereditique suo relinquendi" propre à la "lex Hadriana"⁴²⁶ et non pas, faut-il entendre, de la possession civile comme telle ou de la propriété provinciale, autre possession ne conduisant nullement à la propriété qui-ritaire avant de devenir la propriété tout court sous Justinien.

153 - Voilà donc précisée la condition du "mancianus cultor", son droit défini et délimité. Fixés par là même aussi sont le statut et les pouvoirs de l'emphytéote byzantin, puisque celui-ci procède de celui-là et que tous deux sont investis de prérogatives ne laissant au maître de l'héritage cédé que sa "vis attractiva" sur icelui comme élément et signe de propriété. Les droits de mutation et de préemption introduits par Justinien⁴²⁷ permettront, il est vrai, de distinguer le second du premier, mais avant son intervention rien ne les sépare.

425 C. Saumagne, op. cit., pp. 98-99. Dans le même sens: E. Levy, op. cit., pp. 20 à la note 7, 63, 90-93.

426 La stèle en question est gravée du texte suivant: "Eisque qui occupaverint, possidendi ac fruendi hereditique suo relinquendi ad jus datur quod et lege hadriana comprehensum (est): de rudibus agris et iis qui per decem annos continuor inculti sunt".

427 Code Justinien, 66, IV, 2-3.

154 - Zénon, nous le savons maintenant, a, par une constitution qui libérait la tenure emphytéotique des entraves de la vente et du louage ayant servi à forcer son extension sur le domaine du peuple, consacré civilement l'existence d'une institution républicaine toujours vivace en Afrique du Nord et favorisé son plein épanouissement au naturel dans le secteur privé. Notre législateur, comme nous allons le voir à présent, a pris modèle sur l'empereur. Il a lui aussi cherché à renouer avec la tradition, à diviser la propriété dans ses attributs conformément aux préceptes établis par la "lex Manciana", réitérés par la "lex Hadriana" et confirmés par la "lex Zenoniana".

Paragraphe II - Le démembrement québécois

155 - Autant le spectre du preneur vectigalien a plané au-dessus de ceux qui ont manifesté quelque intérêt pour l'emphytéote byzantin, autant celui du "duplex dominium" a-t-il et continue-t-il de hanter ceux qui ont fait et font aujourd'hui encore, dans leurs études, connaissance avec l'emphytéote français⁴²⁸ et québécois. Il convient donc, avant même d'examiner la législation courante en matière d'emphytéose, de dégager le

428 Depuis la Révolution à nos jours.

droit moderne de l'emprise maléfique de cette présence diffuse qui se manifeste jusque dans les écrits de nos codificateurs⁴²⁹.

156 - Ayant déjà retracé par le menu l'évolution du concept d'emphytéose pour la période qui va de la chute de l'empire romain d'occident à l'abolition des droits féodaux et sachant aussi qu'une glose en marge des compilations de Justinien est à l'origine d'une qualification nouvelle du droit de l'emphytéote sur le fonds détenu, nous renvoyons au chapitre préliminaire pour tout complément d'information nécessaire à la bonne intelligence de ce qui suivra⁴³⁰. En effet, le présent paragraphe s'occupera uniquement, d'une part, de définir de façon sommaire les domaines éminent et profitable et, d'autre part, de démontrer comment le rappel d'une notion désuète n'aide en rien à la solution des problèmes de dénomination et de détermination de l'étendue du droit de l'emphytéote québécois; problèmes qui seront du reste liquidés en des termes dépourvus d'ambiguïté dans la conclusion des présents paragraphe et chapitre.

157 - Si les contours des domaines direct et utile avaient été fixés avec précision par les auteurs de la glose emphytéotique,

429 Supra, n^o 122.

430 Supra, n^{os} 35-46.

l'idée du domaine partagé n'aurait jamais pu être reprise par les feudistes pour servir de pierre d'assise juridique au phénomène du dédoublement de la propriété en matière féodale. Les nouveaux épithètes, inventés par des bolonais en mal d'expliquer l'emphytéose romaine de droit privé, laissent dans l'ombre, constatons-nous, les dimensions exactes des droits respectifs des parties au contrat, tout en indiquant que l'opération amputait sérieusement la propriété du constituant. Aussi, n'est-ce qu'une fois l'idée transformée en théorie, une fois les nouveaux termes mélangés de féodalité que les auteurs commencèrent à énumérer les composantes de deux domaines par référence au rapport de force variable et changeant entre les titulaires d'iceux. Pour l'emphytéose, il sera alors malheureusement trop tard parce que la double propriété dans son acception féodale est une notion étrangère au droit romain et parce que, même extirpés de la matière féodale les encombrant, les deux domaines de propriété ne reflèteront pas toujours au cours des âges la même répartition des pouvoirs sur le fonds tenu. Au XIV^e siècle, le concédant est considéré comme le propriétaire véritable et les principaux attributs de sa directe sont les droits de redevance, de préemption, de mutation et de commise. Le maître du domaine utile n'est pour sa part qu'un tenancier profitant des avantages effectifs de la chose. Avec le temps, avec les siècles cependant, la dominité retenue s'amenuisera au point de

devenir finalement, après mutation, une simple charge honorifique sur le bien d'autrui, charge que supprimera sans indemnité le couperet de la Révolution. Seules les directes privées échapperont à l'expropriation forcée⁴³¹.

158 - Or, nous savons que la directe du constituant d'emphytéose sur un alleu était privée. A quoi cela nous sert-il toutefois? Peut-on, de cette connaissance, borner le champ juridique du propriétaire-cédant et, par voie de conséquence, celui de l'emphytéote? Evidemment que non, à moins d'employer les expressions de "profitable" et d'"éminent" en rapport avec une époque donnée. Mais alors, pourquoi choisir une époque de préférence à une autre si le contenu et la nature des domaines utile et direct ont périodiquement changé pour des raisons propres au caractère de la tenure féodale elle-même? Resterait néanmoins l'époque des glossateurs! Ne pourrait-on pas s'y référer? On pourrait toujours, sauf que notre effort serait vain. Les glossateurs en effet n'ont pas tracé la frontière entre les droits du constituant et de l'emphytéote. S'ils

431 Sur l'évolution de la théorie du double domaine: A. Dumas, op. cit., pp. 323-324; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 144-149; G. Lepointe, op. cit., pp. 282-288; G. G. Tocilescu, op. cit., pp. 243-246; J. Pinatel, op. cit., pp. 24-25, 138; E. Chenon, Les démembrements de la propriété foncière en France, ... op. cit., pp. 25 et ss.; M. Planiol, op. cit., pp. 742-745; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., pp. 38-39; A. Weill, op. cit., pp. 22-23. Il est à noter que, contrairement à ce qui s'était passé en France, les expropriés furent indemnisés au Bas-Canada.

l'avaient fait, il y a belle lurette que le débat sur l'institution d'emphytéose serait clos. En vérité, ces bons hommes n'ont réussi qu'à traduire en termes éthérés ce qu'ils avaient vaguement compris. Qu'à cela ne tienne, semblent pourtant dire la doctrine et la jurisprudence qui n'ont cessé de faire appel à la théorie du "duplex dominium" pour qualifier la sphère du droit de chacun dans la tenure emphytéotique. Qu'importe aussi que le glas ait déjà sonné pour ce système foncier de l'ancien droit. Les étiquettes de "domaine direct" et de "domaine utile" sont par trop pratiques aux juges et aux auteurs pour qu'ils en délaissent l'emploi. Par ce recours à des épithètes désormais vides de sens, nous comprenons bien qu'ils entendent en général marquer leur préférence pour un important démembrement de la propriété en la matière, mais, si ce n'est qu'il s'agit déjà là d'une opinion, le procédé est peu engageant puisqu'on évite soigneusement de donner la référence chronologique permettant de dénombrer les éléments compris sous le couvert des qualificatifs usités⁴³². Nous considérons, quant à nous, que

432 Opinions et décisions depuis l'abolition du domaine divisé où le qualificatif de la double propriété ou de l'aliénation d'un domaine de propriété fut seul employé: *Sebire et Carteret, op. cit., pp. 451-452; Merlin, Répertoire de Jurisprudence, t. V, pp. 721 et ss.; *Proudhon, Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, t. I, pp. 40-41; J. Edmond Roy, Le droit de superficie, (1900-1901) 3 R. du N. 51, p. 52; L.P. Sirois, Droit de coupe de bois - Superficie, (1902-1903) 5 R. du N. 98, p. 99; Anonyme, (1904-1905) 7 R. du N. 260; Laurent Lesage, La radiation et son extension, (1931-1932) 34 R. du N. 163, p. 175; Civ. , 26 juin 1822, S. Chr. 1-99; Paris,

d'évoquer l'idée de démembrement ne vaut pas tripette si les mots empruntés ne contribuent nullement à préciser les composantes d'icelui. Il est en conséquence suggéré de rompre une fois pour toutes ce lien verbal avec le passé, avec l'ancien régime.

10 mai 1831, S. 31-II-153; Douai, 15 déc. 1832, S. 33-II-64; Civ. , 17 nov. 1852, S. 52-I-747; Civ. , 26 avril 1853, S. 53-I-445; Nîmes, 22 juin 1852, sous Req. , 9 janv. 1854, S. 54-I-531; Seine, 16 janv. 1856, sous Civ. , 24 août 1857, S. 57-I-854; Seine, 10 avril 1858, sous Civ. , 11 nov. 1861, S. 62-I-91; Castres, 31 déc. 1860, sous Civ. , 26 janv. 1864, D.P. 64-I-83; Blanchet v. Le Séminaire de Québec, précité; Précourst c. Vidal, (1869)

l R.L. 42; La Compagnie du Grand Télégraphe du Nord-Ouest du Canada v. La Compagnie du Télégraphe de Montréal, précité; Larue v. Bellerive, précité; Dingwell v. Delaney, précité; Henault v. Gervais, précité; Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité; Thibault v. Pelletier, précité; Duskes v. Concreters Ready Mix Ltd. et al., 1970 C.A. 922; Montrad Limited v. Francon Limitée et al (1972) C.S. 518; P. Ciotola, op. cit., pp. 593-594.

(Les arrêts rendus après l'abolition du double domaine à propos de contrats passés avant cette date sont cités si le tribunal n'a pas semblé prendre ce détail en considération).

Opinions et décisions depuis l'abolition du domaine divisé où les qualificatifs de la double propriété et du démembrement de la propriété furent employés simultanément: Jetté, op. cit., pp. 91, 93, 95-98; P.B. Mignault, op. cit., pp. 183, 185, 191-192, 194-196; F. Langelier, op. cit., pp. 316-319; L. Baudouin, op. cit., p. 462; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 502, 511, 525; C. Charron, op. cit., p. 14; P. Martel, op. cit., pp. 537, 541, 543; Maurice M. Goulet, Copropriété née d'emphytéote ?, (1972) R. du B. 491, pp. 492-494; Troplong, op. cit., pp. 156-162; G. G. Tocilescu, op. cit., pp. 307-310; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, op. cit., pp. 843-844; Req. , 12 mars 1845, S. 45-I-382; Nîmes, 20 avril 1853, sous Req. , 9 janv. 1854, S. 54-I-531; Grenoble, 4 janv. 1860, S. 61-II-125; Civ. , 11 nov. 1861, S. 62-I-91; Ex parte Harvey, précité; Cossit et al v. Lemieux et al, précité; Lampson et al. v. Bélanger, (1895) 7 C.S. 162. (Même remarque que dans la parenthèse ci-dessus).

Opinions et décisions depuis l'abolition du domaine divisé où l'on s'en est tenu au qualificatif de démembrement de la propriété:

159 - En fait, il est assez facile de décrire adéquatement l'emphytéose. L'important, comme en toute chose, est de savoir s'en tenir au principal. Ainsi, on ne peut nier que nos codificateurs ont éprouvé quelque difficulté à se départir des grâces surannées du style des auteurs consultés pour la rédaction des articles 567 à 582 du Code⁴³³, qu'ils sont allés jusqu'à comparer dans leur Rapport les droits du propriétaire-constituant et de l'emphytéote à des domaines de propriété⁴³⁴ et qu'ils ont confondu dans leur définition de l'institution

Pepin Le Halleur, op. cit., pp. 341, 346-352; G. Dufour, op. cit., pp. 227-233; J. Lefort, op. cit., pp. 346-350; R. Pugnière, op. cit., pp. 186-188; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., pp. 986-987; A. Colin et H. Capitant, op. cit., pp. 198-200; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., pp. 191-192; J. Carbonnier, op. cit., p. 212; A. Weill, op. cit., pp. 560-564; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., pp. 318, 320-322; H. De Page, op. cit., pp. 591, 596, 602; W. de M. Marler, op. cit., pp. 135, 138; N.L. Rappaport, op. cit., pp. 269-270; J.G. Cardinal, op. cit., pp. 112, 176-177; L. Perret, op. cit., pp. 108-109; Req. , 19 juill. 1832, S. 32-I-531; Req. , 9 janv. 1854, S. 54-I-531; Req. , 6 mars 1861, S. 61-I-713; Civ. , 26 janv. 1864, S. 64-I-91; Paris, 17 mai 1922, Gaz. Pal., 1922-II-145; Soc. , 6 mai 1964, J.C.P. 1964-II-13831; Note sous Civ. 3e, 12 mars 1970, D. 1970, 562; Crédit Foncier Franco-Canadien v. Young, précité; La Corporation de la Paroisse de St-Judes v. Bergeron, (1924) 30 R. de J. 97; Montreal Light, Heat and Power Consolidated et al., v. City of Outremont, précité; Paradis v. Lavoie, (1935) 58 B.R. 139; No. 229 v. M.R.N., précité; Cohen et Zaldind v. M.R.N., précité; Rosenstone v. M.R.N., précité; Befega Inc., v. M.R.N., précité.

433 A lire les seuls ouvrages disponibles pour et utilisés par les codificateurs, il devient vite évident que la phraséologie particulière de ces oeuvres a largement déteint sur le texte du Rapport et, donc, sur celui de la loi organique.

434 Auteurs cités au Rapport pour qui l'emphytéose opérerait une décomposition du domaine en direct et utile: J. Domat,

le droit et le contrat d'emphytéose⁴³⁵, ce dernier étant malencontreusement dénommé bail par surcroît. Tout cela suscite d'inévitables contradictions avec la réalité qu'ils ont voulu traduire et l'exégèse des textes n'en est que plus compliquée. Il n'est pas moins certain toutefois qu'ils n'ont pas eu, ni n'ont pu avoir l'intention de perpétuer le système de l'ancien droit, l'intention de réintroduire ce qui avait été aboli par le droit moderne. Partant et malgré certaines impropriétés de langage, nous pensons que les responsables de la codification de nos lois ont sauté par dessus quatorze siècles d'histoire confuse sur la question en indiquant que les dispositions au titre de l'emphytéose étaient "presque entièrement basées sur le droit romain"⁴³⁶, en citant les constitutions des empereurs Zénon et Justinien sous l'article 567 c.c.⁴³⁷, en spécifiant que

op. cit., p. 222; Guyot, op. cit., pp. 680-681; Argou, op. cit., p. 301; J.B. Denisart, op. cit., t. II, pp. 296-297; C.-J. Ferrière, op. cit., t. I, p. 825; Sebire et Carteret, op. cit., t. II, pp. 451-452; Proudhon, Traité des droits d'usufruit..., t. I, pp. 40-41; Foelix et Henrion, op. cit., p. 24; Laurière, dans C.C. de Lorimier, op. cit., t. V, p. 70; Lacombe, dans C.C. de Lorimier, op. cit., t. V, p. 37; Troplong, op. cit., pp. 156-162 (ce dernier parlait aussi de démembrement de propriété); Dunod, dans C.C. de Lorimier, op. cit., t. V, p. 87.

435 Supra, note 182.

436 Supra, note 17.

437 Supra, n^{os} 86, 54.

l'emphytéose est un "démembrement du droit de propriété, autant et plus que l'usufruit"⁴³⁸ et, finalement, en étant les premiers à se servir de l'adjectif indéfini tout indiqué pour caractériser la nature et l'étendue de la jouissance de l'emphytéote sur le fonds⁴³⁹; bref, qu'ils ont recherché, retrouvé et réadmis, à quelques exceptions près⁴⁴⁰, la tenure du Code "De emphyteutico jure". Comment douter d'ailleurs de leur volonté à cet effet et, conséquemment, de celle du législateur quand l'obligation tant oubliée d'améliorer redevient constitutive d'état pour assurer au contrat son aspect "sui generis"? Comment ne pas croire à une même division du droit de propriété au Québec et à Bysance quand par la force de l'article 569 c.c. notre emphytéote devient l'égal de son ancêtre pour, comme lui, réduire les prérogatives du propriétaire sur son immeuble à la simple potentialité d'iceux? Nous ne le pouvons pas, à moins soit de refuser, soit de refuter tout ce qui précède depuis le chapitre préliminaire, à moins d'accorder plus d'attention à l'incongruité de certains détails qu'à l'essentiel.

438 Supra, note 331.

439 Il s'agit du mot "tous" à l'article 569 c.c.

440 Tout ce qu'ils croyaient entaché de féodalité a été omis: perpétuité de la tenure, droits de préemption et de mutation (dégénérés en prélation et lods et ventes sous l'ancien régime). Or ces éléments n'ont rien de proprement féodal. Au contraire, ils étaient monnaie courante à Rome. Infra, n^{os} 203-205.

160 - Ayant en conclusion à définir l'emphytéose dans le respect du plan proposé pour cet ouvrage, nous dirons qu'il s'agit d'un droit réel de jouissance temporaire à charge d'améliorer sur la chose immobilière d'autrui, où le maître d'icelui se réserve le seul pouvoir d'attirer à lui les attributs distraits de sa propriété. On peut aussi dire qu'il s'agit, selon l'expression de C. Charron reprise par L. Perret, d'un "démembrement de propriété poussé à l'extrême limite"⁴⁴¹, ou, plus exactement, d'une servitude personnelle "in faciundo"⁴⁴² qui diminue considérablement le droit du constituant sans le mettre en cause dans son principe. Ce dernier est et demeure toujours propriétaire de l'héritage sur lequel il a cédé un droit d'emphytéose, mais son lien d'appartenance-maîtrise se restreint pour un temps à l'élément "vis attractiva" et, si prévu, au privilège d'une redevance comme prix du droit accordé.

Une fois le cap de la qualification et de la délimitation franchi, il nous apparaît maintenant nécessaire de considérer comment propriétaire et emphytéote exercent effectivement leurs droits respectifs sur l'immeuble grevé d'emphytéose.

441 C. Charron, op. cit., p. 14; L. Perret, op. cit., p. 107. Nous prions moins l'expression de "presque propriétaire", même en italique (ibidem dans le 2^e cas). On est ou on n'est pas propriétaire. Il n'y a pas de demi-mesure dans ce domaine.

442 Pour plus de détails sur ce point, voir: Infra, n° 281.

CHAPITRE II

EXERCICE DES DROITS RETENUS ET
CEDES SUR L'IMMEUBLE TRANSPORTE EN EMPHYTEOSE

161 - A date, nous avons dégagé les deux grandes lignes de force de l'institution d'emphytéose: obligation légale d'améliorer la chose immobilière d'autrui et cession, en contrepartie, d'un droit réel de jouissance temporaire des plus ample. Le comportement des parties concernées est, "ab initio" et pour une durée ne pouvant excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, déterminé par ces deux traits à la fois distinctifs et essentiels, sans lesquels il n'y a et ne peut y avoir emphytéose. C'est donc à l'aide de ces guides qu'il nous faut entreprendre notre enquête sur l'activité quotidienne du constituant et de l'emphytéote pour mieux voir et comprendre comment le premier tire avantage de ce qu'il retient et le second de ce qu'il reçoit.

Section I - La situation du propriétaire

162 - Il serait impensable de s'attarder aux sources de profit et aux moyens de protection des intérêts du propriétaire-cédant sans d'abord savoir de quelle façon et sur lesquels de ses biens ce dernier est autorisé à faire pénétrer l'emphytéote.

Paragraphe I - De la constitution et de l'objet
du droit d'emphytéose

A - Les modes de constitution de l'emphytéose

163 - D'après nos lois, il y aurait deux grands modes d'établissement du droit d'emphytéose: le fait et l'acte juridique, la prescription et le contrat⁴⁴³. Nous nous étendrons sur chacun d'eux, en commençant par celui qui semble priver le maître de son pouvoir dit exclusif de décider de la destination de ses biens, par celui dont le domaine d'application doit être nettement circonscrit, pour ne point dire réduit à néant.

a) Par prescription

164 - Il est assez difficile d'imaginer, en dépit des termes du quatrième alinéa de l'article 2203 c.c., comment l'usucapion peut servir de fondement à l'emphytéose. L'hypothèse est en effet contraire à quelque logique que nous suivions en la matière.

165 - Si nous prenons pour acquis que le canon est vraiment de l'essence de la tenure emphytéotique et que l'exigence de la spécification des améliorations est en l'espèce bien fondée⁴⁴⁴, la prescription acquisitive dudit droit devient tout

443 Arts 567, 2203 (4) c.c.

444 Position actuelle de la doctrine et de la jurisprudence. Infra, n^{os} 176 et ss., 275-277.

simplement impossible. Ces conditions requièrent forcément l'existence d'un contrat, fut-il verbal, pour en fixer les modalités afférentes. Le service du canon et la réalisation des améliorations étant par surcroît des devoirs attachés à la personne de l'emphytéote⁴⁴⁵, il faudrait aussi reconnaître l'inadmissible, soit que la possession prolongée est source acquiescitive d'obligations⁴⁴⁶. Si par contre et comme nous le prétendons⁴⁴⁷, le paiement d'une redevance n'est pas indispensable et la nature ou valeur exacte des améliorations n'a pas à être arrêtée, il pourrait alors y avoir ouverture à l'usucapion sans titre. Ouverture toute théorique cependant parce que le possesseur, en jouissant en fait de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire, rend, par cette conduite conforme aux dispositions de l'article 569 c.c., illusoire toute distinction entre l'"animus domini" et l'"animus emphyteuticarii". Le résultat serait donc la propriété plutôt que l'emphytéose. Peut-on du reste concevoir qu'une personne chercherait par ce biais à obtenir la partie quand le tout est également à la portée de sa main? Admettons.

445 Sauf le cas du décret (*infra*, n^o 237), les obligations de l'emphytéote ne passe pas au cessionnaire de ses droits. Voir aussi, *infra*, n^{os} 278-289.

446 A l'appui: A. Boraud, *op. cit.*, pp. 124-126; G. Dufour, *op. cit.*, pp. 76-77; Pepin Le Halleur, *op. cit.*, pp. 108, 323; C. Charron, *op. cit.*, pp. 33-34; Mailhot et al. v. Brimbois, (1907) 32 C.S. 542. Il faut se méfier de ceux qui professent le contraire en citant des auteurs d'une époque où l'obligation d'améliorer n'était pas de rigueur et le paiement de la redevance due par le fonds.

447 *Infra*, n^{os} 177-179, 275-277.

Mais, comment savoir alors si le droit est établi pour plus de neuf ans? En l'affirmant avec autorité. Nous ne prisons guère ce genre d'argument. Quant à l'acquisition d'emphytéose "a non domino", le droit procède d'abord, notons-nous, d'un contrat; droit que la prescription acquise dans le fonds par le propriétaire apparent viendra seulement confirmer en la main de l'emphytéote si le maître "de jure" de lieux ne revendique pas sa chose à temps. Néanmoins, si ce dernier réagit avant qu'il soit trop tard, les prétendants à la propriété et à l'emphytéose seront évincés⁴⁴⁸. L'usucapion ne crée donc jamais l'emphytéose. Elle pourrait tout au plus contribuer à un changement d'emphytéote en empêchant le constituant de soulever après trente ans les manquements du premier bénéficiaire pour expulser le second⁴⁴⁹; encore qu'il faille en l'occurrence et pour fins de vraisemblance présumer l'existence d'une entente tacite entre celui-ci et le propriétaire du bien concerné⁴⁵⁰.

448 Nous ne croyons pas que l'emphytéose puisse subsister à l'égard du propriétaire véritable si la tentative du propriétaire apparent échoue. Peut-on du reste concevoir un cas, en matière d'immeubles et dans l'exercice du cadre d'un droit d'emphytéose, où l'emphytéote prescrirait en moins de temps que celui qui l'a avanta-gé de ce droit. Notons enfin que l'usucapion de dix ans ne peut jouer pour cette institution puisque le possesseur emphytéotique n'aspire pas à la propriété de l'héritage.

449 Voir C. Charron, op. cit., pp. 33-34.

450 Il est impossible que pendant tout ce temps le propriétaire ne se soit pas aperçu de la substitution d'emphytéote sans l'avoir approuvée, sans avoir étendu tacitement au nouveau

Il suit en définitive que l'établissement d'emphytéose est du ressort exclusif du propriétaire, véritable ou apparent, et que ce dernier doit sceller la disposition emphytéotique de son immeuble dans un acte manifestant clairement sa volonté à cet effet.

b) Par contrat

166 - Depuis Zénon, a-t-on déjà fait remarquer⁴⁵¹, aucun rite formel ne gouverne et n'accompagne la naissance du droit d'emphytéose. Sauf difficulté de preuve résultant d'un pacte verbal et nécessité d'un acte authentique en minute dans certains cas, le constituant est entièrement libre d'utiliser l'instrument de son choix pour introduire l'emphytéote sur sa propriété. Dès que ce dernier acceptera la cession, le droit naîtra de suite en sa faveur. L'idéal serait évidemment que la transaction soit isolée dans ce qu'il conviendrait d'appeler le contrat d'emphytéose, mais rien n'a moins d'importance. L'essentiel est qu'on retrouve en toutes circonstances les éléments constitutifs de la tenure, desquels nous excluons le service obligatoire d'un canon⁴⁵². Aussi opinons-nous, en tenant

venu les avantages du contrat originaire. En se conformant aux conditions de ce contrat, ce dernier se trouve à l'accepter. Il y a donc accord implicite.

451 Supra, notes 271-272.

452 Infra, n^{os} 177-179.

compte de tous ces propos, en élargissant par voie de conséquence le sens technique du mot contrat pour y inclure l'acte unilatéral et en admettant la présence possible de modalités compatibles, qu'il peut y avoir constitution d'emphytéose par un acte onéreux ou gratuit réservé à cette fin, par tout acte improprement libellé produisant en ces termes ce résultat ou, enfin, par insertions d'une clause adéquatement formulée dans ce but en tout acte de vente, d'échange, de louage, de mariage, de société, de disposition entre-vifs ou à cause de mort, etc.⁴⁵³.

167 - Si tout est ainsi dit sur le sujet, il est cependant deux façons de procéder en l'espèce qui sont peu ou pas connues, alors qu'ils auraient grand intérêt à l'être. Il s'agit des actes de déduction et de dernière volonté. Nous aimerions en toucher un mot avant de passer à la prochaine question. Dans le premier cas, le propriétaire vend son immeuble, avec réserve toutefois d'un droit d'emphytéose en sa faveur. Ce faisant, il trouve les sommes nécessaires au financement d'un projet d'envergure tout en conservant les principaux avantages inhérents à la propriété. L'acquéreur effectue pour sa part et de la sorte un excellent placement dont le rendement

453 On arrive forcément à ce résultat si les conditions de fond priment la forme.

sur le capital investi s'ajoute à la plus-value que procurent à son droit les améliorations, améliorations destinées au demeurant à lui appartenir en pleine propriété à l'expiration du terme convenu⁴⁵⁴. Dans le second cas, le testateur-constituant assure et protège l'avenir d'un héritier choisi en lui laissant la "vis attractiva" sur un, certains ou l'ensemble de ses immeubles qu'un ou plusieurs autres légataires détiendront pour un temps donné de plus de neuf ans à titre d'emphytéote⁴⁵⁵. Il appartient aux notaires et aux avocats, pensons-nous, de promouvoir le recours à ces moyens profitables dans le domaine des affaires et de la planification successorale.

Initiés aux mécanismes de conception du lien d'emphytéose, nous devons à présent découvrir s'il est permis au constituant de faire peser pareil lien de droit sur n'importe lequel de ses biens, meubles et immeubles.

B - L'objet du droit d'emphytéose

168 - Nous avons laissé entendre depuis le début de cet ouvrage, voire souligné à l'occasion⁴⁵⁶, que l'institution

454 Le processus en deux ou trois étapes, si on ajoute l'hypothèque, suggéré par P. Martel (op. cit., p. 532), est inutile.

455 A l'effet qu'il peut y avoir constitution d'emphytéose par testament (droit romain et/ou droit moderne): J. Ortolan, op. cit., 3-4, p. 297; A. Hajje, op. cit., p. 154; G. Dufour, op. cit., pp. 70-72, 161; A. Ménard, op. cit., pp. 51-52; Troplong, op. cit., p. 140; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 318; F. Langelier, op. cit., p. 315; W.R. Johnston, op. cit., p. 331, note 33.

456 Supra, note 181.

d'emphytéose devait avoir pour objet un immeuble par nature, plus particulièrement un fonds de terre, tenu, il va sans dire, en pleine propriété ou de façon équivalente⁴⁵⁷. Le moment est donc venu de fonder ces propos, d'établir, dans un premier temps, que la catégorie des immeubles par nature est exclusive tant de la classe des meubles que des autres catégories d'immeubles prévues par la loi et, dans un deuxième temps, que le support matériel de la tenure emphytéotique est non seulement défini dans son genre et précisé dans son espèce, mais aussi limité dans sa variété à un "fundus".

a) Un immeuble par nature

169 - On professe à bon droit que le constituant peut seulement mettre un immeuble à la disposition de l'emphytéote. La tradition historique⁴⁵⁸, le Rapport des Codificateurs⁴⁵⁹, le texte des articles 567, 570, 571, 573, 574, 578 du Code⁴⁶⁰ et le genre de protection garanti aux créanciers de l'emphytéote⁴⁶¹ confirment la valeur de cet enseignement. Cela paraissait en

457 Dans la substitution fidéicommissaire, la fiducie, la vente à réméré et le bail à rente par exemple, si le terme minimum de 9 ans pour l'emphytéose peut être respecté.

458 Infra, n° 171.

459 Op. cit., pp. 406-410.

460 Pour le droit français, voir: Arts 937, 938 et 950 c.r.

461 Arts 571 c.c.; 937 c.r.

fait tellement évident que, si peu s'y sont attardés, nul n'en a douté; suite de quoi, aucun auteur n'a jugé nécessaire de poursuivre plus avant l'étude de toute cette question.

170 - Les arguments invoqués au soutien de la thèse immobilière de l'objet d'emphytéose plaident aussi en faveur de la spécification indiquée par le dernier membre de l'intitulé ci-dessus. Rien n'interdit toutefois d'en ajouter de plus pressants comme la présence au corps de la loi organique de synonymes venant de façon indirecte préciser l'espèce du bien immobilier visé⁴⁶², le privilège accordé à l'emphytéote d'hypothéquer la chose⁴⁶³ et, enfin, l'obligation à lui faite d'acquitter tous les droits réels et fonciers grevant le bien reçu⁴⁶⁴. Il est néanmoins un moyen plus simple de couper court à toute discussion, un motif plus grave qui empêche le droit d'emphytéose de porter sur tout autre bien qu'un immeuble par nature, savoir: le caractère particulier des améliorations en la matière. Ces dernières sont et ne peuvent elles-mêmes être qu'immeubles par

462 Fonds: Arts 575 c.c.; 940, 941, 942, 943, 945 c.r. Héritage: Arts 576, 577, 579 c.c.

463 Arts 570 c.c.; 937 c.r. Notre sentiment est à l'effet que seuls les droits réels principaux ayant pour objet un immeuble par nature peuvent être grevés d'hypothèque.

464 Arts 576 c.c.; 944 c.r.

nature. Considérant pour l'instant que la pertinence de cette proposition quant au débat en cours et non point la dialectique y conduisant, ci-après exposé du reste⁴⁶⁵, il est patent en effet qu'un immeuble par nature ne s'assoit que sur un semblable; les autres espèces du même genre étant sans contredit incapables de jouer le rôle de support. Les immeubles par l'objet auquel ils s'attachent⁴⁶⁶, d'une part, parce qu'il est impossible de faire reposer un objet corporel sur une chose incorporelle et les immeubles tant par destination⁴⁶⁷ que par détermination de la loi⁴⁶⁸, d'autre part, parce que la nature ignore les fictions légales, rendant, par ce, inconcevable la superposition stable d'un immeuble sur un meuble.

Il reste à démontrer maintenant que le terme immeuble choisi par le législateur a été circonscrit dans le rôle de son emploi à son acception première qui est celle de terre.

b) Un fonds de terre plus exactement

171 - Il est plus d'une raison qui nous poussent à croire à la délimitation et restriction au fonds de terre en la

465 Infra, n^{os} 187 et ss.

466 Art. 381 c.c.

467 Arts 379, 380 c.c.

468 Art. 382 c.c.

matière. Il y a d'abord l'interdiction faite à l'emphytéote de réclamer une remise ou une diminution du canon pour cause de stérilité qui est favorable à cette interprétation⁴⁶⁹. Il y a ensuite l'usage du mot "sol" à l'article 582 c.c. qui vient naturellement qualifier la variété des immeubles par nature apte au démembrement emphytéotique. Mais il y a surtout l'histoire. Fonction du problème qu'elle était appelée à résoudre, du mal dont elle était censée pouvoir conjurer les effets, soit celui de l'absentéisme en milieu rural⁴⁷⁰, il est clair que l'emphytéose a été conçue en rapport avec cet immeuble par excellence qu'est la terre. Eprouvée à la campagne sur des fonds stériles, puis féconds, la tenure passa éventuellement à la ville⁴⁷¹. Elle ne s'étendit toutefois jamais aux surfaces entièrement construites, encore moins à des bâtiments envisagés séparément du terrain leur servant d'appui physique. Cette extension eut été contraire au but de l'institution. L'emphytéose devait en effet contribuer à l'amélioration de lieux qui autrement auraient été laissés à l'abandon, qui requéraient un investissement considérable d'années-travail⁴⁷². L'exploitation ordinaire de biens déjà valorisés était assurée par

469 Arts. 575 c.c.; 940 c.r.

470 Supra, n^{os} 5-9, 13.

471 Supra, note 87.

472 Supra, n^{os} 7-8, 13, 19-20, 24, 70, 109.

d'autres contrats. Aussi, l'idée de consentir un droit d'emphytéose sur un édifice indépendamment de son support matériel, ne vit-elle le jour que sous l'ancien régime⁴⁷³. Il ne s'agissait cependant plus d'emphytéose, puisque l'obligation due au premier chef avait alors été réduite à l'entretien⁴⁷⁴. Passe néanmoins l'ancien droit et revienne le droit romain, que le propriétaire est à nouveau limité à l'offre d'un fonds de terre. Les exemples donnés par la jurisprudence sont probants à cet égard⁴⁷⁵.

Paragraphe II - Du profit et de la protection des intérêts du constituant

172 - La perennité de l'institution d'emphytéose tient à une formule simple et heureuse: l'union équilibrée du capital foncier et de l'industrie humaine. Chacune des parties à l'entente y trouve son compte et se tient pour personnellement avantagée par la transaction. Le propriétaire, en ce qui nous concerne ici, parce qu'il tire profit d'un bien normalement

473 Voir *Boutaric, Traité des droits seigneuriaux, ch. 14, n° 4, cité par *Sebire et Carteret, op. cit., p. 457; *Guyot, op. cit., p. 682; *J.B. Denisart, op. cit., pp. 297-298; G. Dufour, op. cit., p. 161; J. Pinatel, op. cit., pp. 37-38.

474 Supra, n° 43.

475 Il n'y a pas un arrêt depuis le rétablissement de l'obligation d'améliorer où l'on peut voir qu'un droit d'emphytéose a été accordé exclusivement sur une construction existante.

destiné à demeurer nu et improductif et, ce, avec un rendement potentiellement supérieur à tout autre placement non spéculatif à long terme sur le marché des valeurs immobilières, sans les embarras administratifs habituels en la matière. La réalisation d'un tel exploit sur le plan des bénéfices ne va évidemment pas sous un certain sens du compromis, du renoncement même de la part du constituant. Ce dernier devra se dépouiller plus qu'à l'ordinaire afin que l'emphytéote, conscient d'oeuvrer pour lui-même, soit naturellement porté à améliorer la chose reçue. Le maître consent toutefois d'autant plus facilement à l'abandon de ses privilèges immédiats qu'il sait non seulement pouvoir monnayer les charmes réels de son héritage, mais que l'essentiel sur icelui réservé est à l'abri des convoitises et méprises suscitées par l'apparence de propriété résultant de la naissance du droit conféré.

A - Les sources de profit du constituant

173 - Incapable de ou peu intéressé à investir son propre numéraire dans une entreprise à la fois longue et coûteuse, le propriétaire d'un bien fonds qui refuse ou n'est pas contraint de vendre à perte ou pour un prix convenable peut, par le truquement de l'emphytéose, s'en servir comme il le ferait d'un pécule. Il lui suffit en effet de relâcher généreusement son lien d'appartenance-maîtrise sur icelui pour être à même de

profiter de nombreux avantages à court, moyen et long terme; avantages qui proviendront principalement de la rente emphytéotique, des améliorations, d'une cession de ses droits ou de l'exercice probable de droits de prélation et de mutation et que le maître, comme nous allons le constater, est libre de prévoir au meilleur de ses intérêts dans tous les cas.

174 - Ebrécher son droit de propriété par l'emphytéose ne permet pas uniquement de réaliser des bénéfices. Le procédé est aussi l'occasion d'économies substantielles pour le constituant qui, ce faisant et sauf contre-indication, se libère des charges et responsabilités normalement attachées à la qualité de propriétaire⁴⁷⁶. Ce genre de bienfait ne sera cependant traité que sous son aspect négatif quand il sera fait état des obligations incombant de droit à l'emphytéote⁴⁷⁷.

a) Le canon emphytéotique

175 - Source négligeable, mais certaine de profit: tel est en deux mots l'opinion consacrée en matière de redevance emphytéotique. Source négligeable de profit, enseigne-t-on habituellement, parce que le propriétaire mise davantage sur la

476 Arts 576, 577 c.c.; 944 c.r.

477 Infra, n^{os} 273-274.

stabilité que sur l'importance de la rente. Source certaine de profit, s'empresse-t-on par ailleurs d'ajouter, parce que le canon est de l'essence de la tenure emphytéotique. Hélas! rien n'est aussi simple. Reprenons donc les deux aspects de la question en commençant par le dernier, savoir: l'existence d'un lien indissoluble entre le droit d'emphytéose et la prestation, en deniers ou autres espèces, due par l'emphytéote.

176 - Rares sont ceux qui ne font point du canon un des piliers de l'institution d'emphytéose⁴⁷⁸. Ce qui ne signifie pas, selon nous, qu'il faille accepter d'emblée la position dominante voulant que la stipulation de rente soit constitutive d'état. Pour en arriver là en effet, il nous faut d'abord rechercher le pourquoi précepte dont l'observance est dite fondamentale. Or, d'exposé sérieux des motifs venant étayer le dispositif concluant à cette exigence, nous avons vainement cherché. Dans la plupart des cas, juges et auteurs se satisfont du rappel d'une règle sempiternelle et universellement admise, rappel d'où tout doute et toute réflexion personnelle sont exclus. A l'occasion, il est vrai, et de façon tout à fait incidente, la définition légale et le but de l'institution ont déjà été invoqués

478 J. Ortolan, op. cit., III-IV, p. 297; W.R. Johnston, op. cit., pp. 331, note 33 et p. 340; Sebire et Carteret, op. cit., p. 455; Paris, 3^e février 1836, S. 36-II-147.

au soutien du caractère purement onéreux de la tenure⁴⁷⁹. De façon incidente à quoi, veut-on savoir. A tout un raisonnement implicite, à tout un schème de pensée où, sans jamais qu'en autant de mots les arguments ci-après énoncés aient été ouvertement et directement mis de l'avant comme justification à l'exclusion de gratuité en l'espèce, un rattachement d'origine erroné joint à une certaine conception du canon ont contribué à la transformation en postulat d'une simple habitude pratique qui n'excluait pas dans son principe toute idée de libéralité.

177 - L'imposition de redevance paraît un besoin évident si l'on commence par attribuer la paternité de l'emphytéose au bail vectigalien⁴⁸⁰, puisque le "vectigal" ou loyer payé par le preneur en considération et proportion de sa jouissance servait de critère de distinction entre la "locatio conductio" et le "commodatum"⁴⁸¹, écarté par tous, nous y compris, comme ancêtre probable⁴⁸². La nécessité d'un canon s'impose d'elle-même encore si l'on imagine, par la suite, que la "lex Zenoniana" eut pour simple résultat de cristalliser dans un contrat "consensu" unique, situé à mi-chemin entre la vente et le louage, la longue

479 R. Pugnère, op. cit., pp. 201-208. Voir les articles 567 et 574 c.c.

480 Supra, note 70.

481 Supra, note 191.

482 Supra, n^o 67.

et lente interpénétration de fait des personnalité civile et réalité prétorienne survenue au sein du cadre vectigalien⁴⁸³, car la rente, quoique désormais exigible indépendamment de la jouissance exercée par l'emphytéote, est dès lors considérée comme vestige d'un des éléments civils de l'institution administrative originaire. Le service d'un tribut, si minime soit-il, devient essentiel enfin, si l'on maintient, par respect pour l'ancien droit, que l'annuité versée est recognitive du domaine de propriété réservé au constituant⁴⁸⁴; les risques d'usurpation étant ainsi réduits, voire évités. Au terme de ce cheminement intellectuel, il est normal que le cerveau soit irrémédiablement fermé à l'accréditation emphytéotique d'ententes dépourvues d'appareil rentable et, partant, que la lettre des articles 567, 573 (2) et 574 c.c. prime sans discernement.

178 - Il se trouve néanmoins que la tenure emphytéotique n'est pas sortie de la cuisse de l'"ager vectigalis", mais plutôt

483 Supra,

484 *Guyot, op. cit., p. 682; *C.J. de Ferrière, op. cit., t. I, p. 826; *Argou, op. cit., p. 300; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 455; C. Chenon, Les démembrements de la propriété foncière en France, p. 50; Merlin, Répertoire de Jurisprudence, t. V, p. 722; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 307; Troplong, op. cit., pp. 127-128, 130; F. Langelier, op. cit., t. II, pp. 319, 321; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 525; Blanchet v. Le Séminaire de Québec, précité, pp. 106-107; Alais, 31 août 1842, sous Req. , 12 mars 1845, S. 45-I-382; Civ. , 17 nov. 1852, S. 52-I-747.

de celle de l'"ager occupatorius arcifinius"⁴⁸⁵ et que dans ce dernier cas l'occupant n'était pas, contrairement au preneur vectigalien et à l'emphytéote à bail, créancier de jouissance du maître du fonds, soit l'Etat, pour l'usage qu'il en pouvait faire⁴⁸⁶. Il est établi de plus que Zénon, par son intervention, n'a ni maintenu ni contribué à maintenir au contrat d'emphytéose les traits personnels dont l'entente se pouvait revêtir lorsqu'elle était réglée entre particuliers à l'exemple d'un des deux modèles usités par l'administration publique. Il a au contraire effacé du cinquième contrat "consensu" tout ce qui tenait spécifiquement de l'un et de l'autre desdits modèles⁴⁸⁷. Il suit dès lors que, depuis la loi 1 du Code "de emphyteutico jure", le canon n'est pas acquitté en paiement de loyer comme dans la location simple, vectigaliennne ou emphytéotique, ni non plus servi en signe de reconnaissance de la propriété du constituant comme sous l'ancien régime de l'"ager occupatorius arcifinius", de la vente emphytéotique ou de l'emphytéose dégénérée de l'ancien droit⁴⁸⁸,

485 Supra, n^{os} 19-31.

486 Supra, n^o 24.

487 Supra, n^{os} 87-93.

488 La thèse du canon représentatif du domaine éminent doit succomber avec le régime de la propriété féodale avec lequel elle s'accoutumait.

mais bien davantage réglé en considération de la cession d'un droit réel de jouissance⁴⁸⁹, en nul point équivalent à la procuration de jouissance. Force nous est donc de conclure qu'un propriétaire est ainsi seul juge de ce qui constitue bonne et valable considération pour telle cession et qu'il reste libre de fixer les modalités de paiement d'icelle au gré de sa convenance si son geste est dépourvu d'intention libérale.

179 - Il convient de noter au passage que s'il était impossible, avant l'emphytéose byzantine, d'établir un contrat civil de cette espèce⁴⁹⁰, il en faut chercher la raison dans le caractère propre des conventions auxquelles s'ajoutait l'"addendum" emphytéotique et non point dans la nature même de notre institution. Il importe aussi de souligner que la tenure mancienne prévoyait, à titre d'encouragement, une exemption de redevance en début d'occupation et, ce, sans qu'il y ait pour autant absence ou perte du trait emphytéotique durant cette période⁴⁹¹. Sur cet article, nous reconnaissons volontiers que pareille

489 Pour le droit romain: W. Kamps, op. cit., p. 119; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 160. Pour le droit moderne: R. Pugnière, op. cit., p. 228; G. Dufour, op. cit., p. 247; W. de M. Marler, op. cit., p. 133; N.L. Rappaport, op. cit., p. 268; P. Martel, op. cit., p. 538; Dingwell v. Delaney et al, précité, p. 441; Lépine v. The Permanent Building Society of Jacques Cartier, (1876) 20 L.C.J. 300, p. 300; Rouen, 1er août 1811, S. Chr. I-536.

490 Supra, n^{os} 73, 111-112.

491 Supra, n^{os} 19-20.

exemption ne peut fonder théorie sur la gratuité de la transaction puisqu'un canon était éventuellement dû⁴⁹². Par ailleurs, nous estimons que le droit de l'Etat au service soit immédiat de l'annuité dans le cas de l'"ager occupatorius arcifinius"⁴⁹³, soit futur dans celui de l'emphytéose manciennne⁴⁹⁴, relève beaucoup plus en l'espèce du désir des autorités gouvernementales de contrôler l'usage du domaine public par ceux n'ayant d'autre titre que leur occupation et d'éviter, ce faisant, l'éviction comme jadis en Italie⁴⁹⁵, que d'une volonté ferme et évidente de considérer la présence de l'annuité comme condition essentielle du droit issu d'une tenure fondée sur l'occupation. En conséquence, il appert selon nous que convention passe droit sur le sujet depuis la mise au point de Zénon et qu'il n'existe dès lors aucune relation causale directe entre la stipulation de la rente et la constitution d'emphytéose. Il est évident, certes, que le poids des usages administratifs et la durée perpétuelle de la tenure dans la plupart des cas font qu'une annuité fut plus souvent qu'autrement réclamée de l'emphytéote, mais cette situation "de facto" n'autorise, faut-il le préciser, aucune

492 Supra, n^{os} 19-20.

493 Supra, n^o 28.

494 Supra, n^{os} 19-20.

495 Supra, n^o 28.

conclusion rendant l'absence d'imposition privative d'état. En droit, la possibilité d'une concession gratuite subsiste. Partant, la redevance annuelle n'est pas de l'essence de l'emphytéose et l'opinion fort peu circonstanciée en sens contraire est à rejeter. La vérité demeure en effet une question d'exactitude et non de poids et un droit se définit toujours par son contenu plutôt que par les conditions de son établissement, que par le caractère gratuit ou onéreux du titre le constituant⁴⁹⁶.

180 - La question de principe étant désormais tranchée et les formalités d'une constitution d'emphytéose à titre gratuit n'offrant aucun intérêt dans le cadre de la présente discussion, voyons ce qu'il reste à dire non point de la nature de l'obligation au canon, mais du canon lui-même si stipulation à cet effet il y a à l'acte. Dans un tel cas, trois points doivent encore être précisés, savoir: la nature de la rente, son importance et, enfin, son mode de règlement. Le détail de ces articles permet, selon nous, de mieux comprendre la pratique instaurée de l'annuité. Aussi, est-ce dans cet esprit que nous envisageons un développement d'apparence inutile une fois que le canon est défini comme prix de cession d'un droit réel de

496 H. de Page, op. cit., t. VI, p. 591.

jouissance sur la chose immobilière d'autrui.

181 - Passons du plus simple au plus complexe. D'abord les modalités de paiement. La situation socio-économique qui a favorisé la naissance de la tenure emphytéotique est connue⁴⁹⁷. Il en est de même des raisons d'état qui ont contribué à son extension⁴⁹⁸, des principes animant le concept⁴⁹⁹, de la nature particulière des biens originellement offerts à ce titre⁵⁰⁰ et du poids des us engendrés par les contrats administratifs servant de support à l'institution⁵⁰¹. Ces facteurs réunis ont tracé la voie pour une solution d'opportunité graduellement considérée comme règle de nécessité par une doctrine dont les égarements ont été déjà suffisamment déplorés. En effet, en un temps où il importait non seulement de couper court au phénomène du délaissement agraire, mais aussi d'encourager un retour à la terre, il était impensable de vouloir exiger un versement unique au comptant pour la cession d'un droit très étendu sur des fonds palustres et sylvestres. Néanmoins, la générosité

497 Supra, n^{os} 5-7.

498 Supra, n^{os} 8, 109.

499 Supra, n^{os} 3, 7-8, 30.

500 Supra, n^{os} 7, 13, 17, 61.

501 Supra, n^o 179.

du Prince avait des limites. Ses coffres étaient vides et la transaction se devait d'en être une d'affaires. Un compromis fut donc arrêté dans la redevance annuelle qui présentait l'avantage d'assurer tant la permanence d'entrées qu'un prix de revient supérieur au capital que l'emphytéote eût été en mesure de payer lors de la signature du contrat. Ce dénouement était d'autant plus prévisible qu'il s'inscrivait dans la ligne des habitudes créées par l'usage antérieur de l'amodiation et de l'aliénation emphytéotiques⁵⁰². Bref, à défaut d'être à même, d'une part, de poser un geste gratuit à compter de l'instant où la chose devint possible, soit lorsque les modèles administratifs se muèrent en convention "sui generis" pour les particuliers, et à défaut de pouvoir, d'autre part, exiger une somme forfaitaire dans une situation de marché difficile, les grands propriétaires, empereur et autres "beati possidentes", trouvèrent commode d'imposer une annuité qu'on assimila par tradition à la rente; d'où la persistance de l'idée et du vocabulaire y afférant⁵⁰³. Cette mutation faite cependant, avec la conséquence que tout argent réclamé de l'emphytéote devait représenter le prix de l'aliénation d'un droit réel dans l'immeuble, et l'emphytéose s'étendant peu à peu des fonds ruraux stériles

502 Supra, n^{os} 73, 111-112.

503 Pensio, vectigal, redditus, canon, loyer, fermage, annuité, redevance.

aux fonds urbains productifs, un propriétaire pouvait, face à une clientèle moins dépourvue, demander son dû sur le champ⁵⁰⁴. Rien ne permet du reste d'affirmer qu'il ne le fit pas en fait alors. De cette construction, il s'ensuit que le nombre et la fréquence des versements ne sont autres qu'affaire de circonstance et qu'il n'est besoin ni de les acquitter annuellement seulement⁵⁰⁵, ni de les établir à tant par an⁵⁰⁶. Par ce, nous n'entendons point nier l'utilité et l'intérêt, à la fois

504 Il est des auteurs qui repoussent l'idée du prix unique au motif singulier que l'emphytéose serait alors considérée comme une vente: *C.-J. de Ferrière, op. cit., t. I, p. 826; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 455; Jetté, op. cit., p. 97. Il y a chez eux confusion entre vente de la chose et vente du droit d'emphytéose sur la chose.

505 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 182, note a.

506 Contra, mais sans explications: Pour le droit romain: P. Ourliac, et J. De Malafose, op. cit., p. 74; C. Demolombe, op. cit., p. 374; G. Lepointe, op. cit., p. 152; G. Dufour, op. cit., p. 59; G.G. Tocilesco, op. cit., pp. 102-106; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 72; R. Monier, op. cit., t. I, p. 446.

Pour l'ancien droit: *Guyot, op. cit., pp. 680-681; *Argou, op. cit., p. 300; *C.-J. de Ferrière, op. cit., t. I, p. 826; J. Domat, op. cit., pp. 221-222; J.B. Denisart, op. cit., t. II, p. 296; Proudhon, Domaine de Propriété, n^{os} 709-710, dans C.C. de Lorimier, op. cit., t. V, p. 17; Dunod, Prescription, dans C.C. de Lorimier, op. cit., t. V, p. 87; Troplong, op. cit., pp. 130-131; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 297; C. Demolombe, op. cit., p. 376; G. Dufour, op. cit., p. 171; J. Lefort, op. cit., p. 287.

Pour le droit moderne: III^e Rapport des Codificateurs, p. 408; C. Charron, op. cit., pp. 21, 24; Jetté, op. cit., pp. 91, 97; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 182, note a; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 502, 522; W. de M. Marler, op. cit., p. 133; N.L. Rappaport, op. cit., p. 268; L. Baudouin, op. cit., p. 463; P. Martel, op. cit., p. 537; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 352; A. Weill, op. cit., t. II, pp. 560-561; Dingwell v. Delaney et al, précité, p. 439; Price et al v. Leblond et al, précité, p. 199; Henault v. Gervais, précité, p. 235; Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité, p. 196; Fraser et al v. The Rivière du Loup Pulp Co. Ltd. et al, précité, p. 558.

pour le maître et l'emphytéote, d'une répartition de l'indemnité de cession en versements annuels consécutifs, égaux ou non⁵⁰⁷, mais indiquer uniquement que cette politique n'est pas de rigueur comme le laisse croire le Code⁵⁰⁸ et qu'elle n'exclut pas le droit d'accorder des exemptions temporaires.

182 - Que dire à présent, s'il en a été ainsi convenu, du montant des sommes à déboursier par l'emphytéote en considération du droit offert et reçu? Concevant le prix d'aliénation de l'emphytéose sous l'aspect d'une redevance, la doctrine et la jurisprudence avaient, il y a peu de temps encore, une préférence marquée pour la modicité d'icelle⁵⁰⁹. Cette préférence n'avait rien de déraisonnable. Bien au contraire. Aux époques où l'institution n'avait cours qu'en milieu rural, où les seuls héritages cédés par ce biais étaient dénués de toute valeur

507 A l'effet que l'importance des versements peut varier d'une année à l'autre: T. Brassard, op. cit., p. 361; N.L. Rappaport, op. cit., p. 275; C. Charron, op. cit., p. 24; P. Martel, op. cit., pp. 538, 549; Cass, 12 mars 1845, S. 45,1,382.

508 Arts 567 et 574 c.c.

509 W. Kamps, op. cit., pp. 101,107; J. Ellul, op. cit., p. 437; G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 64-65; G. Dufour, op. cit., pp. 171, 174; C.-J. de Ferrière, op. cit., t. I, pp. 825-826; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 358; Troplong, op. cit., pp. 138-140; Nouveau Denisart, Bail emphytéotique, p. 280, dans C.C. de Lorimier, op. cit., t. V, p. 30; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 502; L. Baudouin, op. cit., p. 461; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., p. 321; H. De Page, op. cit., t. VI, p. 601; A. Weill, op. cit., t. II, p. 563; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 192; Dingwell v. Delaney et al, précité, p. 449; Civ. 26 avril 1853, S. 53-I-445; Civ. 24 août 1857, S. 57-I-854; Civ. 11 nov. 1861, S. 62-I-91; Civ. 26 janv. 1864, S. 64-I-91; Paris, 17 mai 1922, Gaz. Pal. 1922-II-145; Soc. 6 mai 1964, J.C.P. 1964- II- 13831; Civ. 3e 16 avril 1970, J.C.P. 1970 - IV - 143.

utilitaire immédiate et où, enfin, les facilités de crédit étaient à peu près nulles, le constituant eût été fort mal venu de se montrer cupide. Loin de favoriser l'accès au sol conformément à l'économie générale de la tenure, pareille attitude eût privé le propriétaire d'intéressés à sa politique de faire valoir indirect. Dans ces conditions, mieux valait temporiser, compter plutôt sur les améliorations à venir et la plus-value par elles donnée au droit retenu⁵¹⁰. Que cette situation d'ensemble vienne à changer cependant et nul ne sera surpris de voir le maître accroître ses exigences. Par là même, nous constatons que l'indemnité de cession obéit aux lois de l'offre et de la demande, que son chiffre est en fait "librement déterminé par les parties"⁵¹¹ à l'acte et qu'il variera selon le lieu et l'état du fonds concerné, selon les capacités financières de l'emphytéote et les besoins plus ou moins pressants du constituant. L'exiguité des déboursés habituellement requis était et est donc signe de nécessité sans être une nécessité en soi; à preuve, les exemples donnés par

510 G.G. Tocilescu, op. cit., pp. 64-65; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 502; Cass. 24 août 1857, D. 57,1,326; Paris 17 mai 1922, Gaz. Pal. 1922-II-145; P. Ourliac et M. de Juglart, note sous Soc., 6 mai 1964, J.C.P. 1964-II-13831. La modicité de la redevance s'expliquerait aussi par le fait que l'emphytéote est contraint à des investissements qui lui procurent peu de rendement au début: H. De Page, op. cit., t. VI, p. 601; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 358; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 192; Dingwell v. Delaney et al, précité, p. 449.

511 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 213. Dans le même sens: A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 502; P. Martel, op. cit., p. 538; C. Charron, op. cit., p. 20, note 19; A. Hajje, op. cit., p. 152; Troplong, sous Req., 12 mars 1845, S. 45-1-382; Paris, 17 mai 1922, Gaz. Pal. 1922-II-145.

une jurisprudence portant sur des cas d'emphytéose sis sur un immeuble urbain⁵¹². En la matière, tout est ainsi permis par le traité d'emphytéose, y compris la stipulation d'intérêt sur le solde impayé lors de la signature et l'insertion de clauses d'échelle mobile fondées sur des indices à caractère économique⁵¹³. Le maître doit éviter seulement, d'une part, de décourager l'emphytéote par un prix trop élevé et, d'autre part, de rendre la dette de ce dernier proportionnelle à sa jouissance du fonds⁵¹⁴.

183 - Un mot enfin sur la nature de ce qui est, dans une terminologie peu rigoriste, improprement dénommé la rente emphytéotique. En soi, la rente est un droit à des prestations périodiques en nature ou en espèces⁵¹⁵. Perçue et reconnue sous l'ancien

512 Lépine v. the Permanent Building Society of Jacques-Cartier, précité, 20 L.C.J. 300; Metropole Parking Inc. v. Trans-Canada Corporation Fund, (1965) B.R. 505; Cohen v. M.R.N. [1965]D.T.C. 470; Befega Inc. v. M.R.N. (1970)D.T.C. 1033 et (1972)D.T.C. 6170; Rosenstone v. M.R.N. 1971 D.T.C. 688; Springhill Development Ltd. v. M.R.N. (1972)D.T.C. 1003.

513 N.L. Rappaport, op. cit., p. 275; C. Charron, op. cit., p. 24; P. Martel, op. cit., p. 549; No 229 v. M.R.N. 1955 D.T.C. 63, p. 70; Cohen v. M.R.N. 1965 D.T.C. 470, p. 471; Befega Inc. v. M.R.N. 1970 D.T.C. 1033, p. 1034, et 1972 D.T.C. 6170, p. 6171; Rosenstone v. M.R.N. 1971 D.T.C. 688, pp. 691-692; Paris, 17 mai 1922, Gaz Pal., 1922-II-145.

514 St. Lawrence Warehouse Inc. v. Canadian National Railway Company, précité, pp. 223-225.

515 M. Planiol et G. Ripert, op. cit., t. III, pp. 113-114; H. de Page, op. cit., t. V, p. 637; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 442. S'il est admis par nos tribunaux que la rente emphytéotique peut être acquittée en denrées diverses (Dingwell v. Delaney et al., précité, p. 449), il est par ailleurs reconnu que la prestation de l'emphytéote ne peut consister en une obligation de faire: Price et al v. Leblond et al, précité, p. 199. Cette opinion est conforme au fait que la rente en général exprime l'idée de revenu. Néanmoins, l'argument n'est plus valable lorsqu'on établit que le canon s'apparente, en l'espèce, à la notion de capital.

régime comme un droit réel, immobilier et perpétuel⁵¹⁶, la rente, foncière ou constituée, n'est plus de nos jours qu'un droit personnel, mobilier et rachetable dans tous les cas⁵¹⁷, sauf un: celui du canon emphytéotique⁵¹⁸. La singularité de l'exception ne laisse pas de surprendre. Cherchait-on ainsi et de propos délibéré à conserver les droits acquis par l'"Acte concernant les rentes foncières, les rentes constituées et les rentes viagères"⁵¹⁹ ou a-t-on simplement voulu reproduire au Code l'essentiel des dispositions de cette dernière loi de 1859 sans s'interroger sur le fondement de la particularité⁵²⁰? Entendait-on marquer de la sorte toute la distance et différence séparant le loyer du canon⁵²¹ ou estimait-on plutôt que la rente, jugée d'essence en la matière et participant à la foncialité de l'héritage, s'analysait en un droit immobilier irrachetable? En vérité, nul ne le sait et ne le peut dire avec certitude, puisque les Commissaires préposés

516 M. Planiol et G. Ripert, op. cit., t. III, pp. 114-116, 989-991; H. De Page, op. cit., t. V, pp. 638-640; P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 442-448.

517 IIIe Rapport des Codificateurs, Livre II, pp. 364-366; Arts 388, 389, 391, 1595 et 1909 c.c.; Mailhot et al v. Brimbois, précité, p. 543.

518 Arts 388 et 392 c.c.

519 1859, 22 Vict., ch. 49.

520 IIIe Rapport des Codificateurs, Livre II, p. 364.

521 Comparer Art. 575 c.c. avec les articles 1609, 1625 et 1636 c.c.

à la codification de nos lois sont demeurés cois sur le sujet. Selon nous toutefois, il s'agit vraisemblablement d'une de ces fictions commodes mais illogiques de l'ancien droit inventée pour ne pas démentir le brocard "res mobilis, res vilis", fiction qui, par tradition et inadvertance, aurait été maintenue au Code par le législateur. Dans l'état actuel de notre droit, la rente emphytéotique doit par conséquent être considérée comme un immeuble par l'objet auquel elle s'attache et, ce, parce qu'elle est une créance, donc un droit, tendant "à obtenir la possession d'un immeuble"⁵²². Cette situation privilégiée faite à la redevance emphytéotique est injustifiée et injustifiable de nos jours et il est à souhaiter qu'on y mette fin dans un avenir rapproché.

184 - En conclusion, il appert après étude que la réserve d'un canon n'est aucunement indispensable à l'établissement du droit d'emphytéose et qu'il est en l'occurrence préférable de parler d'une indemnité de cession⁵²³. Partant, il n'y aura

522 Art. 381 c.c.

523 Puisque ledit canon emphytéotique représente en fait le prix de l'aliénation d'un droit réel de jouissance dans un immeuble, il suit qu'il constitue une recette de capital et non un revenu. Le constituant ne devrait donc point être imposé sur les sommes reçues par l'emphytéote à ce titre. (Contra: No 229 v. M.R.N., obiter de la p. 66; P. Martel, op. cit., p. 546).

vraiment profit pour le constituant que si ce dernier exige compensation "en échange de l'abandon de jouissance de sa chose"⁵²⁴, compensation dont l'importance et le mode d'acquittement relève entièrement du domaine de la liberté contractuelle⁵²⁵.

b) Les améliorations

185 - Les améliorations sont la raison d'être de l'institution étudiée. C'est principalement en vue et considération de celles-ci qu'un propriétaire cède son immeuble en emphytéose; d'où le premier devoir de l'emphytéote d'en réaliser pendant le délai imparti de sa jouissance. Pour le maître, il n'est ainsi, à long terme, d'avantage plus certain que celui représenté par les améliorations.

524 R. Pugnière, op. cit., p. 228.

525 Une explication au caractère annuel de la prestation due par l'emphytéote aux termes du Code serait toujours, si l'on considère acquis le principe de la constitution à titre gratuit, que l'indemnité de cession du droit d'emphytéose n'est acquittée sous forme d'annuités qu'en l'absence d'intention libérale de la part du propriétaire. Le procédé, semblable à celui du bail à rente, serait ainsi un vestige de l'époque de confusion entre ce dernier contrat et notre institution qui, l'un et l'autre, furent conçus en des temps pauvres en numéraire pour faciliter l'accès à la propriété par voie de versements minimes et périodiques. Cette solution est intéressante, mais nous ne trouvons nulle intention ou précision du législateur à cet effet.

Il est une chose toutefois de constater que les améliorations donnent à la tenure emphytéotique sa physionomie particulière et une autre de savoir en quoi elles consistent exactement. Effectivement, l'objet de l'obligation à laquelle l'emphytéote est de droit tenu sans rémission possible et, conséquemment, le genre de bénéfice escompté par le constituant en fin d'emphytéose, de quelque manière qu'elle arrive, ont toujours été et demeurent encore des aspects fort négligés du domaine concerné. Cette situation est à la fois surprenante et inadmissible. Dans les pages qui suivent, nous nous emploierons à la corriger.

186 - Au développement proposé, nous n'aurons pas à nous pencher sur la nature de l'obligation d'améliorer. Cette question sera examinée en temps utile et sous un titre plus approprié⁵²⁶. Nous n'aurons point non plus à nous préoccuper du droit respectif des parties sur les améliorations pendant la durée de l'emphytéose. Ce problème retiendra suffisamment notre attention plus tard⁵²⁷. Enfin, il n'y aura pas lieu de nous étendre sur les motifs de l'absence d'indemnité à payer par le constituant pour les améliorations promises. Ce dernier point est lié au précédent et nous l'aborderons au moment opportun⁵²⁸. Nous estimons pour l'heure cependant qu'il s'agit là, en principe, d'un droit acquis pour

526 Infra, n^o 281.

527 Infra, n^{os} 295 et ss.

528 Infra, n^{os} 381 et ss.

le "dominus". La construction à venir mise sur cette vérité connue et reconnue.

Notre seul but ici est de fixer l'acception du mot, de découvrir ce qu'il faut entendre par et comprendre sous le vocable d'amélioration, pour ensuite distinguer, en termes de profits éventuels pour le propriétaire, entre les réalisations obligatoires et facultatives de l'emphytéote. Pour ce faire, force nous sera de considérer si l'expression usitée en la matière a le même sens et recoupe les mêmes oeuvres que dans les maintes autres dispositions du Code Civil où il en est fait emploi.

187 - Amélioration n'est pas un de ces mots qui rend la chose immédiatement présente à l'esprit. Ce terme générique évoque bien de suite l'idée d'un changement en mieux, d'un perfectionnement, mais il suggère aussi un résultat sans fournir d'indication sur ce qui le produit. Ainsi, ce n'est pas uniquement en serrant l'expression de plus près que nous en trouverons le sens. Il faudra aussi et surtout compter, en nous guidant de l'image qu'il fait naître, sur le texte et le contexte des articles où le vocable paraît, sur les auteurs et sur les décisions des tribunaux.

Notre Code civil ne contient point de définition de l'amélioration. Malgré cela, il en est partout traité comme

d'une donnée connue⁵²⁹. Partant, notre première réaction serait de croire à la signification unique et invariable. Or, il n'est rien de tel. Il apparaît plutôt que le terme est sujet à acceptations diverses selon les différentes hypothèses particulières envisagées par le législateur. En vue de faire la lumière et sans vouloir pour autant qualifier l'expression de façon rigoureuse en toutes occasions, puisque tel n'est pas le but de cet ouvrage, il convient donc, après certaines considérations d'ordre général, d'opérer d'abord un classement des cas d'usage du mot pour ensuite démontrer que les améliorations de l'emphytéote sont d'un genre propre.

188 - Au chapitre des généralités, il échet au départ de souligner qu'amélioration et impense ont le même sens en droit civil québécois. L'un est employé comme synonyme de l'autre. Ceci est manifeste non seulement à la consultation des articles pertinents du Code⁵³⁰, mais aussi et surtout à la

529 On trouve le mot amélioration aux articles suivants du Code civil: 411, 417, 418, 419, 441, 442(f), 462, 557, 567, 577, 580, 582, 732, 888, 958, 1515, 1539, 1546, 1612, 1614, 1615, 1616, 1624, 2017. Le verbe est employé au lieu du nom à l'article 1304 c.c.

530 Arts 729, 732, 1267(a) et 2072 c.c.

lecture de nos auteurs⁵³¹ et de nos arrêts⁵³². Il est évident de plus qu'il n'est jamais discuté d'amélioration ou d'impense "in se", mais bien d'amélioration ou d'impense en rapport avec un bien préexistant, un bien matériel préexistant, immobilier

531 P.B. Mignault, *op. cit.*, t. II, pp. 500, 504; t. III, p. 569; t. IX, pp. 155-156, 159; F. Langelier, *op. cit.*, t. VI, p. 306; L. Bélanger, Quel recours a le grevé contre l'appelé pour les réparations, améliorations et autres travaux qu'il a faits aux biens substitués? (1898-1899) 1 R. du N. n° 2, 1, pp. 6-9; J. Sirois, Comment se fait le rapport, (1916-1917) 19 R. du N. 309, p. 349; A. Montpetit et G. Taillefer, *op. cit.*, pp. 157, 212; Léon Faribault, Traité de Droit Civil du Québec, t. XI, De la vente, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, pp. 371-372; Albert Mayrand, Traité élémentaire de Droit Civil, Les Successions ab intestat, Montréal, P.U.M., 1971, pp. 165, 326-327.

532 Asselin v. Lévesque, (1914) 23 B.R. 86; Aubé v. Forget et al, [1967]C.S. 412; Bédard v. Dugal et al, (1851) 1 L.C.R. 173; Bricault v. Bricault, (1881) 11 R.L. 163; Brisson v. Plourde, (1895) 1 R. de J. 95; Beauvais et al v. Lépine, (1896) 10 C.S. 452; Bergevin dit Langevin v. Grossman et al, (1915) 21 R.L. n.s. 364; Beaulieu v. Lefebvre et al, (1928) 44 B.R. 412; Baril v. Bolduc et al, [1952]B.R. 611; La Compagnie de prêt et de crédit foncier v. St-Germain et al, (1882) 26 L.C.J. 39; Commissaires d'écoles de St-Norbert v. Crépeau, (1886) 11 Q.L.R. 119; Crédit Foncier v. Loranger, (1899) 8 B.R. 193; Coté v. Coté et al, (1935) 58 B.R. 196 et (1935) 41 R. de J. 332; Charest v. Plourde et al, [1948]B.R. 442; Desautels dit Lapointe v. Société de Construction Canadienne de Montréal, (1879) 2 L.N. 147; Dufour v. Dufour, (1887) 10 L.N. 305; Delorme v. Cusson, (1897-98) 28 R.C.S. 66; Durand v. Clermont, (1914) 20 R.L. n.s. 271; Dunn v. Wheatley et al, (1915) 48 C.S. 245; Desrochers v. St-Hilaire, (1929) 67 C.S. 125; Dempsey-Cadillac Gold Mines Ltd. v. Dufresne, [1944]C.S. 374; Ellice c. Courtemanche, (1867) 17 L.C.R. 433; Ellard v. Milpour dit Miniquette, (1907) 16 B.R. 545; Fréchette et al v. Gagné, (1909) 36 C.S. 300; Gagnon v. Loubier et al, [1925]R.C.S. 334; Guay v. Thomas, (1926) 41 B.R. 454; Guay v. Tremblay, (1928) 44 B.R. 536; Lawrence v. Stuart, (1856) 6 L.C.R. 294; Lane et al v. Deloge, (1857) 1 L.C.J. 3; Lajoie v. Dean, (1883) 3 D.C.A. 69; Leprohon v. De Bellefeuille et al, (1885) 1 M.L.R., C.S. 156; Leroux v. McIntosh et al, (1913) 19 R.L. n.s. 444; Lamarre v. Coté et al, (1928) 45 B.R. 245; Lamoureux v. Robert, (1935) 41 R. de J. 29; Matte v. Laroche, (1878) 4 Q.L.R. 65; McCaskill v. The Richmond Industrial Co. et al, (1903) 23 C.S. 381; Mathieu v. Berthiaume, (1908) 14 R.L.n.s. 506; Mignault v. Pelletier, (1923) 61 C.S. 370; Nadeau v. Roseberry et al, (1900) 18 C.S. 542; Naud et al v. Lambert, (1918) 53 C.S. 403; Prowse v. Simpson et al, (1885) 13 R.L. 302; Prud'homme v. Scott et al,

de préférence⁵³³. Il semble aussi que le législateur soit peu ou pas intéressé par les améliorations faites par le maître sur sa propre chose et qu'il conserve⁵³⁴. Il est plutôt préoccupé en effet par les améliorations effectuées sur un bien qui est ou qui doit être restitué. Dans la première alternative, les améliorations ont été réalisées par le propriétaire⁵³⁵, dans la seconde, par un tiers ayant ou non légalement droit à la chose pour un temps⁵³⁶. Enfin, il appert que le Code met davantage, sinon tout l'accent sur la valeur économique représentée par l'amélioration, et sur la conservation de cette valeur, sans trop s'arrêter par ailleurs sur la nature même de l'amélioration. Conséquemment, il y a foule de dispositions éparses consacrées à la question du remboursement des améliorations et peu ou rien sur ce qu'est une amélioration.

189 - Ceci dit, n'y aurait-il pas moyen malgré tout de dégager certaines constantes révélatrices dans les multiples

(1886) 30 L.C.J. 156; Parent v. Kennedy, (1909) 15 R. de J. 329; Picard v. Picard et al, (1915) 48 C.S. 316; Ritchie v. Girard, (1899) 15 C.S. 162; Rocheport v. Rioux, (1916) 49 C.S. 514; Stuart v. Eaton, (1858) 8 L.C.R. 113; Spooner v. Pearson, (1891) 7 M.L.R., C.S. 315; The St-Lawrence Terminal Company v. Hallé, (1907) 16 B.R. 127; Sirois v. Hovington et al, [1969] B.R. 97; Trudeau v. Ricard, (1896) 2 R. de J. 233; Themens v. Royer, (1937) 62 B.R. 248.

533 L'article 441 c.c. concerne uniquement les biens meubles. Les articles 411, 462(2), 1515, 1539, 1546, 1612, 1614-1616, 1624 c.c. s'appliquent aux meubles comme aux immeubles.

534 Arts 442f(3), 557(3), 888, 1304, 1612, 2017 c.c.

535 Arts 729, 732, 1515, 1539, 1546 c.c.

536 Arts 411, 417, 418, 419, 441, 462(2), 567, 577, 580, 582, 958, 1614-1616, 1624, 2072 c.c.

emplois du terme? Nous le croyons. La première constante est qu'apparemment l'amélioration procède toujours d'un investissement quelconque en temps, en argent, en matériaux ou en main-d'oeuvre. La seconde constante est que, dans certains cas, le mot amélioration comprend la réparation et que, dans d'autres, il lui est nettement opposé⁵³⁷. De ces observations, il est d'abord permis de conclure, en bonne logique, que le produit d'un investissement dans un bien matériel préexistant dépendra de la nature de la dépense exposée, savoir plus précisément que l'amélioration sera représentée par une altération ou une transformation du bien en question s'il y a simple contribution de main-d'oeuvre et que l'amélioration prendra l'aspect d'un corps certain, théoriquement dissociable de la chose touchée, s'il y a, outre le labeur, addition de matériaux. On peut aussi conclure qu'il existe, d'après les textes et selon le but poursuivi par l'investissement, différentes sortes d'amélioration, savoir plus exactement celles qui ont trait à la réfection du bien visé et celles n'y ayant point trait. De ces conclusions, si nous les relions et revenons à l'image évocatrice du mot, il suit, en bonne logique toujours, que l'amélioration se présente comme une valeur ajoutée ayant

537 Cas où le mot comprend la réparation: Arts 411, 417(2), 419, 441, 729, 732, 1267a, 1304, 2017, 2072 c.c. Cas où le mot exclut la réparation: Arts 417(3) (4), 418, 442f(3), 462(2), 557, 567, 577, 580, 582, 729 in fine, 888, 958, 1515, 1539, 1546, 1612, 1614-1616, 1624 c.c.

pour signe extérieur soit une modification, soit une augmentation physique de la chose et que, si augmentation il y a, l'amélioration revêtira les apparences soit d'un meuble ou d'un immeuble par nature, soit, à la rigueur, d'un immeuble par destination. Nous formulons des réserves pour l'immeuble par destination parce que la dualité de propriété exigée en la matière exclut la plupart des cas d'application envisagés par le législateur. Il suit de plus, enfin, que l'amélioration tend, comme valeur ajoutée, soit à éviter une moins-value du bien affecté, soit à lui procurer une véritable plus-value.

Voilà en gros ce qui peut être déduit des dispositions de la loi prises dans leur ensemble et nous devons maintenant prendre connaissance de la doctrine et de la jurisprudence se rapportant à ces articles pour en savoir davantage sur l'amélioration.

190 - Nos auteurs et nos magistrats, suivant en cela la voie tracée par le législateur, évitent pour la plupart de définir clairement l'amélioration ou l'impense⁵³⁸. On préfère de beaucoup discourir librement sur ces expressions pour mieux

538 On s'en tient habituellement, pour ceux qui l'ont fait, à des énoncés du genre suivant: Travaux procurant une valeur accrue à la chose. F. Langelier, op. cit., t. II, p. 154; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 156; P. Martineau, Les Biens, Cours de Thémis, 1973, Montréal, p. 76; St-Jacques J. dans Themens v. Royer, précité, p. 253; Gagné J. dans Ritchie v. Girard, précité, p. 162.

faire valoir, ceux qui ont examiné plus attentivement la question y compris, qu'elles sont en vérité de deux ou de trois sortes, soit les nécessaires et les utiles⁵³⁹ ou les nécessaires, les utiles et les voluptuaires⁵⁴⁰. Suivent ensuite chez eux les commentaires appropriés sur le sens de ces catégories et la finalité des dépenses exposées dans le cadre de chacune d'elles, savoir: que les nécessaires empêchent la perte de la chose⁵⁴¹

539 W. de M. Marler, op. cit., p. 39; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 157-159; P. Martineau, op. cit., pp. 78-79; Bricault v. Bricault, précité, p. 179; Commissaires d'Ecole de St-Norbert v. Crépeau, précité, pp. 121-123; Crédit Foncier v. Loranger, précité, pp. 208-209; Desautels dit Lapointe v. Société de Construction Canadienne de Montréal, précité; Gagnon v. Loubier et al, précité; Lajoie v. Dean, précité; Lawrence v. Stuart, précité; Rochefort v. Rioux, précité, p. 517; Sirois v. Hovington et al, précité, p. 109; Spooner v. Pearson, précité, pp. 321-322, 324-325; The St-Lawrence Terminal Company v. Hallé, précité, p. 69.

540 L. Bélanger, op. cit., p. 6; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 496; F. Langelier, op. cit., t. II, pp. 150-151; L. Faribault, op. cit., t. XI De la Vente, pp. 259-260, 370-371; J. Sirois, op. cit., p. 319; Courteau v. Famette, [1972] C.S. 236, p. 239; Coté v. Coté et al, précité, p. 204; Desroches v. St-Hilaire, précité, p. 127; Dempsey-Cadillac Gold Mines Ltd. v. Dufresne, précité; Donahue Brothers Registered v. The Corporation of the Parish of St-Etienne de la Malbaie et al, (1924) R.C.S. 511, p. 519; Ellice v. Courtemanche, précité, p. 442; Lafontaine v. Suzor et al, (1861) 11 L.C.R. 388; Mathieu v. Berthiaume, précité, pp. 516-517; Zappa v. Gagnon, (1938) 64 B.R. 433, pp. 443-444.

541 L. Bélanger, op. cit., pp. 2, 6; L. Faribault, op. cit., t. XI, De la vente, pp. 259, 370; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 150; W. de M. Marler, op. cit., p. 39; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 498; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 157; J. Sirois, op. cit., p. 319; Courteau v. Famette, précité, p. 239; Credit Foncier v. Loranger, précité, p. 208; Desroches v. St-Hilaire, précité, p. 127; Ellice v. Courtemanche, précité, p. 442; Mathieu v. Berthiaume, précité, pp. 516-517; Rochefort v. Rioux, précité, p. 517; Sirois v. Hovington et al, précité, p. 109; Zappa v. Gagnon, précité, pp. 443-445.

tout en excluant les déboursés d'entretien⁵⁴², considérés comme charges de jouissance⁵⁴³, que les utiles rendent le bien plus précieux sans être pour autant indispensables à sa conservation⁵⁴⁴ et que les voluptuaires servent à l'embellissement de la chose sans forcément en augmenter la valeur vénale d'une façon appréciable⁵⁴⁵. Le tout est abondamment illustré d'applications par des exemples comme la consolidation de poutres de soutènement détériorées pour les améliorations nécessaires, l'érection d'une construction nouvelle pour les améliorations utiles et la pose de lambris aux murs pour les améliorations voluptuaires.

542 L. Bélanger, op. cit., p. 3; L. Faribault, op. cit., t. XI, De la vente, p. 370; Zappa v. Gagnon, précité, p. 443.

543 L. Faribault, op. cit., t. XI, De la vente, p. 370; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 577; Crédit Foncier v. Loranger, précité, p. 209; Ritchie v. Girard, précité, p. 163; Zappa v. Gagnon, précité, p. 443.

544 L. Bélanger, op. cit., p. 6; L. Faribault, op. cit., t. XI, Du louage, p. 210; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 150; W. de M. Marler, op. cit., p. 39; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 156, 159; J. Sirois, op. cit., p. 319; Bricault v. Bricault, précité, p. 179; Commissaires d'Ecole de St-Norbert v. Crépeau, précité, pp. 121-123; Crédit Foncier v. Loranger, précité, p. 209; Donahue Brothers Registered v. The Corporation of the Parish of St-Etienne de la Malbaie, précité, p. 519; Desroches v. St-Hilaire, précité, p. 127; Ellice v. Courtemanche, précité, p. 442; Mathieu v. Berthiaume, précité, pp. 516-517; Ritchie v. Girard, précité, p. 162; Sirois v. Hovington et al, précité, p. 109; Zappa v. Gagnon, précité, p. 444.

545 L. Bélanger, op. cit., p. 6; F. Langelier, op. cit., t. II, pp. 150-151; J. Sirois, op. cit., p. 319; Courteau v. Famette, précité, p. 239; Ellice v. Courtemanche, précité, p. 442; Mathieu v. Berthiaume, précité, pp. 516-517; Zappa v. Gagnon, précité, p. 444.

191 - Cette forme de contribution à la solution d'une difficulté prête le flanc à la critique, d'une part parce que classer n'est pas définir, d'autre part parce que la première qualification habituellement donnée au mot par notre doctrine et notre jurisprudence, soit des travaux procurant une plus-value⁵⁴⁶, exclut à proprement parler la classe des améliorations tendant au simple maintien de valeur, c'est-à-dire les nécessaires. Il y a plus toutefois. Dans la classification tripartite, d'origine romaine⁵⁴⁷, nous estimons, à l'instar de M.-C. Fayard, "qu'il n'y a pas de différence de nature entre les impenses utiles et les impenses voluptuaires. Les unes et les autres tendent à développer la chose, à l'accroître en valeur, que ce soit une valeur appréciée sur le plan économique pour les impenses utiles ou sur le plan subjectif dans le cadre des impenses voluptuaires, en un mot d'adapter le bien aux besoins personnels de celui qui investit"⁵⁴⁸. A preuve, notre législateur n'a-t-il pas lui-même distingué, à l'exception des articles 581 et 582 c.c. en matière d'emphytéose, qu'entre deux sortes d'améliorations, les nécessaires et les non nécessaires⁵⁴⁹, ces dernières étant du reste dénommées utiles par la majorité.

⁵⁴⁶ Supra, note 538.

⁵⁴⁷ G. Lepointe, op. cit., p. 122; P.F. Girard, op. cit., pp. 368 note 4, 961; R. Monier, op. cit., t. I, pp. 296-297, 375-376.

⁵⁴⁸ Marie Claude Fayard, Les impenses, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 12.

⁵⁴⁹ Arts 417, 729 c.c.

192 - L'étude de nos oeuvres juridiques et de nos arrêts ne se termine cependant pas sur un constat d'échec. En effet, si nombre de nos juristes ont, du haut du banc ou non, choisi d'opérer en surface, il en est d'autres par ailleurs à qui il faut savoir gré d'avoir cherché, avec plus ou moins de bonheur parfois, à pénétrer plus avant le concept. Grosso modo, ils peuvent être répartis en deux groupes: ceux dont les efforts et les propos sont par trop liés à l'article ou au cas d'espèce concerné et ceux dont les énergies déployées et les réflexions faites sur une disposition ou dans une instance donnée sont, de par leur pertinence, riches de conséquences en la matière.

193 - Les premiers ont affirmé, en regard de l'article 2017 c.c., que le terme amélioration comprenait des constructions nouvelles sur le fonds et s'étendait même aux immeubles par destination y situés ou par après placés tant qu'ils y demeureraient⁵⁵⁰. Cette affirmation, pour exacte qu'elle soit, est trop rattachée au problème de l'objet du droit d'hypothèque pour nous être vraiment utile. Mais ils ont aussi et surtout émis, à l'analyse de l'article 417 c.c., nombre d'opinions qui, si elles sont ramassées, nous laissent fort songeur sur les

550 W. de M. Marler, op. cit., p. 397; In re Amédée Leclerc Inc.: Thibault v. De Coster, (1965) C.S. 266; Flannigan v. Fee et al, (1890) 13 L.N. 98; McCaskill v. The Richmond Industrial Co. et al, précité; Ringuette v. St-Amour et al, (1914) 20 R.L.n.s. 485; Van Nienvenhuyse v. The Town of Farnham et al, (1902) 8 R. de J. 46.

bienfaits d'une certaine technique d'interprétation. Ainsi, selon leurs dires, les améliorations visées par cette disposition de la loi devraient être constituées uniquement de matériaux⁵⁵¹. Mieux, la catégorie des améliorations nécessaires devrait être exclusive de tout ce qui n'empêche point la perte physique et réelle de la chose⁵⁵². Enfin, une construction serait une addition plutôt qu'une amélioration⁵⁵³. Toutes ces assertions isolées peuvent et ont été en fait largement contredites, soit d'une façon formelle, soit par une application du texte allant directement à leur encontre. En effet, malgré l'emploi du mot "matériaux" au premier alinéa de l'article 417 c.c. et la référence à l'enlèvement au quatrième alinéa du même article, il est clairement reconnu que le drainage et le défrichement, par exemple, sont des améliorations au même titre que l'érection d'une grange ou l'installation d'un aqueduc⁵⁵⁴. De plus, vouloir

551 Badgley J. dans Ellice v. Courtemanche, précité, pp. 440-441; Girouard J. dans Delorme v. Cusson, précité, p. 80; Lemieux J. dans Rochefort v. Rioux, précité, pp. 517-518.

552 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 157; Lemieux J. dans Rochefort v. Rioux, précité, pp. 517-518; St-Germain J. dans Zappa v. Gagnon, précité, p. 444.

553 Rinfret J. dans Gagnon v. Loubier et al, précité, p. 341.

554 Reconnaissance expresse de ce: L. Bélanger, op. cit., pp. 5-6; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 154; W. de M. Marler, op. cit., p. 39; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 578; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 155, 159; P. Martineau, op. cit., p. 76; Meredith J. dans Galarneau et al v. Chrétien (1884) 10 Q.L.R. 83, p. 88.
Reconnaissance tacite de ce: Aubé v. Forget et al, précité; Cedarbrook Golf

limiter les impenses nécessaires à ce qui fait exister la chose physiquement est faire preuve d'un matérialisme consommé peu conforme à la réalité de l'exercice et de la survie du droit sur cette chose⁵⁵⁵. Partant, il nous faut admettre dans cette classe d'améliorations certaines dépenses comme les frais de bornage, les frais de radiation d'hypothèque et le paiement des taxes sur poursuite⁵⁵⁶. Enfin, il appert non seulement qu'amélioration est un terme suffisamment large pour inclure une addition⁵⁵⁷,

and Country Club Inc. v. La Municipalité de Ste-Sophie, (1972) C.A. 92; Ellard v. Miljour dit Mimiquette, précité; Lawrence v. Stuart, précité; Monnet v. Brunet, (1885) 17 R.L. 681; Montgomery v. McKenzie, (1890) 6 M.L.R., C.S. 469; Mathieu v. Berthiaume, précité; Mignault v. Pelletier, précité; Prowse v. Simpson et al, précité; Stuart v. Eaton, précité; St-Lawrence Terminal Company v. Hallé, précité; St-Pierre v. Sirois, (1900) 6 R. de J. 431.

555 W. de M. Marler, op. cit., pp. 39, 397; Contra pour les taxes: Coté v. Coté et al, précité et Dempsey-Cadillac Gold Mines Ltd. v. Dufresne, précité.

556 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 156.

557 Reconnaissance expresse de ce: L. Bélanger, op. cit., pp. 5-6; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 154 et t. IV, p. 91; W. de M. Marler, op. cit., p. 397; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 502; Jean-Guy Cardinal, Théorie de l'accession immobilière, (1966) 1 R.J.T. 285, p. 287; St-Jacques J. dans Themens v. Royer, précité, p. 253.
Reconnaissance tacite de ce: Aubé v. Forget et al, précité; Bergeron v. McCarthy et al, (1973) C.S. 381; Barette et al v. Lallier et al, (1894) 5 C.S. 65; Bird et al v. Dumont et al, (1923) 61 C.S. 109; Fréchette et al v. Gagné, précité; Galarneau et al v. Chrétien, précité; Leprohon v. De Bellefeuille et al, précité; Lawrence v. Stuart, précité; Montgomery v. McKenzie, précité; Mathieu v. Berthiaume, précité; Prowse v. Simpson et al, précité; Piette et al v. Fiset et al, (1945) C.S. 208; Rousselet v. Boell et al, (1951) R.L. n.s. 463; Stuart v. Eaton, précité; St-Lawrence Terminal Company v. Hallé, précité; St-Pierre v. Sirois, précité.

mais aussi que, contrairement aux prétentions de certains, notre jurisprudence est parfaitement fixée sur le point de savoir si une construction constitue une amélioration⁵⁵⁸.

194 - La contribution des membres du deuxième groupe est plus intéressante. Dans l'esprit de ces derniers, les améliorations nécessaires se rapportent et se limitent aux réparations, aux grosses réparations pour être plus exact⁵⁵⁹, les réparations d'entretien étant, comme nous l'avons déjà mentionné, charge de fruits et de jouissance. Dans pareil cas, il n'y a ni nouveauté⁵⁶⁰, ni valeur accrue de vraiment apportée à la chose⁵⁶¹. Cette dernière absorbe tout simplement la dépense qui vient assurer sa conservation et prive, du même coup et à son propre profit, l'amélioration nécessaire de son identité première⁵⁶². Mais au delà de l'entretien, au delà même de la réfection, il y a l'amélioration proprement dite, l'amélioration qualifiée de non nécessaire par notre législateur. Cette amélioration non nécessaire peut être représentée par des constructions,

558 W. de M. Marler, op. cit., pp. 39, 92; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 583, et P.B. Mignault, dans Donahue Brothers Registered v. The Corporation of the Parish of St-Etienne de la Malbaie et al, précité, p. 519; L. Bélanger, op. cit., pp. 2-5.

559 Supra, n° 189.

560 L. Bélanger, op. cit., pp. 2-3.

561 P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 498; W. de M. Marler, op. cit., p. 92; Courteau v. Famette, précité, p. 239.

562 Il n'en peut être autrement du fait de la nature des travaux de cette espèce.

des plantations, des ouvrages ou travaux permanents⁵⁶³ de toute sorte⁵⁶⁴ qui font apport de nouveauté et augmentent sensiblement la valeur du bien les recevant⁵⁶⁵ sans toujours s'y confondre parfaitement⁵⁶⁶.

195 - Nous voilà maintenant un peu mieux fixé sur le sens et les divers modes d'emploi du mot amélioration. Il y a peu ou pas de définition rigoureuse du terme lui-même, pris isolément mais non hors contexte. Il s'est toutefois opéré, sous le couvert de ce vocable, une intéressante répartition de classe entre les différentes réalisations humaines sur un bien. Ces classes, au nombre de deux ou de trois selon les opinions, ont un contenu relativement bien délimité. A ne considérer que la division bipartite du Code entre améliorations nécessaires et non nécessaires, les unes se distingueraient des autres non point par la nature ou l'importance de la dépense originellement exposée, mais bien par le but assigné à celle-ci, par la répercussion de cette dépense sur la valeur vénale du bien affecté

563 Cedarbrook Golf and Country Club Inc. v. La Municipalité de Ste-Sophie, (1972) C.A. 92, pp. 98-99; Donahue Brothers Registered v. The Corporation of the Parish of St-Etienne de la Malbaie, précité, p. 519; Ellice v. Courtemanche, précité, p. 445; Lawrence v. Stuart, précité, pp. 304, 308; Parent et al v. Gauthier et al, (1891) 17 Q.L.R. 60, p. 62; Ritchie v. Girard, précité, p. 162.

564 Supra, notes 554, 557-558.

565 Supra, n^o 189.

566 L. Bélanger, op. cit., p. 5; Courteau v. Famette, précité, p. 239; Parent et al v. Gauthier et al, précité, p. 62; Sirois v. Hovington et al, précité, p. 109.

et, enfin, par son degré d'intégration à la chose une fois complétée. Ainsi, les améliorations nécessaires n'ont pour but que la remise en état. Elles redonnent uniquement au bien sa valeur d'antan. Après réalisation, elles forment toujours un tout indissociable de la chose à laquelle elles ont été affectées et dont elles ont épousé la nature. Par opposition, les améliorations non nécessaires cherchent à développer le bien. Elles lui procurent même une valeur supplémentaire. Finalement, les améliorations non nécessaires terminées sont susceptibles de vie et d'identité propre comme meubles, immeubles par nature ou par destination, quand il n'y a pas eu mélange ou simple contribution de main d'oeuvre.

Toutes ces observations, déductions et précisions seront, nous l'espérons bien, de nature à rendre l'étude de la question des améliorations en matière d'emphytéose beaucoup plus facile. Mais avant d'y arriver, nous aimerions faire un dernier commentaire sur l'état actuel de notre droit en ce qui concerne cette expression.

196 - Après analyse des textes et prise en considération des différentes positions doctrinales et jurisprudentielles, il nous est apparu que le vocabulaire courant en l'espèce était quelque peu déficient. Par référence à un seul terme, qui, même s'il est générique, a pourtant une acception générale donnée, tous, le législateur y compris, ont essayé, par l'adjonction

de qualificatifs qui lui sont parfaitement étrangers, de décrire au moins deux réalités distinctes, voire contraires. L'effort était louable, mais le résultat est désastreux car, en soi, une amélioration n'est ni nécessaire, ni non nécessaire; elle est tout bonnement, tout simplement. En soi de plus, réparer, conserver n'est pas améliorer. Bref, l'annexion des épithètes d'usage et les explications correspondantes habituellement fournies ont trait non point à la dépense elle-même, mais à la finalité d'icelle dans l'esprit de son auteur. Or, l'expression amélioration traduit déjà une des finalités possibles de l'investissement sur un bien: l'apport de nouveauté et de plus-value. En conséquence, il y aurait lieu soit de réserver le mot à l'expression de cette réalité tout en dénommant le reste autrement, soit d'opter carrément pour une terminologie plus conforme aux distinctions voulues. Dans la dernière alternative, nous aurions volontiers recours au terme impense, qui, à strictement parler, signifie dépense exposée sur un bien préexistant. Ce terme pourrait, s'il était suivi d'un choix de mots appropriés, servir de dénominateur commun à toute forme d'investissement sur un bien. Ainsi, il serait discuté, comme jadis, d'impenses nécessaires, utiles et voluptuaires ou d'agrément ou, comme le fait M.-C. Fayard aujourd'hui, d'impenses de conservation et d'amélioration seulement⁵⁶⁷.

567 M.-C. Fayard, op. cit., pp. 16-62.

197 - Que dire à présent des améliorations de l'emphytéote? Où pouvons-nous et devons-nous les situer dans la gamme des possibilités offertes en la matière? Dès le départ, il semble assuré, d'après l'article 577 c.c., qu'elles ne consistent pas en de grosses⁵⁶⁸ et encore moins en de petites réparations⁵⁶⁹. Ces réparations sont bien à la charge de l'emphytéote, mais en sus de son obligation d'améliorer. Les réalisations emphytéotiques ne se rapportent donc pas aux dépenses d'entretien⁵⁷⁰, caractérisées par des éléments de superficialité et de périodicité qui s'accommodent mal avec, d'une part, la forme de restitution prévue à la fin de l'article 581 c.c. et, d'autre part, la décharge d'améliorer accordée à l'emphytéote

568 Les travaux considérés comme grosses réparations sont énumérés à l'article 469 c.c. (606 C.N.). L'énumération n'a cependant trait qu'aux bâtiments, maisons d'habitation et autres semblables. C'est une question de fait laissée à la souveraine appréciation du tribunal que de savoir si la dépense exposée sur tout autre bien constitue ou non une grosse réparation. La difficulté sera résolue d'après l'esprit du texte sus-mentionné et par analogie. Les thèmes majeurs sont en l'occurrence que les grosses réparations intéressent les parties vives du bien et qu'elles représentent un déboursé exceptionnel acquitté de préférence sur le capital. P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 595-608; L. Bélanger, op. cit., pp. 2-3; F. Langelier, op. cit., t. II, pp. 215-216; W. de M. Marler, op. cit., pp. 90-91; Aubry et Rau, op. cit., t. II, pp. 675-678; J. Carbonnier, op. cit., p. 118; H. De Page, op. cit., t. VI, pp. 276-280; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 100-102; M. Planiol, op. cit., t. I, p. 912.

569 Les petites réparations, dites aussi réparations d'entretien, sont définies par voie d'exclusion et d'opposition aux grosses réparations (469 c.c., 606 C.N.). Ici, l'idée maîtresse est que la réparation d'entretien n'a qu'un caractère superficiel, qu'elle est courante et qu'un homme prudent y fait habituellement face à même ses revenus. P.B. Mignault, ibidem; L. Bélanger, ibidem; F. Langelier, op. cit., pp. 213-214; W. de M. Marler, ibidem; Aubry et Rau, ibidem; J. Carbonnier, ibidem; H. De Page, ibidem; G. Marty et P. Raynaud, ibidem; M.-C. Fayard, op. cit., pp. 24-29.

570 Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité, p. 200.

sur destruction des oeuvres parachevées⁵⁷¹. Les oeuvres emphytéotiques ne s'apparentent pas davantage à la catégorie des améliorations nécessaires, car ces dernières, comme nous l'avons déjà souligné⁵⁷², participent de la nature des grosses réparations. Partant, l'objet concret de l'obligation première de l'emphytéote prend forcément place dans la classe des améliorations dites non nécessaires représentées, rappelons-le⁵⁷³, par des constructions, plantations, ouvrages et travaux durables de toute sorte qui font apport de nouveauté et augmentent le prix du bien touché, immobilier en l'occurrence, sans toujours s'y confondre parfaitement. Telle est la conclusion logique ici. Il reste à vérifier si elle ne va pas au delà de ce qui a été spécifiquement envisagé par le législateur.

198 - L'article 581 c.c., qui traite de l'obligation incombant à l'emphytéote en fin d'emphytéose de remettre non seulement l'immeuble reçu, mais aussi les améliorations promises, fait état de "constructions". Les termes de cette disposition, qui contient une des références les plus directes à la nature des améliorations exigées, sont beaucoup plus restrictifs que le résultat auquel nous venons tout juste de parvenir. A consulter nos arrêts, on s'aperçoit aussi, dans la mesure où les faits

571 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 217; W. de M. Marler, op. cit., pp. 134-135; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 528; N.L. Rappaport, op. cit., p. 268.

572 Supra, n^{os} 189-190, 193.

573 Supra, n^o 195.

rapportés nous permettent d'en juger, que l'emphytéote devait s'acquitter et s'est habituellement acquitté de sa responsabilité en ce domaine par divers travaux de construction impliquant l'usage de matériaux⁵⁷⁴. Ces constatations sont indéniables. Il n'y a cependant pas lieu de s'en trop inquiéter. Voici pourquoi. Notre Code distingue, aux articles 581-582 c.c., entre les améliorations obligatoires et facultatives de l'emphytéote. Sans nous attarder de suite sur les fondements et l'opportunité de pareille distinction⁵⁷⁵, rien n'indique qu'elle traduise une différence de nature entre ces deux sortes d'améliorations.

574 Balston v. Pozer et al, précité, p. 255; Befega Inc. v. M.R.N., précité, p. 6171; Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité, p. 5179; *Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd. et al, précité, pp. 150, 154; *Crédit Foncier Franco-Canadien v. Young, précité, p. 317; *Damours v. Sirois et al, précité, pp. 227, 231; Dingwell v. Delawey et al, précité, pp. 431, 438, 449-450; Dufresne v. Lamontagne, précité, pp. 197, 200; Duskes v. Concreters Ready Mix Ltd. et al, précité, pp. 923-924; Fanaberia Investments Inc. v. M.R.N., 72 D.T.C. 1212, p. 1213; Fraser et al v. The Rivière-du-Loup Pulp Co. Ltd. et al, précité, pp. 545, 557-558; Gagné v. Trépanier et al, (1964) B.R. 755, p. 756; Ex parte Harvey, précité, p. 380; Gauthier v. B. et M. Fortin Inc., (1971) C.A. 11, p. 12; Gould v. The Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal, précité, pp. 199-203; Lampson v. Cité de Québec, précité, p. 345; *Lapointe v. Crevier, précité, p. 73; *Larue v. Bellerive et al, précité, p. 155; Metropole Parking Inc. v. Trans-Canada Corporation Fund, précité, p. 506; Montreal Light, Heat and Power Consolidated et al v. City of Outremont, précité, pp. 468-469; *No 229 v. M.R.N., précité, pp. 64-65; Rémillard et al v. Duval et al, précité, pp. 86-87; Rosenstone v. M.R.N., précité, p. 691; Springhill Development Ltd. v. M.R.N., précité, p. 1004; Têtu v. Martin et al, précité, p. 46. Dans les arrêts précédés d'un astérisque, il fut jugé qu'il n'y avait pas emphytéose en raison soit de l'absence d'un élément essentiel, soit de la présence d'un élément incompatible.

575 Infra, n^{os} 275-277, 385-388.

Acceptée comme telle, elle signifie uniquement que pour certaines, mais non pour d'autres, il y a eu un engagement ferme de la part de l'emphytéote en début de jouissance. Or, l'article 582 c.c., reprenant les termes du quatrième alinéa de l'article 417 c.c., discute, "inter alia", de l'enlèvement possible ou non des améliorations volontairement faites. C'est là reconnaître, nonobstant le caractère péremptoire du vocabulaire usité en fin de disposition, qu'il y a des améliorations moins susceptibles d'enlèvement que d'autres, les plantations par exemple, que la remise en état peut s'avérer difficile, voire impossible dans les cas où, à titre d'illustration, il y a eu défrichement du fonds, assèchement de marais, fécondation du sol par dépenses de fumure. Et comme la distinction des articles sus-mentionnés n'établit pas et n'a pas pour fonction d'établir une différence de nature entre améliorations promises et améliorations volontaires, il suit que le mot "constructions" à l'article 581 c.c. reflète l'importance et la fréquence d'une certaine pratique de fait tout en étant beaucoup trop limitatif. D'ailleurs, n'est-il pas de doctrine constante que l'emphytéose peut servir et même a de tout temps servi au développement de terres sylvestres, palustres et stériles⁵⁷⁶! C'est d'abord à cette fin que l'institution a été introduite.

576 Supra, n^{os} 5-8, 13, 19-20.

199 - Notre point de départ en la matière était que, à long terme, les améliorations de l'emphytéote constituent un avantage on ne peut plus certain pour le propriétaire. En vue d'évaluer concrètement cet avantage, nous avons répertorié les multiples emplois et acceptions du terme lui-même pour en mieux arrêter le sens dans le domaine restreint de l'emphytéose. Après recherches et analyse, notre conclusion fut que les réalisations emphytéotiques étaient synonymes d'améliorations non nécessaires et englobaient dès lors toute contribution à la fois permanente et susceptible d'identité propre faisant apport de nouveauté et de plus-value sur l'immeuble cédé. Il n'est aucune restriction précise sur la sorte ou le type de dépense exposée tant que celle-ci demeure marquée des traits saillants en permettant distinction des impenses nécessaires et des réparations d'entretien. Il suit toutefois, compte tenu de la longue durée du droit de jouissance en cause, que l'amélioration complétée ne pourrait et ne devrait point prendre l'aspect d'un meuble. La possibilité d'un immeuble par destination, a priori exclue du fait de l'absence d'une même propriété sur les biens réunis, ne devrait cependant pas être écartée s'il est donné à l'énoncé de l'article 569 c.c. toute sa portée logique. Mais plus souvent qu'autrement, l'amélioration sera, si elle a un corps certain, soit un immeuble par nature incorporé au fonds tout en distinct, tel une maison d'habitation, un abri souterrain ou

des plantations, soit un immeuble par nature intimement fusionné à l'immeuble tout en étant susceptible d'individualisation, tel des canaux d'irrigation, des plans d'eau, des entes ou des tertres artificiels. Si l'amélioration n'a pas de corps par ailleurs, elle se manifestera dans un changement de destination de l'héritage produit par des actes de transformation et de réaménagement comme le défrichement, le nivellement ou la fécondation du sol. Le profit du constituant en fin d'emphytéose est tout entier dans ces diverses réalisations prisées à la plus-value procurée à l'immeuble confié. L'importance, la sorte, la forme et le prix de ces réalisations seront, sauf convention contraire, ce qu'en aura décidé l'emphytéote dans chaque cas.

200 - A ce stade-ci, il y a néanmoins lieu de souligner que la distinction prévue au Code entre améliorations convenues et non convenues au contrat autorise le maître à considérer les améliorations promises comme un bénéfice certain. Selon l'article 581 c.c., l'emphytéote est en effet tenu, sauf perte d'icelles par force majeure ou cas fortuit et sauf extinction ou déchéance de son droit avant leur exécution, de remettre ces améliorations au propriétaire sans espoir de compensation⁵⁷⁷. Il n'en va guère de même pour les améliorations facultatives.

577 Supra, n^o 186. Infra, n^{os} 294, 383-384.

D'après l'article 582 c.c. et sauf stipulation expresse au contraire, l'emphytéote doit aussi et toujours rendre ces réalisations volontaires, dont la nature du reste ne diffère aucunement de celles où il y a eu engagement ferme d'exécution. Le choix que fera alors le propriétaire fixera la mesure de son profit en ce qui concerne ces améliorations. Il ne gagnera rien s'il permet à l'emphytéote de les porter ailleurs, quand la chose se peut avantageusement pour ce dernier et sans détérioration du fonds. Il ne réalisera aucun profit non plus si, décidant de conserver ces améliorations, il paie le plus élevé de leur coût ou de leur valeur actuelle. La restitution lui profitera toutefois pour la différence s'il paie le moindre des deux en les retenant. Enfin, s'il autorise le transport de ces améliorations mais qu'elles ne peuvent être enlevées soit avec intérêt pour l'emphytéote, soit sans détériorer l'héritage, l'avantage du maître proviendra de l'absence d'indemnité à déboursier pour la conservation d'icelles⁵⁷⁸. Dans ce dernier cas, le constituant qui refuse de garder les améliorations épargnera en imposant une remise à l'état primitif aux frais de l'emphytéote.

578 Le pluriel employé à "aux cas contraires" et les mots "in each case" usités dans la version anglaise du texte de l'article 582 c.c. indiquent bien qu'il peut s'agir soit d'absence d'avantage, soit de détérioration. Par analogie: P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 500.

Ici se termine notre étude des améliorations comme source de profit pour le constituant et il en est d'autres à présent, moins évidentes quoique tout aussi importantes, qui sollicitent notre attention, savoir d'abord: les droits de prélation et de mutation.

c) Les droits de prélation et de mutation

201 - La loi prévoit, dans sa formulation et interprétation actuelle, que le patrimoine du maître s'enrichit et s'enrichira automatiquement des contributions de rente et d'améliorations effectuées par l'emphytéote. Doit-on de là conclure cependant que le propriétaire aura à se satisfaire de ces avantages sans possibilité aucune de s'en aménager d'autres? Telles sont les question et difficulté soulevées en l'espèce par la stipulation de droits de prélation et de mutation au contrat d'emphytéose. Nous en trouverons les réponse et solution dans le principe sacrosaint de la liberté contractuelle.

202 - Le problème abordé n'est pas nouveau. De nos jours comme à l'origine, il est lié à la nature et au service régulier du canon. Aujourd'hui comme hier, il demande aussi qu'on tienne compte de la durée exceptionnelle de la tenure emphytéotique. A notre époque et dans notre droit, il doit par surcroît être envisagé à la lumière de la règle interdisant toute entente contraire à la généralité des pouvoirs accordés

à l'emphytéote par les articles 569-570 c.c.⁵⁷⁹.

203 - Il n'est pas douteux que l'emphytéose des particuliers était et est encore un droit aliénable⁵⁸⁰. Il n'est pas moins certain par ailleurs que l'obligation d'acquitter périodiquement la rente, considérée comme prix du droit réel cédé ou autrement⁵⁸¹, était et est toujours une charge attachée à la personne de l'emphytéote⁵⁸². Pour se libérer de cette charge en disposant de son droit, pour éviter d'en demeurer responsable après cession, l'emphytéote devait et doit donc obtenir consentement à novation de la part du maître. Or, les propriétaires avaient aux temps passés pris l'habitude de monnayer ce consentement en le mettant parfois à très haut prix⁵⁸³. Des doutes s'étaient de plus élevés par après sur les points de savoir s'il s'agissait d'un consentement à novation ou à mutation, si ce consentement se pouvait exiger uniquement en matière de vente ou aussi pour toutes autres formes de transmission du

579 Supra, note 353.

580 Supra, n^o 130. Infra, n^o 208, 212-214.

581 Supra, n^{os} 176-179.

582 Supra, n^o 165. Infra, n^{os} 285-286.

583 J. Ortolan, op.cit., 3-4, p. 297; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 113; G. Dufour, op. cit., p. 81; Troplong, op. cit., p. 123.

droit d'emphytéose⁵⁸⁴. C'est alors qu'intervint l'empereur Justinien. Il mit fin au débat par une constitution nouvelle⁵⁸⁵ où l'usage établi fut transformé en droit réglementé et dorénavant agrémenté d'une pratique inédite: la prélation.

204 - La loi III du code "de emphyteutico iure" stipulait que l'emphytéote était désormais tenu, sauf contre-indication au titre, de recevoir l'assentiment du maître pour réaliser tout transfert valable de son droit ou de ses améliorations. Les formalités prescrites sous peine de commise étaient les suivantes. L'emphytéote s'apprêtant à disposer de ses droits devait d'abord signifier pareille intention au constituant en lui révélant le prix offert par la personne intéressée. La dénonciation du projet marquait le début d'une période de deux mois accordée au propriétaire pour donner ou refuser son consentement. Si ce dernier ne prenait pas position avant l'expiration de ce délai préfixe ou s'il refusait d'acquiescer dans le même temps sans pour autant se porter acquéreur au lieu et place de l'intéressé, l'emphytéote pouvait de suite procéder au transfert libératoire en faveur de tout individu solvable⁵⁸⁶.

584 C. Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 498, note 3.

585 C.J. IV, 66,3. Cette constitution évoque la discussion de l'époque par les mots "Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae Graeco vocabulo emponemata dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, ...".

586 "...ubi voluerit, et sine consensu domini... ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum...".

Dans ces cas, il était toutefois permis au maître de toucher au droit de mutation tarifé, à son choix et pour éviter tout concert frauduleux, au cinquantième (i.e. 2%) du prix payé ou de la valeur du bien cédé⁵⁸⁷.

205 - Mais telle qu'annoncée à mots couverts il y a un instant, cette constitution concédait au propriétaire un droit de préférence, dit de prélation ou de préemption en général. Sans doute conçu pour faciliter la consolidation dans une tenure à très long terme et peut-être même pour obvier à d'éventuelles dissimulations du prix véritablement convenu avec le cessionnaire intéressé⁵⁸⁸, ce droit autorisait effectivement le constituant à prendre l'affaire à son compte dans les deux mois suivant la dénonciation d'aliénation projetée par l'emphytéote. Si tel était son désir, le maître était alors astreint au paiement non point de ce qui avait été officiellement stipulé par l'intéressé, mais bien de ce que l'emphytéote aurait pu raisonnablement espérer recevoir d'un tiers⁵⁸⁹. Bref, le propriétaire n'était en aucun cas obligé d'assumer les termes de l'accord intervenu entre son emphytéote et toute autre personne⁵⁹⁰.

587 "... non amplius eis liceat, pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad alium personam transfertur, accipere".

588 Pepin le Halleur, op. cit., pp. 126-127; G. Dufour, op. cit., p. 137; G.G. Tocilesco, op. cit., p. 137; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 359.

589 "... disponimus, attestationem domino transmitti, et praedicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest".

590 Pepin Le Halleur, op. cit., p. 129; G.G. Tocilesco, op. cit., p. 137.

206 - Ces techniques byzantines, dont les origines et le fonctionnement viennent d'être esquissés, subirent ensuite l'épreuve du temps et des événements. Tout comme la tenure emphytéotique allait au moyen-âge servir de modèle à la construction juridique du contrat de fief⁵⁹¹, le monument législatif de Justinien allait de son côté servir d'inspiration à l'ancien droit pour l'élaboration de règles particulières afférentes à ce contrat. C'est ainsi que la prélation se transforma en droit de retrait et que le droit de mutation devint les lods et ventes⁵⁹², chaque coutume fixant la sanction y attachée et la quotité exigible lors d'un transfert⁵⁹³. Ainsi mélangés et entachés de féodalité⁵⁹⁴, ces droits ne pouvaient, comme tant d'autres, recevoir la faveur de ceux pour qui la propriété était un droit individuel et absolu. Jugés contraires à la libre circulation des biens, ils disparurent donc.

591 Ch. Giraud, op. cit., p. 200; J. Pinatel, op. cit., pp. 57, 105; R. Aubenas, op. cit., p. 73; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 360.

592 J. Ortolan, op. cit., 3-4, p. 297, note 1; Troplong, op. cit., p. 127; Ch. Giraud, op. cit., p. 200; J. Pinatel, op. cit., p. 105; G. Lepointe, op. cit., p. 210.

593 *Argou, op. cit., pp. 302-306; *J. Domat, op. cit., p. 222; *Guyot, op. cit., pp. 680-681; E. Garsonnet, op. cit., pp. 417-418; J. Pinatel, op. cit., pp. 131-134; G. Dufour, op. cit., p. 180; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 456; Troplong, op. cit., p. 128.

594 Merlin, Questions de Droit, t. VII, pp. 90-95.

Notre intention aujourd'hui n'est évidemment pas de ressusciter le droit romain ou le vieux droit en la matière. Il importe uniquement de nous demander si l'emphytéose du droit moderne peut s'accommoder d'arrangements pareils à ceux ci-dessus décrits.

207 - Le Code civil de la Province de Québec ne fait, et pour cause, aucunement mention des droits de prélation et de mutation au titre de l'emphytéose. En ce domaine, il ne les autorise, ni ne les prohibe en termes exprès. Il est néanmoins précité à l'article 567 c.c. que l'entente donnant naissance à la tenure emphytéotique peut, outre ce qui doit avoir trait au canon, aux améliorations, à la durée et à l'objet, être conclue "moyennant les autres charges dont on peut convenir". Le législateur reprend là, à cet article et en ces mots, l'opinion très nette des codificateurs voulant que le pacte emphytéotique soit, une fois ses qualités essentielles assurées, "susceptible de toutes les autres conditions qu'il plaît aux parties d'y insérer"⁵⁹⁵. Cette règle et cette opinion ont été raffermies par la constance et l'harmonie de notre doctrine et de notre jurisprudence sur ce⁵⁹⁶. En somme, convention passe loi pour ces

595 Rapport des codificateurs, Liv. II, Tit. V, p. 408.

596 *J. Domat, op. cit., p. 221; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 183; W. de M. Marler, op. cit., pp. 136-138; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 502; N.L. Rappaport, op. cit., p. 271; Pierre Ciotola, Dilemme: bail emphytéotique au bail ordinaire, (1972) 7 R.J.T. 593, p. 594;

autres charges "pourvu qu'elles ne touchent pas à ce qui est de l'essence même du contrat"⁵⁹⁷. Partant, des droits de prélation et de mutation pourront de nos jours être valablement stipulés à l'acte s'ils ne répugnent pas aux éléments constitutifs de l'emphytéose.

208 - En quoi cependant, et c'est là le noeud du problème, les droits de prélation et de mutation pourraient-ils dénaturer la physionomie propre de l'antique institution d'emphytéose? En étant perçus et interprétés, devons-nous répondre, comme une restriction contraire au principe de la libre cession du droit d'emphytéose. Il est en effet énoncé, au texte des articles 569 et 570 de notre Code, que l'emphytéote "jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire"⁵⁹⁸ pendant la durée de la tenure, droits qu'il "peut aliéner, transporter et hypothéquer"⁵⁹⁹. Les termes réunis de ces dispositions ont tôt fait de servir de pierre angulaire à une règle impérative interdisant toute clause incompatible avec la cessibilité du droit de l'emphytéote⁶⁰⁰. La libre cession du droit apparaît

Dufresne v. Lamontagne, précité, pp. 200-201; Fraser et al v. The Rivière-du-Loup Pulp Co. Ltd. et al, précité, pp. 557, 559; No 229 v. M.R.N., précité, p. 68.

597 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 183.

598 Art. 569 c.c.

599 Art. 570 c.c.

600 Supra, note 353.

donc en droit moderne comme un trait relevant de l'essence⁶⁰¹ plutôt que de la nature de l'emphytéose, comme un trait qui ne peut souffrir contradiction sans risque de voir l'entente se dégénérer en bail ordinaire.

209 - De la règle développée par le droit positif sur la base des articles 569-570 c.c., il suit de façon évidente que les stipulations de préemption et de taxe commutative en faveur du maître n'ont en soi rien de contraire au principe de la libre cession inhérent au droit d'emphytéose. Le précepte nouvellement élaboré s'attache et s'attaque uniquement aux clauses qui, prévoyant l'existence et les modalités d'exercice de tels privilèges, seraient formulées en un langage diamétralement opposé à la prohibition édictée par nos auteurs et nos tribunaux. En conséquence, la validité des ententes s'y rapportant et la survie même de l'emphytéose dépendront largement du vocabulaire emprunté pour traduire la volonté des parties en cause sur ces points. Le pacte emphytéotique serait au départ vicié si la phraséologie usitée dans une instance donnée laissait entrevoir que l'emphytéote doit, comme l'avait prescrit Justinien, recevoir l'assentiment préalable du constituant pour opérer tout transfert valable de la totalité ou de partie de ses droits. Le contrat ne serait toutefois pas

601 L. Beaudoin, op. cit., p. 462; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 515; P. Ciotola, op. cit., p. 595; Larue v. Bellerive, précité, p. 157; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd. et al, 1952,

soustrait à l'application des dispositions qui lui sont propres, si la rédaction des clauses pertinentes évitait toute référence directe ou indirecte à une approbation quelconque devant être recherchée du propriétaire par l'emphytéote avant cession. En un mot, l'avantage du maître ne peut et ne doit pas passer par la soumission de l'emphytéote. Il doit jouir seulement d'un franc droit de prélation, divorcé de toute nécessité pour l'emphytéote de faire sceller la validité de ses projets de transport par l'imprimatur du maître. Quant au droit du propriétaire de percevoir une fraction du prix de la cession opérée par l'emphytéote, il ne doit aussi pouvoir en aucune circonstance être assimilé à un droit d'autoriser pareille cession. Si tel est le cas pour ces deux types d'engagement, ils feront la loi entre les parties.

210 - Il appert donc en conclusion que les droits de préemption et de mutation ne participent de nos jours ni de l'essence, ni de la nature du contrat d'emphytéose⁶⁰². Pouvant ainsi être omis de l'entente et ne se sous-entendant point, ils doivent dès lors être formellement stipulés pour avoir quelque effet⁶⁰³.

R.L. n.s. 149, pp. 153-154; No 229 v. M.R.N., précité, p. 67; Rosenstone v. M.R.N., précité, pp. 694-695; St-Lawrence Warehouse Inc. v. Canadian National Railway Company, précité, p. 225; Civ. 3e, 28 nov. 1972, Gaz. Pal. 1973-J-216.

602 Lampson et al v. Bélanger, précité, pp. 168-169.

603 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 200; Jetté, op. cit., p. 96.

Mais il n'y aura valable stipulation de ces droits que dans la mesure où le principe absolu de la cessibilité de l'emphytéose reste sauf, que dans la mesure où l'emphytéote n'est pas par là contraint d'obtenir l'accord du maître pour céder. Une fois le respect de cette règle assuré, tout le reste est laissé à l'entière discrétion des parties, savoir plus particulièrement: le délai de réflexion accordé au propriétaire pour prendre la transaction à son compte, le fait de prévoir un seul de ces droits ou les deux⁶⁰⁴, les cas d'ouverture à l'exercice de ces privilèges⁶⁰⁵, le taux de la taxe commutative et la somme y sujette, l'assimilation ou non du montant des droits de mutation perçu au prix du consentement à novation, la sanction prescrite pour défaut d'observance, etc.

211 - Ceci dit, où est l'intérêt du propriétaire à faire insérer des droits de cette nature au contrat d'emphytéose? Quoique son intérêt nous semble en l'occurrence assez manifeste, rappelons tout de même, pour le droit de préemption, qu'il permet au constituant de récupérer les parties démembrées de sa propriété avant l'échéance du terme convenu. Il n'y a là rien de négligeable si, au jour venu, le maître veut et croit pouvoir

604 Rien n'interdit de disjoindre ces deux droits.

605 Une attention particulière doit être portée à la transmission à cause de mort, par opposition à la disposition entre vifs.

bientôt réaliser la totalité des avantages de son droit en vendant à bon prix un bien augmenté des améliorations promises de l'emphytéote. La prélation sera aussi un instrument efficace entre les mains du constituant qui souhaite écarter les insolubles et les indésirables. Par le droit de mutation, le propriétaire a d'autre part l'occasion de parfaire son revenu provenant de la constitution d'emphytéose et de participer encore davantage à la valeur accrue que l'emphytéote a su imprimer à son bien. Les droits de prélation et de mutation ayant été suffisamment discutés sous l'angle qu'il importait en l'espèce, considérons donc sans plus tarder le profit représenté par la disposition du lambeau de propriété originairement retenu par le constituant.

d) La cession de droit

212 - L'activité productrice de l'emphytéote n'est pas sans conséquence sur la valeur des privilèges et attributs du propriétaire. Investi d'un droit dont l'ampleur l'incite à considérer le bien détenu comme sien et bénéficiant d'un terme de jouissance tout destiné à faciliter l'amortissement des ressources engagées, l'emphytéote redouble habituellement d'efforts pour augmenter au plus tôt le rendement de l'immeuble reçu. Ce faisant, il fixe graduellement sur l'héritage un capital de beaucoup supérieur à la valeur de la chose originairement cédée en emphytéose. Partant, le prix de la propriété conservée par le maître est appelé à s'élever au fur et à mesure des investissements

qu'effectuera l'emphytéote.

213 - Néanmoins, le constituant peut, pour diverses raisons, choisir de ne pas attendre le jour prévu où il doit rentrer dans la plénitude de ses droits en gagnant alors un héritage en plein rapport. Il peut préférer épuiser de suite les services présents et futurs de ses droits, préférer les rendre actuels d'un seul coup en les vendant à un tiers. A ce moment et dans ces cas, il est à prévoir que plus le terme restant à courir en faveur de l'emphytéote sera bref, plus le prix de revient escompté de la disposition sera grand pour le propriétaire. Mais il n'en sera pas toujours nécessairement ainsi.

214 - Il y a aussi, outre l'hypothèse d'un transport complet des droits, celle de la cession partielle des avantages retenus. En effet, le maître peut encore, s'il n'y a pas eu constitution d'emphytéose à titre gratuit et s'il y a eu réserve de droits de prélation et de mutation, laisser à ses héritiers l'avantage de recomposer les parties éparses de sa propriété sur un immeuble amélioré, tout en cherchant, lui, à tirer un profit immédiat de la disposition totale ou partielle de ses droits au canon, à préférence et à la taxe commutative. Au besoin et dépendant des circonstances, le propriétaire-constituant peut compter sur cette solution intéressante.

En tout état de cause, il y aura lieu de veiller au respect des prescriptions du Code civil en matière de vente des

créances et d'enregistrement⁶⁰⁶.

Voilà donc complété notre exposé relativement long sur les principales sources de profit de celui qui cède un immeuble en emphytéose. La voie ainsi pavée nous conduit droit à l'étude des moyens mis à la disposition du maître pour assurer la protection de ses intérêts.

B - Les moyens de protection du constituant

215 - La panoplie des recours du constituant ne laisse pas d'impressionner. Les divers éléments de son attirail lui viennent parfois de la loi elle-même, parfois d'habiles tractations consignées au contrat. Loin de nous cependant l'idée de les passer tous en revue. Mû, d'une part, par le désir de maintenir le volume de cet ouvrage dans des limites acceptables et étant, d'autre part, dans l'impossibilité de prévoir toutes les subtilités d'un maître averti ou retors, nous nous en tiendrons aux présentes à l'analyse des principaux moyens de sauvegarde des droits du propriétaire. Nous éviterons de plus, à la fois pour ces raisons et parce que d'autres y ont habilement pourvu en des lieux plus propices, de nous étendre inutilement sur le fonctionnement détaillé des différents moyens de défense sélectionnés. Préférence sera donc nettement donnée à la

606 Arts 1570-1578 c.c. et 2082 c.c. et ss.

validité et opportunité de tel ou tel instrument de protection disponible.

216 - La démarche proposée nous incite tout naturellement à passer outre à l'examen des clauses pénales, des pactes d'assurance et des conventions d'arbitrage. Ces ententes, d'un usage fort courant dans maints autres contrats, ne soulèvent aucune difficulté particulière d'application en matière d'emphytéose. Leur mécanisme donne néanmoins au maître la possibilité de se prémunir contre la basse compensation offerte en cas d'inexécution d'obligations, contre la force libératoire du cas fortuit ayant entraîné la perte des améliorations⁶⁰⁷ et, finalement, contre les tracasseries et les lenteurs de l'administration judiciaire. Les contraintes imposées nous poussent aussi à négliger le recours de droit commun, fondé sur l'article 1065 c.c. et confirmé en l'espèce concernée par les articles 574, 576 et 577 c.c., pour défaut de paiement de la rente échue, d'acquitter les droits réels et fonciers, de réaliser les améliorations convenues, d'effectuer toutes les réparations ou d'exécuter tout autre engagement ordinaire prescrit à l'acte. Il suffit d'indiquer ici que la relation emphytéotique empêche de considérer la poursuite intentée comme une affaire devant

607 Supra, n^o 200.

être instruite et jugée d'urgence⁶⁰⁸, mais ne rend pas par là ou autrement le maniement de l'action plus complexe qu'en d'autres instances. Nous reviendrons du reste sur ce de façon incidente au moment où il sera traité de la nature des obligations de l'emphytéote⁶⁰⁹. Quant au droit du propriétaire de réclamer la déchéance de l'emphytéose pour dégradations ayant notablement diminué la valeur de l'immeuble, il y a tout au plus lieu de faire un renvoi aux propos déjà tenus sur le sujet⁶¹⁰. La déchéance pouvant être prononcée pour omission de régler le canon pendant trois années consécutives retiendra sous peu notre attention cependant⁶¹¹.

Affaires de prolégomènes d'ores à présent liquidées, cherchons sans plus tarder à avoir une meilleure intelligence des grands modes de protection du constituant, modes qui ont été regroupés par couples pour des raisons de commodité et de similitude naturelle.

a) Le privilège et l'hypothèque

217 - Les privilèges et hypothèques sont des formes de garantie qui renforcent la situation d'un créancier en venant

608 Lepine v. The Permanent Building Society of Jacques Cartier, précité; La Cité de Montréal v. Park Toboggan and Ski Club Ltd, 1962, R.P. 256; N.L. Rappaport, op. cit., p. 269; C. Charron, op. cit., p. 19.

609 Infra, n^{os} 278 et ss.

610 Supra, n^o 128.

611 Infra, n^{os} 228-231.

mieux l'assurer du recouvrement de sa créance. La force d'exécution rassurante donnée par ces sûretés tient à la qualité réelle des droits dont jouit le créancier sur les biens de son débiteur qui ont été spécialement affectés à la satisfaction de la dette contractée. Ces droits procurent au créancier le moyen d'échapper par préférence à la loi du concours et, occasionnellement, celui de suivre les biens affectés nonobstant changement de patrimoine.

De prime abord, il semble que le propriétaire-constituant aurait grand avantage d'être muni de pareilles prérogatives, que ces droits réels accessoires ne sauraient mieux garantir l'exécution des obligations incombant à l'emphytéote. Vérifions toutefois si cet avantage lui échoit ou peut lui échoir et s'il n'est pas un tant soit peu inutile.

1^o) Le privilège

218 - Les privilèges résultent exclusivement de la loi⁶¹². En ce domaine précis, l'autonomie de la volonté manque de force. Comme il n'existe d'autres causes légitimes de préférence du genre que celles prescrites par les textes, il faut donc que cette forme de sûreté ait été affectée à la garantie de la créance du

612 Art. 1983 C.c.; P.B. Mignault, op. cit., t. IX, pp. 7-8; F. Langelier, op. cit., t. VI, p. 182; Kouri v. Ferguson and Canada Maple Exchange, (1922) 33 B.R. 208; Masson v. Salomon, (1936) 62 B.R. 50.

maître contre l'emphytéote par le législateur. Ce dernier n'a rien fait de tel apparemment.

219 - Une première lecture des dispositions pertinentes du Code ne révèle aucunement l'existence de sauvegardes particulières pour le recouvrement des créances du propriétaire. Mais, cette constatation nous est d'un bien faible réconfort, car il y a toujours et aussi, à défaut de références spécifiques au cas du constituant d'emphytéose, la généralité des termes usités aux articles prévoyant des privilèges en faveur du locateur⁶¹³ et du vendeur⁶¹⁴. C'est là que se situe aujourd'hui le débat.

220 - Nos commentaires sur le privilège du locateur seront des plus brefs. Nous avons déjà établi par le menu que l'emphytéose n'est pas, en dépit de la malencontreuse phraséologie du Code, un bail⁶¹⁵, partant qu'il n'y a pas rapport de bailleur à preneur entre le maître et l'emphytéote⁶¹⁶. Le constituant ne jouit donc en aucune façon d'un privilège de locateur sur les biens meubles de l'emphytéote soit pour versements de rente passés dus ou à venir, soit pour l'exécution de toute autre obligation⁶¹⁷.

613 Arts 1637-1639, 1994(8), 1994(8a), 2005, 2005a c.c.

614 Arts 2009(8), 2014, 2100 c.c.

615 Supra, n^{os} 85 et ss.

616 Supra, n^{os} 94 et ss.

617 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 214; W. de M. Marler, op. cit., p. 134; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 523; C. Charron, op. cit., p. 19; N.L. Rappaport, op. cit., p. 269; Alliot v. The Eastern Townships Bank, (1882) 2 D.C.A. 172, p. 174.

221 - Il nous est possible de procéder avec presque autant de célérité pour le privilège de bailleur de fonds, quoique la question soit cette fois légèrement plus controversée.

Il a été précédemment démontré avec force détails que l'emphytéose n'équipollait pas à vente de la propriété, que l'emphytéote n'était point maître de l'héritage⁶¹⁸. Il suit de là que le constituant ne devrait pas bénéficier d'un privilège de vendeur non payé. Envisagé sous cet angle, le point de droit discuté ne souffre pas d'être autrement solutionné et nous devrions partager l'opinion de ceux qui refusent toute extension indue de ce privilège au seul motif que l'emphytéose emporte aliénation⁶¹⁹. Tel n'est pas notre avis pourtant. Voici pourquoi. Les arguments invoqués de part et d'autre dans cette affaire sont à la fois ténus et peu probants. De plus, le gros de la difficulté vient de ce que le problème est mal présenté. En effet, il est contradictoire d'affirmer, dans un premier temps, que l'emphytéose emporte indubitablement aliénation, que ce trait est même de l'essence de la tenure, pour ensuite soutenir, dans un deuxième temps, qu'il n'y a pas aliénation au sens propre du terme, que cette aliénation est de fait incomplète et que les

618 Supra, n^{os} 116 et ss.

619 Pour l'existence d'un privilège: W. de M. Marler, op. cit., p. 134; N.L. Rappaport, op. cit., p. 269; Têtu v. Martin et al, (1857) 7 L.C.R. 42, p. 45.
Contre l'existence d'un privilège: A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 523; C. Charron, op. cit., p. 19; Paradis v. Lavoie, (1935) 58 B.R. 139, p. 141.

privilèges doivent s'interpréter restrictivement. Cette discordance traduit une certaine confusion dans la pensée, confusion s'expliquant, car l'un va rarement sans l'autre, par un trouble marqué dans la terminologie, savoir: que les termes "cession ou aliénation d'immeuble" se rapportent tantôt au fonds transporté, tantôt au droit réel immobilier transporté dans le fonds⁶²⁰. Bref, on ne distingue pas assez bien le droit de son objet⁶²¹, alors que la bonne avenue se trouve justement dans le respect de cette distinction fondamentale. A preuve, qu'est-il exigé pour l'application de l'article 2014 c.c.? Qu'un immeuble ait été vendu et qu'un solde de prix de vente soit dû au propriétaire. Or, le constituant n'a-t-il point vendu un immeuble à l'emphytéote et ce dernier ne lui doit-il pas d'habitude une balance importante? Evidemment! Il est exact que le maître n'a pas vendu la propriété de l'immeuble à l'emphytéote, mais l'article 2014 c.c. n'en demande pas tant. Il requiert seulement la vente d'un immeuble et l'emphytéose est un immeuble, un immeuble par l'objet auquel il s'attache⁶²². De plus, il est depuis longtemps entendu que le canon représente le prix de disposition de ce droit réel immobilier, prix qui,

620 Il serait bon de retenir que l'objet du contrat d'emphytéose est le droit d'emphytéose, alors que l'objet du droit d'emphytéose est, lui, un immeuble par nature.

621 Le législateur est le premier à donner le mauvais exemple sur ce.

622 Art. 381 c.c.

par utilité et convenance, a été réparti en versements annuels consécutifs⁶²³. Toutes les conditions de l'article 2014 c.c. sont donc rencontrées et nous devons en définitive reconnaître un privilège de bailleur de fonds au propriétaire-constituant. Il n'est d'ailleurs d'autre alternative sur ce tant que la preuve ne sera pas faite que le mot immeuble, employé seul, signifie uniquement un immeuble par nature.

222 - Une fois convenu que le maître jouit d'un privilège de vendeur non payé, voyons maintenant en quoi ce mode de protection lui est utile ou non. Il est au départ certain que la cause de sa créance l'empêche d'être assujetti à la règle de l'égalité des créanciers dans l'exécution forcée. Cette prééminence donnée par la loi au constituant sur les créanciers chirographaires et hypothécaires même⁶²⁴ ne va toutefois pas sans inconvénient pour l'emphytéote. Comme le souligne avec à-propos Me Charron, cette sûreté va priver l'emphytéote d'une partie des bienfaits de l'article 570 c.c., restreindre de beaucoup sa faculté d'user pleinement de son droit comme instrument de crédit⁶²⁵. Est-ce à dire que le propriétaire doit renoncer à la grâce de cette arme

623 Supra, n^{os} 176-181.

624 A condition que le privilège ait été enregistré dans le délai prescrit à l'article 2100 c.c. et dans le respect de l'article 2050 c.c. pour le tout.

625 C. Charron, op. cit., p. 19.

pour se contenter du recours prévu à l'article 574 c.c.? nullement. Le pacte comissoire tacite contenu à l'article 574 c.c. n'accorde au constituant que le droit de faire prononcer la déchéance de l'emphytéose pour négligence dans le service de la rente pendant trois ans. Rien de plus. Contrairement au privilège, la commise de droit ne bonifie pas la créance du maître pour les canons arriérés ou à venir, ne le protège pas pour le recouvrement de son dû contre les autres créanciers de l'emphytéote jouissant d'une cause légitime de préférence. Partant, le propriétaire a toujours vif intérêt de compter sur la garantie procurée par l'article 2014 du Code civil. Le maître soucieux de ne pas trop gêner l'emphytéote dans sa quête des capitaux nécessaires à la réalisation de ses projets, pourrait néanmoins convenir à l'acte de céder priorité de rang au besoin. Voilà en bref ce qu'il importait d'exposer en la matière.

2^o) L'hypothèque

223 - Les privilèges priment normalement les hypothèques. A l'instar du privilège, l'hypothèque procède aussi, comme cause de préférence, de la loi et non de la volonté privée. Dans ces conditions, pourquoi le constituant se préoccuperait-il d'obtenir pareille forme de sûreté d'une personne qui a de tout temps eu la capacité de tirer ainsi parti de la valeur pécuniaire de son droit? En vérité, la raison en est bien simple. Par opposition aux privilèges et exclusion faite des hypothèques tacites⁶²⁶

⁶²⁶ Savoir, les hypothèques légales (arts 2024-2033 c.c.) et l'hypothèque judiciaire (arts 2034-2036 c.c.).

dont nous n'entendons dire mot ici, l'initiative de réalisation de cette espèce de préférence et le choix des créances à garantir sont ici entièrement laissés au gré des individus aptes à passer convention à cet effet. Qui plus est, l'hypothèque a une propension à l'extension qu'ignorent les privilèges. Mais avant d'en arriver au détail de ces atouts, dissipons d'abord l'incertitude régnant en la matière au sujet de l'objet hypothéqué, au sujet de la nature du bien affecté à la satisfaction de la créance du propriétaire contre l'emphytéote.

224 - Voici comment les choses se présentent. D'un côté, l'hypothèque est définie comme un droit réel sur un immeuble⁶²⁷ et seul celui qui a la capacité d'aliéner un immeuble peut l'y soumettre à hypothèque par convention⁶²⁸. De l'autre, l'emphytéose est qualifiée de contrat par lequel le maître d'un immeuble le cède⁶²⁹ et l'emphytéote, qui n'est pourtant pas propriétaire⁶³⁰, peut librement aliéner, transporter et hypothéquer l'immeuble reçu⁶³¹. Il suit logiquement de la combinaison de ces énoncés que le constituant a perdu le pouvoir d'hypothéquer son immeuble et que l'acte pignoratif consenti par l'emphytéote est un cas flagrant d'hypothèque de la chose d'autrui. Or, il n'y a rien

627 Art. 2016 c.c.

628 Art. 2037 c.c.

629 Art. 567 c.c.

630 Supra, n^{os} 116 et ss.

631 Art. 570 c.c.

de plus faux dans les deux cas. La raison en est que, à proprement parler, l'hypothèque porte sur la valeur de crédit de la chose spécialement affectée et non sur sa valeur d'usage comme dans les droits réels principaux, qu'une chose ne vaut que par le droit sur elle détenu; partant que l'hypothèque s'établit sur le droit dans la chose et non sur la chose elle-même, que les seuls biens susceptibles d'hypothèque sont, non point les choses corporelles immobilières comme telles, mais plutôt les droits réels eux-mêmes dans la mesure où ils ont pour base un immeuble par nature⁶³². Autrement, les deux conclusions ci-haut seraient justes et il nous faudrait reconnaître la validité d'une hypothèque à titre principal sur des immeubles par destination, la validité d'une transaction soumettant à hypothèque des immeubles par détermination de la loi; ce que nul n'admet. Il est évident, pour conclure, que toute cette confusion origine de l'assimilation traditionnelle du droit à l'objet lui servant de support et, plus particulièrement pour l'emphytéose, de l'emprunt fait par le législateur à la terminologie de l'ancien droit où le mot immeuble signifiait en l'espèce domaine utile⁶³³.

La question de principe désormais liquidée, avec cette conséquence que la nue-propriété du maître peut être sujette à

632 F. Langelier, op. cit., t. VI, pp. 247-249; W. de M. Marler, op. cit., pp. 386-390; P.B. Mignault, op. cit., t. IX, pp. 88-91; L. Baudouin, op. cit., pp. 932-933; H. De Page, op. cit., t. VII, pp. 356-358.

633 Supra, n^{os} 122, 134, 221.

hypothèque au même titre que l'emphytéose, il faut encore mettre en évidence certains insignes de cette forme de protection pour le constituant.

225 - L'étude de nos arrêts révèle que c'est surtout à la garantie du paiement de la rente que l'emphytéote hypothèque son droit en faveur du propriétaire⁶³⁴. Le champ d'application de la pignoration conventionnelle est toutefois beaucoup plus vaste.

En effet, contrairement aux privilèges et aux hypothèques tacites où la loi précise elle-même les différentes créances protégées par la sûreté réelle, un débiteur reste toujours libre en ce domaine-ci de passer hypothèque au profit de son créancier pour toute obligation quelconque contractée à son égard⁶³⁵. Le maître vigilant doit donc savoir exploiter cette particularité de l'hypothèque pour exiger, si faire se peut sans trop effrayer l'emphytéote, que son droit réel de "seconde zone" couvre l'exécution des autres engagements d'importance en sus de celle d'acquitter régulièrement le canon. Il ne parviendra d'ailleurs à pareil résultat pour les engagements de faire ou de ne pas faire que si ceux-ci sont, sur son conseil, présentés à l'acte comme des obligations complémentaires à la dette principale d'argent pour une somme déterminée⁶³⁶.

634 Carpenter et al v. Déry, précité, p. 284; Damours v. Sirois et al, précité, p. 225; Dingwell v. Delaney et al, précité, p. 433; No. 229 v. M.R.N., précité, pp. 64-65; Price et al v. Leblond, (1900) XXX R.C.S. 539, p. 541; Thibault v. Pelletier, précité, p. 467.

635 Article 2046 c.c.

636 Roger Comtois, Commentaire, (1965-1966) 68 R. du N. 111, p. 116, note 3.

226 - Enfin, cause ultime de la primauté relative de l'hypothèque sur le privilège, elle s'étend aux accessoires du droit et de l'objet du droit réel immobilier spécialement donnés en gage pour comprendre, de suite et éventuellement, les servitudes en faveur de l'héritage, les immeubles par destination, les fruits et produits du fonds et tout ce qui s'y joint de façon naturelle ou artificielle⁶³⁷. Que le constituant se garde donc d'oublier qu'il n'y a pas de commune mesure entre l'assiette de son privilège de vendeur et l'assiette de son hypothèque sur les biens de l'emphytéote.

227 - Si l'hypothèque semble être meilleure garante des obligations de l'emphytéote que le privilège, elle produit néanmoins avec lui le même effet de contrainte sur ce dernier en venant limiter ses chances de trouver facilement le numéraire indispensable au développement de l'immeuble. Or, l'excessive méfiance et contrainte est plus souvent néfaste qu'utile en cette matière donnée. Il va de soi que le maître doit savoir tenir la main à l'exécution des obligations incombant à l'emphytéote, mais rien ne l'interdit, ce faisant par l'hypothèque, de se montrer aussi sage que prudent, d'user de modération dans la réserve de cette prérogative. Sachant de toute manière que son bien-être passe par celui de son emphytéote, le propriétaire perspicace promettra

637 Article 2017 c.c.; W. de M. Marler, op. cit., pp. 395-399.

à l'acte de céder rang au véritable pourvoyeur de fonds, en freinant au surplus l'extension normale de sa sûreté aux améliorations promises, voire facultatives.

Tout n'a pas été dit à propos du privilège et de l'hypothèque, ces deux puissants modes de protection des intérêts du constituant. Il s'en faut de beaucoup même. Mais la règle du jeu précédemment posée et respectée, nous commande maintenant de poursuivre notre tournée de l'arsenal du constituant.

b) Le pacte comissoire et la fourniture de caution

Le désir d'être efficace n'impose pas l'obligation d'être brutal. L'analyse des deux prochains moyens de sauvegarde du maître se veut une illustration de cette idée.

1°) Le pacte comissoire tacite et exprès

228 - La résolution du contrat paraît à première vue une sanction bien roide au défaut de l'emphytéote de rencontrer l'un ou l'autre de ses engagements. "Dura lex, sed lex", dirait-on. Peut-être! Mais encore faut-il savoir distinguer, en termes de roideur, entre le pacte comissoire tacite de l'article 574 C.c. et le pacte comissoire exprès prévu à l'acte constitutif. Il y aura pleurs et grincements de dents de l'emphytéote dans le dernier cas seulement.

229 - La commise emphytéotique pour manquements répétés dans le paiement du canon est une institution fort ancienne. Cette peine était encourue par nombre de prédécesseurs de

l'emphytéote privé⁶³⁸ bien avant que Justinien en prescrive l'application et le fonctionnement de droit dans l'emphytéose entre particuliers⁶³⁹. Intervenant pour mettre ce nouveau contrat sur le même pied que la plupart des autres concessions à long terme de l'époque, l'empereur stipule que l'emphytéote serait, dans le silence de la convention, expulsé au gré du propriétaire s'il omettait d'acquitter la rente pendant trois années de suite. L'emphytéote aurait néanmoins la possibilité de prévenir la perte de ses droits en offrant et consignait les arrérages de redevance avant l'ordonnance d'expulsion. Ainsi les choses en restèrent-elles pour un temps, jusqu'au jour où le pacte commissoire, de tacite et sous-entendu qu'il était, devait désormais être clair et exprès pour avoir quelque effet entre les parties dans l'ancien droit. Il semble au demeurant que pareille manifestation de volonté était sans conséquence, car la clause était alors souvent jugée de style et le pacte considéré comme commissoire⁶⁴⁰. Quand vint l'heure de la codification de nos lois cependant, la formule de Justinien l'emporta sur celle de

638 Supra, n^{os} 19-20, 27-28, 73, 109.

639 C.J. IV, 66, 2.

640 E. Chenon, Les démembrements de la propriété foncière en France..., pp. 52-54; E. Dufour, op. cit., p. 187; E. Garsonnet, op. cit., p. 417; Pepin le Haleur, op. cit., pp. 311-313; J. Pinatel, op. cit., pp. 132-134; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 459; Troplong, op. cit., pp. 148-150; Merlin, Répertoire, t. V, p. 721.

l'ancien droit pour participer désormais, selon le texte même de l'article 574 c.c., de la nature du contrat d'emphytéose.

230 - Après ce bref rappel historique sur les origines et l'évolution de la commise emphytéotique, nous pouvons à présent en préciser le domaine d'application et le mode de fonctionnement. Aujourd'hui comme hier, cette forme de sanction n'a trait qu'à la négligence caractérisée de l'emphytéote dans le service régulier de la rente. L'article 574 c.c. n'autorise la résolution du contrat pour aucune autre cause, pour aucun autre manquement de l'emphytéote. De plus, ce dernier doit avoir laissé passer trois années consécutives sans payer la redevance due⁶⁴¹, et non pas simplement avoir été en défaut par trois fois à des intervalles différents. Ce délai de carence imposé par le texte est de rigueur⁶⁴², avec la conséquence qu'il n'y a et ne peut y avoir ouverture à déchéance du lien d'emphytéose avant le non paiement de trois annuités. Il apparaît ainsi que l'article 574 C.c. "ne donne pas au propriétaire un droit exorbitant du droit commun, mais lui enlève au contraire une partie du droit qu'il aurait d'après le droit commun"⁶⁴³, c'est-à-dire d'après l'article 1065 c.c. Avant l'expiration du délai triennal, le

641 Rapport des codificateurs, p. 408. Voir aussi: C.J. IV, 66, 2.

642 Sauf stipulation contraire à l'acte constitutif.

643 F. Langelier, op. cit., t. II, p. 320.

maître doit donc, en réclamant ce qui est échu, se contenter des autres voies d'exécution prévues par l'article 1065 du Code. Les droits de l'emphytéote seraient éventuellement vendus en justice, que le décret ne purgerait point l'immeuble de l'emphytéose y existant comme nous le verrons sous peu⁶⁴⁴. Prenant maintenant pour acquis que l'emphytéote a omis d'acquitter le canon trois fois de suite, il faut ajouter qu'il n'y aura pas résiliation de plein droit. La déchéance du lien devra nécessairement être prononcée par le tribunal compétent en la matière conformément aux prescriptions de l'article concerné⁶⁴⁵. Le constituant n'a toutefois pas l'obligation de faire précéder son action d'une mise en demeure, ni même d'un avis de soixante jours. Outre l'existence d'un arrêt⁶⁴⁶ et de nombreuses opinions en ce sens⁶⁴⁷, il appert effectivement que les termes des articles 1067 et 1068 C.c. dispensent le maître de la formalité de la mise en demeure. Quant à l'avis de soixante jours, nous avons grand peine à soumettre le propriétaire aux exigences de dispositions où il est nullement fait état de l'emphytéose⁶⁴⁸. Enfin,

644 Infra, n^{os} 236 et ss.

645 L'article 574 C.c. précise: "il peut être déclaré en justice déchu de l'immeuble". Voir aussi: Rapport des codificateurs, p. 408; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 320; Jetté, op. cit., p. 97; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 214; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 522.

646 Dufresne v. Lamontagne, précité, p. 201.

647 C. Charron, op. cit., p. 21; *Argou, op. cit., p. 301; *J. Domat, op. cit., p. 223. Contra: P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 215.

648 C. Charron, op. cit., p. 21; P. Martel, op. cit., p. 546. Lire les articles 1040a à 1040e du Code civil.

signalons en terminant que l'emphytéote a, comme en droit romain, jusqu'au prononcé du jugement en résiliation pour désintéresser le maître et par là éviter la commise⁶⁴⁹; le tribunal ayant au demeurant l'autorité de surseoir à l'exécution de la peine par l'octroi d'un délai préfixe pour payer les sommes réclamées⁶⁵⁰.

231 - Le contenu de l'alinéa précédent montre bien, selon nous, que le pacte comissoire tacite est un recours dépouillé d'excès et de rigueur. Le maître en dispose non point pour sanctionner tous les défauts de l'emphytéote, ni même pour s'assurer le recouvrement de son dû, mais plutôt pour écarter au besoin celui qui, le temps l'ayant démontré, n'est pas en mesure de faire face à l'une de ses principales obligations. Avant d'en arriver à cette extrémité, il est néanmoins donné toute occasion à l'emphytéote de s'amender. Il semble du reste que l'article 574 C.c. protège davantage l'emphytéote que le constituant pendant une période de trois ans et le premier aurait grand tort d'accepter, comme il se peut en l'espèce pour ce qui n'est pas de l'essence de la tenure, soit un délai de déchéance moindre, soit même une renonciation du propriétaire à la commise emphytéotique; cette

649 C.J. IV, 66, 2 ; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 214. Infra, note 650.

650 Dufresne v. Lamontagne, précité, p. 201; Fraser et al v. The Riviere-du-Loup Pulp Corp. Ltd. et al, précité, p. 558; Henault et al v. Gervais et al, précité, p. 239; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 214; W. de M. Marler, op. cit., p. 134; G. Dufour, op. cit., p. 188; *J. Domat, op. cit., p. 223; Pepin le Halleur, op. cit., p. 311; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 459; Troplong, op. cit., p. 149.

dernière renonciation redonnant toute force aux trois voies d'exécution envisagées par l'article 1065 c.c. Pareil équilibre dans la sauvegarde des intérêts mutuels en cause ne se retrouve pas avec le pacte commissoire exprès.

232 - Il est de doctrine et de jurisprudence constantes que l'emphytéose est, hormis ce qui a trait à son essence, susceptible de toute modification quelconque non contraire aux bonnes moeurs et à l'ordre public⁶⁵¹. La commise emphytéotique de l'article 574 c.c., qui participe seulement de la nature de notre institution, peut donc être remplacée par un pacte commissoire exprès stipulant un délai de carence de plus ou de moins de trois ans, voire des causes de déchéance autres que le non paiement du canon. C'est dire que la clause résolutoire peut, à la limite, s'étendre à tous les engagements de l'emphytéote pour en sanctionner de suite l'inexécution et il est évident qu'un propriétaire particulièrement inquiet cherchera et réussira peut-être, circonstances de fait, de temps et de personnes aidant, à imposer pareilles conditions de tenure à son emphytéote. Nous prévoyons cependant que cette prudence excessive du maître lui profitera moins qu'une honnête manifestation de confiance envers l'homme qui entreprend de bonifier son bien. Il est à notre avis d'autres moyens, d'autres recours aux effets moins foudroyants, qui ne risquent pas, eux, de frapper indûment

651 Supra, n° 207.

l'emphytéote pour manquement passager et de compromettre par là même la réalisation d'un projet d'envergure. Néanmoins, si jamais l'emphytéote est ainsi contraint de vivre avec une épée de Damoclès au-dessus de sa tête, nous lui conseillons d'insister pour la rédaction d'une clause prévoyant déclaration écrite de l'intention du propriétaire d'opter en faveur de la résolution dans les x jours suivant le défaut. Le pire serait alors évité si le maître tardait à choisir ou si l'emphytéote parvenait à couvrir son défaut avant que le constituant n'opte définitivement⁶⁵².

2°) La fourniture de caution

233 - La jouissance de l'emphytéote n'est pas assujettie aux mêmes entraves et limitations que celle de l'usufruitier. Partant, il n'est pas tenu, comme ce dernier⁶⁵³, de dresser inventaire et/ou état, ni de fournir caution. Rien ne s'oppose cependant, pour plus de sûreté, à ce qu'il en soit ainsi stipulé à l'acte. Telle convention ne toucherait point à l'essence du contrat d'emphytéose et la clause à cet effet ne serait pas contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

234 - Nous réservons nos commentaires sur l'utilité de l'inventaire et/ou de l'état à plus tard⁶⁵⁴, mais nous pouvons

652 Voir en ce sens: Fraser et al v. The Riviere-du-Loup Pulp Corp. Ltd. et al, précité, pp. 546-548, 555-556, 561-562, 568-570.

653 Articles 463-464 c.c.

654 Infra, n° 277.

d'ores et déjà opiner dans le sens suivant pour la caution. Quoique notre jurisprudence nous fournisse peu ou pas d'exemple de recours à ce procédé⁶⁵⁵, nous estimons que le cautionnement représenterait une forme de garantie, personnelle nous en convenons, relativement bien adaptée à l'institution d'emphytéose. Selon nous, cette espèce de sûreté respecterait mieux la fonction économique de la tenure emphytéotique que ne le font le privilège, l'hypothèque ou la clause résolutoire à toute épreuve. En effet, elle permettrait, d'une part, à l'emphytéote de manoeuvrer plus librement dans sa recherche des capitaux nécessaires et dans l'exécution de ses moult engagements et elle tendrait, d'autre part, à rassurer le propriétaire par la présence d'un répondant capable et solvable ou, à son défaut, par l'existence d'un gage suffisant⁶⁵⁶. Il est vrai que de nos jours la prépondérance est encore aux droits réels accessoires et le maître peut trouver ces derniers plus sûrs que le cautionnement, où subsiste le risque d'insolvabilité du débiteur adjoint. Néanmoins, est-il toujours opportun dans les circonstances pour le constituant d'avoir la meilleure sorte de garantie et ne doit-on pas normalement pourvoir au remplacement de la caution devenue insolvable⁶⁵⁷? Pourquoi n'en ferait-on pas alors un usage plus

655 Rosenstone v. M.R.N., précité, p. 692.

656 Articles 1938-1939, 1963 c.c.

657 Art. 1940 c.c.

fréquent en l'espèce pour participer ainsi à un nouvel essor des sûretés personnelles? L'important n'est-il pas que la fourniture de caution est et demeure en définitive un mode de protection souple et efficace, capable de satisfaire les intérêts et les exigences des deux parties en cause? Nous le croyons et en recommandons donc l'emploi au besoin.

c) L'exception en matière de vente par le shérif et de vente pour taxes?

235 - L'emphytéose est un droit à l'épreuve des purges. En effet, ce lien contractuel a, de par la volonté du législateur et sans trop que l'on sache pourquoi⁶⁵⁸, la faculté extraordinaire de pouvoir résister tant aux suites normales de la vente par le shérif, qu'à celles de la vente pour taxes impayées. Grand bien en soit pour l'emphytéote, mais qu'en est-il du titre et des prérogatives du maître quand la main de justice s'abat sur l'emphytéote à la demande des créanciers de ce dernier?

1^o) La vente par le shérif ne porte pas atteinte aux droits du constituant

236 - Du principe posé à l'article 569 c.c., il suit, a-t-on cru nécessaire d'ajouter, que l'emphytéote peut disposer

658 - Selon De Lorimier (dans Henault et al v. Gervais et al, précité, p. 238): "En présence d'un contrat, comportant une aliénation toute spéciale de biens immeubles pour un terme même aussi long que quatre-vingt-dix-neuf années, le législateur, n'a pas voulu astreindre les parties à la nécessité de produire des oppositions, sur toutes les saisies et ventes de l'immeuble qui pourraient avoir lieu au cours d'un si grand nombre d'années, ..."
Voir aussi: Antonin Lefebvre, De la vente par le shérif et du titre qu'elle confère, (1943-1944) 46 R. du N. 48, pp. 115-116.

librement de son droit dans l'immeuble à condition de respecter le titre du propriétaire⁶⁵⁹. De l'aliénabilité du droit d'emphytéose, il suit aussi, a-t-on encore trouvé bon d'indiquer, que les créanciers de l'emphytéote peuvent valablement faire saisir et vendre en justice le droit de leur débiteur⁶⁶⁰. De la règle énoncée à l'article 695 c.p.c., il suit enfin, est-il utile de le préciser, que l'adjudicataire reçoit uniquement les pouvoirs se trouvant en la main du saisi. Quel besoin est-il alors, dans ces circonstances, de faire appel à l'article 696(3) c.p.c. pour affirmer que le décret ne purge pas les droits du maître? Aucun. L'exception prévue au troisième paragraphe de l'article 696 c.p.c. concerne seulement l'hypothèse de la vente forcée des intérêts du constituant. A preuve, les termes de l'exception usités en fin du sus-dit paragraphe de l'article considéré. C'est donc l'emphytéose, et non la propriété, qui est maintenue vivace par cette disposition du Code de procédure civile⁶⁶¹. Tous les autres droits réels, principaux ou accessoires, sont, sauf encore dérogations expresses, purgés par le décret⁶⁶². Partant, il est pour le moins curieux de voir

659 Article 570 c.c.

660 Article 571 c.c.

661 T. Brassard, Quelques réflexions en marge du décret ..., (1943-1944) 46 R. du N. 361, p. 377.

662 A. Lefebvre, op. cit., pp. 103-112; T. Brassard, op. cit., p. 374.

savants juges⁶⁶³ et doctes auteurs⁶⁶⁴ tirer grand parti de l'article 696(3) c.p.c. afin de démontrer combien est belle la protection spéciale donnée au maître dans la vente en justice des droits de son emphytéote.

237 - Mettons les choses au point sans pour autant entrer dans tout le détail du droit judiciaire privé. Aucune difficulté n'est soulevée par l'adjudication de la balance du terme de l'emphytéose ou, si l'on préfère, par la vente de l'immeuble désigné à l'avis comme étant tenu en emphytéose. L'opération se déroule normalement, sans porter préjudice aux droits du constituant, qui n'a évidemment pas à former dans ce cas opposition à fin de charge⁶⁶⁵, et l'adjudicataire, recevant uniquement les intérêts de l'emphytéote, lui est alors personnellement substitué dans tous ses pouvoirs et devoirs pour l'avenir⁶⁶⁶. L'affaire est un peu plus délicate s'il y a subhastation de l'immeuble avec indication aux annonces que l'emphytéote est

663 Henault et al v. Gervais et al, précité, pp. 237-238; Précourst v. Vidal, précité, pp. 43-44.

664 C. Charron, op. cit., pp. 17-18; W. de M. Marler, op. cit., p. 139; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 204; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 517; N.L. Rappaport, op. cit., p. 272.

665 Blanchet v. Le Séminaire de Québec, précité, p. 108; Méthot et al v. O'Callaghan et al, précité, p. 332; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 204; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 517.

666 Henault et al v. Gervais et al, précité, p. 237; Lampson v. City of Quebec, 54 D.L.R. 344, pp. 348-349 et (1916) 49 C.S. 307, pp. 310-312; Méthot et al v. O'Callaghan et al, précité, p. 332; T. Brassard, op. cit.,

propriétaire d'icelui. L'acquéreur n'obtient, il va sans dire, pas plus que n'avait vraiment l'emphytéote⁶⁶⁷, mais la vente sous l'autorité de la justice lui fournit à ce moment un titre permettant d'usucaper. Le maître, pour conserver son domaine, doit donc, soit chercher à interrompre la prescription et exiger un titre nouvel⁶⁶⁸, soit demander l'annulation de la vente à raison de la saisie faite "super non domino et super non possidente animo domini"⁶⁶⁹. Enfin, la chose est des plus grave quand le décret est poursuivi sur l'emphytéote ayant interverti son titre ou sur un tiers possédant "animo domini". Dans ce cas, le propriétaire devra, s'il ne tient pas à se voir définitivement forclos de ses droits, faire une opposition à fin de distraire dans les délais prescrits⁶⁷⁰. Tel est le droit commun applicable en une matière où il n'y a point de sphère réservée en faveur du constituant d'emphytéose.

pp. 365-366; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 204; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 517; W. de M. Marler, op. cit., p. 139; N.L. Rappaport, op. cit., p. 272.

667 Article 695 c.p.c.

668 P.B. Mignault, op.cit., t. III, p. 205; article 2224 C.c.

669 Armand Lavallée, De la saisie immobilière, (1927-1928) 30 R. du N., 193, pp. 246, 253; A. Lefebvre, op. cit., pp. 119-124; article 698 c.p.c.

670 Articles 674-682 c.p.c.

2^o) La vente pour taxes ne porte presque pas atteinte aux droits du constituant

238 - Dans la vente pour taxes, il nous faut, à quelques exceptions près, tenir le même langage et suivre le même raisonnement que dans la vente en exécution forcée de jugement selon le Code de procédure civile.

239 - D'après l'article 576 c.c., "l'emphytéote est tenu d'acquitter tous les droits réels et fonciers dont l'héritage est chargé"; les mots "droits réels et fonciers" comprenant les taxes, contributions, cotisations et autres charges de même nature⁶⁷¹. A défaut de paiement des dettes de cette sorte en temps voulu, l'emphytéote sera naturellement assigné en recouvrement d'icelles et l'immeuble sera, si nécessaire, vendu au plus haut enchérisseur; le tout conformément aux dispositions pertinentes du Code municipal⁶⁷² et de la Loi des cités et villes⁶⁷³. Qu'advient-il des droits du propriétaire si la chose se produit? Rien, en principe. Aucun régime particulier n'est ici aménagé en faveur du constituant ou de l'emphytéote.

671 Ex parte, Harvey, précité, p. 381; Gould v. The Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal, précité, p. 220; Montreal, Light, Heath and Power Consolidated et al v. City of Outremont, précité, pp. 471, 477; *Guyot, op. cit., p. 682; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 321; W. de M. Marler, op. cit., p. 137; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 216; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 526.

672 Article 745 c.m.

673 Article 565 c.v.

Le texte ou l'interprétation du texte des articles 745 c.m. et 565 c.v. indiquent uniquement que la subhastation pour taxes confère à l'adjudicataire, comme à l'article 695 c.p.c., les seuls droits de celui sur qui la vente a été faite et purge, contrairement à l'article 696 c.p.c. à propos de "tous les droits réels", l'immeuble de tous privilèges et hypothèques quelconques, sauf ce qui est excepté par la loi. Or la propriété et l'emphytéose ne sont point des privilèges ou des hypothèques⁶⁷⁴. Les prérogatives du maître ne sont donc pas affectées, si la vente est poursuivie sur l'emphytéote en cette qualité, et l'acquéreur devient, sur ce, personnellement responsable envers le propriétaire de toutes les obligations du contrat n'ayant encore été exécutées. Bref, la vente pour taxes ne permet pas à l'adjudicataire, serait-il même l'emphytéote, de se constituer un nouveau titre. Il est à noter cependant, d'une part, que le constituant aura définitivement changé d'emphytéote une fois seulement les délais pour le retrait ou le rachat expirés⁶⁷⁵ et, d'autre part, que la corporation municipale s'étant portée acquéreur de l'immeuble n'aura pas à servir la rente pour le temps où elle le conservera; le canon devenant à nouveau exigible pour l'avenir de celui à qui elle aura cédé le fonds tenu en

674 Paradis v. Lavoie, précité, pp. 141, 143, 145.

675 Articles 754 c.m. (2 ans) et 567 c.v. (1 an).

emphytéose⁶⁷⁶. Quant aux hypothèses où le décret résultant d'une vente pour taxes serait poursuivi sur l'emphytéote en une qualité autre ou sur un tiers possédant "animo domini", nous renvoyons à ce qui a été exposé ci-haut dans ces cas sous le titre de la vente par le shérif⁶⁷⁷. Les principes et les solutions sont les mêmes dans leur ensemble.

Ayant constaté que les droits et intérêts du propriétaire-constituant étaient relativement bien protégés dans le domaine concerné sans qu'il y ait lieu de parler d'exception, voyons, en conclusion de ce sous-paragraphe, comment il lui est permis de faire face à d'autres situations critiques.

d) L'action en revendication et le titre nouvel

240 - L'action pétitoire en revendication tend au premier chef à faire reconnaître et sanctionner le droit de propriété. Le titre nouvel agit en reconnaissance de droits ou de dettes pour en interrompre la prescription. Le recours à ces moyens peut s'avérer utile et nécessaire pour le maître en certaines occasions.

1^o) L'action en revendication

241 - L'action en revendication de l'héritage appartient tout naturellement au constituant du fait de la dominité retenue

676 Articles 745(3) c.m. et 565(3) c.v.

677 Supra, n^o 237.

lors de la cession en emphytéose et il est en conséquence parfaitement inutile d'invoquer l'article 572 c.c. "a contrario" ou l'adage "inclusio unius fit exclusio alterius" pour le prouver⁶⁷⁸. Le maître n'a cependant pas à user de cette voie dans ses relations avec l'emphytéote. En effet, le soin d'agir en revendication étant d'habitude réservé aux situations où le propriétaire inquieté n'a d'autres recours, l'emphytéote, ce détenteur précaire⁶⁷⁹, sera poursuivi en vertu de l'action personnelle née du contrat⁶⁸⁰. C'est donc contre les tiers, incluant l'emphytéote ayant fait interversion de titre⁶⁸¹, que sera dirigée l'action pétitoire du constituant.

242 - Le maître troublé n'a parfois d'autres recours à exercer que son action en revendication. Il possède en effet par l'intermédiaire de l'emphytéote, et non par lui-même⁶⁸². Mais l'emphytéote a l'action possessoire pour préserver la détention de ses prérogatives, et non pour protéger la maîtrise de celui qui joint le fait au droit par son entremise. Qui plus est, l'emphytéote n'a pas, comme l'usufruitier⁶⁸³, à

678 Voir le mal que se donne P.B. Mignault à ce sujet (op. cit., t. III, pp. 207-208).

679 Article 2203 c.c.; La Corporation de la paroisse de St-Judes v. Bergeron, (1924) 30 R. de J. 97, p. 111.

680 Article 1065 c.c.

681 Article 2205 c.c.

682 Articles 2192 et 2203 c.c.

683 Article 476 c.c. Le maître aurait intérêt à imposer pareille obligation à l'emphytéote par une clause à cet effet au contrat.

dénoncer au constituant les usurpations et atteintes des tiers. Résultat: le propriétaire sera souvent hors délai pour agir au possessoire et contraint, par là même, de poursuivre en pétitoire afin d'obtenir la restitution de son bien. Et mieux vaut pour lui déduire son droit en justice de cette façon avant que les défendeurs probables à l'action aient eu le temps d'acquérir l'immeuble par prescription.

L'essentiel ayant été dit, en clair ou en sous-entendu, au sujet de ce grand mode de protection, nous ne jugeons point nécessaire d'en exposer les aspects techniques dans le cadre de ce travail. Passons donc immédiatement à la question suivante.

2^o) Le titre nouvel

243 - Afin de bien saisir l'utilité de la défense procurée au maître par le titre nouvel, il faut, d'une part, avoir bonne souvenance de propos déjà tenus et, d'autre part, savoir interpréter certaines dispositions du Code de manière à leur donner un sens dépourvu de contradiction.

244 - Perçu comme une simple créance d'argent issue de la dette contractée par l'emphytéote ou considéré comme une créance à des prestations périodiques⁶⁸⁴, il reste que le droit du constituant à son dû, dénommé indemnité de cession ou de rente, se prescrit, en vertu de l'article 2242 c.c., par trente ans

684 Supra, n^{os} 176-179.

dans les deux cas. Le but du titre nouvel prévu à l'article 2249 C.c. est précisément de conjurer les effets de cette prescription libératoire. Telle est du moins la première impression laissée par cet article, impression qu'il importe de confirmer en vérifiant si le but visé par le titre nouvel n'est pas déjà atteint par d'autres dispositions ou moyens.

245 - Qu'avait-on besoin effectivement d'imaginer le recours d'un titre nouvel pour le propriétaire devant la pertinence de l'article 2236 C.c., où il est dit, au troisième alinéa, que la prescription de l'action personnelle⁶⁸⁵ ne court pas à l'égard d'une créance à terme avant l'arrivée d'icelui? Aucun, semble-t-il. L'article 2236(3) c.c. ne consacre-t-il point un principe naturel voulant que la prescription court et l'action se peut exercer seulement à compter de l'instant où un créancier a le pouvoir d'agir contre son débiteur⁶⁸⁶? Or, le constituant d'emphytéose n'a guère le droit de se pourvoir de suite en recouvrement d'annuités éventuelles, mais uniquement celui de poursuivre au moment opportun après l'échéance de chaque terme. Partant, la faculté du maître d'exiger le paiement de

685 A l'effet que le droit à la rente est, contrairement à la rente elle-même, "une simple créance personnelle"; partant, que l'action en recouvrement du canon est un recours purement personnel: Mailhot et al v. Brimbois, précité, p. 543; (par analogie) Marsolais v. Grenier, (1900) 17 C.S. 296; W. de Marler, op. cit., p. 134.

686 Rapport des codificateurs, p. 426; P.B. Mignault, op. cit., t. IX, pp. 460-466.

chaque terme de rente échu se prescrit sans doute, selon l'article 2250 c.c., par cinq ans, mais pas son droit générateur de ces créances successives, pas son droit de réclamer tous les ans son dû, qui, lui, est forcément imprescriptible⁶⁸⁷. Nonobstant ses termes, l'article 2249 C.c. est donc d'une applicable inutilité. Nullement. La raison en est que tout ce raisonnement est fallacieux. Vraiment? Parfaitement! On reconnaît volontiers qu'il n'est pas dans les habitudes du législateur de parler en vain. S'il a pris la peine d'investir le propriétaire du pouvoir d'exiger titre nouvel de son emphytéote après la vingt-neuvième année du dernier titre constatant son droit à la rente pour toute la durée spécifiée au contrat, c'est qu'il eût été trop tard passé trente ans, que la trentième année était le terme fatal et, partant, que la prescription trentenaire du droit au canon existe on ne peut plus réellement, qu'un délai d'un an suffit par ailleurs au maître pour écarter le danger imminent de la perte de son droit à futures réclamations⁶⁸⁸. A vouloir soutenir le contraire, soit que la prescription court de l'échéance de la première prestation, donc que le droit de rente est imprescriptible, on confond forcément le droit engendrant toutes les créances successives avec le droit aux arrérages.

687 C. Charron, *op. cit.*, p. 32.

688 Voir Marcadé sur l'article 2263 C.N., autorité citée par les codificateurs en rapport avec l'article 2249 c.c. Le texte est reproduit par C.C. De Lorimier, *op. cit.*, t. , pp. 305-315.

246 - Il est une curieuse conséquence à nos conclusions sur les articles 2236 et 2249 c.c., savoir: qu'il peut y avoir emphytéose sans canon par le jeu de la prescription. N'affirment-on point généralement l'inverse⁶⁸⁹? Certes. Alors, il appert ici d'une façon plus manifeste encore que l'opinion faisant participer la rente à l'essence de l'institution est mal fondée.

247 - L'article 2249 c.c. ne s'est pas vidé de son contenu au premier choc d'étranges idées et il peut même soutenir un second siège pour justifier pleinement sa raison d'être. Voici comment. Chaque service de rente accompli ou versement partiel d'indemnité de cession acquitté par l'emphytéote équivaut à reconnaissance de dette et en interrompt la prescription⁶⁹⁰. Le titre nouvel devient dès lors inutile pour le maître parce qu'il fait double emploi avec les paiements de l'emphytéote. Peut-être! mais c'est là sans compter avec les difficultés de preuve en la matière. Les reçus de paiement sont habituellement en la main de l'emphytéote qui, s'il est retors, invoquera la prescription libératoire pour l'avenir après trente ans. A défaut de pouvoir le confondre sur ce dans le respect des règles énoncées au Chapitre de la preuve, le constituant n'aura positivement rien à en redire. L'intention du législateur était

689 Supra, n^{os} 177-179.

690 Article 2227 c.c.; P.B. Mignault, op. cit., t. IX, pp. 428, 484; F. Langelier, op. cit., t. VI, p. 501; L.P. Sirois, Du titre nouvel, 7 R.L. n.s. 403, pp. 403, 406.

justement de lui éviter ce désagrément par droit de poursuivre titre nouvel après vingt-neuf ans de la date du dernier titre⁶⁹¹.

248 - Convaincu de la nécessité occasionnelle du titre nouvel soit dans les cas où le maître ne s'est pas prévalu de l'article 574 c.c. ou n'a pas autrement recherché l'emphytéote en vertu de l'article 1065 c.c., soit dans ceux même où il a été payé par ce dernier, il faut ici ajouter que ledit titre nouvel sert à interrompre à la fois la prescription du droit à la rente et celle d'une quotité de la rente⁶⁹²; les arrérages de redevances se prescrivant par ailleurs par cinq ans⁶⁹³ sans que l'article 2249 c.c. puisse être invoqué pour conjurer cet effet. Notons aussi que le titre nouvel constitue une dérogation au droit commun de la preuve en venant la faciliter⁶⁹⁴. L'article 2249 c.c. se doit donc d'être interprété et appliqué restrictivement. En conséquence, le recours forcé à titre nouvel aux frais de l'emphytéote est exclu avant l'expiration des vingt-neuf années de la date du dernier titre au canon. Par l'article 2249 c.c., il n'est pas permis non plus au propriétaire de contraindre à titre nouvel l'emphytéote non obligé personnellement à son égard au service de la rente. La disposition

691 F. Langelier, op. cit., t. VI, p. 501; P.B. Mignault, op. cit., t. IX, p. 484; L.P. Sirois, op. cit., pp. 403-404, 406-407.

692 Articles 2203 et 2242 c.c.; C. Charron, op. cit., p. 33.

693 Article 2250 c.c.

694 En dispensant de la preuve des paiements antérieurs.

concernée parle en effet de "débiteur" et, hormis les hypothèses de la délégation⁶⁹⁵ et de la vente par shérif ou pour taxes⁶⁹⁶, le cessionnaire des droits de l'emphytéote originaire n'est pas le débiteur du constituant. Nonobstant un arrêt mal motivé en sens contraire⁶⁹⁷, il ne peut donc être exigé de ce simple ayant-droit à titre particulier un acte reconnaissant de droits acquis en vertu d'un titre antérieur auquel il n'est pas partie liée⁶⁹⁸. Contre ce dernier, le maître est démuné, si ce n'est des articles 2061 et 2081(a) c.c. quand le paiement des annuités a été primitivement garanti par privilège ou hypothèque.

Ces quelques remarques sur l'opportunité et le domaine d'application du titre nouvel terminent notre étude de la condition généralement faite au propriétaire d'immeuble par

695 Article 1173 c.c.

696 Supra, n^o 237. Etant personnellement tenu au paiement de la rente, l'adjudicataire peut être condamné à fournir titre nouvel: Blanchet v. Le Séminaire de Québec, précité, p. 109.

697 Lampson et al v. Bélanger, précité, pp. 165-167. L'arrêt n'étend par le domaine d'application de l'article 2249 c.c., mais stipule que "our Code has not deprived creditors of any of their rights in relation to such other 'titres nouveaux' not alluded to in article 2249, as they may have been entitled to demand prior to this enactment". La décision est toutefois mal fondée en ce qu'elle prend pour base l'ancien droit où il y avait toujours ouverture à titre nouvel contre le tiers-acquéreur parce que la rente était alors une charge réelle. De nos jours ce n'est plus le cas. Voir Mailhot et al v. Brimbois, précité, p. 543. Le droit à titre nouvel est donc aujourd'hui exclusivement régi par les articles 2061, 2249 et 2257 c.c.

698 D'autant plus que le titre nouvel donne une deuxième vie au titre ancien sans créer de nouveaux droits. Voir l'article 1213 C.c.; L.P. Sirois, op. cit., pp. 411-413; Asbestos Corporation of Canada v. Blais, (1922) 60 C.S. 264, p. 272. Le maître peut toutefois stipuler à l'acte constitutif que les acquéreurs éventuels des droits de l'emphytéote devront fournir

l'emphytéose et nous pouvons à présent entrer de plein pied dans l'analyse de celle échéant à l'emphytéote.

Section II - La situation de l'emphytéote

249 - L'emphytéote a le pouvoir de maintenir l'illusion de propriété dans le fait et dans le droit parce qu'il le paye. Parfois très cher.

Paragraphe I - De la liberté et de la protection des intérêts de l'emphytéote

La liberté passe par la puissance pour en mieux assurer sa défense.

A - De la liberté de l'emphytéote

Le droit à une chose se manipule aussi bien que celle-ci.

a) Liberté à l'égard de son droit

250 - La liberté de l'emphytéote a sa source dans l'article 569 c.c., qui en marque l'étendue comme les confins. Si les mots doivent avoir un sens, cette disposition signifie dans le concret pour un juriste que l'emphytéote dispose de tous les attributs de la propriété. Tous les attributs, l'"abusus" y compris, malgré les oppositions de certains, écartées du reste par nous dans le respect des contingences imposées par la loi⁶⁹⁹. Tous les attributs, la "vis attractiva" exceptée,

titre nouvel. Voir: No 229 v. M.R.N., précité, p. 64; Rosenstone v. M.R.N., précité, p. 694; Befega Inc. v. M.R.N., précité, p. 6171.

699 Supra, n^{os} 127-132.

parce qu'ils doivent se recomposer éventuellement dans la main de celui au préjudice des droits duquel l'emphytéote ne peut agir, dans la main de celui qui, fort de son titre de propriété, attirera à lui les fragments épars des droits attachés à la qualité de propriétaire⁷⁰⁰.

251 - La propriété est censée contenir en germe la somme totale des utilités que l'homme peut espérer tirer d'une chose. Comme ces utilités sont multiples, voire innombrables, il est pratique courante depuis l'époque romaine de les regrouper sous trois chefs principaux, savoir: l'"usus", le "fructus" et l'"abusus". Ce faisceau de prérogatives est, pour des motifs déjà exposés et pour éviter contradiction de l'énoncé de départ dans son principe, complété par la "vis attractiva", élément du domaine toujours retenu par le maître, du moins dans son aspect juridique, lorsqu'il y a constitution d'emphytéose⁷⁰¹. Tous ces services collectifs peuvent être en effet envisagés sous un double aspect, l'un juridique, l'autre matériel. Pour mesurer la liberté de l'emphytéote à l'égard de son droit, il suffit donc de considérer brièvement les différents attributs de la propriété sous leur aspect juridique dans la limite de la restriction susmentionnée en l'espèce.

700 Supra, n^{os} 132-133.

701 Supra, n^{os} 132-133.

252 - Il est hors de question de refuser l'"usus" à l'emphytéose. Le "jus utendi" est le droit d'utiliser la chose, d'en retirer le ou les services répétés qu'elle est susceptible de procurer à l'usage. Dans son aspect juridique, il autorise le maître, donc l'emphytéote ici, à décider du rôle de l'emploi désiré pour l'immeuble. Son libre choix, en principe, du type d'améliorations projetées en est la meilleure preuve.

253 - L'emphytéose étant "un démembrement du droit de propriété, autant et plus que l'usufruit"⁷⁰², il suit forcément que le "fructus" profite à l'emphytéote. Le "jus fruendi" est le droit de percevoir les fruits de la chose, de recevoir ce qu'elle donne périodiquement et sans altération sensible de substance. Sous son angle juridique, ce pouvoir permet au propriétaire, partant à l'emphytéote en la matière, de pratiquer le faire-valoir indirect pour recevoir les fruits civils provenant de la cession d'un droit de jouissance personnel ou réel sur l'héritage par lui tenu. Comme le plus comprend le moindre et que l'emphytéote a l'autorité de disposer, l'article 570 c.c. s'offre en témoignage de tous ces dires.

254 - La combinaison des articles 569 et 570 c.c. accorde on ne peut plus clairement l'"abusus" à l'emphytéote. Le "jus abutendi" n'est évidemment pas le droit d'abuser de la chose,

702 Rapport des codificateurs, p. 362.

mais plutôt le pouvoir de disposer d'icelle, d'en faire, pour le tout ou pour partie, pour un temps ou pour toujours, un usage dernier. Considérée dans son aspect juridique, cette prérogative donne au maître, en conséquence à l'emphytéote dans le domaine concerné, l'autorité de restreindre, de décomposer et même d'anéantir son droit sur le fonds par diverses cessions⁷⁰³. Les termes des articles 570 et 571 c.c., illustrent abondamment ce point s'il est tenu compte de la confusion malheureuse faite par le législateur entre le droit et l'objet du droit d'emphytéose.

L'emphytéote ne bénéficiant pas de la "vis attractiva" sous son aspect juridique, ne jouissant pas, comme en témoignent l'article 570 c.c. "in fine" et l'article 579 c.c., de cet arrière-droit à tous les services de l'immeuble cédé à titre d'emphytéose⁷⁰⁴, nous n'avons pas aux présentes à faire l'analyse de cette faculté inhérente au droit de propriété et qui ne s'en peut détacher sans perte du domaine lui-même.

b) Liberté à l'égard de l'objet de son droit

255 - Nous avons déjà souligné ci-haut que les différents services collectifs de la propriété s'analysaient sous un double aspect. Nous avons aussi établi par la même occasion lesquels de ces services compétaient à l'emphytéote pour ensuite en

703 Il va de soi que, sauf exception, les droits consentis s'éteindront en fin d'emphytéose. Voir Infra, n^{os} 355 et ss.

704 Supra, n^{os} 132-133.

examiner l'aspect juridique en chaque cas. Pour bien apprécier la liberté de l'emphytéote à l'égard de l'objet de son droit, il nous reste donc uniquement à considérer les diverses facettes des composantes de sa qualité dans leur aspect matériel, sans avoir à prouver l'existence même de ces utilités en sa main.

256 - Envisagé sous son angle matériel, le seul admis et reconnu en doctrine⁷⁰⁵, le "jus utendi" fournit à l'emphytéote le privilège de se servir lui-même, personnellement et individuellement, de l'immeuble assujéti à son droit; et ce, aux fins de l'emploi préalablement recherché et fixé dans l'exercice de cet avantage sous son aspect juridique. Le "jus fruendi" de son côté présente cette fois l'occasion à l'emphytéote de poursuivre non point une politique de faire-valoir indirect, mais plutôt une politique de faire-valoir direct pour prélever lui-même les fruits naturels et industriels fournis par l'héritage. Quant au "jus abutendi", siège sacro-saint de

705 L'aspect matériel du "jus utendi" est, soutenons-nous, le seul admis et reconnu en doctrine à la fois parce que le droit d'usage est occasionnellement défini pour se restreindre à ce (M. Planiol, op. cit., t. I, p. 898), parce que l'illustration faite de ce droit par la plupart des auteurs se limite à des actes matériels (J. Carbonnier, op. cit., t. III, pp. 84-85, 112; W. de M. Marler, op. cit., p. 31; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, p. 90; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 308; P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 477-478; A. Weill, Les Biens, pp. 31-32; Vareilles-Sommières, op. cit., pp. 448-449) et parce que les autorités semblant admettre l'aspect juridique du droit d'usage donnent en exemple des actes relevant du "jus abutendi" (J.-G. Cardinal, La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités, précité, p. 323; A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, p. 36; Guy Lambert, Cours de droit civil, Sainte-Ruffine, Maisonneuve, 1971, p. 120.

la propriété d'un avis general⁷⁰⁶, il donne, dans sa matérialité, voie de droit à l'emphytéote de transformer, détériorer et détruire le fonds grevé d'emphytéose; étant entendu, il va de soi, que la destruction est impossible en l'espèce⁷⁰⁷, que, il en va mieux en le démontrant, l'importance des dégradations ne doit pas venir en contradiction avec l'obligation d'améliorer⁷⁰⁸. Ainsi en va-t-il en général dans la tenure emphytéotique et les mille et un gestes de l'emphytéote doivent toujours pouvoir s'accorder avec le devoir lui incombant au premier chef. Telle est la règle du jeu, fixée il y a des siècles, voulant que la satisfaction de l'emphytéote passe par l'accomplissement de ses engagements. Au delà de ce, il jouit à sa guise et pour son bon plaisir, qui a l'insigne honneur de faire aussi celui du constituant.

257 - Et qu'en est-il de la "vis attractiva" dans son aspect matériel? A qui profite cet attribut sous cette forme et que comprend-t-il maintenant? Il est en la main de l'emphytéote pour qu'il puisse tirer parti de la liaison d'une chose accessoire à l'objet de son droit et en acquérir la propriété d'icelle dans certains cas. Mais il est trop tôt pour en discuter de suite à fond. Il en sera donc relaté par le menu

706 Supra, n° 131.

707 Supra, n° 129.

708 Supra, n° 128.

plus tard, au moment qui nous a semblé mieux choisi, soit:
celui de la deuxième partie de cet ouvrage⁷⁰⁹.

Les grandes prérogatives de l'emphytéote ont été développées en des termes assez ramassés, mais certes suffisants pour nous dispenser d'en déduire toutes les utilités secondaires y rattachées en logique. Penchons-nous donc immédiatement sur sa situation défensive.

B - De la protection des intérêts de l'emphytéote

258 - Les intérêts de l'emphytéote sont à la mesure de ses droits et ceux-ci se déduisent tous en justice d'une manière ou l'autre contre quiconque y portant atteinte, propriétaire ou tiers. Ces gens sont du reste égaux devant la loi, si ce n'est entre autres, mais non exclusivement, des cas où le constituant a des obligations particulières envers l'emphytéote.

a) Protection contre le propriétaire

259 - S'il est interdit à l'emphytéote d'agir au détriment des droits du maître, la réciproque est aussi vraie pour ce dernier. Le constituant doit en effet, sous peine de sanction, éviter tout acte susceptible de nuire à l'emphytéote. Cette nuisance peut être le fruit d'un geste malheureux ou calculé, originant d'un défaut de respecter soit ses engagements, soit les conséquences de ses engagements.

709 Infra, n^{os} 295 et ss.

260 - Il est d'abord stipulé à l'article 573 c.c. que le propriétaire est tenu, d'une part, de garantir l'emphytéote et, d'autre part, de le faire jouir de l'immeuble pendant toute la durée du contrat. La bonne intelligence de ces dispositions nécessite quelques explications. La constitution d'emphytéose débouche, parce qu'elle emporte démembrement, sur la cession des principaux attributs inhérents à la propriété. Partant, l'emphytéote ne profite pas des services de l'héritage par l'entremise de la personne du maître. Au contraire, il tire directement du fonds les utilités et profits désirés. Bref, la jouissance de l'emphytéose est réelle, par opposition à celle du locataire qui, elle, est personnelle. Le constituant n'est donc pas tenu de faire jouir l'emphytéote. Il doit uniquement le laisser jouir et, ce, malgré la malencontreuse phraséologie du texte venant de la croyance que l'emphytéose était une forme particulière d'amodiation. C'est dire, pour être plus exact, que le premier alinéa de l'article 573 c.c. oblige le maître à ne pas entraver l'entrée en jouissance de l'emphytéote et à le garantir contre l'éviction⁷¹⁰. Il ne lui est toutefois pas imposé de le faire jouir pour les raisons sus-mentionnées, auxquelles il peut être ajouté que le propriétaire n'est pas ici contraint de livrer l'immeuble en bon état, ni de l'entretenir⁷¹¹.

710 Jetté, op. cit., pp. 96-97; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 319; W. de M. Marler, op. cit., p. 136; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 209; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 521.

711 W. de M. Marler, op. cit., p. 136.

261 - Si l'emphytéose jouit d'une protection lui permettant de poursuivre le constituant à la fois pour obtenir délivrance et lorsqu'il est menacé d'éviction, il ne faut pas croire pour autant que toutes les règles ayant trait à la garantie en matière de vente s'appliquent "mutatis mutandis". En effet, c'est, sauf stipulation contraire, vers l'article 796 c.c. que l'emphytéote doit se tourner quand il y a eu constitution d'emphytéose à titre gratuit. De plus, il n'y a pas en l'espèce de garantie contre les défauts cachés de l'héritage⁷¹². Comme tout détenteur de droit réel l'emphytéote reçoit le bien dans l'état où il se trouve et c'est à lui, comme l'exige l'esprit de la tenure emphytéotique, de le mettre en bon état. Pour le reste, rien n'interdit de suivre les prescriptions des articles 1508 à 1521 du Code civil, y compris, comme la rente est une indemnité de cession, ce qui concerne la restitution du prix à l'article 1511 c.c.⁷¹³.

262 - Il est aussi énoncé à l'article 573 c.c., deuxième alinéa, que le maître doit reprendre l'immeuble et décharger l'emphytéote du service du canon advenant exercice du droit d'exponse par ce dernier. En un mot, l'emphytéote pourrait,

712 Contra: P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 209-211; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 521; L. Baudouin, op. cit., p. 463.

713 Contra: P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 210.

par un déguerpissement conforme aux exigences de l'article 580 c.c., d'une part, forcer le propriétaire à posséder de nouveau par lui-même, sans intermédiaire, et, d'autre part, requérir sa libération du paiement de la rente. L'article 573(2) c.c. serait ainsi un excellent recours pour l'emphytéote, un puissant mode de protection lui accordant la possibilité de s'affranchir d'une charge trop lourde assumée à la demande pressante du constituant lors de la signature de l'acte. En vérité, il n'en est rien. Le texte de la disposition n'a d'abord aucun sens à la fois parce que l'abandon, cet acte unilatéral, investit d'office le maître de l'ensemble des attributs de sa propriété⁷¹⁴ et parce que l'acte abdicatif opère lui-même, à l'extinction du droit abdiqué, l'affranchissement de la personne tenue à des charges réelles⁷¹⁵. Ensuite, et ce qui est beaucoup plus grave, le deuxième alinéa de l'article 573 c.c. n'a aucune portée de nos jours. La rente emphytéotique est peut-être un immeuble, mais le droit à cette rente est, quant à lui, personnel⁷¹⁶. L'obligation au service du canon est donc, elle aussi, personnelle; purement et exclusivement personnelle

714 Bernard Boubli, La fonction libératoire du déguerpissement, J.C.P. 1973-I-2518, nos 2 et 11; A. Breton, op. cit., pp. 340-341, 352-353; Michel de Juglart, Obligation réelle et servitudes en droit privé français, Thèse, Bordeaux, 1937, p. 296; Hassen Aberkane, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 161.

715 B. Boubli, op. cit., nos 8-9, 11, 14; A. Breton, op. cit., pp. 347, 349; S. Lessona, pp. 366 et ss.; Y. Seillan, op. cit., pp. 693 et ss.; H. Aberkane, op. cit., pp. 153-159; M. de Juglart, op. cit., pp. 281-282.

716 Mailhot et al v. Brimbois, précité, p. 543; Marsolais v. Grenier, précité, pp. 297-302; W. de M. Marler, op. cit., p. 134.

compte tenu par surcroît du fait qu'elle n'est pas constitutive d'état⁷¹⁷. Or, le déguerpissement libère seulement des charges et obligations réelles⁷¹⁸. En conclusion, cette deuxième partie de l'article 573 c.c. est d'une parfaite inutilité pour l'emphytéote et nous souhaitons que le Code soit éventuellement amendé en conséquence. Il sera d'ailleurs à nouveau traité de toute cette question au moment où nous aborderons l'analyse de la nature des obligations de l'emphytéote et des modes d'extinction de l'emphytéose⁷¹⁹.

263 - En certains cas, l'emphytéote n'est pas non plus entièrement dépourvu de moyens contre le maître à propos du sort des améliorations volontaires en fin d'emphytéose. Il nous a toutefois semblé préférable de les discuter au terme de la partie deuxième de ce travail⁷²⁰, là où seront entre autres mieux appréciées les distinctions sous peu faites au contenu des obligations de l'emphytéote.

264 - Un propriétaire peut bien honorer ses engagements au contrat et ensuite avoir une activité incompatible avec les conséquences de son geste premier en constitution d'emphytéose. Il sera alors traité sur le même pied que les tiers et l'emphytéote lui opposera les mêmes armes. En effet, le devoir général

717 Supra, n^{os} 176-179.

718 Infra, n^{os} 283-289.

719 Infra, n^{os} 278 et ss.

720 Infra, n^o 385 et ss.

d'abstention du maître ne lui est pas ici particulier. Le droit d'emphytéose est opposable à tous, le constituant y compris, même s'il est plus que quiconque touché par cette obligation passive universelle. En l'absence de distinction sur ce plan entre le propriétaire et les tiers quant aux recours exercables contre eux par l'emphytéote, nous les examinerons une seule fois, sous un même titre, de suite après ce dernier commentaire concernant la possibilité de l'emphytéote de s'aménager une position plus confortable au contrat et, conséquemment, de poursuivre par les voies appropriées au besoin.

b) Protection contre les tiers

265 - L'emphytéote est plus près de l'objet de son droit que le maître possédant par l'intermédiaire d'autrui. Veillant lui-même dans le fait sur ses intérêts, il peut donc mieux assurer leur défense. Contre les tiers, auxquels nous avons assimilé le constituant, il brandira, selon les circonstances, l'action en dommages-intérêts⁷²¹ et les actions pétitoire et possessoire⁷²². Si la situation s'y prête, il invoquera même la protection de certaines dispositions spéciales, par exemple l'article 696(3) du Code de procédure civile.

721 Articles 1053-1055 c.c.

722 Articles 572 c.c.; 770-771 c.p.c.

266 - L'action en responsabilité n'accorde guère plus de protection aux droits de l'emphytéote qu'à ceux d'autrui. Partant, nous n'avons point à l'envisager au titre de la sauvegarde de ses prérogatives. Les actions réelles, qui sont de deux sortes, doivent par ailleurs retenir notre attention.

267 - Nos auteurs constatent avec soulagement et satisfaction que l'emphytéote est habilité de par la loi à poursuivre au possessoire⁷²³. Avec soulagement, parce que cette voie est normalement fermée aux détenteurs précaires par l'article 770 c.p.c. Avec satisfaction, parce qu'il eut été regrettable de dénier ce recours à l'homme qui, pendant la durée de la tenure emphytéotique, jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. A notre humble avis, cette crainte était injustifiée et l'apaisement qu'on en veut trouver à l'article 572 c.c. doit être cherché ailleurs. Le seul intérêt de cet article est de montrer qu'il n'y a pas de différence entre le propriétaire et les tiers pour les fois où l'emphytéote est troublé dans sa jouissance.

268 - En effet, l'emphytéose est un droit, un droit réel immobilier⁷²⁴, un droit réel immobilier susceptible d'une

723 Jetté, op. cit., p. 96; F. Langelier, op. cit., t. II, pp. 317-318; P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 206-208; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 518-519; N.L. Rappaport, op. cit., p. 270.

724 Article 381 c.c.

possession utile à la prescription⁷²⁵. Les actions possessoires, ouvertes à tous ceux qui exercent des droits réels immobiliers susceptibles de possession, ne peuvent donc être refusées à l'emphytéote⁷²⁶. L'article 572 c.c. n'ajoute strictement rien à ce et il suffit de se souvenir que ce dernier profite de la protection possessoire pour la défense du fait de son occupation de l'héritage à titre d'emphytéote, et non, comme nous l'avons déjà souligné⁷²⁷, pour protéger la maîtrise du constituant qui possède par son intermédiaire. Evidemment, il va sans dire que la conduite de l'emphytéote au possessoire bénéficiera de façon indirecte au maître, le premier ayant des intérêts presque aussi étendus que le second.

269 - Les actions possessoires pouvant porter secours à l'emphytéote sont au nombre de trois: la plainte, la réintégrante et la dénonciation de nouvel oeuvre; la dernière n'étant qu'une variante de la première. Chacune d'elles sanctionne des atteintes différentes à la possession de l'emphytéote. S'il survient un trouble actuel en contradiction avec la possession

725 Article 2203 c.c.

726 L'article 770 c.p.c. précise que l'action possessoire compète tant à celui qui est en possession d'un héritage, qu'à celui qui est en possession d'un droit réel immobilier. De plus, s'il est évident que l'emphytéote est un détenteur précaire à l'égard de la propriété du maître, il est non moins patent que l'emphytéote ne peut être considéré comme détenteur précaire à l'égard du droit d'emphytéose.

727 Supra, n^o 242.

de ce dernier et consistant soit en un fait comme le passage répété d'un voisin sur le fonds, soit en un acte comme la location par un tiers d'une portion de l'héritage, l'emphytéote possédant depuis un an au moins intentera l'action en complainte pour faire cesser ces troubles de fait ou de droit⁷²⁸. Advenant cette fois incapacité de l'emphytéote de reprendre sa jouissance de l'immeuble suite à des actes de violence ou des voies de fait ayant entraîné sa dépossession, tel l'expulsion "de manu" ou l'érection de clôtures infranchissables, il emploiera, sans avoir à justifier possession annale préalable, la réintégrande pour être remis en possession⁷²⁹. Enfin, l'emphytéote se pourvoira en dénonciation de nouvel oeuvre pour exiger la suspension de travaux en cours qui menacent de troubler sous peu sa possession, par exemple des excavations à proximité de l'héritage visant à empêcher l'écoulement naturel des eaux ou à capter éventuellement les eaux de source⁷³⁰.

728 Article 770 c.p.c.; W. de M. Marler, op. cit., pp. 27-29; P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 206-207; H. De Page, op. cit., t. V, pp. 765-771; A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, pp. 246-247; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 222-223; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, pp. 147-148; A. Weill, Les biens, pp. 332-333.

729 Article 770 c.p.c.; W. de M. Marler, op. cit., p. 29; P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 206-207; A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, pp. 247-249; H. De Page, op. cit., t. V, pp. 773-777; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 224-226; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., pp. 149-150; A. Weill, Les biens, pp. 334-336.

730 W. de M. Marler, op. cit., p. 30; A. Colin et H. Capitant, t. II, p. 247; H. De Page, t. V, pp. 771-773; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 222-223; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 148; A. Weill, Les biens, p. 334.

270 - Les actions en complainte et en réintégration "ne sont recevables que si elles sont formées dans l'année du trouble ou de la dépossession"⁷³¹. Au delà de ce délai, l'emphytéote devra agir au pétitoire, si le constituant n'a pas déjà prescrit contre le droit cédé ou si les tiers n'ont pas déjà usucapé la propriété. Voilà une bien grave affirmation qui trouve appui chez un seul de nos auteurs⁷³², dont les motifs par lui invoqués sont d'ailleurs discutables. Et pourtant, il n'y a point d'hésitation dans notre affirmation. En effet, il n'est pas question ici de prétendre que l'emphytéote a la "rei vindicatio". Cette action échet en exclusivité au propriétaire. La revendication n'est toutefois pas la seule action pétitoire. Il y a aussi les actions confessoires qui ont pour fonction de garantir en justice l'existence des autres droits réels que la propriété. Or, c'est précisément l'action confessoire d'emphytéose que nous voulons accorder à l'emphytéote pour lui permettre d'assurer le respect fondamental de son droit, et les termes de l'article 771 c.p.c. n'y sauraient faire obstacle. Bien au contraire⁷³³.

731 Article 770 c.p.c.

732 F. Langelier, op. cit., t. II, p. 316. C'est en assimilant l'emphytéote au propriétaire que Langelier en arrive à accorder l'action "en revendication" à l'emphytéote. Contra: L. Baudouin, op. cit., p. 462; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 208; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 519; C. Charron, op. cit., p. 18.

733 L'article 771 c.p.c. dit bien que "le propriétaire d'un héritage ou d'un droit réel immobilier a l'action pétitoire...". A l'effet que le titulaire d'un droit réel autre que la propriété bénéficie d'une action

Nous estimons de plus, vu le libellé des articles 569 et 576 C.c. avec les conséquences y rattachées, que l'emphytéote est apte à intenter les actions confessoire et négatoire de servitude. Sur la base des mêmes motifs, nous devons enfin en dire tout autant de l'action en bornage^{733bis}.

271 - En sus de cet imposant service d'artillerie habilement disposé dans le meilleur sens de ses intérêts, l'emphytéote jouit aussi de la bienveillante attention du législateur qui l'épargne des effets de purge du décret⁷³⁴. La sollicitude du pouvoir législatif à son égard tombe toutefois court de la parfaite couverture puisque l'emphytéote devra baisser pavillon devant l'adjudicataire de l'immeuble saisi et vendu à la satisfaction d'une créance antérieure ou préférable⁷³⁵; d'où l'importance pour l'emphytéote de voir promptement à l'enregistrement de son droit et de pouvoir se tourner en garantie contre le constituant au besoin. Le Code municipal⁷³⁶ et la Loi des cités et villes⁷³⁷ protègent également l'emphytéote contre les suites

confessoire pour en assurer la sauvegarde: A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, p. 241; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, p. 226; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 313; A. Weill, Les biens, p. 468; H. De Page, op. cit., t. VI, p. 262.

733bis La Corporation de la paroisse de St-Judes v. Bergeron, précité, p. 111.

734 Article 696(3) c.p.c.

735 Article 696(3) "in fine" c.p.c.

736 Article 745 c.m.

737 Article 565 c.v.

normales de la vente pour taxes. Il n'y a cependant pas là de faveur particulière, étant donné que seuls les privilèges et les hypothèques sont purgés par ladite vente. Sur ce point, nous renvoyons donc à ce qui a déjà été exposé dans le cas du propriétaire⁷³⁸.

Les propos tenus à date montrent non seulement combien la liberté de l'emphytéote est grande, mais aussi combien sont importantes les mesures prévues pour favoriser l'exercice des droits qui sont à l'origine de cette liberté. Comme tout se paie néanmoins, même la liberté, il faut à présent considérer l'envers du médaillon de l'emphytéote.

^{x-}
Paragraphe II - Du prix de la liberté de l'emphytéote et de sa libération

S'il est un prix à toute chose, chaque chose a aussi une fin.

A - Du poids des obligations de l'emphytéote

272 - C'est dans les obligations lui incombant que l'emphytéote trouve la juste contrepartie de ses moult prérogatives. Ses devoirs, il fallait s'y attendre, sont évidemment nombreux. Pour en avoir bonne intelligence, il sied de les apprécier dans leur nombre, mais aussi et surtout dans leur contenu et leur nature.

738 Supra, n^{os} 238-239.

a) L'importance et le contenu de ses obligations

273 - Il n'est guère requis de discourir longtemps ou même longuement sur le point de savoir quelles sont les obligations à la charge de l'emphytéote. Le maître se dépouille par l'emphytéose de tous les soucis économiques et fiscaux normalement attachés à la propriété du fonds. Partant, l'emphytéote les assume tous à compter de l'ouverture de son droit et jusqu'à l'extinction d'icelui⁷³⁹. Il les assume tous dans le respect des droits et charges préalablement consentis ou établis par le propriétaire et portés à son attention au temps de la signature de l'acte. Le constituant demeure tenu du reste et l'emphytéote exercera son recours en garantie s'il est consécutivement menacé d'éviction. Il suit, hormis cette dernière hypothèse, que l'emphytéote supporte, pendant la durée entière de sa jouissance, la totalité des "droits réels et fonciers dont l'héritage est chargé"⁷⁴⁰. Il doit aussi, puisque nous en sommes au dénombrement, effectuer l'ensemble des réparations, petites et grosses⁷⁴¹, ne rien faire qui diminue notablement la valeur de l'immeuble⁷⁴²

739 L. Baudouin, op. cit., p. 464; Jetté, op. cit., p. 98; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 321; W. de M. Marler, op. cit., p. 137; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 526; Pépin le Halleur, op. cit., p. 305; N.L. Rappaport, op. cit., p. 272; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 456; Troplong, op. cit., pp. 143-144.

740 Article 576 c.c.

741 Article 577 c.c.

742 Article 578 c.c.

et remettre en bon état, à l'échéance de son droit, le fonds reçu avec les améliorations promises⁷⁴³. Il est enfin astreint à des devoirs plus spécifiques au contrat d'emphytéose, tels l'exécution d'améliorations⁷⁴⁴ et le paiement d'une rente annuelle⁷⁴⁵; ce qui est fort contestable pour la spécificité dans le dernier cas. L'emphytéote n'a cependant pas, sauf convention contraire, à respecter la ou une destination de la chose cédée⁷⁴⁶.

274 - Reprenons à présent chacune de ces obligations pour en jauger brièvement le contenu. En matière d'emphytéose, il n'est pas, comme dans l'usufruit et le louage⁷⁴⁷, de répartition à faire entre ce qui est charge de capital, de fruit et d'usage⁷⁴⁸. L'ensemble est en la main de l'emphytéote, sujet à la titularité du droit du propriétaire. En conséquence des attributs par lui détenus, il est dès lors normal que l'emphytéote ait à faire face à tout pour supporter le prévisible et l'imprévisible, l'ordinaire et l'extraordinaire, le menu et le gros. Partant, aucune exception n'est tolérée relativement aux taxes, contributions, répartitions ou autres impositions qui frappent

743 Article 581 c.c.

744 Articles 567 et 574 c.c.

745 Articles 567 et 577 c.c.

746 Supra, n° 127.

747 Articles 468-471, 1604-1605, 1627 c.c.

748 Voir M.C. Fayard (op. cit., pp. 22-31) sur la question de la répartition des charges.

l'immeuble grevé d'emphytéose et que l'emphytéote doit acquitter en entier. Il en va de même à propos des puissances et facultés diverses grevant ou s'exerçant sur l'héritage en début de jouissance emphytéotique et il est subrogé au maître dans la totalité des responsabilités ayant trait au voisinage, à l'abus de propriété et aux rapports entre fonds servant et dominant. Son devoir d'entretien par exécution de réparations est en apparence complet lui aussi, mais il est en fait tempéré par les termes usités en fin de l'article 577 c.c.⁷⁴⁹. A notre avis, cette obligation reçoit du reste difficilement application à l'égard d'un héritage non construit au moment de la constitution du droit d'emphytéose. L'interdiction faite à l'emphytéote de diminuer notablement la valeur de l'immeuble a, quant à elle, déjà été évaluée et nous renvoyons à ce qui a été alors dit⁷⁵⁰. Pour ce qui est de la restitution du fonds en bon état avec les réalisations prévues, il faut y voir une suite normale, d'une part des obligations d'entretenir et de ne pas détériorer et, d'autre part, de l'extinction du droit d'emphytéose commandant cessation d'emprise. De plus, cette règle n'implique aucunement que les

749 "Il peut y être contraint, même avant l'expiration du bail, s'il néglige de les faire et que l'héritage en souffre une détérioration notable" (577 C.c.). "Au cas de refus, il peut y être forcé même avant l'expiration du bail, si l'héritage souffre de leur défaut une détérioration notable; ce qui laisse à inférer qu'au cas contraire, il suffirait qu'à la fin du bail l'héritage fut remis dans l'état voulu par le contrat ou par la Loi" (Rapport des codificateurs, p. 408).

750 Supra, n^{os} 128-129.

biens doivent être rendus dans leur état primitif. Reste enfin le service du canon et l'exécution d'améliorations. En fait, il ne reste rien, presque rien. En effet, les questions se rapportant à la nature, à l'importance et au mode de paiement de la rente ont été liquidées il y a longtemps⁷⁵¹. En précisant antérieurement le sens du mot amélioration en matière d'emphytéose, nous avons aussi fixé le contenu de l'obligation à en faire⁷⁵². Il est inutile d'y revenir, mais utile de s'y référer dans les deux cas. Cela nous laisse donc avec un seul point à considérer avant d'en arriver à la nature des prestations de l'emphytéote: la nécessité ou non d'une stipulation d'améliorer au contrat.

275 - Il est répété, de plus en plus souvent, semble-t-il, que l'emphytéote doit s'engager à améliorer⁷⁵³, que l'entente doit contenir une disposition particulière à cet effet et⁷⁵⁴,

751 Supra, n^{os} 175-184.

752 Supra, n^{os} 185-200.

753 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 501, 503; N.L. Rappaport, op. cit., p. 267; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd et al, (1952) R.L. 149, p. 154; Crédit Franco-Canadien v. Young, précité, p. 319; Damours v. Sirois et al, précité, p. 235; Rosenstone v. M.R.N., précité, p. 691; The Montreal Harbour Commissioners v. The Record Foundry and Machine Company et al, précité, p. 171; Price et al v. Leblond et al, précité, pp. 199-200.

754 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 501, 527; W. de M. Marler, op. cit., p. 134; N.L. Rappaport, op. cit., p. 267; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd et al, (1952) R.L. 149, p. 154; Damours v. Sirois et al, précité, p. 235; Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité, p. 199-200; The Montreal Harbour Commissioners v. The Record Foundry and Machine Company et al, précité, p. 171; Price et al v. Leblond et al, précité, pp. 199-200.

même, que la clause concernée doit être rédigée en termes exprès⁷⁵⁵. A défaut de tout cela, il n'y aurait point emphytéose. Malgré notre profond respect pour les auteurs et les juges qui sont de cet avis, nous sommes au regret de ne pouvoir le partager. Les raisons données au soutien de cette théorie sont que la réalisation d'améliorations constitue la principale garantie du paiement de la rente et de l'exécution des autres conditions du contrat⁷⁵⁶, que l'engagement d'améliorer participe de l'essence de l'emphytéose⁷⁵⁷ et que le pacte emphytéotique est une institution d'exception ne pouvant point se présumer, ni bénéficier d'une interprétation favorable en cas de doute⁷⁵⁸. Ces raisons ont du bon, mais elles sont utilisées à mauvais escient.

276 - Il est évident que la présence d'améliorations reconforte le maître, lui fournit une indication sur la bonne marche des affaires de l'emphytéote, mais leur existence ne représente pas en soi une garantie au paiement du canon et à la réalisation des autres obligations stipulées à l'acte. Cette garantie se trouve dans les divers recours que le propriétaire est autorisé

755 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 501, 527; W. de M. Marler, op. cit., p. 134; N.L. Rappaport, op. cit., p. 267; C. Charron, op. cit., p. 20; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd et al., (1952) R.L. 149, p. 154; Lapointe v. Crevier, précité, pp. 75-76.

756 C. Charron, op. cit., p. 20; W. de M. Marler, op. cit., p. 134; N.L. Rappaport, op. cit., pp. 267-268.

757 Supra, n^{os} 2-3, 185 et ss., note 274.

758 Supra, notes 264, 277.

à exercer advenant défaut de payer ou autre. Il est aussi patent que l'emphytéote est tenu d'améliorer, sans quoi il n'y aurait pas emphytéose. Ce trait essentiel permet justement de distinguer ce contrat des autres. La convention y dérogeant ferait perdre à l'emphytéose son caractère fondamental. Elle est donc interdite sous peine de déchéance du droit qu'on aurait prétendu créer. Il faut toutefois remarquer, comme l'emphytéose est forcément à charge d'améliorer, que c'est cette charge, et non l'engagement de l'emphytéote, qui est de l'essence de la tenure emphytéotique. C'est pourquoi elle se sous-entend⁷⁵⁹, pourquoi l'emphytéote ne saurait s'y soustraire sans perte du droit. Il y est tenu "propter rem", à raison même de la titularité du droit sur la chose.⁷⁶ Partant, l'absence de stipulation à cet effet au contrat, l'absence d'engagement ferme d'améliorer précisé dans son étendue et dans le temps n'équivaut pas, ne peut équivaloir, sauf autres éléments de preuve, à dérogation de ce faire de la part de l'emphytéote. Il y a donc, sur document proprement libellé et si les mots doivent avoir un sens, présomption en faveur de l'emphytéose. La promesse d'hypothéquer les constructions éventuellement érigées, l'option donnée à l'emphytéote d'acquérir fonds et améliorations à l'échéance du droit, la permission accordée de bâtir au moment et selon les goûts de l'emphytéote, enfin, la

759 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 182; P. Martel, op. cit., pp. 535-536; Damours v. Sirois et al, précité, p. 236.

réalisation même d'améliorations après la signature de l'acte⁷⁶⁰, viennent corroborer, et non contredire l'existence de l'emphytéose au seul motif de l'absence de stipulation expresse prévoyant engagement ferme d'améliorer. Dans les contrats improprement qualifiés, il en ira autrement. L'intention véritable des parties y étant plus difficile à déceler, il sera alors naturel que l'assumption manifeste d'une obligation d'améliorer joue, parmi et avec les autres indices, un rôle déterminant.

277 - Il n'est point requis de l'emphytéote d'exprimer sa soumission à ce qu'il est tenu de faire de droit. Il est indéniable cependant qu'une référence à propos du délai d'exécution impartie et du nombre ou de la sorte des améliorations convenues conserve toute son utilité. Le délai de carence indiqué évite les poursuites prématurées tout en facilitant la preuve du défaut⁷⁶¹. S'il n'est aucun terme de fixé à l'acte, nous sommes d'avis, nonobstant l'opinion à ce contraire⁷⁶², que le propriétaire ne peut rechercher l'emphytéote en justice avant d'avoir

760 Fraser et al v. The Riviere-du-Loup Pulp Co. Ltd et al, précité, p. 545. En l'espèce, l'absence d'engagement ferme d'améliorer a été négligée au profit de la réalisation effective d'améliorations après la signature du contrat. L'entente fut dès lors qualifiée d'emphytéotique. Dans le même sens, voir: Dingwell v. Delaney et al, précité, pp. 438, 449.

761 Balston v. Pozer et al, précité, p. 255; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 217; W. de M. Marler, op. cit., p. 135; N.L. Rappaport, op. cit., p. 273.

762 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 217; W. de M. Marler, op. cit., p. 135.

établi péril de satisfaction de l'obligation. C'est à ce moment seulement que l'héritage risque de souffrir "une détérioration notable" causée par l'absence de cette plus-value qu'était censée procurer l'amélioration⁷⁶³. Quant aux autres précisions susmentionnées, elles délimitent le champ de la responsabilité de l'emphytéote, accentuent le pouvoir de contrôle du maître et rendent enfin pertinente la distinction faite aux articles 581 et 582 C.c. entre améliorations promises et améliorations facultatives. Si la convention est muette sur ces points de détail, l'article 582 C.c. ne peut recevoir application et l'emphytéote aura parfois peine à prouver exécution ou début d'exécution d'améliorations quand le fonds cédé était construit. Aussi, suggérons-nous, pour plus de sûreté, qu'un état de l'immeuble soit obligatoirement dressé en début d'emphytéose dans ces cas et même dans tous les cas⁷⁶⁴.

b) La nature mixte de certaines de ses obligations

278 - Il y a des obligations ordinaires et des obligations moins ordinaires; des obligations où le débiteur est lié au créancier à raison d'un engagement personnel et d'autres où il

763 Le libellé du deuxième alinéa de l'article 577 c.c. ne semble permettre aucune autre interprétation.

764 Comme en matière d'usufruit, mais pour des raisons très différentes.

lui est lié à raison d'un droit possédé. Dans le premier cas, la dette est exclusivement attachée à la personne qui l'a contractée. Dans le deuxième, elle est attachée à la personne qui, ayant ou non contracté la dette, détient le droit réel concerné. Une fois, c'est d'abord l'homme qui doit; une autre fois, d'abord la chose, c'est-à-dire, puisqu'en soi la chose n'est rien, le droit par l'entremise du titulaire d'icelui. Voilà, en bien peu de mots pour un sujet aussi délicat, la différence entre la simple obligation et l'obligation réelle, dite souvent "propter rem"⁷⁶⁵.

279 - Essayons maintenant de situer les prestations de l'emphytéote par rapport à la distinction faite ci-dessus. Certaines d'entre elles peuvent être de suite classées parmi les simples obligations, savoir, d'après le décompte effectué plus tôt; celle de remettre l'immeuble avec les améliorations promises et celle de payer le canon. La première de ces deux obligations est purement personnelle parce que consécutive à l'extinction d'un droit. Si le droit réel de l'emphytéote n'existe plus, ce ne peut être à raison de ce droit que la dette est due. La seconde obligation est aussi entièrement de nature personnelle parce que la prestation de rente représente le prix de cession du

⁷⁶⁵ H. Aberkane, op. cit., pp. 1-2-, 17-26, 93-100, 132-166; M. De Juglart, op. cit., pp. 40-92, 194-284; S. Ginossar, op. cit., pp. 93-104, 163-168; Michel Kornprobst, La notion de servitude en droit privé, Paris, Dalloz, 1937, pp. 263-282.

droit d'emphytéose par le maître⁷⁶⁶. S'il en était autrement, cette somme dont le paiement a été réparti en annuités, pourrait, comme cela se produit dans les obligations réelles, être réclamée de l'ayant-cause à titre particulier de l'emphytéote. Or, nous avons antérieurement démontré que cette chose ne se réalisait point, sauf délégation de paiement et subhastation⁷⁶⁷. La balance des obligations de l'emphytéote est de nature mixte. Elles se sont colorées de réalité au contact du droit leur servant de support.

280 - Il n'y a pas lieu dans l'emphytéose, avons-nous déjà souligné⁷⁶⁸, de départager ce qui est charge de capital, de fruit et d'usage. Pourquoi? Parce que ces charges sont en loi liées à la détention de droits dont on a la jouissance: "jus abutendi", "jus fruendi", et "jus utendi". L'emphytéote exerce tous ces droits. Il se trouve dès lors le débiteur désigné de l'ensemble des charges jointes aux prérogatives de la propriété qu'il a en sa main. Sont en conséquence réelles les obligations de l'emphytéote de supporter la totalité des droits réels et fonciers affectant l'immeuble et de maintenir, jusqu'à sa restitution, l'état et la valeur de l'héritage; sans restriction

766 Supra, n^{os} 176-179.

767 Supra, n^o 237.

768 Supra, n^o 274.

dans ce dernier cas à l'étendue de ses pouvoirs, mais en conformité et complément de son devoir d'améliorer⁷⁶⁹. Cela ne signifie cependant pas que toutes les prestations de l'emphytéote en accomplissement de ces obligations sont elles-mêmes réelles. Certaines le sont, tel ce qui a trait aux rapports entre fonds servant et dominant ou ce qui touche au droit d'habitation préalablement établi par le propriétaire sur l'immeuble cédé en emphytéose. Mais la plupart d'icelles sont personnelles, même pour les taxes⁷⁷⁰. En vérité, le réel se situe ici dans son devoir de rencontrer ces diverses obligations en qualité d'emphytéote.

281 - Il ne fait aucun doute de plus que l'obligation d'améliorer est "propter rem", "propter rem in faciendo". Cette obligation réelle positive impose un service actif à l'emphytéote en considération du droit qu'il détient. Sans cette charge qui grève son droit pour exiger de lui une prestation d'activité humaine, la réalisation d'améliorations, l'emphytéose n'existerait pas⁷⁷¹. L'obligation d'améliorer est de l'essence de la tenure emphytéotique. Inhérente au droit d'emphytéose, elle ne peut être que réelle.

769 Supra, n^{os} 128-129.

770 City of St-Lambert v. Logan, (1930) 68 C.S. 56.

771 Supra, n^o 226.

Répertoriées, pesées, classifiées, toutes les obligations ci-devant considérées suivent l'emphytéote pour un temps ou pour longtemps jusqu'au jour de sa libération.

B - De la libération de l'emphytéote

282 - Tenu dans sa personne ou à raison de facultés qu'il exerce sur l'immeuble, l'emphytéote se libère de ses obligations en les remplissant ou en se séparant de son droit. Cette dernière façon d'agir comporte une modalité fort intéressante: le déguerpissement. Nous l'examinerons en tout premier lieu, réservant à plus tard nos commentaires sur les autres moyens donnés à l'emphytéote de satisfaire à ses obligations et de se départir de son droit.

a) Libération par déguerpissement

283 - Le recours au déguerpissement produit en l'espèce un double effet, savoir: l'extinction du droit d'emphytéose et, consécutivement, la libération des charges nées à l'occasion de cette sorte de jouissance. Le premier de ces deux effets ne requiert que peu d'explications. Le second soulève par ailleurs des difficultés nécessitant plus amples développements.

284 - Le titulaire d'un droit réel est en contact juridique immédiat avec l'objet d'icelui pour qu'il en tire directement l'utilité désirée. La nature de cette relation bipartite l'autorise logiquement à faire lui-même abandon de son droit en délaissant la chose sur laquelle il porte. Si l'auteur de

l'abandon est un emphytéote, son geste est qualifié de déguerpissement par le Code. Le déguerpissement n'est en effet rien d'autre qu'une forme particulière de renonciation abdicative d'un droit réel spécialement dénommée en matière d'emphytéose. L'article 579(4) c.c., qui reproduit l'ancien droit sur ce⁷⁷², mentionne qu'il met fin à l'emphytéose parce que la renonciation entraîne naturellement la perte et l'extinction du droit réel abdiqué. L'acte abdicatif se reconnaît à ce signe⁷⁷³.

285 - La faculté de déguerpir est de création coutumière. Par opposition à la notion générale d'abandon de droit, le terme et l'institution du déguerpissement désignait et s'appliquait, à l'origine, uniquement au délaissement d'un héritage chargé de rente foncière⁷⁷⁴. Plus tard, le mot et l'acte s'étendirent au délaissement de tout immeuble grevé de charges réelles⁷⁷⁵. A lire le deuxième alinéa de l'article 573 c.c., on a nettement l'impression que le législateur s'en est tenu à l'acception

772 Rapport des Codificateurs, pp. 408, 410.

773 B. Boubli, op. cit., n^{os} 6, 8-9; A. Breton, op. cit., pp. 347-356; Y. Seillan, op. cit., pp. 692-705.

774 *Argou, op. cit., p. 490; *Pothier, op. cit., n^{os} 122, 147; B. Boubli, op. cit., n^{os} 1, 10-11; A. Breton, op. cit., pp. 268-269; *J.B. Denisart, op. cit., pp. 383-384; *J. Domat, op. cit., p. 222; Jetté, op. cit., p. 100; S. Ginossar, op. cit., p. 159, note 283; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., pp. 40, 398.

775 B. Boubli, op. cit., n 12; A. Breton, op. cit., pp. 269-270, 279-281; M. De Juglart, op. cit., pp. 286-295.

primitive de l'institution. Qui plus est, il semble même étendre la fonction libératoire du déguerpissement à la disparition d'une obligation purement personnelle. Ces deux points doivent être éclaircis avant même d'examiner les conditions d'exercice du droit d'exponse.

286 - Il est de doctrine reconnue que le déguerpissement affranchit des charges réelles seulement⁷⁷⁶. Or, nous avons déjà établi que le service d'un soi-disant canon n'est pas une obligation réelle accessoire à la tenure emphytéotique⁷⁷⁷. Il suit donc, nonobstant le vocabulaire usité à l'article 573(2) c.c., que l'acte d'abandon effectué par l'emphytéote ne libère pas en soi de l'obligation personnelle au paiement de la redevance stipulée au contrat, que la décharge de rente accordée par le maître est en fait une simple remise de dette pouvant être en tout temps consentie avec l'intervention et l'assentiment de l'emphytéote. Cette opinion s'accepte et prévaut facilement s'il est aussi tenu compte de la petite histoire du texte de l'article en question. Dans l'ancien droit en effet, l'emphytéose a été, comme nous le savons⁷⁷⁸, confondu avec le bail à rente

776 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 219; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 533-534; B. Boubli, op. cit., n^{OS} 13-14; A. Breton, op. cit., pp. 266, 358-359; H. Aberkane, op. cit., pp. 153-166; S. Ginossar, op. cit., pp. 159-162; S. Lessona, op. cit., p. 387; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 307; J. Carbonnier, op. cit., p. 42.

777 Supra, n^{OS} 177-179, 279.

778 Supra, n^{OS} 40 et ss.

où les annuités étaient versées en signe de reconnaissance du domaine direct retenu par le seigneur. A cette époque, la rente était une charge foncière ainsi que le soulignaient tous les auteurs consultés par nos codificateurs. S'inspirant largement des propos de doctes juristes de l'ancien régime⁷⁷⁹, les commissaires pour la codification de nos lois indiquèrent dès lors, à leur instar, que le déguerpissement déchargeait du service du canon⁷⁸⁰. La disposition concernée fut ainsi rédigée sans considération de l'évolution des moeurs et du droit. De nos jours, elle ne peut évidemment être suivie.

287 - Conclure au maintien de l'obligation à redevance malgré déguerpissement ne prive pas l'article 573(2) c.c. de toute utilité. Bien au contraire. L'article est en lui-même une indication de l'effet libératoire attaché à l'extinction de droit résultant de l'abandon d'icelui. Ceci ne peut être contredit par une simple erreur dans la mention de la prestation appelée à disparaître suite au déguerpissement. Mieux, la seule référence au canon emphytéotique n'exclut pas l'affranchissement des autres obligations "propter rem"; celle d'améliorer parce que l'article 580 c.c. en demande exécution avant déguerpissement et que la libération procède ici directement de la réalisation

779 Voir C.C. De Lorimier, op. cit., t. V, pp. 43-46, 69-78.

780 Rapport des Codificateurs, pp. 408, 410.

des améliorations promises, celles stipulées aux articles 576 à 578 c.c. parce qu'en vertu d'un principe général l'exercice du droit d'expose décharge naturellement des obligations nées à l'occasion d'un bien⁷⁸¹. Au-delà des incohérences du texte, on voit donc que l'article 573(2) c.c. conserve sa raison d'être; raison d'être dont tous auraient meilleure intelligence si la règle de base y contenue était prochainement exprimée en un langage plus clair.

288 - L'acte abdicatif étant une façon de faire un usage dernier du droit réel possédé, il s'ensuit que l'emphytéote doit avoir la capacité de disposer au moment du déguerpissement⁷⁸². Pour se prévaloir de la faculté de déguerpir, il est aussi requis par l'article 580 c.c. que toutes les obligations du contrat aient été satisfaites pour le passé. De cette règle, il faut comprendre, d'une part, que l'abandon de droit libère l'emphytéote pour l'avenir seulement⁷⁸³, d'où la nécessité de liquider le

781 Supra, n^{os} 278 et ss.

782 H. Aberkane, op. cit., p. 154; L. Baudouin, op. cit., p. 464; A. Breton, op. cit., p. 319; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 220; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 533; Y. Seillan, op. cit., n^o 25.

783 B. Boubli, op. cit., n^{os} 31, 34; A. Breton, op. cit., pp. 360-363; J. Pinatel, op. cit., p. 137; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 325; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 219; Rapport des codificateurs, p. 418; Contra: H. Aberkane, op. cit., pp. 158-159.

passé⁷⁸⁴ et l'absence d'effet rétroactif lié à ce geste⁷⁸⁵, et, d'autre part, que les seules prestations dont accomplissement est exigé sont, comme le déguerpissement est sans conséquence à l'égard des autres, celles qui grèvent et suivent le droit réel abdiqué à titre d'accessoires inséparables d'icelui. Ces dernières précisions nous amènent à considérer le sort des différents droits consentis par l'emphytéote au cours de sa jouissance. Le déguerpissement éteint-il ces droits et l'emphytéote a-t-il le devoir, s'ils sont aptes à survivre, de les racheter? L'emphytéote a un droit borné à temps, un droit auquel il peut mettre fin avant le temps prévu au contrat. Les diverses facultés et prérogatives par lui accordées sont donc toutes affectées tant d'un terme dont la durée ne peut en principe excéder celle de l'emphytéose, que d'un élément de précarité inhérent à la durée même de ce droit. Partant, le déguerpissement devrait leur être fatal. En effet, il importe peu que l'emphytéote ait joui pendant tout le délai imparti à l'acte, ni que les tiers concernés aient ignoré l'existence du privilège naturel de l'emphytéote d'exposer son droit.

784 L. Baudouin, op. cit., p. 464; J. Pinatel, op. cit., p. 137; W. de M. Marler, op. cit., p. 137; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 222; N.L. Rappaport, op. cit., p. 271; Rapport des codificateurs, p. 410; Article 580 C.c.: "En autant qu'il a satisfait pour le passé à toutes les obligations qui résultent du bail ...". Contra: F. Langelier, op. cit., t. II, p. 325.

785 B. Boubli, op. cit., n^{os} 29-30, 34; A. Breton, op. cit., p. 341; Y. Seillan, op. cit., n^{os} 56-60.

L'essentiel est que l'emphytéose a définitivement pris fin⁷⁸⁶. Cette solution est peut-être logique en apparence, mais elle ne donne pas vraiment satisfaction. Nous estimons personnellement, pour les privilèges et hypothèques d'abord, que ces droits réels accessoires subsistent en faveur des créanciers intéressés malgré déguerpissement parce qu'il ne s'agit point là de charges incidentes à la tenure emphytéotique. L'exercice du droit d'expose est sans effet à leur égard⁷⁸⁷. Dès lors, l'emphytéote reste tenu dans sa personne et le maître réinvesti des prérogatives de sa propriété par le déguerpissement se trouvera dans la position et situation d'un tiers détenteur⁷⁸⁸. Du reste, les privilèges et hypothèques ne donnent-ils pas précisément le droit de suivre l'immeuble nonobstant changement de main? Quant aux droits personnels et aux servitudes personnelles ou réelles accordés, il y a lieu de distinguer. Pour le bail, nous aurions recours aux articles 1646 et 1647 c.c. en tenant compte de la durée fixe ou indéterminée du contrat et en portant attention au fait ou non de son enregistrement dans le premier cas⁷⁸⁹. Pour les

786 Par conséquent, simple application de la règle "resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis".

787 A. Breton, op. cit., p. 354; J. Pinatel, op. cit., p. 137; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 201; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 516.

788 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 202.

789 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 203; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 516.

servitudes personnelles ou réelles, qui ne sont point davantage des charges nées à l'occasion de l'emphytéose, elles résistent, selon nous, au déguerpissement dans la mesure où ces droits ont été conférés pour un délai ferme dûment et expressément stipulé à leur acte constitutif. Autrement, l'emphytéose les entraînera dans sa chute lors de son extinction par acte d'abandon⁷⁹⁰. Tel est d'ailleurs le sentiment général de notre doctrine en la matière où l'on fait appel à l'idée nébuleuse du déguerpissement comme traité particulier entre l'emphytéote et le constituant pour justifier la protection des intérêts des tiers⁷⁹¹. Il est peu intéressant pour le propriétaire, nous en convenons, de retrouver ainsi les attributs de sa puissance diminués des avantages consentis par l'emphytéote, mais nous ne saurions imposer à ce dernier la lourde tâche de les racheter au seul motif, comme le prétend Mignault⁷⁹², qu'il doit rendre l'héritage en bon état. L'extension analogique a en effet des limites que le bon sens nous interdit de franchir. Si l'emphytéote use du déguerpissement c'est alors signe qu'il est en grande difficulté. Le soumettre,

790 Contra: A. Breton, op. cit., p. 354; P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 202, 226; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 534. En opinant que les servitudes personnelles et réelles consenties subsistent jusqu'à l'expiration de l'emphytéose, ces auteurs oublient que le droit de l'emphytéote est affecté d'un élément de précarité susceptible, sauf clause contraire, de réduire la durée des avantages accordés aux tiers bénéficiaires.

791 P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 202, 226; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 516.

792 P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 223, 226. Contra: A. Breton, op. cit., pp. 327-329.

en sus de ce qui est prescrit par l'article 580 c.c., au rachat ou à l'amortissement des droits conférés équivaldrait à une privation de la faculté de déguerpir, puisque déjà il n'est plus à même de faire face aux obligations dues en sa qualité d'emphytéote.

289 - En résumé, le droit d'exponse met fin à l'emphytéose et libère consécutivement l'emphytéote de toutes les prestations réelles attachées à sa jouissance. Le déguerpissement n'affecte cependant pas ses obligations personnelles et laisse surnager pour un temps la plupart des prérogatives accordées aux tiers. Bref, le résultat n'est pas très satisfaisant pour l'emphytéote et pour le maître. Le propriétaire perspicace exigera souvent de l'emphytéote une renonciation à son droit naturel de déguerpir⁷⁹³. En accédant à cette demande pour donner satisfaction et protection au constituant, l'emphytéote perd vraiment peu de chose. En effet, s'il éprouve de sérieux ennuis, il gagnera plus en attendant la poursuite et la vente en justice de l'emphytéose qui l'affranchiront de tous ses devoirs, ceux d'hier recevant généralement satisfaction par le prix d'adjudication et ceux de demain étant personnellement assumés par l'adjudicataire⁷⁹⁴.

793 L'article 573 c.c. in fine dit bien: "à moins qu'il n'y ait convention au contraire". Exemple: Rosenstone v. M.R.N., précité, p. 692.

794 Supra, n° 237.

b) Libération par autres voies de droit

290 - Il y a, outre le déguerpissement, bon nombre de moyens ou de circonstances qui ont pour effet de libérer l'emphytéote de ses différentes obligations. Ils sont énumérés à l'article 1138 c.c., disposition qui contient et annonce les causes d'extinction de l'emphytéose connues à l'article 579 c.c. Il n'y a certes pas lieu ici de reprendre point par point tout ce qui est énoncé en ces deux articles. Plusieurs des modes y mentionnés ont d'ailleurs déjà été discutés ici et là selon le besoin du moment. Penchons-nous donc seulement sur ceux dont il sied de dire un mot ou deux.

291 - Rappelons au départ que la cession faite de son droit par l'emphytéote ne le décharge pas de ses engagements personnels envers le propriétaire⁷⁹⁵. Même en fournissant, en la personne du tiers acquéreur, un nouveau débiteur au maître, l'emphytéote reste tenu jusqu'au jour où il obtient consentement à novation de la part du constituant⁷⁹⁶. A cet égard, la vente forcée de l'emphytéose lui est beaucoup plus favorable parce qu'elle opère d'elle-même novation⁷⁹⁷.

795 Supra, n^o 248.

796 Supra, n^{os} 203, 278-279.

797 Supra, n^o 237.

292 - Comme la perte totale du fonds de terre cédé en emphytéose est une impossibilité⁷⁹⁸, on aurait tort d'y voir une cause qui met fin à la tenure et, partant, qui libère l'emphytéote. L'article 579(3) c.c. recevrait cependant application si le droit concerné s'exerçait uniquement sur une construction appelée à être exhaussée d'un ou de plusieurs étages. L'emphytéose ne pouvant exister sans objet sur quoi porter, la disparition complète de l'édifice à améliorer éteindrait alors les obligations de l'emphytéote. Ce dernier serait néanmoins toujours redevable des arrérages de rente non encore prescrits au moment du sinistre.

293 - A condition d'être patient et d'avoir affaire à un propriétaire négligent, l'interversion de titre est une autre avenue conduisant à la liberté⁷⁹⁹. L'emphytéote n'en ressentira effectivement tous les bienfaits qu'une fois prescription acquise de l'immeuble après trente ans de possession utile à titre de propriétaire. Il est évident aussi que le temps fera son oeuvre libératrice, et parfois même dévastatrice, s'il y a non usage de l'emphytéose pendant trente ans⁸⁰⁰, si le maître prescrit contre

798 Supra, n° 129.

799 Articles 2205, 2208 c.c.

800 Article 2242 c.c.

le droit consenti⁸⁰¹ et si des tiers usucapent soit les intérêts de l'emphytéote⁸⁰², soit ceux du propriétaire⁸⁰³.

294 - Enfin si l'emphytéote ne perd pas son droit ou ne s'en départit pas, il demeure lié à tous égards pendant la durée complète du temps pour lequel l'emphytéose a été accordée. Il est toutefois libéré d'autant par chaque paiement de rente⁸⁰⁴ et par la réalisation des améliorations convenues malgré leur destruction subséquente⁸⁰⁵; mais rien de plus. Après l'expiration du délai de jouissance imparti, il peut même être recherché en restitution de l'immeuble⁸⁰⁶, en paiement d'annuités encore dues et en dommages-intérêts pour défaut d'améliorer ou de remise de l'héritage en bon état⁸⁰⁷. L'échéance du terme et les règlements de compte s'en suivant sonnent donc naturellement le glas des engagements de l'emphytéote. Et il n'est point ici d'espoir

801 Article 2203(4) c.c.

802 Article 2203(4) c.c. Supra, n° 96.

803 Articles 2206, 2251 c.c.

804 Article 1138 c.c.

805 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 217; W. de M. Marler, op. cit., pp. 134-135; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 528; N.L. Rappaport, op. cit., p. 268.

806 Huot v. Danais, précité, p. 235.

807 Articles 1070 c.c. et ss.; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 326; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 537.

d'une autre vie donnée par la tacite reconduction⁸⁰⁸. En effet, l'emphytéote n'est pas un preneur. Partant, il ne peut, de la sorte et à l'instar de ce dernier⁸⁰⁹, reprendre son souffle. Le législateur n'avait dès lors pas besoin de le préciser en termes exprès. Sans doute craignait-il l'influence néfaste de l'étiquette "bail" accolée au contrat d'emphytéose. Il est cependant intéressant de noter la mention à l'effet que la jouissance emphytéotique ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans⁸¹⁰. La perpétuité n'est plus admise depuis 1859⁸¹¹ et le maximum indiqué est de rigueur au même titre que le minimum de plus de neuf ans⁸¹²; minimum dont le respect serait assuré nonobstant stipulation d'une clause résolutoire à l'acte constitutif et exercice d'icelle

808 Article 579 c.c. Cette disposition n'interdit toutefois pas stipulation de renouvellement du terme au gré du maître. Exemple: Gould v. The Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal, précité, pp. 199-202.

809 Article 1659 c.c.

810 Article 568 c.c.

811 Rapport des codificateurs, pp. 406, 410; Supra, n^o 183.

812 "La durée de l'emphytéose ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, et doit être pour plus de neuf" (Article 568 c.c.); l'emphytéose prend fin "par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée, ou après quatre-vingt-dix-neuf ans, au cas où un terme plus long aurait été stipulé". (Article 579 c.c.) Il ne peut être prévu que les parties auront droit en tout temps de mettre fin au contrat par avis préalable à cet effet: Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité, p. 200; No 229 v. M.R.N., précité, p. 68.

avant que les neuf ans ne soient entièrement écoulés⁸¹³. Quoique temporaire, l'emphytéose n'en est pas moins transmissible⁸¹⁴.

Ce n'est pas un droit présumé viager comme l'usufruit. Aussi est-il normal de ne retrouver au Code aucune réglementation établissant que la tenure prend fin à la mort de l'emphytéote ou après trente ans si le droit a été accordé sans terme à une corporation.

Voilà complétée, avec cette courte étude sur les façons données à l'emphytéote d'obtenir sa libération, notre première partie consacrée à la nature et à l'étendue des droits et obligations résultant du lien d'emphytéose. Mais, tout ce qui a été avancé à date se rapporte uniquement aux pouvoirs et devoirs respectifs des parties sur le fonds cédé en emphytéose pour un temps. Aussi, doit-on vérifier, dans une deuxième partie, si le régime juridique en cours sur le fonds s'applique également à l'oeuvre érigée par l'emphytéote.

813 No 229 v. M.R.N., précité, p. 68.

814 Article 579 c.c.; P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 199-200.

PARTIE II

LE "JUS IN RE ALIENA" CONFERE DONNE OCCASIONNELLEMENT NAISSANCE A UNE PROPRIETE SUPERFICIAIRE EN FAVEUR DE L'EMPHYTEOTE

295 - La deuxième partie de cet ouvrage a comme point de départ une idée toute simple, si simple qu'il en sera traité dans un espace assez restreint, mais si nouvelle en droit québécois qu'il importait de l'élaborer séparément. En effet, nul n'a encore soutenu au Québec que l'emphytéote est le bénéficiaire désigné du droit d'accession et qu'il a, dès lors, la propriété superficière de certaines améliorations. Il convenait donc d'accorder bonne place à cette opinion dans notre travail. Particularité de nos dires mise à part, il se trouve qu'ils ont un fondement unique où le singulier s'impose ici avec toute la force du pluriel en d'autres circonstances. Partant, notre second volet sur l'emphytéose ne peut avoir le volume du premier. Il y aura même disproportion apparente malgré la multiplicité et la longueur des titres assurant un rapport équilibré au plan. Qu'importe cependant cette inégalité de fait si ces titres, par le choix et le jeu des mots y contenus, s'enchaînent logiquement pour livrer l'essentiel d'un message portant sur les seules conséquences du profit de l'accession pour l'emphytéote. Il n'y a effectivement, dans les pages à venir, que peu ou pas de débat

requis sur le droit d'accession lui-même. Il suffit plutôt d'appliquer simplement le mécanisme de l'accession à la tenure considérée une fois bien démontré que ce droit est en la main de l'emphytéote. La preuve de ce dernier point coupe court de suite à la nécessité d'un long discours par la suite.

Ceci étant exposé, examinons sans plus tarder pourquoi l'accession compète à l'emphytéote pendant la durée de son droit et seulement pendant la durée de son droit; en d'autres mots, pourquoi il a la propriété superficielle de certaines améliorations pendant un temps donné.

CHAPITRE I

L'ACCESSION PROFITE A L'EMPHYTEOTE
PENDANT LA DUREE DE SON DROIT

296 - Si l'emphytéote jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire, il suit non seulement que l'accession est en sa main, mais aussi que le maître ne peut, pendant la jouissance de l'emphytéote, acquérir par accession la propriété des améliorations susceptibles d'une propriété distincte du fonds détenu en emphytéose.

Section I - L'emphytéote jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire

297 - Les mots n'ont de valeur que par leur sens. Le sens le plus commun et le plus patent des mots échappe toutefois à ceux qui sont trop préoccupés par d'autres questions. Telle est un peu l'histoire de l'article 569 de notre Code civil. Soucieux d'éviter toute méprise entre emphytéote et propriétaire, on a toujours cherché à atténuer la force des termes usités en cette disposition et, ce, sans même songer ensuite à son emploi possible en matière d'accession. Avant d'en arriver à la portée logique de la règle énoncée à l'article 569 c.c. et pour mieux l'apprécier, considérons donc en premier lieu l'interprétation généralement donnée à cette règle.

Paragraphe I - Interprétation classique de la règle énoncée à l'article 569 c.c.

298 - Etant acquis chez tous que l'emphytéote n'avait pas l'autorité de détruire le bien reçu, il était impensable de lui reconnaître vraiment tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. L'accession étant surtout perçue comme simple mode d'acquisition de la propriété, il était de plus difficile de le comprendre parmi les droits attachés à la qualité de propriétaire. Ainsi concevait-on et conçoit-on encore les choses en ce domaine.

A - Le droit de détruire est réservé au maître de la chose

299 - Nos auteurs éprouvèrent un malaise certain à la lecture de l'article 569 c.c. Formés à l'école des romanistes où la propriété individuelle était définie comme le droit réel le plus important, le plus complet accordant à son titulaire l'exclusivité et la permanence de tous les pouvoirs imaginables sur une chose, ils ne pouvaient admettre sans sourciller que l'emphytéote jouissait lui aussi de l'ensemble des prérogatives de la dominité pour un temps. L'emphytéose n'était dans leur esprit qu'un démembrement de la propriété et la disposition en question semblait porter directement atteinte au régime hérité du "jus dominium ex jure quiritium". Il leur fallait donc expliquer ce non-sens, cette contradiction, sans trop faire violence au texte du législateur. L'article 569 c.c. n'avait apparemment d'intérêt que par cette difficulté.

300 - La solution au problème posé par la formulation de l'article 569 c.c. fut de chercher et de trouver en quoi l'emphytéote n'était pas propriétaire. On en vint ainsi assez rapidement aux articles 578 et 581 c.c. où il est fait, d'une part, interdiction à l'emphytéote de détériorer l'immeuble reçu et, d'autre part, obligation de le restituer en bon état à l'échéance du terme. Qu'avait-on besoin de plus! Sans pouvoir de mésuser de la chose et de la détruire, sans ces signes distinctifs par excellence de la propriété, l'emphytéote ne jouissait évidemment pas de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. Il n'avait que toute l'utilité de la chose, que le domaine utile ou quasi-domaine. Voilà comment, en laissant à l'emphytéote une puissance encore acceptable, les termes de l'article 569 c.c. furent tempérés dans ce qu'ils avaient, pensait-on, de trop excessif et de trop absolu.

301 - L'heure de la critique de cette interprétation traditionnelle est passée et le cadre de la présente discussion n'oblige pas à exprimer de nouveau notre sentiment sur tout cela. Ce qui fut dit reste dit et nous y renvoyons pour meilleure souvenance du sens donné à l'article 578 c.c., de la force illusoire de destruction en l'espèce et enfin de la différence entre la propriété et les couleurs de la propriété⁸¹⁵. L'important à

815 Supra, n^{os} 125-130.

retenir de l'exposé des opinions ci-dessus est que les mots de l'article 569 c.c. n'ont pas été appréciés à leur juste valeur.

B - Le droit d'accession n'est qu'un mode d'acquisition de la propriété

302 - Entièrement absorbée par l'impérieuse et imaginaire nécessité de dissiper l'illusion de propriété créée par l'article 569 c.c., la doctrine québécoise est demeurée, comme nous venons de le constater, dans l'ignorance de la richesse de cette disposition à d'autres égards. Il est loin d'être certain cependant qu'elle aurait, moins pressée d'arrondir les angles dans l'intérêt du propriétaire, porté toute l'attention voulue aux termes de l'article concerné pour accorder, à raison même du sens d'iceux, le droit d'accession à l'emphytéote. En effet, le domaine de l'accession est encore un terrain d'étude quasiment vierge au Québec. Pour l'heure, ce droit n'est, d'un avis général et l'article 583 c.c. aidant, qu'un simple mode d'acquisition de la propriété parmi tant d'autres⁸¹⁶. Il y a certes à date abondance de commentaires et d'arrêts sur tout le détail de la réglementation en la matière, mais rien ou presque rien sur la règle fondant et gouvernant la solution des difficultés particulières envisagées au Code. Il y a même, semble-t-il, accord

816 P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 478-480, 494-495; W. de M. Marler, op. cit., pp. 34, 38; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 130; Jean-Guy Cardinal, Théorie de l'accession immobilière, (1966) I R.J.T. 285, pp. 285, 290.

sur l'instant précis du jeu de l'accession⁸¹⁷, sans trop cependant savoir pourquoi il en est ainsi. Bref, trop d'énergies ont été consacrées aux arbres et pas assez à la forêt. Dans ces conditions, avec si peu d'intelligence de la nature et du fondement d'une des très "grandes règles directrices de l'organisation de la propriété"⁸¹⁸, il n'est guère étonnant de constater que l'accession ne figure toujours pas parmi les droits attachés à la qualité de propriétaire, partant, qu'elle n'a pas encore été placée en la main de l'emphytéote.

Paragraphe II - Portée logique de la règle énoncée à l'article 569 c.c.

303 - C'est en pénétrant plus avant le concept de l'accession que nous entreverrons graduellement tout le sens des mots employés à l'article 569 c.c. C'est en découvrant comment de fait l'accession s'analyse en un attribut de la propriété, donc en un droit attaché à la qualité de propriétaire, que nous devons alors, portée logique de la règle énoncée à l'article 569 c.c. oblige, reconnaître à l'emphytéote le profit de l'accession.

817 Infra, n° 337.

818 Gilles Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 264.

A - L'accession est un droit attaché
à la qualité de propriétaire

304 - Présenter l'accession comme un mode d'acquisition de la propriété nous renseigne uniquement sur ses effets. Or, l'accession a l'insigne avantage de se distinguer des autres modes d'acquisition énumérés à l'article 583 c.c. en ce qu'il est le seul mode d'acquisition défini au Code comme un droit. Etant un droit et plus particulièrement, comme le stipule l'article 408 c.c., le droit du maître, en cette seule qualité, de faire sien tout ce qui sort de son bien ou qui vient s'y adjoindre accessoirement, l'accession prend forcément place parmi les droits dits réels. Mieux, le droit d'accession étant, comme l'indique encore si bien l'article 408 c.c., procuré par la propriété parce que y contenu en germe, il doit être obligatoirement classé parmi les prérogatives inhérentes à la propriété. En un mot, "le droit de propriété a la vertu d'attirer la propriété des accessoires"⁸¹⁹, "la propriété comporte un attribut particulier qui est un titre d'acquisition des choses accessoires"⁸²⁰. Cette vertu, cet attribut a pour nom l'accession, terme choisi par le législateur à l'article 408 c.c. et repris beaucoup plus loin à l'article 583 c.c., parce que représentant un "mode

819 G. Goubeaux, op. cit., p. 273.

820 G. Goubeaux, op. cit., p. 273.

d'acquisition consécutif au droit de propriété"⁸²¹. En raison même de la vertu d'attirer en cause, nous préférons personnellement l'expression "vis attractiva"⁸²². L'accession est le pendant, sur le plan matériel, de la "vis attractiva" juridique qui permet au propriétaire d'attirer à lui les fragments épars de son droit. Sous l'angle de la matérialité, la "vis attractiva" autorise en effet le maître à tirer parti de la liaison d'une chose accessoire à l'objet de son droit pour en acquérir la propriété.

305 - A bien considérer la place faite à l'accession et le plan de sa réglementation, il apparaît non seulement, comme le soulignait G. Goubeaux, que "les rédacteurs du Code civil ont manifestement voulu présenter une théorie de l'accession, ordonnée selon un plan logique"⁸²³, mais aussi, selon nous, qu'ils tenaient à introduire et traiter ce droit comme un attribut de la propriété. Voyons la chose de plus près. Le Livre Deuxième du Code consacré aux biens, à la propriété et à ses différentes modifications, est divisé en cinq titres. Un premier titre sur

821 A. Weill, Les biens, p. 36. Dans le même sens: H. De Page, op. cit., t. VI, p. 40; G. Goubeaux, op. cit., p. 272.

822 Nombreux sont ceux qui, parlant de l'accession, l'ont qualifiée de puissance d'attraction inhérente à la propriété: C. Demolombe, op. cit., t. IX, n° 574; Planiol, Note D.P. 1892-2-409 sous Paris 8 févr. 1892; J. Carbonnier, op. cit., p. 250; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 244; M.-C. Fayard, op. cit., pp. 108, 124; G. Goubeaux, op. cit., pp. 270, 273, 302; L. Baudouin, op. cit., p. 375.

823 G. Goubeaux, op. cit., p. 262.

la distinction des biens pourfend toutes choses, tant corporelles qu'incorporelles, en deux groupes: les meubles et les immeubles. Un second titre, dédié à la propriété, commence, à l'article 406 c.c., par définir ce droit en le dotant des traits que les Romains lui reconnaissaient; d'où l'annonce, à la définition, des facultés de jouir, comprenant l' "usus" et le "fructus", et de disposer, c'est-à-dire l' "abusus". Réfractaires à l'analyse dogmatique, les jurisconsultes romains avaient empiriquement dégagé ces facultés en étudiant, d'abord et de manière séparée, les différentes utilités fournies par la détention d'un bien, pour les regrouper éventuellement sous les trois chefs principaux désormais connus⁸²⁴. Ils avaient, de la même façon, entrepris de trancher en pratique les difficultés nées de l'union de deux choses appartenant à des maîtres différents. Décidant dans de nombreux cas, mais non toujours, que le conflit serait résolu par l'attribution de l'accessoire au propriétaire du principal, le droit romain n'eut toutefois pas l'occasion de mener à terme la construction amorcée⁸²⁵. Partant de ces solutions, les romanistes firent oeuvre de synthèse. Des multiples

824 P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 54-58, 77; B. Nicholas, op. cit., pp. 154-157; R. Monier, op. cit., pp. 361-362.

825 P.F. Girard, op. cit., pp. 349-357; G. Lepointe, op. cit., pp. 15-16, 74-78; R. Monier, op. cit., pp. 398-401; B. Nicholas, op. cit., pp. 132-138; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 254.

cas d'espèce, ils soutirèrent par voie de conséquence la règle voulant que la propriété du principal emporte, en principe, la propriété de l'accessoire qui y est physiquement liée et en dépend⁸²⁶. Le droit d'accession était né. Complétant logiquement la définition de propriété d'inspiration romaine, le principe dégagé devient ensuite, avec le législateur, règle de droit qui servira de pierre angulaire à l'élaboration d'une théorie générale de l'accession. L'endroit choisi au Code pour présenter et qualifier l'accession est donc des plus révélateur. De suite après les définitions complémentaires des articles 406 et 408 c.c., viennent, toujours au sein du titre deuxième, trois chapitres exposant, les deux premiers, la réglementation de l'accession, et le troisième, nouveau de 1969, le détail des dispositions applicables dans une instance donnée où il y a obstacle au jeu de l'accession en matière immobilière, savoir: celui de la copropriété des immeubles établie par déclaration. Suivent enfin les titres trois à cinq du Livre Deuxième réservés respectivement, des articles 443 à 582 c.c., à l'usufruit, l'usage et l'habitation, aux servitudes réelles et à l'emphytéose.

826 B. Nicholas, op. cit., p. 133, note 1; G. Goubeaux, op. cit., pp. 262, 272; Pierre Levie, Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui, thèse, Louvain, 1951, p. 102.

A l'observation de la structure donnée au Livre Deuxième du Code civil, nous remarquons ainsi que les codificateurs ont, après la distinction et division des biens, d'abord défini la propriété par ses attributs traditionnels. Le tryptique célèbre de la définition est ensuite immédiatement complété par l'ajout du droit d'accession. Finalement, chaque faculté, chaque composante de la propriété susceptible de démembrement est analysée séparément dans ses aspects particuliers. Partant, l'évidence est nettement à l'effet que l'accession est un attribut du domaine⁸²⁷ au même titre que l' "usus", le "fructus" et l' "abusus"; bref, que l'accession est, comme ces autres prérogatives reconnues au maître, un droit attaché à la qualité du propriétaire.

306 - Nous ne prétendons pas, par ce qui précède, avoir tout élucidé sur ce qui est, selon M.C. Fayard, "à la fois l'un des phénomènes de notre droit les plus fréquents en pratique et les plus obscurs en théorie"⁸²⁸. Nous demeurons, bien au contraire, fort conscient tant du nombre et de la variété des opinions déjà émises sur le fondement et le moment du jeu de l'accession, que de l'importance des difficultés soulevées à l'interprétation par le détail des dispositions servant de support à la théorie

827 Planiol, Note D.P. 1892-2-409 sous Paris 8 févr. 1892; A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, p. 36; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, pp. 244-245; G. Goubeaux, op. cit., pp. 273, 288, 302.

828 M.-C. Fayard, op. cit., p. 109.

élaborée en la matière par le législateur⁸²⁹. Nous estimons néanmoins avoir qualifié et situé ce droit d'après son essence d'une manière telle que les tempéraments y apportés au Code et les problèmes ayant trait à la formulation de certains articles s'y rapportant ne devraient pas faire oublier, ni même diminuer la valeur et la force du principe directeur en cause. C'est là l'essentiel. Pour le reste, pour la mécanique du phénomène, nous y viendrons au gré des différentes situations qui, dans la tenure emphytéotique, demandent à être expliquées par le menu. Indiquons ici seulement, puisqu'il n'y aura pas lieu d'en discuter plus loin, que le droit aux produits de la chose en vertu de la "vis attractiva" matérielle n'a rien de commun avec le "jus fruendi" où le maître recueille et conserve, après perception et comme entités séparées, les fruits qui lui revenaient antérieurement en propriété par accession.

Franchissons à présent la dernière étape destinée à nous révéler toute la portée logique de la règle énoncée à l'article 569 c.c.

829 Sur la question, voir: H. Aberkane, op. cit., pp. 209-226; P. Levie, op. cit., pp. 30-162; M.-C. Fayard, op. cit., pp. 41-188; G. Goubeaux, op. cit., pp. 261-337; Roger Saint-Alary, Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués, 1947, Rev. trim. dr. civ., pp. 263 et ss.; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, L'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qui ont un lien d'obligation, 1959, Rev. trim. dr. civ., pp. 411 et ss.; Raymond Lindon, Note D. 1963-2-131 sous Civ. 11 déc. 1962; Yvonne Cheminade, Note J.C.P. 1972-II-17258 sous Bordeaux 9 mai 1972; Marcel Fréjaville, Note J.C.P. 152-II-6909 sous Aix 3 janv. 1952; J.G. Cardinal, Théorie de l'accession immobilière, pp. 285 et ss.

B - Les droits attachés à la qualité de propriétaire sont en la main de l'emphytéote

307 - L'article 569 c.c. énonce on ne peut plus clairement que l'emphytéote jouit, pendant la durée de la tenure, de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. Or, une fois établi, comme ci-haut démontré, que l'accession est un droit compris en et procuré par la propriété, un droit du même type que les trois autres grands services collectifs déjà bien connus, donc un attribut du "dominium" se rangeant naturellement parmi les droits attachés à la qualité de propriétaire, il devient impossible d'échapper au sens premier et évident des termes usités en cette disposition clef du titre cinquième sur l'emphytéose. En effet, telle que formulée avec l'adjectif indéfini "tous" bien en relief, la règle énoncée à l'article 569 c.c. nous commande logiquement de joindre l'accession aux autres facultés exercées par l'emphytéote pendant la durée de sa jouissance.

308 - Par crainte de l'inconnu, il arrive souvent qu'un refus soit opposé aux impératifs des mots et de la logique. Ainsi, nonobstant la rationalité de notre argumentation en la matière, certains objecteront sans doute, défaut d'autorités et d'arrêts sur la question aidant, que l'accession ne se peut démembrer de la propriété. A notre avis, cette objection est sans fondement.

309 - En droit féodal, le mot démembrement désignait "la division d'un même fief en fiefs distincts"⁸³⁰, la division d'un même héritage en fief dominant et fief servant. Illustrant adéquatement l'abdication faite par le maître d'une partie de ses pouvoirs au profit d'un tiers, l'expression fut transposée dans le langage du droit civil vers le milieu du XV^e siècle⁸³¹. Quoique le mot n'ait pas l'heur de plaire à tous les civilistes⁸³², il semble aujourd'hui qu'il n'en est de mieux choisi, ni de plus fréquemment employé par les auteurs pour décrire le fractionnement des prérogatives de la propriété; fractionnement des prérogatives toujours orchestré "ab initio" par celui en faveur de qui fut développé le principe désormais consacré de la libre et absolue disposition du bien dont il a la "plena proprietas", partant, de la libre et absolue disposition des utilités données par ledit droit sur la chose. Le propriétaire a en effet, d'après l'article 406 c.c., toute l'autorité voulue pour détacher de sa puissance certains des services qu'elle procure et les attribuer

830 H. De Page, op. cit., t. VI, p. 163. Voir aussi: E. Chenon, Histoire générale du droit français, pp. 146-181; A. Dumas, op. cit., pp. 87-97, 323-327; P. Ourliac et J. de Malafosse, op. cit., pp. 137-155; *C.J. De Ferrière, op. cit., t. I, pp. 651-652.

831 E. Chenon, Les démembrements de la propriété foncière, pp. 18-32; P. Ourliac et J. De Malafosse, op. cit., p. 146; H. De Page, op. cit., t. VI, p. 164, note 2.

832 Vareilles - Sommières, op. cit., pp. 487-495; H. De Page, op. cit., t. VI, pp. 163-165.

à une autre personne. Le législateur a même eu la délicatesse de lui suggérer quelques formules de décomposition et de privation où tantôt l' "usus", tantôt l' "usus" et le "fructus", voire l' "usus", le "fructus" et l' "abusus" (en totalité ou en partie selon les opinions) passent respectivement entre les mains de l'usager, de l'usufruitier et de l'emphytéote pour un temps. Quand les choses en sont là, il faut plus que la simple appréhension de l'inédit pour écarter l'idée et le fait que l'accession puisse être détachée du tronc de la propriété. Quand la propriété se définit, sur la base de l'article 406 c.c., comme "le droit en vertu duquel une personne peut en principe faire d'une chose ce qu'elle veut"⁸³³, conséquemment, que la liberté d'agir est la règle pour le maître, liberté d'agir illustrée d'applications au Code par les démembrements séculaires considérés, il faut absolument, pour triompher, savoir invoquer l'exception interdisant distraction de l'accession. Or, aucun tempérament de la sorte n'est prévu par nos lois. Qui plus est et contrairement à la France⁸³⁴, il n'existe pas au Québec de texte, d'opinion ou décision à l'effet que les décompositions dont la propriété est susceptible sont limitées aux hypothèses

833 Vareilles - Sommières, op. cit., p. 443.

834 Sur la question, voir: A. Weill, Les Biens, pp. 13-14, 455; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 16-17; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 4.

envisagées par les codificateurs⁸³⁵. Il suit, en conclusion, que l'objection proposée au départ manque de pertinence. L'absence de précédent sur le point discuté n'est d'ailleurs pas un motif très sérieux. Pis, l'article 946 du Code rural français stipulant que "l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose", montre non seulement que le prétexte invoqué témoigne d'une certaine ignorance, mais aussi et surtout que la possibilité d'un démembrement de l'accession n'a rien d'imaginaire ou même de contraire aux grands préceptes du droit civil. Il est vrai, certes, que le législateur québécois ne s'est pas, dans le domaine de l'emphytéose, prononcé en ces termes exprès. L'expression tacite de sa volonté sur ce point à l'article 569 c.c. n'en est pas moins manifeste cependant.

310 - Diminuer son droit de propriété de l'accession n'a rien de commun avec la renonciation au bénéfice de l'accession. Dans un cas, le premier, le droit d'accession est tout entier transporté à un tiers qui en profite, dans l'autre cas, le second, le maître s'abstient seulement d'exercer ce droit qui demeure néanmoins en sa main. La distinction a son importance à de nombreux égards, notamment pour ce qui a trait à la précision du vocabulaire juridique et à la différence des principes et

835 W. de M. Marler, op. cit., p. 498; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 101.

et des effets en cause dans chaque situation. Ainsi, il est assez fréquent d'entendre parler de renonciation à l'accession⁸³⁶. En soi, l'expression laisse croire que le propriétaire s'est, dans un geste unilatéral, à jamais départi de son droit d'accession. Or, les mots employés visent uniquement la renonciation au bénéfice de l'accession, le refus de se prévaloir de l'accession pour acquérir la propriété de la chose accessoire. De plus, s'il est bien acquis que l'accession n'est pas d'ordre public et, dès lors, que le jeu de l'accession peut être contrecarré par convention expresse ou tacite à cet effet, ou par la prescription, à preuve les articles 415 et 441b à 442p du Code civil, il est par ailleurs moins bien reconnu que la propriété se peut ébrécher de l'accession⁸³⁷. Enfin, la renonciation au bénéfice de l'accession permet seulement au propriétaire de la chose accessoire de conserver son bien, tandis que la cession du droit d'accession autorise le cessionnaire à faire, par surcroît, sien tout ce qui sortira du ou qui viendra s'adjoindre au principal

836 Exemples de cas où les termes "renonciation au droit d'accession" ont été employés dans le cadre d'une discussion sur la renonciation au profit procuré par le droit d'accession: Planiol, Note D.P. 1892-II-409 sous Paris 8 févr. 1892; R. Saint-Alary, Note D.1955-II-591 sous Civ. 7 mars 1955; A. Montpetit et G. Taillefer, *op. cit.*, pp. 149, 160; J.-G. Cardinal, *Le droit de superficie*, pp. 108, 110, 188; *Delorme v. Cusson*, précité, p. 85; *Van Nienvenhuysse v. The Town of Farnham et al.*, précité, p. 53; *Leclerc et al v. Brantford Oven and Rack Co. Ltd.*, (1932) 8 R.L. n.s. 509, p. 511; *Leboeuf v. Douville*, (1969) B.R. 472, p. 474.

837 G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 289.

par lui détenu; bref, à profiter de l'accession au lieu et place du cédant. Pour éviter le quiproquo et la mésentente, il y a donc intérêt à toujours maintenir présent à l'esprit la distinction précédemment faite.

Etant maintenant assuré non pas que la jouissance emphytéotique recule et diffère le jeu de l'accession ou que l'obligation d'améliorer imposée à l'emphytéote emporte renonciation tacite au bénéfice de l'accession en sa faveur, mais plutôt que l'accession se compte parmi les droits attachés à la qualité de propriétaire dont l'emphytéote a la jouissance pendant la durée de la tenure, il convient de tirer, dans une deuxième section, les conséquences qui découlent de cette réalité.

Section II - L'un des droits attachés à la qualité de propriétaire réserve en superficie à l'emphytéote les améliorations susceptibles d'une propriété distincte du fonds détenu en emphytéose

311 - Une fois investi de la "vis attractiva" matérielle du constituant, l'emphytéote a non seulement droit d'acquérir par accession tout ce que le fonds cédé produira et tout ce que des tiers ou la nature y joindront accessoirement, mais aussi l'avantage de pouvoir retenir de façon autonome la propriété des biens par lui réalisés en exécution ou non de son obligation d'améliorer. Telles sont les conséquences du transfert de l'accession dans le patrimoine de l'emphytéote en application des termes mêmes

de l'article 569 c.c., conséquences tellement plus vastes que celles résultant d'une simple renonciation tacite ou expresse au bénéfice de l'accession où le maître du principal conserve la faculté d'exercer son droit à l'égard de tout autre que le bénéficiaire de cette renonciation laissant place à la propriété de ce dernier sur l'accessoire.

312 - Ces conséquences sont en fait trop étendues pour les considérer toutes attentivement dans le cadre d'un travail dédié d'abord à l'emphytéose, et non au phénomène de l'accession envisagé dans ses moindres détails. Nous nous en tiendrons donc par choix aux questions intéressant les travaux de nature diverse effectués par l'emphytéote sur le fonds qui lui a été cédé pour un temps. Le droit d'emphytéose étant un immeuble par l'objet auquel il s'attache, il n'y aurait d'ailleurs pas eu lieu d'examiner les règles de l'accession relativement aux choses mobilières. Quant à l'acquisition par l'emphytéote des produits de l'immeuble par lui détenu, les dispositions pertinentes du Code en la matière suffisent⁸³⁸ s'il est aussi tenu compte de notre distinction antérieure entre le droit aux produits par accession et le droit aux fruits en vertu du "jus fruendi"⁸³⁹. Enfin, pour les difficultés et les solutions se rapportant à l'obtention

838 Articles 408-411 c.c.

839 Supra, n^{os} 253, 256, 306.

par l'emphytéote de ce que les tiers ou la nature uniraient au fonds sous main d'emphytéote, nous renvoyons encore aux articles concernés du Code⁸⁴⁰ en en demandant application conforme aux précisions et observations faites ci-après dans le domaine choisi de notre étude.

313 - Le secteur restreint réservé à notre analyse, soit celui de la qualité des droits de l'emphytéote sur ses multiples réalisations, ne laisse pas de comprendre des problèmes assez délicats. En effet, le constituant, entièrement démuné de son droit d'accession et non pas uniquement privé du pouvoir d'exercer cette faculté, ne devrait rien acquérir de ce que l'emphytéote va apporter à l'immeuble. Réciproquement, l'emphytéote, doté en exclusivité de cet attribut et non simple privilégié d'une renonciation au jeu de l'accession, ne devrait rien céder au maître de ce qu'il va investir dans l'héritage. En vérité, cette équation juridique n'est pas tout à fait exacte. Elle doit être nuancée parce qu'il nous semble que le profit de l'accession sur l'immeuble d'autrui ne peut empêcher certains des travaux de l'emphytéote de passer au propriétaire, que le profit de l'accession sur l'immeuble d'autrui permet simplement à l'emphytéote de conserver ses investissements susceptibles

840 Articles 414-428 c.c.,

d'une propriété distincte du fonds dans lequel ils ont été faits. Pour plus de sûreté sur ce, observons le sort des réalisations de l'emphytéote en sachant que ce dernier ajoute à l'immeuble reçu par des réparations, petites et grosses, connues, ces dernières, sous le terme d'améliorations nécessaires⁸⁴¹, et par des améliorations généralement dites utiles⁸⁴².

Paragraphe I - Les améliorations nécessaires ne sont pas susceptibles d'un domaine de propriété distinct de celui de l'immeuble détenu en emphytéose

314 - Les améliorations nécessaires sont parties intégrantes de l'héritage transporté en emphytéose dont elles assurent le "statu quo" sous tous rapports. Il est alors impensable que l'emphytéote ait à leur égard plus de droits que sur l'immeuble cédé les comprenant. Ce qui vaut pour les grosses réparations vaut aussi pour les petites. Il n'est donc point requis de traiter expressément de ces dernières.

A - Les améliorations nécessaires prennent simplement la place d'une partie du bien pré-existant cédé en emphytéose

315 - Il n'est guère utile ici, ni même opportun, de reprendre "in toto" notre étude préalable sur la connotation des vocables impense et amélioration de conservation dans le

841 Supra, n^{OS} 190-196.

842 Supra, n^{OS} 190-196.

langage du droit civil québécois⁸⁴³. Nous miserons donc, pour le bon sens des propos ci-après tenus, sur la connaissance déjà acquise en ce domaine.

316 - Les améliorations nécessaires, entreprises à titre préventif ou réparatoire, ont pour seule fonction d'empêcher la disparition d'une chose en assurant soit le maintien de son état et de sa valeur actuelle, soit la restitution de cet état et de cette valeur. La dépense exposée dans ce but, qu'elle se limite à une contribution de main-d'oeuvre ou qu'elle inclue aussi l'addition de matériaux, vient se perdre dans le bien préexistant pour en garantir la survie et l'intégrité⁸⁴⁴. En l'espèce, il n'y a dès lors jamais création d'un bien nouveau, ni même, au sens strict, transformation de l'ancien bien. Au contraire, nous sommes toujours et simplement en présence de la même et unique chose, sauvée de perte aux plans physique et économique. Les améliorations nécessaires n'ont fait qu'éviter un moins-bien, une moins-value. Ces constatations, qui nous paraissent indéniables, doivent être maintenant transposées en matière d'emphytéose pour illustration.

843 Supra, n^{os} 185-200.

844 P. Levie, op. cit., p. 60; M.-C. Fayard, op. cit., pp. 12-13, 17-21; P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 479-480, 494-495; W. de M. Marler, op. cit., p. 38; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 152.

317 - L'emphytéote reçoit en début de jouissance du propriétaire un bien spécifique et déterminé, un immeuble pour être plus exact, consistant soit, le plus souvent, en un fonds nu, soit, le moins souvent, en un fonds partiellement ou totalement construit. Le besoin se faisant un jour sentir de préserver cet immeuble, l'emphytéote a le devoir, clairement exprimé à l'article 577 c.c., de procéder aux travaux qui s'imposent. Si le fonds cédé est nu, le risque de perte est inexistant⁸⁴⁵. Il n'y aura donc jamais lieu en l'occurrence d'effectuer des améliorations nécessaires. Si l'héritage transporté est par ailleurs construit en partie ou en totalité, il faut distinguer selon la nature de l'investissement de l'emphytéote.

318 - Quand la situation n'exige que le labour de ce dernier ou d'un tiers engagé, comme pour la coupe d'arbres mal-en-point menaçant d'effondrement un bâtiment situé à proximité ou la reconstruction entière d'un toit à partir de ses éléments originaux gisant sur le sol après un ouragan, l'immeuble ne subit vraiment aucune modification. Certaines de ses parties ont été seulement déplacées ou replacées, selon le besoin du moment. L'héritage demeure aussi inchangé lorsque la circonstance requiert, outre l'intervention humaine, l'incorporation

845 Supra, n° 129.

de nouveaux matériaux fournis par l'emphytéote, par exemple des briques, des pierres, du mortier ou du bois pour la réfection des murs de soutènement, des clôtures ou des digues. Les matériaux apportés sont tout bonnement substitués, subrogés aux anciens⁸⁴⁶. Ils prennent la place de ces derniers au sein d'un ensemble préexistant qui les absorbe pour perdurer. Ceci étant, examinons sans plus tarder les droits de l'emphytéote en rapport avec ces améliorations nécessaires.

B - L'emphytéote exerce sur ces améliorations les mêmes pouvoirs que lors de l'ouverture de son droit

319 - Le fonds nu sujet à emphytéose n'étant point apte à disparition, il serait oiseux d'entreprendre une quelconque discussion sur ce terrain. Quant à l'hypothèse du seul apport de main-d'oeuvre sur l'héritage construit nécessitant grosses réparations, il serait difficile d'y voir autre chose qu'un déboursé de nature capitale non remboursable mis à la charge de l'emphytéote par l'article 577 c.c.⁸⁴⁷. Cette situation est d'ailleurs hors-cadre de la problématique du profit de l'accession sur l'immeuble d'autrui, puisque rien n'a été annexé au bien détenu⁸⁴⁸. En conséquence, il ne reste effectivement à

846 M.-C. Fayard, op. cit., p. 121. Il ne peut en être autrement car la dépense est ici, conformément au but poursuivi par la subrogation réelle, affectée à la conservation et au maintien de la valeur d'un bien; donc: "subrogatum capit naturam subrogati".

847 Supra, n^{os} 273-274.

848 En la matière, le Code suppose et exige un lien matériel unissant deux choses corporelles.

comprendre et expliquer que le cas où l'emphytéote fait une contribution personnelle de matériaux.

320 - La seule question à élucider ici est celle de savoir si l'emphytéote, fort du droit d'accession du maître, fort d'un attribut du domaine ne devant normalement pas jouer contre lui, conserve ou non la propriété des biens qu'il intègre physiquement au fonds reçu en emphytéose. A notre avis, la réponse à cette question ne saurait faire de doute. Il les perd au bénéfice du constituant. En effet, les divers matériaux apportés sont aux lieu et place d'anciens composant un bien sur lequel l'emphytéote n'a été gratifié de et n'aura qu'un droit d'emphytéose pour la durée de jouissance convenue. De meubles qu'ils étaient, ces matériaux forment désormais, avec les autres éléments s'y trouvant déjà, un immeuble par nature. A compter de leur incorporation, les choses ajoutées en remplacement par l'emphytéote font corps avec un bien déterminé du maître dont le statut juridique est unitaire⁸⁴⁹. Reconnaître que l'emphytéote retient la propriété des objets contribués serait au demeurant accepter l'inadmissible, savoir: l'existence de deux propriétés distinctes, l'une réelle immobilière revenant au

849 P. Levie, op. cit., pp. 17-18; M.-C. Fayard, op. cit., pp. 124, 140-143; G. Goubeaux, op. cit., pp. 337 et ss.; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 137.

maître sur l'héritage, l'autre réelle mobilière revenant à l'emphytéote sur certains matériaux localisés y inclus. En vérité, cela ne se peut. Il suit donc que l'emphytéote n'a pas davantage de pouvoirs sur l'amélioration nécessaire dont la dépense a pour objet une chose matérielle qu'il n'en avait à l'origine sur la chose représentée par cette dernière; c'est-à-dire un droit d'emphytéose.

321 - Nous ne nions pas que l'emphytéote subit en l'espèce, à l'instar de ce qui se produit et semble être réglementé par le deuxième alinéa de l'article 417 c.c. pour le tiers possesseur, une perte de propriété au profit du constituant. Nous sommes toutefois loin d'être certain que cette disposition particulière mette en cause le droit d'accession. En effet, il est de doctrine et de jurisprudence constante en France que l'article du Code napoléonien correspondant au nôtre sur ce, soit l'article 555 C.N., ne concerne aucunement les améliorations ne représentant pas des choses nouvelles, distinctes et séparables susceptibles d'accession au bénéfice du maître de l'immeuble⁸⁵⁰. Il y a, il est vrai, de légères différences dans la formulation des deux textes,

850 Sur ce point précis, voir: M. Planiol, op. cit., t. I, pp. 882-883; Aubry et Rau, op. cit., t. II, pp. 358-359; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 148-149; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 247; A. Weill, Les biens, p. 64; M.-C. Fayard, op. cit., p. 121; Civ. 1ère, 18 juin 1970, D. 1970-I-561; Civ. 28 mars 1939, D.C. 1942-J-119.

notamment l'absence du mot amélioration à l'article 555 c.n. Malgré cela, nous tenons cette opinion pour être assez juste sur la question⁸⁵¹. Aussi, aurions-nous tendance à y voir, si le loisir nous était donné de l'étudier plus à fond dans le cadre d'un autre travail, non point un cas d'application du droit d'accession, mais bien un cas d'accroissement artificiel, un peu semblable quoique non identique à l'alluvion, devant être considérée comme phénomène d'accroissement naturel plutôt que comme un exemple d'accession naturelle immobilière⁸⁵².

322 - Partant, nous disons en conclusion de nos propos que l'emphytéote a, sur les améliorations nécessaires réalisées à partir de ses propres matériaux, les mêmes prérogatives qu'il détenait antérieurement sur les parties de l'immeuble ayant exigé grosses réparations. Il n'aura pareillement, et pour les mêmes raisons, qu'un droit d'emphytéose sur les améliorations nécessaires faites par le tiers possesseur. En vertu de la portée des articles 569, 576 et 577 c.c., l'obligation d'indemniser ce dernier incombera toutefois à l'emphytéote, et non au constituant, s'il y a conflit et réclamation avant la fin de la jouissance emphytéotique.

851 Surtout s'il est tenu compte de l'arrêt Delorme v. Cusson (précité, p. 80) décidant que les améliorations prévues à l'article 417 c.c. se rapportaient aux constructions et ouvrages mentionnés à l'article 416 c.c.

852 G. Goubeaux, op. cit., pp. 327-331.

Ce que nous venons de constater ici ne peut cependant pas s'étendre en entier, selon nous, aux autres améliorations nées des investissements de l'emphytéote.

Paragraphe II - Certaines réalisations emphytéotiques sont susceptibles d'un domaine de propriété distinct de celui de l'immeuble détenu en emphytéose

323 - En exécution même de l'obligation légale caractérisant si bien l'institution concernée, l'emphytéote doit d'abord et surtout procéder à des travaux d'amélioration habituellement qualifiés d'utiles en d'autres occasions. Ces travaux sont, par opposition aux impenses de conservation et comme nous le savons déjà, représentés par des constructions, plantations et autres ouvrages durables de toute espèce qui font apport de nouveauté sur l'immeuble reçu et en augmentent le prix sans toutefois toujours s'y perdre complètement⁸⁵³. Toutes les améliorations de cette sorte peuvent en effet se distinguer, conformément à la dernière précision fournie, selon leur degré d'intégration au fonds transporté en emphytéose. Certaines d'entre elles, que nous dénommerons culturelles, sont intimement mêlées à l'héritage. D'autres, telles les plantations et constructions, gardent une indépendance certaine

853 Supra, n^{os} 189-200.

nonobstant leur incorporation à l'immeuble cédé. Les deux sous-groupes ne sont pas soumis, allons-nous tenter de la démontrer, au même régime juridique.

A - Les améliorations culturelles se perdent dans le fonds détenu en emphytéose

324 - Les améliorations culturelles ne constituent pas, à proprement parler, des additions physiques à l'héritage occupé par l'emphytéote. L'absence d'accessoire empêche de ce fait le déclenchement du mécanisme de l'accession. L'emphytéote profite donc tout au plus de la valeur accrue procurée au fonds par cette sorte d'améliorations.

a) Ces améliorations sont indissociables du fonds détenu en emphytéose

325 - Les dépenses exposées aux fins d'améliorations culturelles ne conduisent pas à la création de nouveaux biens sur l'immeuble confié à l'emphytéote. En cela, elles ressemblent beaucoup aux améliorations nécessaires et plus particulièrement à celles où l'investissement n'a pas pour objet une chose matérielle. Les améliorations culturelles ne se limitent cependant pas au simple maintien d'état et de prix à titre préventif ou réparatoire. Elles visent au contraire à la transformation physique et à l'augmentation de valeur du fonds. Tels sont les travaux de drainage, de défrichage, de nivellement, d'assèchement, d'amendement et autres semblables qui peuvent

s'accompagner ou non d'un changement de destination de l'héritage.

326 - Les ouvrages de cette nature, qui n'excluent pas en certaines circonstances des additions de quantité négligeable de la part de l'emphytéote, comme des pierres ou des planches en bordure des talus ou des canaux d'irrigation ou des greffes aux arbres fruitiers déjà en place, se révèlent d'emblée par l'importance de leur forme, voire de leur coût. Faciles à repérer et à identifier individuellement, les améliorations culturales de l'emphytéote demeurent néanmoins étroitement liées et associées au fonds. Il est en fait impossible, tellement la fusion est manifeste et parfois complète, de les considérer comme des entités nouvelles, distinctes et séparables de l'héritage. Elles ne peuvent même jamais, étant à ce point rattachées et mêlées à l'immeuble dont elles ne constituent et ne représentent qu'une modification, être nettement dissociées d'icelui⁸⁵⁴. Les améliorations culturales n'ayant au demeurant aucune disposition naturelle à survivre seules, toute tentative en ce sens aboutirait à leur destruction. Les conséquences de cet état de fait sur les droits de l'emphytéote dans ces améliorations nous paraissent dès lors assez évidentes.

854 M.-C. Fayard, op. cit., pp. 12-13; G. Goubeaux, op. cit., p. 267.

b) L'emphytéote profite uniquement de la plus-value donnée au fonds par ces améliorations

327 - Il est indéniable que les améliorations culturelles font, contrairement aux améliorations nécessaires, apport de nouveauté sur le fonds détenu en emphytéose et en augmentent sensiblement l'utilité, le rendement, partant le prix. Il n'est pas moins certain toutefois que l'immeuble touché a, malgré de faibles et occasionnels ajouts, simplement été transformé. L'héritage a certes souvent changé d'aspect suite aux investissements de l'emphytéote, mais ces investissements particuliers n'ont pas, dans les améliorations culturelles qui en sont le produit, donné naissance à des oeuvres susceptibles d'un domaine de propriété différent de celui du maître sur le bien les contenant. En un mot, les améliorations culturelles effectuées par l'emphytéote ne sont point des accessoires de l'immeuble reçu en emphytéose. Elles en sont uniquement les parties pré-existantes réaménagées dans un ordre nouveau répondant aux besoins de jouissance de l'emphytéote.

328 - A défaut d'accessoires corporels distincts nouvellement unis au fonds du constituant par l'emphytéote, il suit de façon patente que ce dernier ne peut invoquer le profit de l'accession en vertu de l'article 569 c.c. pour retenir la propriété des améliorations culturelles réalisées. Il n'y a jamais eu conflit de propriétés en l'espèce et ces améliorations

ne sont même pas des objets suffisamment déterminés pour donner emprise à une propriété séparée⁸⁵⁵. Qui plus est, toute idée de copropriété sur les améliorations culturelles, donc sur des parties composantes de l'immeuble cédé en emphytéose, est inacceptable à moins de reconnaître que le droit délimité de l'emphytéote sur l'héritage peut se transformer par endroit en copropriété, à moins de contredire toute la partie première du présent document.

329 - La règle de l'accession étant en l'occurrence hors-cause et l'hypothèse d'une copropriété étant écartée, il faut naturellement se ranger au simple maintien et exercice du droit d'emphytéose par son titulaire sur les améliorations culturelles qu'il aurait lui-même faites. La situation connaît pareil dénouement si les améliorations culturelles sont effectuées par un tiers possesseur. Reprenant et retrouvant la possession de l'immeuble, l'emphytéote devra cependant, en vertu des articles 569 et 576 c.c., liquider avec ce tiers la question des indemnités conformément aux dispositions de l'article 417 du Code civil. Les débours de l'emphytéote, si débours il y a,

855 Comme tous les droits réels, le droit de propriété pré-suppose nécessairement que la chose sur laquelle il porte soit individualisée.

lui seront occasionnellement remboursés par le propriétaire en fin d'emphytéose comme nous le préciserons plus loin⁸⁵⁶. Il va de soi aussi que l'emphytéote bénéficie de la valeur ajoutée au fonds par les améliorations culturelles. Une valeur ajoutée qui augmente les services rendus par l'héritage et le prix que l'emphytéote peut espérer tirer de la cession de son droit sur cet héritage. La chose n'est donc point sans intérêt pour l'emphytéote, mais beaucoup moins que sur les améliorations conservant toute leur personnalité et individualité.

B - Les constructions et plantations réalisées par l'emphytéote sont des améliorations au fonds détenu en emphytéose qui ne perdent pas leur identité

330 - La portée logique de la règle énoncée à l'article 569 c.c. n'a vraiment été jusqu'à présent d'aucune utilité à l'emphytéote. La raison en est au demeurant fort simple. Le résultat de la dépense exposée par l'emphytéote ou un tiers ne les a encore jamais placés directement dans le cadre d'application du phénomène de l'accession. Mais voilà cette fois qu'ils vont y pénétrer sans détours, ni réserves. Leur activité créatrice va maintenant donner lieu à des immeubles par nature qui ne se trouvaient pas sur l'héritage du constituant

856 Infra, n^{os} 382 et ss.

au moment de l'ouverture du droit d'emphytéose. En vertu des articles 408, 414 et 583 c.c., le maître du fonds se verrait normalement attribuer la propriété de ces nouveaux immeubles par nature, composés essentiellement de constructions et de plantations. La "vis attractiva" matérielle n'étant toutefois plus aux mains du tréfoncier, c'est le bénéficiaire désigné de cet attribut pour un temps, savoir l'emphytéote, qui profitera dans ce cas-ci des effets de l'accession afin de conserver la propriété superficière de ses propres améliorations de cette nature et d'acquérir pareille propriété sur semblables améliorations faites par des tiers.

D'abord et avant tout préoccupé par les réalisations de l'emphytéote, nous n'accorderons ci-après que peu d'attention au sort des immeubles issus de la contribution des tiers.

a) Ces améliorations restent dissociables du fonds détenu en emphytéose dans lequel elles sont incorporées

331 - Pressentant que l'opération entreprise par l'emphytéote en exécution de son obligation d'améliorer se solderait le plus souvent par une ou plusieurs constructions, les rédacteurs de nos lois utilisèrent précisément ce mot et celui de "bâtiment" à l'article 581 c.c. Ces messieurs avaient vu juste, car les arrêts rapportés en la matière depuis lors révèlent que l'emphytéote devait s'acquitter et s'est habituellement acquitté de sa responsabilité première par différents

travaux de construction impliquant l'usage de matériaux divers⁸⁵⁷. Telle étant la pratique courante dans le fait et compte tenu de ce que le terme générique de "construction" usité à la disposition précitée n'exclut pas la possibilité de plantations ou celle précédemment considérée d'impenses culturelles⁸⁵⁸, essayons ici de découvrir ce que représentent en réalité les constructions et les plantations de l'emphytéote sur l'immeuble du constituant.

332 - Les constructions et plantations, ces produits de l'investissement dirigé de l'emphytéote, ne sont autre chose que des immeubles par nature; des immeubles par nature au même titre que le fonds de terre les supportant ou les comprenant et auquel elles s'opposent tout en conservant leur qualité pour tout le temps où l'adhérence au sol dure. Le sol n'est en effet pas le seul bien à mériter la qualification d'immeuble par nature. Il est prévu aux articles 376 à 378 c.c. que les constructions et les plantations y ont aussi droit. Pour justifier et conserver cette appellation juridique, il sied uniquement qu'elles soient et qu'elles demeurent incorporées

857 Supra, n^o 198.

858 Supra, n^{os} 194, 198.

au fonds communicateur de sa nature⁸⁵⁹. S'il y a lieu, le tribunal appréciera souverainement le type et le degré d'intégration de ces biens pour refuser ou reconnaître leur caractère immobilier, mais il n'importe en aucun cas que l'emphytéote, et non le tréfoncier-constituant, soit l'auteur de ces constructions et plantations⁸⁶⁰.

333 - La construction ne se limite guère au bâtiment. Ce dernier terme, employé à l'article 376 c.c., a d'ailleurs été jugé beaucoup trop restrictif par notre jurisprudence qui lui a finalement substitué, à l'interprétation, celui de construction justement⁸⁶¹. Le vocable désigne toute structure, installation, oeuvre composite fixée sur ou sous la face du sol et dont la fonction première est d'être normalement immobile. Ainsi, l'expression ne comprend pas que les bâtiments de tout genre, mais aussi les digues, puits, caveaux, ponts, systèmes

859 "Le sol communique sa nature juridique aux biens qui lui doivent leur existence comme à ceux qui sont affectés à son service". G. Goubeaux, op. cit., pp. 349-349.

860 Chalout v. Bégin, (1895) 5 Q.L.R. 119, p. 121; Bélair v. La Ville de Ste-Rose (1922) 63 R.C.S. 526, p. 531; The Lower St-Lawrence Power Company v. L'Immeuble Landry Limitée, (1926) R.C.S. 655, pp. 665, 668; P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 400-401; W. de M. Marler, op. cit., p. 2; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 24; J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, op. cit., p. 159; Jean Pelletier, Les immeubles par nature et par destination, (1957-58) 3 C. de D. 15, p. 19.

861 Bélair v. La Ville de Ste-Rose, précité, p. 530; The Lower St-Lawrence Power Company v. L'Immeuble Landry Limitée, précité, p. 665; Montreal Light, Heat and Power Consolidated v. The City of Westmount, [1926] R.C.S. 515, p. 520.

d'aqueduc, réseaux de distribution d'électricité ou de gaz, etc., etc.⁸⁶². Quant au mot plantation, il faut éviter, selon nous, de l'étendre à tous les végétaux adhérant au fonds du propriétaire du fait de l'emphytéote. Il doit s'agir, comme pour les constructions, de plantations durables qui font apport de nouveauté et de valeur. Il doit s'agir de végétaux qui peuvent être définis tant comme immeubles par nature, que comme améliorations non nécessaires à demeure susceptibles de remise profitable au constituant en fin d'emphytéose.

334 - Les améliorations prenant corps et forme de constructions ou de plantations ne sont toutefois pas que des immeubles par nature. Il convient aussi d'observer que ces améliorations sont des immeubles par nature inconnus du fonds au moment de sa cession en emphytéose, des immeubles par nature qui, malgré leur adjonction matérielle au sol, ne se confondent pas avec lui. Engagées dans l'immeuble appartenant au maître, les constructions et plantations de l'emphytéote n'y perdent pas pour autant leur substance et leur individualité. Le seul fait de leur incorporation n'empêche pas de distinguer clairement

862 Bélair v. La Ville de Ste-Rose, précité, p. 530; The Lower St-Lawrence Power Company v. L'Immeuble Landry Limitée, précité, pp. 665-666, 668-670; Montreal Light, Heat and Power Consolidated v. The City of Westmount, précité, pp. 520-521; Garant v. Gagnon, (1900) 17 C.S. 145, pp. 152-153; Duriez v. Corporation d'Aqueduc Laval, Terrebonne et l'Assomption, (1929) 67 C.S. 441, pp. 444-445, 450; Bilodeau v. Dufour et al., [1952] 2 R.C.S. 264, p. 272; W. de M. Marler, op. cit., p. 2; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 26; J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, p. 159; J. Pelletier, op. cit., pp. 21-22.

deux ensembles immobiliers: l'un, le fonds, objet déterminé du droit d'emphytéose; l'autre, la plantation ou la construction, objet concret nouveau et distinct par rapport au fonds originellement livré en emphytéose. Il est en effet facile de constater qu'il n'y a pas, au parachèvement des réalisations de l'emphytéote et contrairement à la vue trop courte et trop abstraite des choses de l'illustre Demolombe, qu'un seul et unique objet: "Le sol, tel quel, bâti ou planté désormais"⁸⁶³. Bref, les nouvelles plantations et constructions ne sont point, comme le prétendait encore ce savant juriste, que des qualités du sol les supportant ou les comprenant⁸⁶⁴. Ces améliorations sont physiquement et juridiquement dissociables du fonds détenu en emphytéose; physiquement parce que ces biens peuvent en être séparés, disjoints sans lui porter atteinte, juridiquement parce que ces biens individualisés peuvent être objet d'un domaine de propriété différent de celui du constituant sur le sol.

335 - Nous ne nions pas ici que les constructions et plantations effectuées par l'emphytéote ont besoin du service fourni

863 Demolombe, op. cit., t. IX, n° 574. Comme l'ont souligné H. Aberkane (op. cit., p. 211) et G. Goubeaux (op. cit., p. 267), l'idée de Demolombe est exacte uniquement dans le cas des améliorations nécessaires et dans celui des meubles qui, venant s'incorporer à l'immeuble pour le compléter, peuvent être considérés comme parties indispensables d'icelui.

864 Demolombe, op. cit., t. IX, nos 572-575. Dans le même sens, et avec le même vocabulaire: P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 479-480; W. de M. Marler, op. cit., pp. 37-38.

par l'héritage du propriétaire. Nous soutenons simplement que le fonds de ce dernier n'est pas le seul à pouvoir offrir ce service. Nous ne contestons pas davantage la perte d'individualité juridique de ces plantations et constructions lorsque, subissant le jeu de l'accession, elles sont attribuées au maître du sol⁸⁶⁵. Nous affirmons seulement que rien ne s'oppose à la juxtaposition de deux domaines de propriété distincts quand les règles normales de ce jeu ont été modifiées. Or, ces règles ont été profondément modifiées en matière d'emphytéose. La conséquence de cette modification donne pour un temps à l'emphytéote la propriété superficielle des constructions et plantations faites par lui ou un tiers.

b) L'emphytéote a la propriété superficielle de ces améliorations pendant la durée de son droit

336 - Une fois établi, dans un premier temps, que les constructions et plantations réalisées par l'emphytéote forment de nouveaux immeubles par nature distincts du fonds de terre primitivement cédé en emphytéose, il échet, dans un deuxième

⁸⁶⁵ Nombreux sont les auteurs québécois qui, influencés par le système de Demolombe, omettent de distinguer entre la perte d'individualité juridique et la perte d'individualité physique: P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 479-480, 494-495; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 137; W. de M. Marler, op. cit., p. 38; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 152. Or, la propriété superficielle n'existerait jamais si l'incorporation emportait toujours perte d'individualité physique. Sur la question, voir: M.-C. Fayard, op. cit., pp. 12-13, 131-144; G. Goubeaux, op. cit., pp. 28-33, 42-46, 265-272.

temps, de tenir compte de l'incidence rattachée au fait de la situation de ces améliorations particulières sur la propriété d'autrui.

337 - Situées non seulement sur l'immeuble du constituant, mais y incorporées et unies dans un rapport d'accessoire à principal suivant une tradition consacrée au Code où le sol est toujours envisagé comme élément principal nonobstant le volume et le prix de l'accessoire⁸⁶⁶, les impenses sus-mentionnées de l'emphytéote devraient logiquement se trouver d'ores et déjà dans le patrimoine du maître en vertu du jeu automatique et immédiat de l'accession⁸⁶⁷. Tel est bien en effet le sort habituellement réservé aux accessoires qui se joignent au bien immobilier d'autrui; ils doivent suivre le principal.

866 La vocation du sol à jouer le rôle de principal n'est point liée à un quelconque critère de suprématie économique solidement ancré dans les moeurs d'une époque révolue. La terre mérite d'être toujours qualifiée de principal parce qu'elle sert de support indispensable aux constructions et plantations qu'elle porte. Sur le sujet, il y a lieu de lire avec attention les propos éclairés de G. Goubeaux (op. cit., pp. 30-32, 49-52, 271, 306-311).

867 Il est généralement admis en droit québécois que l'accession a lieu du seul fait de la construction ou plantation, c'est-à-dire de l'incorporation. Partant, le sentiment est à l'effet que, dans son principe, l'accession provoque une mutation légale, instantanée et définitive de propriété au profit du maître de la chose principale. S'il est manifeste que les tribunaux du pays partagent l'opinion clairement énoncée sur ce point par la doctrine, rares toutefois sont les décisions qui, appliquant la règle, l'expriment en termes exprès. Ces arrêts seront précédés d'un astérisque. P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 494-495; W. de M. Marler, op. cit., p. 38; F. Langelier, op. cit., t. II, p. 148; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 130, 152-156; L. Baudouin, op. cit., pp. 378-379; Canadian Import Company v. Simard et al., [1958] C.S. 345, pp. 349, 352-354; *Dulac v. Nadeau, [1953]

Ce résultat n'a toutefois rien d'impératif et d'inéluctable puisque l'accession n'est guère l'expression d'un simple phénomène naturel d'absorption d'une chose par une autre lors de leur réunion. Manifestation concrète d'une des puissances vives de la propriété, soumise, comme toutes les autres, à l'autorité du titulaire de ce droit, la règle de l'accession peut être écartée et ses effets différés⁸⁶⁸. Volonté du propriétaire ou du législateur aidant, ce pouvoir d'attirer "ipso jure" la propriété des accessoires peut même être accordée parfois à celui qui jouit simplement du principal. Dans les deux cas, renonciation au bénéfice de l'accession ou distraction de cet attribut, l'opération laisse toujours place à une propriété qui se serait autrement éteinte au fonctionnement du mécanisme inhérent au droit de la propriété des choses principales, à une forme de propriété qui naît et survit seulement dans les situations où les règles courantes de l'accession artificielle immobilière ont été remaniées d'une façon quelconque⁸⁶⁹. Bref, l'un et l'autre procédé donnent ouverture à la propriété superficière. Or, l'existence de pareille modalité de la propriété sur les constructions et plantations de l'emphytéote est en l'occurrence

1 R.C.S. 164, pp. 182-191, 198-203; Horn Elevator Limited v. Domaine d'Iberville Limitée, [1972] C.A. 403, pp. 407-408; *Lachapelle v. Nolet, [1946] C.S. 43, p. 45; La Cité de Hull v. National Fire Insurance Co. of Hartford, (1966) B.R. 483, pp. 484-486; Nadeau v. Rousseau, (1928) 44 B.R. 545, pp. 548-549; Naud et al. v. Lambert, précité, pp. 407-409; Parent et al v. Gauthier et al, précité, pp. 62-64; Plamondon v. Lefebvre, (1877) 3 Q.L.R. 288, p. 288.

868 Supra, n^o 310.

869 J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, p. 107; G. Goubeaux, op. cit., p. 289.

indéniable parce que le constituant s'est provisoirement départi du droit qui lui aurait permis en temps ordinaire d'acquiescer ces améliorations. En matière d'emphytéose, le jeu de l'accession a non seulement été modifié de manière à ne point fonctionner contre l'emphytéote, mais aussi de telle sorte qu'il opère entièrement à son profit pendant la durée de la tenure. Il n'y a donc aucune raison pour que les constructions et plantations réalisées sur le fonds détenu en emphytéose passent dès leur apparition, dans le patrimoine du constituant. Il n'y a partant aucun obstacle empêchant l'emphytéote d'être le propriétaire superficiaire de toutes les améliorations de ce genre effectuées par lui-même ou un tiers. Telle est la conséquence naturelle et ultime de la portée logique de la règle clairement énoncée à l'article 569 c.c.

338 - Le droit de superficie a son histoire, fort ancienne d'ailleurs, et ses règles, au demeurant complexes dans certaines variétés de la modalité concernée; histoire et règles que J.-G. Cardinal a bien su retracer et élaborer dans un ouvrage spécialisé sur le sujet⁸⁷⁰. Nous référons donc d'emblée à cette excellente monographie pour les détails d'usage, sans pour autant partager toutes les vues et propos du docte juriste

870 J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, Montréal, Wilson et Lafleur Limitée, 1957.

à qui il faut savoir gré d'une aussi importante contribution au droit civil québécois. L'essentiel aux présentes consiste à se souvenir, d'une part, que la propriété superficière est celle des immeubles par nature sis sur ou sous la face du sol qui appartient, quant à lui, à quelqu'un d'autre et, d'autre part, que le propre de cette modalité réside uniquement dans la situation et particularité de l'objet du droit visé, dans le fait d'une superposition de propriétés distinctes, superficière et tréfoncière, résultant d'une séparation juridique du fonds et des superficies ne constituant point copropriété ordinaire ou forcée. Hormis cette particularité tenant à la situation de l'objet du droit et en faisant dès lors une modalité de la propriété, le droit de superficie demeure une propriété pleine et entière avec toutes les conséquences y rattachées et en découlant.

339 - Les trouvailles d'aujourd'hui ne sont souvent que les réalités oubliées d'hier. Ainsi en est-il de notre proposition à l'effet que l'emphytéose s'accompagne d'un droit de superficie sur certaines améliorations. Voilà maintenant près d'un millénaire et demi que cette solution est ouvertement reconnue dans un document marqué du sceau de l'empereur Justinien. A la Loi III du code "de emphyteutico iure"⁸⁷¹, loi

871 C.J. IV,66,3.

qui, avec les deux précédentes, a largement servi de base à la structure du régime de la tenure emphytéotique en notre pays sans que les droits de prélation et de mutation donnant renommée au texte aient été retenus par les codificateurs, on peut lire et percevoir sans peine la différence établie entre les pouvoirs de l'emphytéote sur le fonds et sur les améliorations. Effectivement, l'auteur de la constitution de l'an 530 A.D. prend toujours la précaution de distinguer les améliorations de l'emphytéose, d'opposer la vente des améliorations au transfert du droit d'emphytéose. Les termes choisis par ce prince byzantin sont sans équivoque possible: "Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, que Graeco vocabulo emponemata dicuntur, alienare vel ius emphuteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc easu aliquas pactiones habeat, eas observari: sin autem nullo modo huiusmodi pactio posita est vel forte instrumentum emphyteuseos perditum est, minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphuteuticum transferre"⁸⁷². En un mot, il était déjà acquis à l'époque de Justinien que l'emphytéote avait la propriété des améliorations effectuées sur l'héritage d'autrui, que le "jus in re aliena" de l'emphytéote lui permettait

872 C.J. IV,66,3.

d'obtenir la "plena proprietas" de ses réalisations; réalisations susceptibles de disposition autrement que par la cession simultanée du droit d'emphytéose sur le fonds. Tel est du reste l'avis partagé par des auteurs avertis comme Werner Kamps⁸⁷³ et Ernst Levy⁸⁷⁴. Nous sommes même porté à croire que la chose en était ainsi depuis la "Lex Manciana" reconduite par la "Lex Hadriana". L'étendue des prérogatives conférées au "mancianus cultor" moyennant, d'après ces deux lois et conformément à l'étymologie du terme emphytéose, implantation de vignes et d'oliviers et la façon très particulière de décrire la "res vendita" dans les contrats d'"emptio-venditio" des tablettes Albertini portant sur des "particellas agrorum ex culturis mancianis", nous confirment dans ce sentiment⁸⁷⁵.

340 - Conforme au droit romain, la reconnaissance d'une propriété superficielle sur les plantations et constructions de l'emphytéote est aussi une solution qui s'accorde avec le droit moderne de pays comme la France et la Belgique. Au royaume des Flamands et des Wallons, l'article 3 de la loi organique du 10 janvier 1824⁸⁷⁶ stipule que "l'emphytéote

873 W. Kamps, op. cit., pp. 111, 116, 121.

874 E. Levy, op. cit., pp. 79-80.

875 Supra, n^{os} 150-152.

876 Journ. off., XIX, n^o 14.

exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds". Cette disposition est interprétée comme accordant le bénéfice de l'accession à l'emphytéote⁸⁷⁷; interprétation corroborée par le texte des articles 7 et 8 de la même loi où il appert que ce dernier, non astreint de droit à améliorer⁸⁷⁸, devient propriétaire de ses réalisations. En terre de France, où l'emphytéote n'est pas davantage légalement contraint de faire des améliorations⁸⁷⁹, l'article 946 du Code rural énonce clairement que ce dernier "profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose"; rien d'étonnant dès lors de constater en cette république l'existence d'une doctrine et jurisprudence constante voulant que la faculté de l'emphytéote sur les plantations et constructions effectuées s'analyse en une propriété superficielle⁸⁸⁰. Toujours en ce pays, il en est de même sur

877 H. De Page, op. cit., t. VI, pp. 606, 613; René Dekkers, Précis de droit civil belge, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1954, t. I, pp. 803, 805.

878 L'article 5(3) de la Loi du 10 janvier 1824 stipule que l'emphytéose "peut améliorer l'héritage", et non pas qu'il doit l'améliorer.

879 Supra, note 183.

880 Req. 22 juin 1885, D.P. 1886-I- 268; Civ. 23 nov. 1954, Bull. civ. 1954-I- 279; Civ. 3e 12 mars 1970, D. 1970, 562; Civ. 3e 16 avril 1970, A.J.P.I. 1970, 961; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 151, 192; J.P. Delmas-Saint-Hilaire, op. cit., p. 429; A. Weill, Les biens, pp. 560, 563, 575; M.-C. Fayard, op. cit., pp. 161-162.

cet article avec le bail à construction institué par la loi numéro 64-1247 du 16 décembre 1964⁸⁸¹, complétée par le décret numéro 64-1323 en date du 24 décembre suivant⁸⁸². Mieux qu'une modeste variante de l'emphytéose française ou une simple transposition en matière urbaine d'une formule principalement usitée en milieu rural et désormais agrémentée pour la ville d'incitations fiscales, le bail à construction est, parce que l'obligation d'édifier des constructions participe cette fois de l'essence du contrat⁸⁸³, un modèle de jouissance emphytéotique dans le plus pur style de la tenure de ce nom en droits romain et québécois. Hormis ce trait essentiel et abstraction faite des points techniques, les articles 2 et 3 de ladite loi du 16 décembre 1964 démontrent que les pouvoirs du preneur à bail sur le fonds et sur les constructions sont, tant par leur importance et dimension que par la différenciation selon l'objet concerné, on ne peut plus identiques à ceux de l'emphytéote sur le sol et les améliorations d'après les articles 937, 945 et 946 du Code rural. Ils ont, de part et d'autre, à la fois un droit réel immobilier sur l'héritage reçu et un droit de superficie

881 J.C.P. 1964, III, 30637.

882 J.C.P. 1964, III, 30664.

883 Article 1 de la Loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964.

sur les additions susceptibles d'un domaine de propriété extrinsèque de celle de l'immeuble primitivement cédé⁸⁸⁴.

341 - Ouvertement admise en droit romain et solennellement consacrée dans la législation belge et française, il est pour le moins étrange que l'idée d'une propriété superficière de l'emphytéote sur le produit de ses dépenses n'ait point déjà fait son chemin au Québec grâce à la diffusion des textes du code "de emphyteutico iure" et à l'exemple donné par l'étranger. Il faut toutefois comprendre que l'emphytéose était, il y a peu de temps encore, pratiquement exclue de la vie urbaine⁸⁸⁵ et, partant, que l'institution ne suscitait guère l'attention et l'intérêt de nos rares juristes. De plus, les codificateurs semblaient avoir si bien fait les choses. La définition de l'article 567 c.c. procurait en la matière une douce assurance du savoir que renforçait volontiers le détail des dispositions complémentaires. Enfin, comment ne pas tenir compte en l'espèce du frein à l'évolution représenté par l'absence de recherches approfondies sur la notion d'accession dans notre droit. Que le régime juridique unique sur le fonds et les améliorations persiste à avoir cours chez nous n'est peut-être donc pas si

884 Sur le bail à construction, voir: Bernard Boussageon, Vers un nouveau mode d'accession provisoire à la propriété: "Le bail à construction", A.J.P.I. 1964 - 1 - 27; Dominique Musso, Bail à construction et opérations d'urbanisation, A.J.P.I. 1965 - 1 - 3; G. Liet-Veaux et J. Schmidt, Le bail à construction, D. 1965 Chr. 71; Roger Saint-Alary, Bail à construction et opérations d'urbanisation, J.C.P. 1966 - 1 - 1976; Denise de Lataulade et André Boquet, L'avenir du bail à construction, Gaz. Pal., 1974-I-3.

885 C. Charron, op. cit., pp. 11-12.

surprenant dans ces circonstances. Tous les facteurs précités ont, jusqu'à ce jour et chacun à leur manière, empêché l'emphytéote d'être parfois sérieusement considéré comme candidat à la propriété de ses réalisations.

342 - S'il faut taire notre étonnement sur un passé qui s'explique, nous refusons cependant que demain ressemble à hier sur le point discuté. Nous ne sommes pas prêt, depuis la faveur croissante du contrat sous étude et après avoir "décortiqué" les concepts d'emphytéose et d'accession, à reconnaître le bien-fondé de ce qui se présente davantage comme une croyance formelle que comme une théorie éprouvée et établie. Qu'a-t-il en effet été dit de déterminant en droit positif québécois sur le sujet concerné? Rien ou presque rien, à notre humble avis. Il est au surplus aisé de le constater.

343 - Selon J.-G. Cardinal, "l'emphytéote et le superficiaire possèdent des droits qui diffèrent essentiellement en ce que le preneur emphytéotique n'a qu'un démembrement dans la construction appartenant au bailleur, à cause de la règle de l'accession, tandis que le superficiaire est maître exclusif des constructions qu'il s'est obligé construire"⁸⁸⁶. Sérieuse en apparence, on a vite fait de découvrir que l'objection manque de force. Elle en est même entièrement privée, faute par son

⁸⁸⁶ J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, p. 112. Voir aussi à la p. 176.

auteur d'avoir démontré, avec motifs à l'appui, que la règle de l'accession joue toujours en faveur du constituant. Ayant pour notre part prouvé par le menu comment le profit de l'accession revient de droit à l'emphytéote, il nous semblerait assez curieux que ce dernier ne soit pas tenu comme propriétaire de la chose construite ou plantée sur la base d'une simple expression de vue du savant juriste sus-mentionné. L'opinion de C. Charron nous paraît aussi très faible. Il se borne à affirmer, sans plus ample argumentation, que "l'emphytéose est un droit réel démembré, 'sui generis', alors que le contrat de superficie crée deux droits: un droit réel absolu, principal, la propriété superficielle, assorti d'un droit accessoire: location, indivision ou servitude selon le cas"⁸⁸⁷. Voilà, en ces deux contributions, tout l'apport de nos auteurs à la solution d'une affaire complexe⁸⁸⁸. Au total, c'est nettement insuffisant, estimons-nous, pour être décevantement qualifié de courant doctrinal.

344 - Nos tribunaux ont pareillement eu l'opportunité d'apprécier la question. Aucune des occasions données par les litiges n'a toutefois été et ne peut du reste être saisie pour mieux asseoir le parti pris en doctrine. Aux fins d'analyse,

887 C. Charron, op. cit., p. 36.

888 Exception faite des propos de W. de M. Marler rapportés ci-après à la note 907.

les jugements se regroupent selon que le débat se cantonne ou non au domaine du droit civil. Le premier groupe compte quatre arrêts. Il y fut jugé coup sur coup que le bail en cause ne participait pas de la nature de l'emphytéose, mais constituait plutôt un louage particulier du fonds emportant, d'après ses termes, propriété superficière du locataire sur les constructions par lui érigées⁸⁸⁹. En autant de fois de différends, cette propriété superficière ne fut cependant jamais invoquée au soutien du refus de la qualification emphytéotique. Bien au contraire. Les motifs avancés tenaient soit, dans chaque cas, à la carence ou au vice dont était entachée l'obligation d'améliorer⁸⁹⁰, soit aussi, à deux reprises, à l'obstacle représenté par une interdiction de sous-louer⁸⁹¹, soit aussi enfin, dans une seule instance, à l'absence de prestation de rente imposée

889 Price et al v. Leblond et al, précité, pp. 200-201; Lapointe v. Crevier, précité, pp. 75-76; D'Amours v. Sirois et al, précité, p. 257; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd. et al, (1952) R.L. 149, p. 157, confirmé par [1963] B.R. 313, p. 314.

890 Price et al v. Leblond et al, 8 R. de J., pp. 199-200; Lapointe v. Crevier, précité, p. 76; D'Amours v. Sirois et al, précité, pp. 234-235, 251; Cournor Mining Co. Ltd v. Perron Gold Mines Ltd et al, (1952) R.L. 149, pp. 154-155.

891 D'Amours v. Sirois et al, précité, pp. 254-255; Cournor Mining Co. Ltd. v. Perron Gold Mines Ltd et al, (1952) R.L. 149, pp. 153-154.

annuellement⁸⁹². En toutes ces affaires, la cour s'est, selon nous, montrée beaucoup trop sévère pour ce qui a trait à l'obligation d'améliorer⁸⁹³. Il demeure néanmoins qu'il ne fut décidé en aucune de ces espèces d'une incompatibilité entre le droit de superficie sur les constructions édifiées et le droit d'emphytéose sur le domaine les supportant. Il en va bien autrement, semble-t-il, dans les arrêts du second groupe, encore au nombre de quatre⁸⁹⁴, qui furent tous rendus en matière d'impôt sur le revenu selon la législation fédérale et dont les deux plus importants méritent d'être passés en revue.

345 - Commençons par le conflit où MM. Cohen et Zalkind, acquéreurs du terme à courir d'un bail emphytéotique signé en 1910, s'opposèrent avec succès au taux fixé par le Ministre dans son avis de cotisation relatif aux allocations du coût en capital autorisées sur les améliorations emphytéotiques. Le juge Noël avait d'abord posé comme prémisse, sur considération des articles 569 à 572 c.c., que le "droit réel démembré" accordé à l'emphytéote par ces dispositions "does not, however, make him the owner of the land or give him complete ownership

892 Price et al v. Leblond et al, 8 R. de J., p. 199.

893 La question de l'obligation d'améliorer est discutée en détail aux numéros 275 à 277 supra.

894 Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité; Rosenstone v. M.R.N., précité; Befega Inc. v. M.R.N., précité; Feigelson et al v. The Crown, [1973] D.T.C. 5056.

even of the plantations or constructions erected thereon"⁸⁹⁵.
Examinant ensuite le contrat de 1910, il estima, après interprétation de deux clauses jugées dérogoires au droit commun applicable à l'institution, que les appelants Cohen et Zalkind étaient sans contredit les propriétaires de la construction réalisée à titre d'amélioration, que "the appellants here are not mere emphyteutic lessees with respect to the building erected on the land but seems to have something similar to what is called in Quebec a right of superficies (which appears to be unknown in the common law provinces) with respect thereto"⁸⁹⁶.
Dès lors, il lui sembla normal que "having reached the conclusion that they have a right of proprietorship in this building and not a leasehold interest, they should and are entitled to depreciate their property as a building"⁸⁹⁷. Les appels réunis furent donc accueillis. De ce jugement intéressant, nous notons qu'aucune discussion et aucune référence ne viennent fonder la prémisse du juge Noël. Nous notons aussi que ce dernier n'a pas contesté le caractère emphytéotique du bail en question. Malgré l'apparente fermeté du langage usité, il est seulement

895 Arrêt précité, p. 5179.

896 Arrêt précité, pp. 5180-5181.

897 Arrêt précité, p. 5181.

trouvé que les clauses 8 et 13 permettant la reconnaissance d'une propriété superficière en faveur des emphytéotes concernés sont⁸⁹⁸, non pas contraires au droit en vigueur, mais plutôt inhabituels, peu ordinaires, différentes. L'affaire Cohen et Zalkind va néanmoins servir de précédent. On s'en autorisera par trois fois pour dire que l'emphytéote a uniquement, sauf droit de superficie établi, un "leasehold interest" sur les constructions faites⁸⁹⁹, c'est-à-dire, d'après les termes du juge Noël, "but merely has a partial real right (un droit réel démembré) in them"⁹⁰⁰. La dernière décision en ligne est celle de Feigelson et al v. The Crown. Les faits, à un détail près⁹⁰¹, et les points y débattus y sont les mêmes que dans l'arrêt ci-haut commenté. Le point de départ du juge Pratte fut que

898 La clause huit (8) du contrat prévoyait que, à défaut de paiement du canon ou des taxes et faute par l'emphytéote de respecter les avis de paiement à cet effet dans les délais convenus, "all buildings and improvements on the land shall become and be the property of the Seminary ..." (arrêt précité, p. 5179). La clause treize (13) du même contrat stipulait que "at the expiration of the present lease, the Seminary shall have the right to purchase the building then erected on the land" (arrêt précité, p. 5180).

899 Rosenstone v. M.R.N., précité, pp. 690-691, 693-696; Befega Inc. v. M.R.N., précité, pp. 6173, 6177; Feigelson et al. v. The Crown, précité, pp. 5059-5060.

900 Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité, p. 5179.

901 Dans l'arrêt Feigelson, les clauses dix-sept (17) et vingt-deux (22) du contrat d'avril 1955 correspondaient aux clauses huit (8) et treize (13) du contrat de juin 1902 dans l'affaire Cohen et Zalkind. La formulation employée était toutefois légèrement différente.

"nowhere in the Code is it to be found that the emphyteutic lessee enjoys a more complete right on the buildings than on the land"⁹⁰². Pour bonne mesure, il ajouta que, dans l'hypothèse d'un "ordinary building lease" avec convention équivalente à celle prévue par l'article 581 c.c., "then, according to the authorities (...), the building, as soon as it is erected, belongs to the lessor; with respect to this building the lessee merely has the same right of enjoyment as he has with respect to the land subject to the lease"⁹⁰³. Dès lors, s'empressa-t-il de compléter, "I do not know of any reason why the situation would be different when the building lease is an emphyteutic lease"⁹⁰⁴. Le très savant juge passa ensuite à l'étude du bail emphytéotique de 1955, tout juste après avoir vu et signalé l'obstacle représenté par le jugement Cohen et Zalkind v. M.R.N. Profitant de l'absence au contrat d'une clause identique à la clause 8 dans cette dernière espèce et tempérant la portée des mots "at the expiration of the present lease, the lessor shall become the owner of all buildings with all improvements on the leased premises"⁹⁰⁵ de manière à les accorder avec le sens des

902 Arrêt précité, p. 5059.

903 Arrêt précité, p. 5059.

904 Arrêt précité, p. 5059.

905 Arrêt précité, p. 5059.

termes employés à l'article 581 c.c., le juge Pratte en vient à la conclusion que les appelants étaient de simples emphytéotes sans propriété superficière de leur part sur les bâtiments, partant, qu'ils y avaient seulement un "leasehold interest"⁹⁰⁶. La Couronne obtient donc gain de cause. A première vue favorable à l'identité des droits de l'emphytéote sur les améliorations et l'héritage, cet arrêt en dessert en fait l'idée. A preuve, le caractère purement gratuit de la proposition non étayée du juge Pratte à l'effet que "nowhere in the Code is it to be found that the emphyteutic lessee enjoys a more complete right on the buildings than on the land". Quant à son argument fondé implicitement sur le jeu immédiat de l'accession au profit du maître dans le "ordinary building lease" et l'emphytéose, nous pensons en avoir déjà suffisamment démontré défaut de pertinence pour la dernière convention. Le plus grave cependant est que la cour, en la personne du juge Pratte, abonde dans le sens de l'affaire Cohen et Zalkind et considère, en ne contestant pas l'existence d'une tenure emphytéotique en ce cas, comme possible la coexistence d'un droit d'emphytéose et d'un droit de superficie. A l'analyse, il appert donc, en conclusion, que nos jugements sont aussi peu transcendants que l'opinion exprimée par nos auteurs.

346 - Notre avis selon lequel l'institution d'emphytéose se joint d'une propriété superficière sur certaines améliorations

906 Arrêt précité, pp. 5059-5060.

reçoit l'appui des textes et de l'histoire. Cet avis est même partagé en d'autres pays connaissant un droit semblable au nôtre et il n'est point, quoique contesté, vraiment contredit par notre doctrine⁹⁰⁷ et notre jurisprudence. Il est dès lors grand temps, estimons-nous, de se rendre à l'évidence d'icelui, de l'adopter au Québec et de renoncer à cette croyance aveugle en une chose prouvée contraire à toute logique.

347 - Le principe de la dualité des régimes juridiques en la matière étant désormais, pour l'avoir vérifié, un point bien acquis, il faut rappeler et insister sur le fait que la propriété superficière de l'emphytéote lui vient directement de sa jouissance, sur l'immeuble d'autrui, de tous les droits normalement attachés à la qualité de propriétaire, et de l'un d'entre eux en particulier, savoir: le droit d'accession. Comme nous le savons déjà, cette jouissance, d'un minimum de neuf ans, ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans. Partant, il est au moins certain, même si l'emphytéose est un droit borné à temps,

907 W. de M. Marler, contrairement à J.-G. Cardinal et C. Charron par la suite, reconnaît d'emblée que l'emphytéote est propriétaire superficière des constructions par lui faites. C'est toutefois sur une renonciation tacite au bénéfice de l'accession par le constituant en faveur de l'emphytéote, et non sur la portée logique de l'article 569 c.c., qu'il fonde l'existence de cette propriété superficière. Il s'exprime en ces termes: "The Landowner - whether he be the 'nue-propriétaire', emphyteutic lessor, substitute, or proprietor subject to the right of superficies - cannot claim the possession of the land, nor the ownership of the buildings. He must abide by the contract he has made, and enjoy as the law allows him such rights as remain to him. In these cases c.c. 417-419 have no application while the temporary right lasts; accession is suspended until the termination of the right (op. cit., p. 43).

que l'emphytéote et ses ayants droit exerceront, sur certaines améliorations, leur droit privatif de propriété dit de superficie pendant toute la durée de la tenure emphytéotique, pendant tout l'espace de temps où ils auront la faveur du droit d'accession.

La question de savoir ce qu'il adviendra en fin d'emphytéose, fin correspondant ou non au terme de la période fixée à l'acte constitutif dans le cadre des délais de rigueur prescrits par la loi, fera, quant à elle, l'objet d'un autre chapitre, le suivant.

CHAPITRE II

L'ACCESSION NE PROFITE A L'EMPHYTEOTE
QUE PENDANT LA DUREE DE SON DROIT

348 - Contrairement à d'antan, l'emphytéose ne peut être aujourd'hui établie à perpétuité. Un jour venu et au bout d'une jouissance maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans, l'emphytéote perdra donc, fait inéluctable, tous les droits attachés à la qualité de propriétaire qu'il détient sur l'héritage d'autrui. Qu'arrivera-t-il alors de tous ces attributs du domaine comprenant, l'avons-nous démontré avec force détails, le droit d'accession? Ils feront automatiquement retour au constituant. C'est cette vérité, avec ses conséquences principales, que nous examinerons en une première section. L'incidence du retour de l'accession en la main du constituant, savoir que ce dernier va inmanquablement acquérir, par cette voie, la propriété superficielle de l'emphytéote, sera, pour sa part, abordée dans une deuxième et dernière section.

Section I - Tous les droits attachés à la
qualité de propriétaire font retour
au maître du fonds en fin d'emphytéose

349 - Il semble aller de soi que le maître retrouve, à l'extinction de l'emphytéose, tous les droits temporairement distraits du faisceau de ses prérogatives. Nul ne l'entend d'ailleurs autrement. C'est une chose qui ne se discute point,

telle elle paraît évidente. Peut-être! Mais au delà de l'évidence du résultat, que nous ne contestons pas, ne conviendrait-il pas d'en connaître la cause? A notre avis, le phénomène de réversion en faveur du propriétaire est lié à l'existence de la "vis attractiva" juridique, élément de prime essence du droit de propriété. Nous nous y attarderons donc quelques instants, avant de passer à ce qui s'ensuit de la récupération par le constituant des parties jusqu'alors démembrées de son droit.

Paragraphe I - La propriété comporte en soi un arrière-droit à toutes ses parties distraites

Arrière-

350 - Il ne s'agit pas pour nous ici de reprendre au complet, ni même de résumer ce qui a été précédemment exposé au sujet de la "vis attractiva" juridique. Toute la dialectique suivie justifiant la nécessité de repenser et de parfaire par ce nouveau monôme l'équation traditionnelle des romanistes selon laquelle la propriété s'analyse en et se réduit à une trinité de droits collectifs, se trouve en la partie première de cet ouvrage, où l'on peut se référer à loisir⁹⁰⁸. Sur la base de nos propos antérieurs, il sied plutôt en l'occurrence de faire voir brièvement, d'une part, que l'idée d'arrière-droit n'est pas une donnée totalement méconnue des auteurs et, d'autre

908 Supra, n^{os} 130-134.

part, qu'elle explique effectivement en quoi la propriété se meut sur un plan supérieur.

A - L'arrière-droit aux parties distraites est un aspect négligé, mais non méconnu de la propriété

351 - Soucieux de donner des assises solides à notre théorie de la "vis attractiva" juridique et de démontrer par là absence d'invention chimérique de notre part, nous avons déjà cité, à l'appui de nos dires, les noms de savants comme Vareilles-Sommières et Ginossar qui préféreraient, l'un, l'expression d'arrière-droit, et l'autre, les qualificatifs de résiduaire et de potentiel⁹⁰⁹. Ils ne sont toutefois pas les seuls auteurs à avoir pressenti que le plus important des droits réels était animé de cette puissante force d'attraction sur ses éléments détachés. Qu'il nous soit permis d'en mentionner quelques-uns, sans pour autant prétendre avoir recensé les propos de tous et chacun. Par exemple, A. Breton a lui aussi parlé de "la propriété résiduelle"⁹¹⁰. J. Carbonnier a par ailleurs souligné que la nue-propriété avait "en elle la certitude de redevenir un jour pleine propriété"⁹¹¹ et, P.B. Mignault, que le nu-propriétaire avait l'expectative du retour des fractions démembrées⁹¹². Enfin, G. Marty et P. Raynaud ont signalé que

909 Supra, n° 132.

910 A. Breton, op. cit., pp. 352-353.

911 J. Carbonnier, op. cit., t. III, p. 106.

912 P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 531.

l'antique équation demeurait "assez approximative"⁹¹³ et que la nue-propiété avait "vocation à devenir pleine propriété"⁹¹⁴. Le cadre exact de certaines de ces paroles peut à l'occasion, il est vrai, faire douter du sens et de la portée que nous leur accordons. Qui plus est, nous ne nions pas que, pour la plupart, ces juristes considèrent l' "abusus" comme étant "la partie la plus profonde" de la propriété⁹¹⁵. Nous estimons néanmoins que, sans être parfaitement concluant, le langage de ces auteurs traduit un malaise certain face au triptyque célèbre transformé en formule à succès. Aussi, ont-ils de temps en temps laissé échapper un mot qui révélait leur croyance en un pouvoir encore caché du droit de propriété. On aurait espéré davantage, certes, mais il y a au moins là indice que la "vis attractiva" juridique n'est pas une notion entièrement inconnue en doctrine.

B - L'arrière-droit aux parties distraites explique en quoi la propriété se meut sur un plan supérieur

352 - Affirmer que l' "abusus" est réservé au propriétaire et que cette prérogative "conserve toujours la dénomination de propriété"⁹¹⁶ ne fait pas comprendre comment le nu-propriétaire

913 G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, p. 80.

914 Ibidem.

915 J. Carbonnier, op. cit., t. III, p. 106. Supra,

916 P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 478.

LE "JUS IN RE ALIENA" CONFÈRE DONNE OCCASIONNELLEMENT NAISSANCE 411
A UNE PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE EN FAVEUR DE L'EMPHYTEOTE

aurait la faculté de compléter automatiquement son droit des attributs dont il se serait dépouillé par l'exercice de son "jus abutendi". En effet, le droit de disposer n'emporte pas de soi droit de réversion. Opposer la perpétuité de la propriété au caractère temporaire des démembrements ne révèle pas mieux pourquoi le droit ébréché devrait "ipso jure" se recomposer des portions cédées pour un temps. La vocation de perdurer et celle d'attirer sont, nous semble-t-il, deux traits fort distincts.

353 - Les explications d'habitude fournies ou sous-entendues au remembrement d'une propriété jusqu'alors dégarnie étant insuffisantes, force nous est de chercher ailleurs la solution du problème. La solution, c'est évidemment la "vis attractiva" juridique. C'est cet arrière-droit à tous les services perdus qui ne s'évanouit jamais et qui constitue "la partie la plus profonde" du droit de propriété. Sans cet arrière-droit en sa main, le propriétaire cesserait d'être le maître. Sans lui, les entités détachées de la propriété seraient, au terme de la durée de jouissance accordée à un individu donné ou à leur abdication par ce dernier, des biens vacants et sans maître qui, partant, iraient grossir le domaine du souverain⁹¹⁷.

917 Articles 401 et 584 c.c.

La qualité supérieure de la propriété sur les autres droits réels concurrents tient corps et âme à cet élément de sa prime essence. Même diminuée jusqu'à l'arrière-droit à l'ensemble des utilités de la chose, la propriété demeure toujours le principal par rapport aux droits réels démembrés qui en sont les accessoires. Or, l'accessoire, bien incorporel comme corporel, revient de droit au maître du principal en principe.

Maintenant certain non seulement du retour, mais aussi de la raison du retour de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire en la main du constituant, nous pouvons de suite dire quelques mots sur les grandes conséquences de ce qu'il jouit à nouveau de la plénitude de ses pouvoirs sur son héritage.

Paragraphe II - Le maître du fonds jouit à nouveau de la plénitude des droits de la propriété en fin d'emphytéose

354 - En retrouvant les fragments épars de son droit grâce au jeu immédiat de la "vis attractiva" juridique en fin d'emphytéose, le constituant recouvre aussi, du même coup, la pleine jouissance de son immeuble. L'un emportant l'autre d'habitude, il n'y a pas lieu ici d'épiloguer sur le phénomène en lui-même. Au résultat toutefois, cela signifie, et c'est ce que nous nous proposons de vérifier, que le maître devrait être à nouveau le seul et unique bénéficiaire de toutes les qualités inhérentes de la propriété, qualités qu'il devrait

exercer sur un fonds désormais rabonni par les améliorations de l'emphytéote.

A - Il jouit de la plénitude des droits de la propriété à l'exclusion de toute autre personne

355 - L'emphytéose est un démembrement de la propriété qui prive le maître de la quasi-totalité des services immédiats de son droit. En fait, il lui est impossible d'opérer plus complet fractionnement de son domaine. Dès lors, le constituant devrait jouir de l'exclusivité de toutes les prérogatives de la propriété en fin d'emphytéose. Si telle est bien la règle dans son principe, celle-ci connaît néanmoins des tempéraments imputables aux agissements du propriétaire lui-même ou de l'emphytéote.

a) Exception faite des avantages par lui-même consentis antérieurement

356 - Si le maître peut compter sur le retour de toutes les utilités de la propriété cédées à l'emphytéote, il ne peut par ailleurs faire abstraction des avantages par lui consentis à des tiers.

357 - Ainsi, les servitudes de passage, de vues, de puisage d'eau et autres semblables accordées en faveur d'héritages voisins avant la constitution de la tenure emphytéotique, continueront, si elles ne sont pas éteintes, de grever le fonds du maître une fois l'emphytéose terminée. Il en sera de même

aussi par exemple du droit d'habitation d'une maisonnette sise sur l'immeuble par après donné en emphytéose, si cette servitude personnelle n'a pas encore pris fin au moment où la période de jouissance de l'emphytéote arrive à terme.

358 - Il est évident de plus que le constituant demeure lié en fin d'emphytéose par les engagements contractés dans la limite de ses pouvoirs pendant la durée du droit de l'emphytéote; par exemple, la promesse de vente encore susceptible d'être acceptée, l'hypothèque toujours en vigueur sur le lambeau de propriété qu'avait retenu le maître, etc., etc.

En un mot, la conduite même du constituant ou de ses prédécesseurs en titre peut l'obliger à composer pour un temps avec des tiers quoiqu'il ait récupéré des mains de l'emphytéote la très grande majorité des prérogatives de son droit.

b) Exception faite de certains avantages consentis par l'emphytéote avant l'extinction de son droit

359 - Il est de doctrine constante que la fin de l'emphytéose met un terme aussi bien aux pouvoirs de l'emphytéote qu'aux droits réels des tiers acquis de l'emphytéote pendant la jouissance de ce dernier⁹¹⁸. Partant, l'extinction de la

918 F. Langelier, op. cit., t. II, p. 317; P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 226; W. de M. Marler, op. cit., p. 136; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 514-516, 540; N.L. Rappaport, op. cit., p. 270; Jetté, op. cit., pp. 93, 95.

tenure emphytéotique ne ferait pas que rendre au propriétaire tous les droits jadis transportés à l'emphytéote, mais aussi elle les lui rendrait libres de toutes prétentions de la part de tiers ayant transigé avec l'emphytéote. En fait, il en est généralement ainsi dans tous les cas, sauf si l'emphytéose prend fin par le déguerpissement de l'emphytéote. Hormis cette hypothèse, que nous avons déjà discutée⁹¹⁹, il existe toutefois certaines petites exceptions dignes d'être signalées.

360 - Quoique la propriété du constituant cesse vraiment d'être démembrée à l'extinction de l'emphytéose et que son droit redevienne alors complet, nous pensons que le maître sera contraint, à raison des articles 1646 et 1647 c.c., de supporter pendant quelque temps la présence du locataire de l'emphytéote. En effet, ce qui est dit à l'article 1646 c.c. pour l'usufruit paraît devoir s'appliquer par analogie à la tenure emphytéotique. Quant à l'article 1647 c.c., la généralité de ses termes nous interdit, semble-t-il, toute autre conclusion.

361 - Comme l'emphytéote a, en cours de jouissance, toute latitude pour grever de servitudes l'immeuble reçu⁹²⁰, il suit

919 Supra, n^{os} 283-289.

920 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 202; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 515. Implicitement compris dans le droit d'aliéner prévu à l'article 570 c.c., le pouvoir de grever l'immeuble reçu de servitudes a très peu retenu l'attention de nos juristes.

"a contrario" qu'il doit avoir l'autorité voulue pour solliciter et obtenir de nouvelles servitudes au profit et bénéfice de ce même immeuble. Sauf titre à ce contraire, les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation des servitudes ainsi acquises seront évidemment à ses frais⁹²¹. Mais puisque ces servitudes ne s'éteignent point avec l'emphytéose, cela signifie forcément que le maître devra en assumer les frais d'usage et de conservation pour l'avenir. Le même raisonnement peut être tenu en matière de mitoyenneté si l'emphytéote se prévaut soit de l'article 518 c.c., soit de l'article 520 c.c.⁹²². Au terme de l'emphytéose, il appartiendra alors au constituant de contribuer aux frais de réparation et de reconstruction. Il est ainsi possible que, du fait de l'emphytéote, le propriétaire se retrouve un jour chargé d'obligations "propter rem" qui n'existaient pas au moment de la signature du contrat d'emphytéose. La chose nous paraît indéniable, bien que les cas évoqués ne constituent pas à proprement parler des exceptions à la règle générale ci-haut énoncée et que les obligations "propter rem"

921 Articles 545(2), 553-554 c.c.

922 Selon A. Montpetit et G. Taillefer (op. cit., p. 371), l'emphytéote ne pourrait pas se prévaloir de la faculté prévue à l'article 518 c.c. Ces mêmes auteurs lui accordent pourtant le droit de profiter de l'article 540 c.c. (op. cit., p. 437). Le seul fait de pouvoir invoquer l'arrêt Charland v. Lefebvre (1930) 48 B.R. 182, p. 186, dans le cas de l'article 540 c.c. leur permettait sans doute de croire à l'absence de contradiction avec l'opinion exprimée dans le cas de l'article 518 c.c.

en question représentent seulement la juste contre-partie d'un bienfait supérieur dont est gratifié le maître.

Conscient de l'état du droit du propriétaire en fin d'emphytéose, voyons à présent l'état de l'objet de son droit à même époque.

B - Il jouit de la plénitude des droits de la propriété sur un fonds rabaissi par les améliorations de l'emphytéote

362 - En détenant à nouveau les principaux attributs de son droit, le constituant va pouvoir reprendre effectivement possession d'un bien longtemps laissé entre les mains de celui qui est à présent tenu de le lui remettre. Il importe ici de considérer en quelle condition son héritage lui sera rendu par l'emphytéote.

Ayant déjà précisé la nature et l'étendue des obligations de l'emphytéote aux termes des articles 577 et 578 c.c.⁹²³, nous passerons rapidement sur la question de l'état physique de lieux et insisterons plutôt sur celle de la quasi-absence d'indemnités dues par le propriétaire pour les contributions de l'emphytéote à la conservation et à l'amélioration de l'immeuble restitué. Nous limiterons même cette analyse particulière aux impenses nécessaires et aux améliorations culturelles afin de ne pas devancer ce qui doit être examiné dans la prochaine section de ce travail au sujet des autres espèces d'améliorations⁹²⁴.

923 Supra, n^{os} 273-277.

924 Infra, n^{os} 368 et ss.

a) Sans indemnité due pour les améliorations nécessaires

363 - Le maître ne devrait avoir normalement aucune surprise désagréable en occupant à nouveau le fonds. En effet, l'emphytéote est tenu de le lui laisser en bon état lors de son départ et il avait au préalable l'obligation non seulement de faire les petites et les grosses réparations, mais aussi celle de ne pas détériorer l'immeuble. En exécution de ces obligations, l'héritage aura, abstraction faite de l'existence et de l'influence des véritables réalisations emphytéotiques, conservé à peu près le même aspect et la même valeur. Certains écarts de l'emphytéote étant toutefois tolérés aux chapitres de l'entretien et des dégradations⁹²⁵, il suit forcément que l'héritage ne sera pas toujours rendu précisément dans le même état et avec exactement la même valeur qu'au moment de sa cession primitive à l'emphytéote.

364 - Le propriétaire n'a pas à rembourser l'emphytéote des frais encourus par ce dernier pour la sauvegarde et l'entretien de l'immeuble; frais qui n'ont d'ailleurs pas donné lieu à la création d'un bien nouveau sur ledit immeuble et qui ne l'ont pas vraiment transformé non plus⁹²⁶. La raison en est que l'emphytéote jouissait de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire et qu'à chacun de ses droits principaux se trouvait

925 Supra, n^{OS} 127-129.

926 Supra, n^{OS} 314-322.

greffée une charge correspondante⁹²⁷. En effet, la faculté de disposer s'accompagne de l'obligation de supporter le coût des améliorations nécessaires qui, pesant sur la propriété, s'imputent toujours sur le capital. Le droit aux fruits comprend celle d'assumer les dépenses de gros entretien qui, représentant la contrepartie de la perception des revenus, se prélèvent habituellement sur iceux. Enfin, le pouvoir de se servir d'une chose inclut celle de rencontrer les frais de menu entretien qui, nés de l'utilisation d'icelle, s'acquittent à même les ressources personnelles de l'usager. Comme l'emphytéote profitait de tous ces attributs du domaine pendant la durée de la tenure, le législateur a naturellement mis à sa charge, par l'article 577 c.c., le prix des impenses se rattachant à chacune de ces dites prérogatives. C'est donc sans bourse délier que le maître est assuré de retrouver son bien dans un état satisfaisant.

b) Sans indemnité due pour la plupart des améliorations culturelles

365 - Les améliorations culturelles de l'emphytéote tendent à faire et font effectivement plus qu'uniquement maintenir, à titre préventif ou réparatoire, l'état et le prix de l'immeuble du propriétaire. Elles le transforment de façon appréciable,

927 Supra, n^{os} 273-274.

tout en lui imprimant une plus-value marquée. Indissociables du fonds dans lequel elles sont incorporées, ces améliorations culturales ne peuvent que passer en pleine propriété au maître en fin d'emphytéose et ce dernier aura rarement à indemniser l'emphytéote pour les investissements qui ont à la fois modifié l'aspect physique de l'héritage et augmenté sa valeur vénale. A vrai dire, on peut même affirmer que le constituant remboursera l'emphytéote pour la conservation de ces impenses seulement dans la mesure où il le veut bien.

366 - Supposons un instant qu'il s'agit en l'espèce d'améliorations culturales volontairement effectuées par l'emphytéote⁹²⁸. Reprenant les termes du dernier alinéa de l'article 417 c.c., le législateur précise, à l'article 582 c.c., que le maître est libre soit de les retenir en en payant le coût ou la valeur actuelle, soit de laisser l'emphytéote les enlever à ses frais, si la chose se peut avec avantage pour celui-ci et sans détérioration du sol. Advenant impossibilité d'enlèvement dans ces dernières conditions, les améliorations facultatives restent sans indemnité au constituant, qui peut néanmoins dans

928 Pour la distinction entre améliorations facultatives et obligatoires, voir supra, n^{os} 198, 275-277.

tous les cas forcer l'emphytéote à les faire disparaître. Le texte de cette disposition révèle clairement que, hormis l'hypothèse du propriétaire des mieux intentionné, l'emphytéote ne sera jamais remboursé du prix des améliorations culturelles librement réalisées. En effet, ce dernier peut tout au plus compter sur la bonne volonté d'un maître qui choisirait de conserver contre paiement ce qui, étant inséparable du fonds⁹²⁹, peut lui être acquis de toute manière sans déboursé de sa part. Cette solution nous paraît inacceptable parce qu'elle permet au propriétaire de s'enrichir aux dépens de l'emphytéote. Le constituant devrait être tenu d'indemniser chaque fois qu'il retient une amélioration facultative, que celle-ci soit ou non susceptible d'enlèvement. Il n'est plus possible de nos jours de justifier l'enrichissement sans cause du maître en assimilant l'emphytéote à un vulgaire possesseur de mauvaise foi⁹³⁰. Les améliorations promises au contrat ne représentent, sauf clause contraire, que le minimum auquel est obligé l'emphytéote. D'antan, le maximum était atteint par la sauvegarde et l'entretien⁹³¹. Ces temps sont révolus et il est aujourd'hui insensé

929 Supra, n^{os} 323-329.

930 Tel est le rapprochement généralement fait, rapprochement que les textes semblent autoriser. F. Langelier, op. cit., t. II, pp. 327-328; P.B. Mignault, op. cit., t. II, p. 227; W. de M. Marler, op. cit., pp. 139-140; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., p. 539; L. Baudouin, op. cit., p. 465; C. Charron, op. cit., p. 20; N.L. Rappaport, op. cit., p. 273.

931 Supra, n^{os} 43 et ss.

de vouloir considérer l'emphytéote comme un tiers malveillant lorsqu'il fait profiter le fonds par des investissements supplémentaires. Le maître redoutant l'importance du prix à payer pour ces dépenses additionnelles n'aurait, à l'acte constitutif, qu'à éviter toute distinction entre améliorations obligatoires et volontaires ou à stipuler soit un montant fixe pour icelles, soit leur perte sans indemnité⁹³². L'emphytéote agirait alors à ses risques et périls en redoublant d'efforts.

367 - Envisageons à présent le cas des améliorations culturelles que l'emphytéote s'était obligé de faire lors de la signature de la convention d'emphytéose. Il est universellement admis en doctrine et en jurisprudence que l'emphytéote n'a pas droit de réclamer quoi que ce soit du propriétaire en les lui remettant avec l'immeuble⁹³³. L'article 581 c.c. est systématiquement invoqué au soutien de cette opinion. C'est une opinion

932 Faute de limitations prévues au contrat, toutes les améliorations effectuées par l'emphytéote tombent dans la catégorie des réalisations obligatoires pour subir un sort identique. Supra, n^{os} 275-277. Infra, n^o 384.

En présence d'une obligation d'améliorer bien délimitée, rien n'interdit cependant de convenir des modalités de remboursement des améliorations facultatives: P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 183; N.L. Rappaport, op. cit., p. 271; C. Charron, op. cit., pp. 20,23.

933 L'opinion exprimée en doctrine et en jurisprudence vaut indistinctement pour les plantations et constructions comme pour les améliorations culturelles. P.B. Mignault, op. cit., t. III, pp. 226-227; W. de M. Marler, op. cit., p. 136; A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 511, 537; N.L. Rappaport, op. cit., p. 267; C. Charron, op. cit., pp. 20, 23; George M. Giroux, Le privilège ouvrier, Montréal, Editions Albert Lévesque, 1933, pp. 133-134; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 457; *C.-J. De Ferrière,

que nous partageons, tout en refusant de la fonder sur le texte de la disposition concernée. Les termes de l'article 581 c.c. n'indiquent aucunement que l'emphytéote doit rendre les améliorations promises sans espoir de récompense. En fait, la question n'y est pas abordée et on aurait tort, selon nous, de s'autoriser de ce silence du législateur pour, contrairement à l'une des possibilités prévues à l'article 582 c.c., refuser toute réclamation à l'emphytéote. L'absence d'indemnité généralement due à ce dernier doit être plutôt recherchée dans l'économie de l'institution d'emphytéose. Cette question sera discutée à fond dans la prochaine section de ce chapitre et nous n'en livrons ici que le résultat, savoir: que toutes les améliorations obligatoirement faites sont la principale considération de la cession d'immeuble en emphytéose; partant, que le propriétaire n'a point à les payer au départ de l'emphytéote⁹³⁴.

Les effets majeurs de l'extinction de l'emphytéose sur le droit et l'objet du droit du propriétaire nous étant désormais

op. cit., t. I, p. 827; *J.B. Denisart, op. cit., p. 297; Troplong, op. cit., p. 154; Larue v. The Chateau Frontenac Co., précité, p. 196; Cohen et Zalkind v. M.R.N., précité, pp. 5180-5181; Duskes v. Concreters Ready Mix Ltd., précité, p. 927; Feigelson et al v. The Crown, précité, p. 5059; Price et al v. Leblond et al, 8 R. de J., p. 200; Lawrence v. Stuart, précité, p. 303.

934 Infra, n^{os} 383 et ss.

connus, il importe au terme de ce travail, d'examiner attentivement la conséquence du retour de l'accession en la main de ce dernier.

Section II - Le maître du fonds acquiert par accession la propriété superficière de l'emphytéote

368 - Appelée en fin d'emphytéose à partager le sort de tous les autres droits attachés à la qualité de propriétaire exercés par l'emphytéote, l'accession se joindra à nouveau au faisceau reconstitué des prérogatives de la propriété du maître sur l'immeuble qui lui est rendu. Repassant dans le patrimoine du constituant, cet attribut du domaine va désormais jouer contre l'emphytéote pour lui faire perdre ce qu'il avait auparavant pu conserver grâce au profit de ce pouvoir, c'est-à-dire sa propriété superficière des améliorations ayant objet capable de supporter pareille modalité du plus important des droits réels. Ce fait et les suites du fait de la réunion de l'accession au tronc de la propriété du tréfoncier feront l'objet d'un premier paragraphe. Un second, dédié à la question des indemnités consécutives au transfert de la propriété superficière de l'emphytéote, complétera de façon définitive notre étude sur l'institution d'emphytéose en droit québécois.

Paragraphe I - Le droit d'accession se retrouve en la main du maître du fonds dès la fin de l'emphytéose

369 - Les causes d'extinction de l'emphytéose mentionnées au texte de l'article 579 c.c. mettent irrémédiablement fin à tous les droits de l'emphytéote sur l'héritage du constituant⁹³⁵ et il n'y a point d'exception en la matière pour ce qui a trait à l'accession. Provisoirement démembré de la propriété du maître au bénéfice exclusif de l'emphytéote, cet attribut cesse non seulement de pouvoir être exercé par l'emphytéote au terme de la tenure, mais il repasse aussi au même moment entre les mains de celui qui, fort de sa "vis attractiva" juridique, peut seul l'attirer de suite à lui, savoir évidemment le propriétaire véritable du fonds. Ce qui vaut pour toutes les autres prérogatives dont l'emphytéote avait la jouissance temporaire, vaut également pour l'accession et il est exclu que ce dernier retienne ce droit pour un temps sans un nouvel accord du maître. En la main du constituant dès la fin de l'emphytéose, l'accession, selon le mécanisme qui lui est propre, jouera alors de plein droit et instantanément en sa faveur pour priver définitivement l'emphytéote de sa propriété superficielle sur certaines améliorations.

935 Supra, n^o 294.

A - L'accession opère de plein droit et
immédiatement en faveur du propriétaire
foncier au terme de l'emphytéose

370 - Il n'y a point de querelle en ce pays sur les questions relatives, d'une part, au caractère impératif ou facultatif de l'accession et, d'autre part, à son jeu immédiat ou différé. L'exercice du droit de ce nom par le maître du principal n'est pas jugé d'ordre public et la propriété de l'accessoire qu'il permet à ce dernier d'obtenir est en principe réputée s'acquérir dès l'incorporation de cette chose accessoire au principal⁹³⁶.

371 - La première question n'était d'ailleurs pas de nature à soulever difficulté en matière d'accession artificielle immobilière. L'article 415 c.c. autorise en effet un renversement de la présomption de propriété du maître du fonds sur les constructions, plantations et ouvrages faits ou non à ses frais sur son terrain. Ce renversement de présomption étant possible uniquement sur preuve que la règle de l'accession a été écartée pour donner naissance à une propriété distincte sur les superficies, il en résulte que ladite règle n'est pas d'ordre public. Sans être d'ordre public, il suit aussi cependant que le phénomène de l'accession opère toujours "ipso jure" en faveur

936 Supra, n° 337.

du propriétaire foncier sauf exception, sauf existence reconnue d'une propriété superficielle fondée sur la prescription acquise⁹³⁷, la validité d'un titre translatif des superficies⁹³⁸, le bénéfice d'une renonciation expresse ou tacite au jeu de l'accession⁹³⁹, ou, enfin, la faveur exclusive et temporaire du profit de l'accession au lieu et place du maître du sol. Or, en fin de tenure, l'emphytéote cesse, par sa perte de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire sur l'immeuble du constituant, de tomber sous le coup de l'exception. Partant, la règle est à l'effet que le mécanisme de l'accession joue dès lors de plein droit à l'avantage du propriétaire.

372 - La question du moment précis où la propriété de l'accessoire est, par droit d'accession, attribuée au maître du

937 Exemple: Leboeuf v. Douville, précité, pp. 474-475.

938 Exemple: Stephenson v. Wallingford et al, (1894) 6 C.S. 183, pp. 187-188. Notons que c'est l'objet du droit de propriété d'une personne qui est divisé lorsque la propriété superficielle est fondée sur la prescription acquise des superficies (division forcée) ou sur un titre translatif des superficies (division volontaire).

939 Exemples: Sangster v. Hood, (1890) 18 R.L. 40; Hartford Fire Insurance Company v. The St-Lawrence Flour Mills Co. Ltd., (1925) 39 B.R. 484; Barette v. Denis, (1926) 41 B.R. 435; Tremblay v. Guay, [1929] R.C.S. 29; Cloutier v. Cloutier, [1951] B.R. 521; Fauteux v. Parent, [1959] C.S. 203; Morin v. Grégoire, C.S. Joliette, 4 janvier 1967, n° 19539, (1969) 15 McGill L.J. 103; Senecal - Crevier et al v. Limoges et al, [1975] C.S. 199.

principal a fait couler passablement d'encre en France depuis le début de ce siècle et même avant⁹⁴⁰. La raison en est sans doute que cette question met en cause le pourquoi de l'accession, mais le fait s'explique aussi par l'absence, au Code napoléonien, de disposition semblable à notre article 1624 c.c. pour couvrir ce qui apparaît être en France le cas le plus fréquent de constructions sur la propriété d'autrui. Ce grand débat, qui dure encore, est loin de manquer d'intérêt. Le lieu nous semble toutefois mal choisi pour y prendre part de façon active. Afin de trouver solution au problème concerné, nous nous en tiendrons donc au droit positif québécois où juges et auteurs ont, malgré l'absence de recherches approfondies sur la notion de "vis attractiva" matérielle, manifesté leur préférence pour la théorie du jeu immédiat de l'accession. Selon cette thèse, l'acquisition de propriété par accession se produit en principe dès l'union matérielle de la chose accessoire à la chose principale⁹⁴¹; étant entendu, dans le domaine de l'accession artificielle immobilière, que le sol représente toujours l'élément principal⁹⁴². Il est de plus admis chez nous que ce principe de l'accession dès incorporation peut être mis en échec par une

940 Supra, n° 306.

941 Supra, n° 337.

942 Supra, n^{os} 331-335.

clause de renonciation au bénéfice procuré par cet attribut particulier de la propriété⁹⁴³; en un mot, que le jeu instantané de l'accession est, par exception, susceptible d'être différé, d'être reporté à plus tard. Par une telle stipulation au contrat, le maître du principal accepte de ne pas se prévaloir de suite de son droit d'accession. Son choix laisse alors place à la propriété de l'auteur des superficies⁹⁴⁴. Ces clauses d'accession différée sont un des modes de constitution du droit de superficie. Ceci étant, mesurons à présent l'influence de cette position doctrinale et jurisprudentielle au Québec sur la situation respective des parties au contrat d'emphytéose.

373 - Nous savons déjà que la "vis attractiva" matérielle compète à l'emphytéote pendant toute la durée de la tenure emphytéotique. En l'espèce, il n'y a donc pas simple renonciation

943 Supra, n° 330.

944 La renonciation au bénéfice de l'accession a pour seul but de faire éventuellement naître une propriété superficière à l'instant où elle aura un objet concret sur quoi porter. Par ce geste, le maître du principal ne se sépare pas d'un des attributs de son domaine parce que le bénéficiaire de la renonciation n'est pas, par voie de démembrement, investi du droit d'accession sur la chose d'autrui. Par ce biais, le propriétaire du principal ne confère pas davantage de droit de superficie parce que cette modalité de la propriété n'existe encore pas faute d'objet. Par sa renonciation, le maître du principal accepte simplement de ne pas tirer profit d'un mode d'acquisition consécutif à son droit de propriété; ce qui, par incidence, permet au bénéficiaire visé de retenir la propriété des immeubles réalisés. Voir: J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, p. 105.

au bénéfice de l'accession de la part du constituant, mais bien transfert de cet attribut de la propriété démembrée au profit personnel de l'emphytéote. Ainsi, loin d'être temporairement suspendu, ce droit va s'exercer par et opérer à l'avantage exclusif de l'emphytéote tout au long de sa jouissance. En conséquence, les améliorations susceptibles d'acquisition par accession effectuées par des tiers appartiennent à l'emphytéote dès l'instant de leur union physique au fonds du maître. Comme le droit d'accession ne fonctionne pas à l'encontre du détenteur de ce pouvoir pour lui faire perdre et retrouver de suite son avoir, il suit de plus que les améliorations du même genre réalisées par l'emphytéote lui sont réservées en propriété dès et nonobstant leur incorporation au sol d'autrui. Repassant automatiquement en la main du constituant en fin d'emphytéose et jouant alors de plein droit en sa faveur, la "vis attractiva" matérielle du maître devient toutefois à ce moment un obstacle à l'existence de la propriété superficielle de l'emphytéote. Incapable cette fois de pouvoir résister au phénomène juridique de l'accession, ce dernier verra donc le constituant accéder instantanément à la propriété des additions faites à titre d'améliorations. Si ces améliorations devant être obligatoirement rendues au propriétaire du fonds en fin d'emphytéose ne lui appartenaient pas dès cet instant par voie d'accession, il nous faudrait admettre, avec toutes les conséquences et exigences

y rattachées⁹⁴⁵, que l'emphytéote lui en fait donation au terme de sa jouissance emphytéotique. Cela, nul ne l'accepte, ni même ne le mentionne, tellement il est bien reconnu que l'acquisition des superficies a alors lieu uniquement en vertu de la loi⁹⁴⁶.

B - Le jeu de l'accession met fin à la propriété superficière de l'emphytéote

374 - Si le droit d'accession récupéré par le constituant à l'expiration de l'emphytéose joue à son profit d'une manière automatique et immédiate pour occasionner à son acquis un transfert de la propriété des superficies de l'emphytéote, il s'ensuit du même coup que le droit de superficie de ce dernier sur certaines améliorations n'existe plus. Il s'évanouit par la consolidation des qualités de tréfoncier et de superficière. Cette disparition du droit ne signifie cependant pas que l'emphytéote avait une propriété bornée à temps. Chacun de ces points mérite d'être brièvement expliqué.

a) La propriété de l'emphytéote s'éteint par consolidation des qualités de superficière et de tréfoncier

375 - La propriété superficière est, par définition, essentiellement celle des immeubles par nature sis sur ou sous

945 Nécessité d'un acte notarié portant minute et assujettissement à l'impôt sur les dons.

946 Guyot, op. cit., p. 682.

la face du sol qui appartient, quant à lui, à une autre personne. Elle présuppose toujours l'existence de propriétés distinctes et délimitées là où il n'y aurait normalement qu'un seul domaine construit ou planté. Le propre du droit de superficie réside précisément et uniquement dans la situation physique particulière de son objet. Il ne peut donc plus y avoir pareille modalité de la propriété le jour où cessera la séparation juridique du fonds et des superficies. Ce jour sera celui de la réunion en la même main de la propriété du sol et de celle des constructions ou plantations, partant, celui de la consolidation des qualités jusqu'alors séparées de tréfoncier et de superficiaire⁹⁴⁷. En acquérant par accession la propriété des améliorations de l'emphytéote, le constituant réalise cette consolidation de qualités différentes. Ce dernier ne peut en effet avoir de droit de superficie dans un immeuble sis sur son propre terrain.

376 - Bien que la consolidation consécutive d'acquisition a pour effet d'éteindre le droit de superficie, elle laisse toutefois subsister les droits que l'emphytéote aurait accordés à des tiers sur les améliorations concernées. Comment d'ailleurs en serait-il autrement? La propriété superficiaire de celui-ci n'est pas, contrairement à l'emphytéose et aux sous-avantages

947 J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, p. 202.

y à même concédés, résolue de plein droit par l'arrivée du terme de jouissance. Elle est alors plutôt attribuée au constituant à raison de son droit d'accession retrouvé. Nous acceptons volontiers que, suivant l'article 581 c.c., l'emphytéote devra au moins laisser les améliorations promises en bon état de réparation. Comme la consolidation n'a cependant de conséquence qu'à l'égard des rapports juridiques dont elle rend l'exercice impossible⁹⁴⁸, savoir, en l'occurrence, le rapport de tréfoncier à superficiaire, le maître devra de son côté respecter les droits nés du chef de l'emphytéote en sa qualité de propriétaire absolu des améliorations obligatoires ou facultatives réalisées. Ces droits consentis à des tiers, tels une location, un usufruit, une hypothèque, une servitude, survivent à la fusion du droit de superficie dans la propriété du sol. Le constituant est tenu de s'y conformer et de les supporter pour l'avenir. Nous ne saurions trop insister sur ce point pour le distinguer du régime généralement appliqué aux intérêts accordés sur le fonds restitué en fin d'emphytéose.

b) Il y a absence de tempérament au principe de la perpétuité de la propriété

377 - Selon les auteurs, le droit de superficie fondé sur une jouissance temporaire du fonds où le maître d'icelui

948 H. De Page, op. cit., t. VI, pp. 335, 586.

conserverait à terme les superficies constitue soit un cas d'exception au caractère perpétuel de la propriété⁹⁴⁹, soit un cas d'usage superficiaire quelconque n'équivalant pas à propriété superficiaire⁹⁵⁰. Ces idées sont fausses et nous allons le démontrer par référence à la situation de l'emphytéote sur certaines de ses réalisations, situation qui est conforme aux données de l'hypothèse envisagée en doctrine.

378 - Tel que précédemment mentionné, ce n'est point l'arrivée du terme prévu au contrat, le déguerpissement ou la déchéance prononcée en justice qui, en soi, mettent fin à la propriété superficiaire de l'emphytéote sur certaines améliorations. Bien au contraire. C'est le droit d'accession à cet instant et à cette occasion récupéré par le constituant qui lui permet d'acquérir légalement les superficies de l'emphytéote. La propriété de ce dernier n'est donc pas véritablement affectée d'un terme extinctif, quoiqu'il ait été lui-même propriétaire d'une façon temporaire. Il y a en effet une grande différence en droit entre la propriété "ad tempus" et le fait d'être

949 Aubry et Rau, op. cit., t. II, p. 246; A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, p. 141; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, p. 60; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 61; A. Weill, Les Biens, p. 270; H. De Page, op. cit., t. V, p. 1103.

950 J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, pp. 102, 110, 112-113.

temporairement propriétaire. La propriété bornée à temps serait contraire à l'essence de ce droit⁹⁵¹, alors que la détention temporaire du domaine est, l'homme étant mortel, dans l'ordre normal et naturel des choses.

379 - Il y a aussi lieu en l'espèce de ne pas confondre la durée définie d'une modalité du droit de propriété et la durée indéfinie du droit de propriété lui-même, la durée déterminée, voire prédéterminée de la propriété superficielle et la durée indéterminée de la propriété tout court. Le droit de superficie ne peut exister que le temps de la superposition de propriétés distinctes habituellement réunies en un droit unique sur un héritage bâti ou implanté. Le droit de propriété doit exister pour tout le temps où il aura objet sur quoi porter⁹⁵². La consolidation des qualités de propriétaire superficielle et propriétaire tréfoncier fait disparaître la modalité temporaire du droit, mais la propriété sur ce qui était les superficies continue de perdurer en la main de celui qui, consécutivement à leur acquisition, a réalisé la confusion des droits. Le jeu

951 Vareilles - Sommières, op. cit., p. 456; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 60; J.-G. Cardinal, Le droit de superficie, pp. 101, 110.

952 J. Carbonnier, op. cit., t. III, p. 85; A. Colin et H. Capitant, op. cit., t. II, p. 132; H. De Page, op. cit., t. V, p. 782; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. II, pp. 60-61; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. II, p. 60; Vareilles-Sommières, op. cit., pp. 457-458.

immédiat de l'accession en fin d'emphytéose sonne donc le glas de la propriété superficière de l'emphytéote. Les améliorations ainsi transférées au constituant ne cessent toutefois pas d'être détenues en propriété. Cette modalité aura vécu le temps de l'institution d'emphytéose pour ensuite laisser place à une propriété pure et simple.

380 - En conclusion, quoique limité d'avance à la période où il aura le profit de l'accession, le droit de superficie de l'emphytéote sur certaines améliorations ne s'analyse pas de ce fait en une jouissance superficière ordinaire et ne constitue pas davantage un exemple de tempérament au principe de la pérennité de la propriété.

Ces précisions apportées sur le sort des réalisations emphytéotiques en fin de tenure, attaquons-nous maintenant au problème des indemnités dues suite à leur acquisition par accession.

Paragraphe II - La propriété des améliorations acquises par accession n'oblige qu'exceptionnellement au paiement d'une indemnité

381 - L'emphytéote étant de droit tenu d'investir dans le fonds reçu, le produit de son investissement ne peut que rester au constituant sans indemnité en fin d'emphytéose. Ce dernier n'a en effet pas à payer pour ce qui lui est dû. Le principe est néanmoins susceptible d'exceptions mineures et il

y aura alors lieu de considérer s'il existe ou non des garanties au remboursement en faveur de l'emphytéote.

A - Le principe de l'absence d'indemnité due par le maître en fin d'emphytéose

382 - L'emphytéote n'est normalement pas autorisé à produire une réclamation indemnitaire pour la perte qu'il subit de ses réalisations au terme de sa jouissance du fonds. C'est en départageant les améliorations touchées ou non par cette règle que nous en comprendrons mieux la raison d'être.

a) Les améliorations visées par le principe

383 - L'assurance qu'a le propriétaire de recouvrer un jour son fonds grandement amélioré est déterminante en la matière. Sans cette assurance et l'obligation légale de l'emphytéote la garantissant, le maître ne consentirait sans doute jamais à céder un droit réel de jouissance aussi étendu et profond sur son héritage. Depuis la "lex Manciana", c'est en effet surtout en considération des réalisations imposées à l'emphytéote, partant, de celles escomptées éventuellement par le constituant, que ce dernier accepte de relâcher généreusement son lien d'appartenance-maîtrise sur son immeuble au profit de l'emphytéote⁹⁵³. Le canon annuel à recevoir, d'ailleurs modique par tradition,

953 Supra, n° 185.

n'a de tout temps représenté qu'une cause accessoire et secondaire à son engagement d'investir l'emphytéote des principaux attributs de la propriété⁹⁵⁴. Il est ainsi permis d'affirmer que les améliorations promises sont la juste contrepartie de l'ampleur du droit accordé à l'emphytéote et de la propriété superficielle à laquelle il donne ensuite naissance. Comme le maître n'a pas à rembourser le coût des améliorations nécessaires et des réparations de gros et menu entretien constituant les charges correspondantes à trois des grandes prérogatives détenues par l'emphytéote⁹⁵⁵, il n'a pas davantage à indemniser ce dernier du prix des réalisations obligatoirement effectuées en compensation de la jouissance de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire sur l'immeuble d'autrui et de la réserve en superficie pour un temps de certaines d'entre elles. Tel est là le règlement forfaitaire implicite et inhérent à l'institution d'emphytéose.

384 - La solution ci-dessus est conforme à l'avis généralement exprimé en doctrine et en jurisprudence sur un point qui n'a jamais vraiment divisé les auteurs et les juges⁹⁵⁶. Cette unanimité est d'autant plus surprenante qu'aucun texte,

954 C'est uniquement lorsque l'obligation d'améliorer n'était pas de rigueur que la rente imposée au pseudo-emphytéote prenait une importance certaine et décisive aux yeux du maître.

955 Supra, n^{os} 363-364.

956 Supra, note 933.

même l'article 581 c.c. généralement cité à l'appui, ne tranche clairement la question. Au code "de emphyteutico iure" il n'était traité, d'une part, que de la perte inconditionnelle de toutes les améliorations par l'emphytéote lors de la déchéance de ses droits pour négligence caractérisée dans le service régulier du canon⁹⁵⁷ et, d'autre part, que du paiement de pareilles réalisations par le maître suite à l'exercice de son droit de préemption⁹⁵⁸. Argumentant "a contrario", certains ont à ce moment prétendu que le constituant était redevable du prix des différentes améliorations quand l'emphytéose venait à s'éteindre par l'expiration du temps convenu⁹⁵⁹. Cette forme d'argumentation abusive fut décriée par la plupart des auteurs qui, partant, refusèrent de partager l'opinion ainsi émise⁹⁶⁰. Dans l'Ancien Droit par contre, l'obligation d'améliorer n'était pas constitutive d'état et la clause au contrat à cet effet habituellement jugée de pur style⁹⁶¹. En conséquence, le débat s'était centré

957 C.J. IV,66, 2.

958 C.J. IV,66, 3.

959 Mühlenbruch, Voët et Thibaut dont l'opinion est rapportée par: G.G. Tocilesco, op. cit., p. 99; Jh. Lefort, op. cit., p. 84; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 77; G. Dufour, op. cit., p. 53.

960 Jh. Lefort, op. cit., pp. 84-85; G. Dufour, op. cit., p. 53; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 77; G.G. Tocilesco, op. cit., p. 99.

961 Supra, n^{os} 43 et ss,

uniquement sur le problème suscité par les améliorations volontaires de l'emphytéote, problème que nous examinerons plus loin⁹⁶². Quant au droit moderne, il faut distinguer selon les pays. En France et en Belgique, l'emphytéote n'est toujours pas de droit contraint d'améliorer⁹⁶³. Ses réalisations facultatives sont donc les seules à faire l'objet d'une disposition particulière⁹⁶⁴. Les améliorations sont par ailleurs de l'essence du contrat dans la tenure emphytéotique québécoise et dans le bail à construction en France⁹⁶⁵. Les articles se rapportant à leur sort en fin de jouissance du fonds indiquent qu'elles sont retenues par le constituant, sans toutefois préciser, hélas, qu'il les conserve gratuitement⁹⁶⁶. Ce n'est donc

962 Infra, n^{os} 385 et ss.

963 Supra, n^o 340.

964 "Si le preneur fait des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut les détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité" (article 943 C.R.). "L'emphytéote ne pourra forcer le propriétaire du fonds à payer la valeur des bâtiments, ouvrages, constructions et plantations quelconques, qu'il aurait fait enlever, et qui se trouvent sur le terrain à l'expiration de l'emphytéose" (article 8 de la Loi du 10 janvier 1824).

965 Article 567 c.c. et article 1 de la Loi n^o 64-1247 du 16 décembre 1964.

966 Article 581 c.c. et article 2 de la Loi n^o 64-1247 du 16 décembre 1964.

point par le texte, comme on l'a si souvent fait au Québec, qu'il faut chercher à justifier l'absence d'indemnité due à l'emphytéote pour ses améliorations obligatoires, mais bien par l'économie générale de l'institution d'emphytéose. Il est en effet dans la nature de cette convention que le fonds soit restitué au maître avec une plus-value certaine, produite et représentée par des améliorations véritables⁹⁶⁷. Telle est en conséquence la règle, savoir: que les améliorations promises restent au propriétaire foncier en fin d'emphytéose sans qu'il soit dû de remboursement à l'emphytéote. Si l'acte constitutif ne distingue pas entre les améliorations obligatoires et facultatives de ce dernier, toutes ses réalisations seront évidemment soumises au même régime.

b) Les améliorations non visées par le principe

385 - Il est deux cas où l'emphytéote peut espérer compensation pour la perte de ses améliorations au bénéfice du maître à l'extinction du droit d'emphytéose: quand ce dernier lui a promis une indemnité et lorsqu'il a choisi de retenir les réalisations volontaires.

967 W.R. Johnston, op. cit., p. 338; W. Kamps, op. cit., pp. 115-116, 121; *Argou, op. cit., p. 307; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 304; R. Pugnère, op. cit., p. 201.

386 - Dans la première éventualité, il semble y avoir peu de chose à dire. Le contrat fait la loi entre les parties et il doit être respecté. Cela ne paraît guère douteux effectivement pour la clause ayant trait aux améliorations exécutées de plein gré par l'emphytéote. L'engagement du propriétaire à les payer à leur valeur, à leur coût ou sur la base d'un autre mode de calcul ne porte en aucune façon atteinte à ce qui est de l'essence du lien d'emphytéose⁹⁶⁸. Que penser cependant de pareille stipulation à propos des constructions et plantations obligatoirement faites par l'emphytéote? N'y a-t-il pas alors contradiction manifeste de finalités entre l'institution d'emphytéose et l'entente relative au remboursement des impenses promises à l'acte constitutif? Nous le croyons. Le but premier de la tenure emphytéotique a toujours été la mise en valeur d'un héritage. Ce résultat désiré est inscrit au coeur même de l'institution par l'obligation légale de bonifier. La politique de faire-valoir indirect poursuivie par le maître est certes facilitée grâce à l'ampleur des prérogatives et la longue durée de jouissance accordés à l'emphytéote; avantages qui, par le sentiment de sécurité procuré, l'incitent à investir tout en lui

968 P.B. Mignault, op. cit., t. III, p. 183; N.L. Rappaport, op. cit., p. 271; C. Charron, op. cit., pp. 20,23.

permettant d'amortir. Ces arrangements ne font toutefois que traduire le rapport équilibré entre le capital foncier et le capital humain réalisé par l'emphytéose. D'une part, l'emphytéote accède à peu de frais et pour longtemps à l'exercice de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire sur l'immeuble d'autrui, y compris le droit d'accession l'autorisant à conserver pendant le même temps la propriété superficière de certains ouvrages. D'autre part, le constituant voit son fonds se transformer et prendre graduellement de la valeur pour lui faire un jour retour en plein rapport, conformément à son intention précisée par le choix de l'instrument approprié à cette fin: le contrat d'emphytéose. Ce rapport équilibré des valeurs et des forces serait, estimons-nous, définitivement rompu par la promesse du maître d'indemniser l'emphytéote de la perte de ses améliorations obligatoires. Pis, telle convention à l'acte primitif le priverait de sa qualité emphytéotique⁹⁶⁹, le transformerait en une espèce de contrat d'entreprise.

387 - La deuxième hypothèse, celle où le propriétaire décide de garder pour lui les améliorations volontairement faites par l'emphytéote, est réglementée par le texte de l'article 582 c.c. Avant l'existence d'une semblable disposition, dont

969 W. de M. Marler, op. cit., pp. 135-136; N.L. Rappaport, op. cit., p. 267.

l'application présuppose l'absence d'accord sur le sujet à l'acte constitutif, la question du remboursement des réalisations facultatives avait été fortement discutée. Le débat est peut-être clos aujourd'hui, mais la solution prescrite à l'article concerné n'est pas, d'après nous, des plus satisfaisante ou des plus équitable pour l'emphytéote.

388 - Le code "de emphyteutico iure" ne traite pas du problème de la répétition des impenses volontaires. Malgré l'absence de textes formels, les spécialistes du droit de cette époque s'accordent pour dénier toute forme de compensation à l'emphytéote⁹⁷⁰. Ils assimilent ce dernier à l'usufruitier et au possesseur de mauvaise foi qui n'avaient droit à aucune indemnité pour leurs améliorations et étaient même présumés en faire donation au propriétaire. Sous l'ancien régime, le système consacré par les tribunaux n'admettait en aucun cas la réclamation de l'emphytéote⁹⁷¹. Cette jurisprudence, fondée encore une fois sur un rapprochement des situations de l'emphytéote et du possesseur de mauvaise foi, paraissait "très rude" à la plupart des auteurs du temps, voire contraire à leur sentiment.

970 Supra, n^o 384.

971 Tel que rapporté par: *Argou, op. cit., p. 303; *Sebire et Carteret, op. cit., p. 457; Merlin, Répertoire de jurisprudence, t. V, p. 722; Pepin Le Halleur, op. cit., p. 303; Troplong, op. cit., p. 155; G.G. Tocilescu, op. cit., p. 258; G. Dufour, op. cit., p. 177.

Ces derniers préféreraient de beaucoup "reconnaître à l'emphytéote le droit d'enlever ces constructions ou d'en exiger la valeur"⁹⁷². Nos codificateurs ont, à l'article 582 c.c., proposé une solution mitoyenne entre le refus et l'assurance complète de remboursement pour les améliorations librement réalisées. Plaçant toujours l'emphytéote sur le même pied que le fameux possesseur de mauvaise foi, les rédacteurs de nos lois établirent son droit à leur coût ou valeur actuelle quand le constituant opte pour la conservation d'icelles. Faute cependant par le maître de faire ce choix, l'emphytéote devra soit se contenter de garder pareilles améliorations en supportant les frais d'enlèvement, de réinstallation et de remise en état du fonds, soit de subir leur perte sans indemnité si elles ne sont point susceptibles d'enlèvement profitable ou non-dommageable et même, dans cette éventualité, assumer le coût de leur disparition ordonnée par le propriétaire. Dans son ensemble, la solution du législateur manque d'équité. D'une part, elle peut, comme nous l'avons déjà souligné, donner lieu à des abus de la part du maître dans le cas des améliorations culturelles, qui sont toujours indissociables du fonds⁹⁷³. D'autre part, elle sanctionne un inadmissible rapprochement de qualités

972 Sebire et Carteret, *op. cit.*, p. 457. Dans le même sens, voir aussi tous les auteurs à la note 971.

973 *Supra*, n° 366.

entre l'emphytéote et le possesseur de mauvaise foi qui a pour conséquence de soumettre la destruction des valeurs créées au caprice du propriétaire. Or on ne doit pas oublier que l'emphytéose emporte jouissance des principaux attributs de la propriété et que la limitation de l'obligation d'améliorer à des ouvrages particuliers ne peut être considérée comme une restriction à la généralité des pouvoirs de l'emphytéote, partant, à son droit le plus strict de faire profiter l'héritage d'investissements supplémentaires sans pour autant devenir un possesseur de mauvaise foi et être ensuite traité comme tel. Il importe donc que l'article 582 c.c. soit modifié en conséquence.

Ceci dit, voyons si l'emphytéote bénéficie ou non de sûretés pour le remboursement des sommes qui lui sont exceptionnellement dues.

B - La garantie au remboursement de l'indemnité
exceptionnellement due à l'emphytéote

389 - Nous avons établi que l'emphytéote a droit à une indemnité pour ses améliorations non obligatoires si le propriétaire s'engage d'avance à en payer le prix et si ce dernier choisit librement de les conserver en fin d'emphytéose. En cherchant à présent à déterminer si l'emphytéote est ou non un simple créancier chirographaire dans ces deux cas, on peut dès le départ éliminer un certain nombre d'hypothèses: celle des garanties de remboursement données à l'acte constitutif parce que leur étude ne présente aucun intérêt particulier dans le

cadre de ce travail et, pour défaut de congruité, celle des sûretés personnelles et de l'hypothèque dont la réalisation n'est pas abandonnée à l'initiative des parties. Au résultat, il ne reste donc à considérer que la possibilité d'existence d'un droit de rétention ou d'un privilège en faveur de l'emphytéote.

a) Droit de rétention?

390 - Institué dans son principe par la loi, le droit de rétention ne fait toutefois pas, à la différence des autres formes de garantie autorisées, l'objet d'une réglementation d'ensemble. Le législateur se contente simplement de lui réserver sa place au Code par des dispositions sporadiques indiquant que certaines personnes détenant la chose d'autrui sont à l'occasion fondées à en différer la restitution jusqu'à parfait paiement de leur dû à raison de cette chose par le maître d'icelle. L'identité de ces personnes et la nature du bien qu'ils ont parfois la faculté de retenir nous permettent de limiter nos propos à la situation envisagée par l'article 419 c.c.

391 - La pertinence de l'article 419 c.c. n'est pas douteuse tant et aussi longtemps que l'emphytéote nous sera présenté comme un tiers de mauvaise foi relativement aux ouvrages faits sans y être contraint par son titre. Partant, la seule difficulté à résoudre est celle de savoir si le texte en question

confère un droit de rétention au possesseur de mauvaise foi pour le remboursement d'améliorations généralement qualifiées d'utiles en doctrine et en jurisprudence. L'illustre Mignault prétend que le possesseur de mauvaise foi a le pouvoir de retenir l'immeuble uniquement pour le prix de ses impenses nécessaires⁹⁷⁴. Il importe peu dans son esprit que le propriétaire se soit engagé à payer les réalisations utiles parce que la créance du possesseur de mauvaise foi est alors "toute personnelle", ne se rapporte pas, selon les termes de l'article 419 c.c., à "des améliorations dont il a droit d'être remboursé"⁹⁷⁵. Cette opinion et les arrêts rendus en ce sens qui ont pour seul fondement l'argument d'autorité⁹⁷⁶, ne nous impressionnent guère. Nous partageons plutôt l'avis de W. de M. Marler sur la question. D'après cet éminent juriste, la disposition concernée ne distingue pas entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi et ce dernier a certes droit d'être remboursé des améliorations non nécessaires si le maître a promis de les payer⁹⁷⁷. Mais il

974 P.B. Mignault, op. cit., t. II, pp. 503-504.

975 Ibidem.

976 Lane et al v. Deloge, (1857) 1 L.C.J. 3, p. 4; Galarneau et al v. Chrétien, précité, pp. 87-88; Rochefort v. Rioux, précité, p. 517; Gagnon v. Loubier et al, précité, p. 346.

977 W. de M. Marler, op. cit., pp. 40-41.

y a mieux. L'article 419 c.c. ne fait aucune distinction entre les améliorations dont le tiers a droit d'être remboursé en vertu de la loi et celles dont il a droit d'être remboursé en vertu d'une entente. Les mots "sans préjudice au recours personnel de ce tiers pour l'obtenir", c'est-à-dire d'obtenir son remboursement, présupposent l'existence d'un tel recours sans préciser s'il est légal ou conventionnel. Il suit donc que le possesseur de mauvaise foi a droit de différer la restitution de l'immeuble jusqu'au paiement complet des impenses utiles auquel le propriétaire est obligé suivant l'accord intervenu à cet effet ou suivant l'option faite de les conserver au montant de leur coût ou de leur valeur⁹⁷⁸; partant, que l'emphytéote a la même prérogative en pareilles circonstances.

b) Privilège?

392 - Les privilèges sont des causes légitimes de préférence qui résultent exclusivement de la loi⁹⁷⁹. Il suffit donc de consulter les textes, en particulier les articles 1994 et 2009 c.c., pour savoir si la nature de la créance de l'emphytéote lui en assure le recouvrement par préséance sur les créanciers ordinaires du constituant. Or il appert, après

978 Lawrence v. Stuart, précité, pp. 303-304, 306, 308-309; Stuart v. Eaton, précité, p. 118; Ellice v. Courtemanche, précité, p. 442; Wright v. Wright, (1883) 6 L.N. 116, p. 117; Monnet v. Brunet, (1885) 17 R.L. 681, pp. 693-695; Dagg v. Dagg et al., (1899) 5 R. de J. 511, pp. 527-528.

979 Supra, n^o 218.

lecture de ces dispositions, que le législateur n'a pas créé de privilège en faveur de l'emphytéote pour garantir le remboursement des sommes qui lui sont exceptionnellement dues en fin d'emphytéose pour ses améliorations facultatives. Nonobstant cette constatation, il y a tout de même lieu, comme nous venons tout juste de reconnaître un droit de rétention à l'emphytéote, d'examiner attentivement la portée des articles 1994(4) et 2001 c.c. Dans le même ordre d'idées, il nous semble aussi important de vérifier le bien-fondé d'une certaine opinion voulant que la faculté de retenir un immeuble en vertu de l'article 419 c.c. s'analyse en un privilège immobilier⁹⁸⁰.

393 - La créance de ceux qui ont un droit de gage ou de rétention est, suivant l'article 1994(4) c.c., doublée d'un privilège mobilier. Ce privilège, colloqué au quatrième rang, ne s'étend toutefois pas, selon le dernier alinéa de cette même disposition, à tous les biens meubles du débiteur concerné. Il n'affecte que certains "objets particuliers" du débiteur, que certains de ses objets mobiliers puisqu'il s'agit en l'espèce d'un privilège sur les biens meubles. Bref, il est accordé un privilège au rétenteur en autant seulement où son droit de

980 A. Montpetit et G. Taillefer, op. cit., pp. 165-166; Crédit Foncier v. Loranger, précité, pp. 213, 216; Gagnon v. Loubier, précité, p. 342; Guay v. Thomas, précité, p. 459; Dempsey-Cadillac Gold Mines Limited v. Dufresne, précité, p. 379.

rétention porte sur des effets mobiliers. Comme le droit de rétention aménagé en faveur du possesseur à l'article 419 c.c. s'exerce sur un immeuble, il n'est donc guère surprenant de ne point voir son nom mentionné à l'article 2001 c.c. qui, dérogeant à la règle posée par l'article 1985 c.c., établit un sous-ordre de collocation parmi les créanciers privilégiés ayant droit de gage ou de rétention. Ceci étant, il s'ensuit par analogie que la faculté reconnue à l'emphytéote de retenir l'héritage du maître jusqu'à parfait paiement des sommes dues pour ses réalisations volontaires ne fait pas naître en sa faveur un privilège mobilier sur un, des ou tous les biens meubles du propriétaire.

394 - A la différence de l'article 1994 c.c. dont il est le pendant en matière immobilière, l'article 2009 c.c. ne range pas le droit du rétenteur d'immeuble parmi les créances privilégiées énumérées et classées entre elles par ordre. Le législateur n'étant cette fois pas allé au delà du droit de rétention et les causes légitimes de préférence étant limitées aux cas expressément prévus par lui, force nous est donc d'admettre que le droit de rétention de l'emphytéote n'a pas valeur de droit réel accessoire sur l'immeuble du constituant. Ainsi présentée, la chose nous paraît fort exacte et nous ne tenterons pas la contradiction en prétendant que le droit de rétention permettant à l'emphytéote de surseoir à la remise du fonds jusqu'à

l'accomplissement de la prestation corrélative du maître l'affranchit en fait de la loi du concours, aboutit en réalité à un droit de préférence et constitue sans nul doute une forme de sûreté immobilière sans texte. Point n'est besoin en effet de se rendre à ces extrémités pour faire valoir que l'emphytéote a malgré tout un privilège sur le domaine du propriétaire. La loi nous fournit elle-même un texte qui nous évite d'avoir recours aux thèses extensives, savoir: l'article 2072 c.c.⁹⁸¹. Par cette disposition, ce n'est toutefois pas la créance de l'emphytéote en qualité de rétenteur qui est garantie par privilège, mais bien sa créance en qualité de tiers détenteur pour le prix de certaines impenses facultatives. La distinction a son importance. Elle est confirmative de ce que le droit de rétention portant sur un immeuble ne donne pas, faute d'être mentionné à l'article 2009 c.c. et nonobstant l'avis de certains⁹⁸², naissance à un privilège, alors que le droit du possesseur au remboursement dû pour ses améliorations inclut tel privilège sur l'héritage rabonni; privilège qui lui permet d'être "préféré à tout autre créancier sur le montant, constaté par une ventilation qui se trouve être le produit de la vente de ces

981 P.B. Mignault, op. cit., t. IX, p. 156; W. de M. Marler, op. cit., pp. 455, 482-483.

982 Supra, note 980.

améliorations"⁹⁸³. Il est cependant opportun en la circonstance de préciser que le tiers détenteur, donc l'emphytéote, bénéficie de ce privilège uniquement dans les cas de délaissement sur poursuite hypothécaire pour sûreté de paiement des seules impenses réalisées par lui ou ses auteurs qui n'étaient pas personnellement tenus à la satisfaction de l'obligation hypothécaire.

De ce qui précède sur le droit de rétention et le privilège, il suit donc que l'emphytéote est relativement certain d'être intégralement payé pour les améliorations dont il a droit d'être indemnisé.

983 P.B. Mignault, op. cit., t. IX, p. 159.

CONCLUSION

C'est sans contredit par son but et par sa façon inédite de l'atteindre que l'institution d'emphytéose se distingue de et l'emporte sur les nombreux autres modes de mise en valeur des biens fonds. Il existe en effet plus d'un moyen connu de favoriser d'une manière ou l'autre l'exploitation profitable des immeubles. Le mérite et l'originalité de la tenure emphytéotique est toutefois de n'avoir que cette fin et d'y tendre avec bonheur en procurant aux parties intéressées un cadre juridique où toutes les règles sont agencées en fonction non seulement du résultat désiré, mais aussi de l'apport contributif de chacune d'elles.

Forgée au fil des siècles et des événements plutôt qu'imaginée d'un seul jet, la formule emphytéotique n'en vint vraiment à se préciser qu'une fois bien reconnue la nécessité et l'importance du labeur humain dans le développement des biens fonciers. Une civilisation et un droit dont nous sommes toujours les tributaires se chargèrent ensuite de transposer peu à peu l'évidence de cette réalité première en un partage des prérogatives du domaine correspondant à la revalorisation de l'élément travail aux dépens de l'élément capital; revalorisation qui s'était graduellement opérée à la faveur de très grandes

difficultés économiques. L'emphytéose n'est que cela, mais tout cela.

Du fait des invasions barbares, l'aménagement et la mise en oeuvre détaillée d'une idée de base assez simple ne profita cependant pas de suite à l'Occident. Le résultat péniblement acquis et définitivement consacré sous l'autorité de princes byzantins fut même longtemps et gravement compromis par l'interprétation erronée donnée aux lois des compilations retrouvées. Aussi n'est-ce que très récemment encore que ce dont on soupçonnait la richesse et le raffinement nous a été enfin restitué dans une version relativement conforme au modèle d'origine.

Pour à nouveau s'épanouir, servir et durer, il ne restait alors à l'institution d'emphytéose qu'à être d'abord débarrassée des dernières séquelles d'une époque transitoire pour être ensuite comprise dans ce qu'elle a de plus essentiel et expliquée dans ce qu'elle a parfois de plus complexe. Cet ouvrage n'a été qu'un pas en cette direction. Nous espérons qu'il n'aura pas été vain et qu'il en sera bientôt fait d'autres en respectant l'exemplaire et fragile équilibre des forces par le passé atteint dans l'espoir de lendemains meilleurs.

TABLE DES ABREVIATIONS

A.C.	Appeal Cases
A.D.	Anno Domini
A.J.P.I.	L'actualité juridique, propriété immobilière
al.	autre(s)
art(s)	article(s)
av. J.C.	avant Jésus-Christ
B.R.	Banc de la Reine ou du Roi
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile
C.A.	Cour d'Appel
c.c.	Code civil de la Province de Québec
C. de D.	Les Cahiers de Droit
chap.	chapitre
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
C.J.	Code Justinien
c.m.	Code municipal
C.N.	Code Napoléon
c.p.c.	Code de procédure civile
C.R.	Code rural français
C.S.	Cour Supérieure
c.v.	Loi des Cités et Villes
D.	Recueil Dalloz
D.C.	Dalloz Critique

D.C.A.	Dorion, Décisions de la Cour d'Appel
D.L.R.	Dominion Law Report
D.P.	Dalloz périodique
D.T.C.	Dominion Tax Cases
éd.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid, ibidem	Identique à la note précédente
J.C.P.	Juris-classeur périodique (Semaine Juridique)
Journ. off.	Journal Officiel
L.C.J.	Lower Canada Jurist
L.C.R.	Lower Canada Reports
liv.	livre(s)
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.N.	Legal News
McGill L.J.	McGill Law Journal
M.L.R.	Montreal Law Reports
M.R.N.	Ministre du Revenu National
no(s)	numéro(s)
op. cit.	Ouvrage cité
p.	page
para.	paragraphe
pp.	pages
P.U.F.	Presses Universitaires de France
P.U.M.	Presses de l'Université de Montréal

Q.L.R.	Quebec Law Reports
R.C.S.	Rapports de la Cour Suprême
R. de J.	Revue de Jurisprudence
R. du B.	Revue du Barreau
R. du D.	Revue du Droit
R. du N.	Revue du Notariat
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. de Droit Comp.	Revue de droit comparé de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.G.D.	Revue Générale de Droit
R.I.D.A.	Revue internationale des droits de l'antiquité
R.J.R.Q.	Rapports judiciaires révisés de la province de Québec (Mathieu)
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.L.	Revue légale
R.L.n.s.	Revue légale, nouvelle série
R.P.	Rapports de pratique du Québec
S.	Recueil Sirey
S. Chr.	Recueil Sirey (chronologique)
sect.	section
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
S.R.B.C.	Statuts révisés du Bas-Canada
ss.	suivantes

t.	tome
tit.	titre
U. of T.L.J.	University of Toronto Law Journal
v.	versus
vol.	volume
*	Identifie les auteurs cités par les Commissaires chargés de la codification des lois du Bas-Canada en matières civiles.

TABLE ALPHABETIQUE DES AUTEURS CITES

- ABERKANE, Hassen, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français, Paris, L.G.D.J., 1957.
- ACCARIAS, C., Précis de Droit Romain, 4e éd., t. I et II, Paris, Cotillon 1886.
- ANONYME, (1904-05) 7 R. du N. 260.
- ARGOU, Institution au droit français, 11e éd., t. II, Paris, Mequignon, 1787.
- ARONDEL, M., BOUILLON, J., LE GOFF, J., MEULEAU, M. et RUDEL, J., Rome et le moyen âge jusqu'en 1328, Paris, Bordas, 1968.
- AUBENAS, R., Cours d'histoire du droit privé, t. IV, Aix-en-Provence, La Pensée Universitaire, 1956.
- BAUDOUIN, Jean-Louis, Aspects modernes de la propriété privée en droit québécois, (1964) 1 R. de Droit Comp. 123.
- BAUDOUIN, Louis, Le droit civil de la province de Québec, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et WAHL, A., Traité théorique et pratique de droit civil - Du contrat de Louage, t. I, 3e éd., Paris, Sirey, 1906.
- BELANGER, L., Quel recours a le grevé contre l'appelé pour les réparations, améliorations et autres travaux qu'il a faits aux biens substitués? (1898-99) 1 R. du N. 1.
- BESNIER, Robert, Le régime des tenures en droit canadien français, (1935), Revue historique de droit français et étranger, 734.
- BONFANTE, Pietro, Histoire du droit romain, t. I, Paris, Sirey, 1928.
- BORAUD, André, Essai sur l'histoire des baux à long terme à Rome, thèse, Paris, 1907.
- BOUBLI, Bernard, La fonction libératoire du déguerpissement, J.C.P., 1973, I, 2518.

- BOUFFARD, Jean, Traité du domaine, Québec, Le Soleil Limitée, 1921.
- BOUSSAGEON, Bernard, Vers un nouveau mode d'accession provisoire à la propriété: "Le bail à construction", A.J.P.I. 1964-1-27.
- BRASSARD, T., Quelques réflexions en marge du décret ..., (1943-44) 46 R. du N. 361.
- BRETON, André, Théorie générale de la renonciation aux droits réels, 1928, Rev. trim. dr. civ., 261.
- CARBONNIER, Jean, Droit civil, t. III, Paris, P.U.F., 1969.
- CARDASCIA, Guillaume, Le concept babylonien de la propriété, 1959, R.I.D.A., 19.
- CARDINAL, Jean-Guy, Théorie de l'accession immobilière, (1966) I R.J.T. 285;
Le droit de superficie, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.
- CHARRON, Camille, Le bail emphytéotique, dans Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires de la Province de Québec, Montréal, 1969.
- CHEMINADE, Yvonne, Note J.C.P. 1972-2-17258 sous Bordeaux 9 mai 1972.
- CHENON, Emile, Histoire générale du droit français public et privé - Des origine à 1815, t. II, Paris, 1929;
Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la révolution, Paris, Larose et Forcel, 1881.
- CIOTOLA, Pierre, Dilemme: bail emphytéotique ou bail ordinaire, (1972) 7 R.J.T. 593.
- COLIN, Ambroise et CAPITANT, Henri, Traité de droit civil, refondu par Léon Julliot de La Morandière, t. II, Paris, Dalloz, 1959.
- COMTOIS, Roger, Commentaire, (1965-66) 68 R. du N. 111.
- COSSETTE, André, Considérations sur le droit de propriété et son évolution, (1967-68) 70 R. du N., 277.

COURTOIS, Christian, Tablettes Albertini, Paris, Arts et Métiers Graphiques, 1952, p. 195.

CUGNET, Traité abrégé des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd'hui Province de Québec, Québec, 1775.

CUQ, Edouard, Manuel des institutions juridiques des romains, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1917;
Le colonat partiaire dans l'Afrique romaine, d'après l'inscription d'Henchir-Mettich, dans "Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres de l'Institut de France", 1ère série, t. XI, 1ère partie, Paris, 1901, p. 83;
Études sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites, Paris, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 1929.

DABIN, Jean, Une nouvelle définition du droit réel, 1962, Rev. trim. dr. civ., 20.

De FERRIERE, Claude-Joseph, Dictionnaire de droit et de pratique, t. I et II, Paris, Théodore Le Gras, 1755.

DE JUGLART, Michel, Obligation réelle et servitudes en droit privé français, thèse, Bordeaux, 1937.

DEKKERS. René, Précis de droit civil belge, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1954, t. I.

DE LATAULADE, Denise et BOQUET, André, L'avenir du bail à construction, Gaz. Pal. 1974-1-3.

DELMAS-SAINTE-HILAIRE, J.-P., L'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qui ont un lien d'obligation, 1959, Rev. trim. dr. civ., 411.

De LORIMIER, Chs. C. et VILBON, Chs. A., La bibliothèque du code civil de la province de Québec, t. V et XX, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1880.

DELVINCOURT, Cours de code civil, 3e éd., t. III, Paris, A. Egron, 1824.

DEMOLOMBE, C., Cours de code Napoléon, t. IX, 4e éd., Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1875-82.

- DENISART, J.B., Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, 7e éd., t. II, Paris, Veuve Desaint, 1771.
- DE PAGE, Henri, Traité élémentaire de droit civil belge, t. V et VI par René Dekkers, Bruxelles, Etablissements Émile Bruylant, 1953.
- Des RIVIERES BEAUBIEN, Henry, Traité sur les lois civiles du Bas-Canada, III volumes, Montréal, Ludger Duvernay, 1832-33.
- DOMAT, J., Oeuvres complètes, Edition Joseph Remy, t. I, Paris, Firmin Didot, 1828.
- DUFOUR, Gaston, De l'emphytéose en droit romain et en droit français, thèse, Paris, 1893.
- DUMAS, Auguste, Histoire du droit français, Aix-en-Provence, La Pensée Universitaire, circa 1945.
- Edits, Ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du roi concernant le Canada, t. I, Québec, E.R. Fréchette, 1854.
- ELIUL, Jacques, Histoire des institutions de l'antiquité, 2e éd., Paris P.U.F., 1963.
- FARIBAULT, Léon, Traité de droit civil du Québec, t. XI, De la vente, Montréal, Wilson et Lafleur, 1961.
- FAYARD, Marie-Claude, Les impenses, Paris, L.G.D.J., 1969.
- FREGAULT, Guy et TRUDEL, Marcel, Histoire du Canada par les textes, t. I, Montréal et Paris, Fides, 1963.
- FREJAVILLE, Marcel, Note J.C.P. 1952-2-6909 sous Aix 3 janv. 1952.
- GARSONNET, E., Histoire des locations perpétuelles, et des baux à longue durée, Paris, L. Larose, 1879.
- GIFFARD, A.E., Droit romain et ancien droit français - Les obligations, 3e éd., par Robert Villers, Paris, Dalloz, 1970.

- GINOSSAR, Samuel, Droit réel, propriété et créance, Paris, L.G.D.J., 1960.
- GIRARD, Paul-Frédéric, Manuel élémentaire de droit romain, 8e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1929.
- GIRAUD, Ch., Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, t. I, Paris, Videcoq, 1846.
- GIROUX, George-M., Le privilège ouvrier, Montréal, Editions Albert Lévesque, 1933.
- GOUBEAUX, Gilles, La règle de l'accessoire en droit privé, Paris, L.G.D.J., 1969.
- GOULET, Maurice M., Copropriété née d'emphytéote?, (1972) 32 R. du B. 491.
- GRENIER, Traité des hypothèques, 3e éd., t. I, Clermont-Ferrand, Thibaud-Landriot, 1829.
- GUYOT, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, t. VI, Paris, Visse, 1784.
- HADAS, Moses, Imperial Rome, New York, Time Inc., 1965.
- HAJJE, Antoine, Etude sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain, thèse, Paris, 1926.
- HARRIS, Richard Colebrook, The Seigneurial System in Early Canada, Québec, les Presses de l'Université Laval, 1968.
- HENEKER, Dorothy A., The Seigniorial Regime in Canada, Montréal, 1927.
- IMBERT, Jean et LEGOHEREL, Henri, Histoire économique des origines à 1789, 2e éd., Paris, P.U.F., 1970.
- JETTE, Louis-Amable, De l'emphytéose (1933-34) 12 R. du D. 91.
- JOHNSTON, William R., Emphyteusis: A Roman "Perpetual" Tenure, (1939-40) 3 U. of T.L.J. 321.

- JOZON, P., De la nature du droit du preneur, Revue pratique du droit français, 1865-2-358.
- KAMPS, Werner, L'emphytéose en droit grec et sa réception en droit romain, (1938) III Recueil de la Société Jean Bodin, Bruxelles, 67.
- KORNPROBST, Michel, La notion de servitude en droit privé, Paris, Dalloz, 1937.
- LAMBERT, Guy, Cours de droit civil, Sainte-Ruffine, Maisonneuve, 1971.
- LANCTOT, Gustave, Histoire du Canada, 5e éd., t. I, Montréal, Beauchemin Limitée, 1967.
- LANGELIER, François, Cours de droit civil de la province de Québec, t. II, IV et VI, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906.
- LAVALLEE, Armand, De la saisie immobilière, (1927-28) 30 R. du N. 193.
- LEFEBVRE, Antonin, De la vente par le shérif et du titre qu'elle confère, (1943-44) 46 R. du N. 48.
- LEFORT, Jh., Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée, Paris, Ernest Thorin, 1875.
- LE HALLEUR, Pépin, Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français, Paris, Joubert, 1843.
- LEMIEUX, Rodolphe, Les origines du droit franco-canadien, Montréal, C. Théoret, 1901.
- LEPOINTE, Gabriel, Droit romain et ancien droit français - Biens, Paris, Dalloz, 1958.
- LEROUX, Gilbert, Les baux à ferme à Montréal au XVIIe siècle, (1959-60) 10 Thémis 162.
- LESAGE, Laurent, La radiation et son extension, (1931-32) 34 R. du N. 163.

- LESSONA, Silvio, Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil, 1912 Rev. trim. dr. civ. 361.
- LEVIE, Pierre, Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui, thèse, Louvain, 1951.
- LEVY, Ernst, West Roman Vulgar Law, The Law of Property, Philadelphie, American Philosophical Society, 1951.
- LIET-VEAUX, G. et SCHMIDT, J., Le bail à construction, D. 1965 Chr. 71.
- LINDON, Raymond, Note D. 1963-2-131 sous Civ. 11 déc. 1962.
- MARLER, William de Montmollin, The Law of Real Property, Toronto, Burroughs and Company (Eastern) Limited, 1932.
- MARTEL, Paul, Le placement hybride, (1968-69) 71 R. du N. 532.
- MARTINEAU, Pierre, Les Biens, Montréal, Cours de Thémis, 1973.
- MARTY, Gabriel et RAYNAUD, Pierre, Droit civil, t. II, vol. 2, Paris, Sirey, 1961.
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, Leçons de droit civil, 4e éd., t. II par Michel de Juglart, Paris, 1969.
- MAZEAUD, Léon, La responsabilité dans l'exercice d'un droit, (1955-56) 58 R. du N., 369.
- MAYRAND, Albert, Traité élémentaire de droit civil, les successions ab intestat, Montréal, P.U.M. 1971.
- M'CARTHY, Justin, Dictionnaire de l'ancien droit du Canada, Québec, John Nelson, 1809.
- MENARD, Anthime, De l'emphytéose en droit romain, thèse, Rennes, 1885.
- MERLIN, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5e éd., t. V et VI, Paris, Garnery et J.-P. Roret, 1827;
Recueil alphabétique des questions de droit, 5e éd., t. V et VII, Paris, Remoissenet, 1829.

- MIGNAULT, Pierre-Basile, Le droit civil canadien, t. II, III et IX, Montréal, C. Théoret, 1897.
- MONIER, Raymond, Manuel élémentaire de droit romain, t. I, Paris, Domat-Montchrestien, 1947.
- MONTPETIT, André et TAILLEFER, Gaston, Traité de droit civil du Québec, t. III, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945.
- MUNRO, William Bennet, The Seigniorial System in Canada, New York, Longmans, Green and Co., 1907;
Documents Relating to the Seigniorial Tenure in Canada, Toronto The Champlain Society, 1908.
- MUSSO, Dominique, Bail à construction et opérations d'urbanisation, A.J.P.I. 1965-1-3.
- NICHOLAS, Barry, An Introduction to Roman Law, Oxford, Clarendon Press, 1962.
- ORTOLAN, J., Explication historique des instituts de l'empereur justinien, 12e éd., liv. III et IV, Paris, Plon, 1883.
- OURLIAC, Paul et DE JUGLART, Michel, Note J.C.P. 1964-2-13831 sous Soc. 6 mai 1964.
- OURLIAC, Paul et DE MALAFOSSE, J., Histoire du droit privé - les biens, Paris, P.U.F., 1961.
- PELLETIER, Jean, Les immeubles par nature et par destination, (1957-58) 3 C. de D. 15.
- PERRET, Louis, Chronique de droit de la propriété et des droits réels, (1971) 2 R.G.D., 85.
- PESSONNEAUX, Emile, Dictionnaire Grec-Français, 28e éd., Paris, Librairie Classique Eugène Belin, 1953.
- PINATEL, José, L'emphytéose dans l'ancien droit provençal, thèse, Aix-Marseille, 1938.

- PLANIOU, Marcel, Note D.P. 1912-1-113 sous Civ., 18 oct. 1911
Note D.P. 1892-2-409 sous Paris 8 févr. 1892;
Traité élémentaire de droit civil, 3e éd., t. I, Paris, Cotillon,
1904.
- PLANIOU, Marcel et RIPERT, Georges, Traité pratique de droit civil fran-
çais, t. III par Maurice Picard, Paris, L.G.D.J., 1952.
- POTHIER, Traité du contrat de bail à rente, édition Bugnet (2ième), t. IV,
Paris, Plon, 1861.
- POURCELET, Michel, L'évolution du droit de propriété depuis 1866, dans
"Le droit dans la vie économique-sociale", II Livre du centenaire
du Code civil, Montréal, P.U.M., 1970.
- PROUDHON, Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de super-
ficie, t. I, Bruxelles, H. Tarlier, 1833.
- PUGNIERE, Roger, Du bail emphytéotique, thèse, Lyon, 1904.
- RAPPAPORT, N.L., Emphyteutic lease, (1963) 23 R. du B., 265.
- Rapport des commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada,
en matières civiles, (3e), Québec, George E. Desbarats,
1865.
- ROY, J. Edmond, Le droit de superficie, (1900-01) 3 R. du N. 51.
- ROY, Pierre-Georges, Inventaire des concessions en fief et seigneurie,
fois et hommages et aveux et dénombremens, vols I, II et V,
Beauceville, L'Eclaireur Limitée, 1927 et 1929.
- SAINT-ALARY, Roger, Note D. 1955-2-591 sous Civ. 7 mars 1955;
Bail à construction et opérations d'urbanisation, J.C.P. 1966-1-
1976;
Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur
sur les lieux loués, 1947, Rev. trim. dr. civ. 263.
- SAUMAGNE, Charles, Tablettes Albertini, Paris, Arts et Métiers Graphiques,
1952, p. 3.

- SEBIRE et CARTERET, Encyclopédie du droit, t. II, Paris, Coulon et Cie, 1839.
- SEILLAN, Yves, L'acte abdicatif, 1966, Rev. trim. dr. civ. 686.
- SHERRARD, Philip, Byzantium, New York, Time Inc., 1966.
- SIMONS, Gerald, Barbarian Europe, New York, Time Inc., 1968.
- SIROIS, J., Comment se fait le rapport, (1916-17) 19 R. du N. 309.
- SIROIS, L.P., Du titre nouvel, 7 R.L.n.s. 403;
Droit de coupe de bois - Superficie, (1902-03) 5 R. du N. 98.
- SZLECHTER, Emile, De quelques considérations sur l'origine de la propriété foncière privée dans l'ancien droit mésopotamien, 1958, R.I.D.A., 121;
La nature juridique de la clause "ana qabê" en droit babylonien, 1959, R.I.D.A., 77.
- TOCILESCO, Georges G., Etude historique et juridique sur l'emphytéose en droit romain, en droit français et en droit roumain, thèse, Paris, 1883.
- TOUTAIN, J., L'inscription d'Henchir-Mettich, dans "Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres de l'Institut de France", 1ère série, t. XI, 1ère partie, Paris, 1901.
- TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code - De l'échange et du louage, 3e éd., t. I, Paris, Charles Hingray, 1859.
- TRUDEL, Marcel, The Seigneurial Regime, 5e éd., Ottawa, The Canadian Historical Association Booklets, 1971, no 6.
- VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, 1905, Rev. trim. dr. civ. 443.
- VIATTE, Jean, Note J.C.P. 1965-2-17 sous Seine 3 nov. 1964.

VOIRIN, Pierre, Note J.C.P. 1962-2-12838 sous lère Civ., 6 mars 1962.

WEILL, Alex, Droit civil - les biens, t. II, Paris, Dalloz, 1970.

TABLE ALPHABETIQUE DES ARRETS
DE NOS TRIBUNAUX

- Alliot v. The Eastern Township Bank, (1882) 2 D.C.A. 172
- Asbestos Corporation of Canada v. Blais, (1922) 60 C.S. 264
- Asselin v. Lévesque, (1913) 44 C.S. 481 et (1914) 23 B.R. 86
- Aubé v. Forget et al., [1967] C.S. 412
- Balston v. Pozer et Hôtel-Dieu, 2 Mathieu, R.J.R.Q. 255
- Barette v. Denis, (1926) 41 B.R. 435
- Barette et al. v. Lallier et al., (1894) 5 C.S. 65
- Baril v. Bolduc et al., [1952] B.R. 611
- Beaulieu v. Lefebvre et al., (1928) 44 B.R. 412
- Beauvais et al. v. Lépine, (1896) 10 C.S. 452
- Bédard v. Dugal et al., (1851) 1 L.C.R. 173
- Befega Inc. v. M.R.N., [1970] D.T.C. 1033 et [1972] D.T.C. 6170
- Bélair v. La Ville de Ste-Rose, (1922) 63 R.C.S. 526
- Bergeron v. McCarthy et al., [1973] C.S. 381
- Bergevin dit Langevin v. Grossman et al., (1915) 21 R.L.n.s. 364
- Bilodeau v. Dufour et al., [1952] 2 R.C.S. 264
- Bird et al. v. Dumont et al., (1923) 61 C.S. 109
- Blanchet v. Le Séminaire de Québec, (1865) 15 L.C.R., 104
- Bricault v. Bricault, (1881) 11 R.L. 163
- Brisson v. Plourde, (1895) 1 R. de J. 95
- Canadian Import Company v. Simard et al., [1958] C.S. 345
- Carpenter v. Déry, (1877) 8 R.L., 283
- Cedarbrook Golf and Country Club Inc. v. La Municipalité de Ste-Sophie, [1972] C.A. 92

- Chalout v. Bégin, (1895) 5 Q.L.R. 119
- Charest v. Flourde et al., [1948] B.R. 442
- Charland v. Lefebvre, (1930) 48 B.R. 182
- Cloutier v. Cloutier, [1951] B.R. 521
- Coffin v. Quinn et al., (1891) 14 L.N. 306
- Cohen et Zalkind v. M.R.N., [1967] D.T.C. 5175
- Cohen v. M.R.N., [1965] D.T.C. 470
- Commissaires d'école de St-Norbert v. Crépeau, (1886) 11 Q.L.R. 119
- La Compagnie de Prêt et de Crédit Foncier v. St-Germain et al., (1882) 26 L.C.J. 39
- La Compagnie du Grand Télégraphe du Nord-Ouest du Canada v. La Compagnie du Télégraphe de Montréal, (1889) 17 R.L. 203
- Cossit et al. v. Lemieux et Rattrey, (1881) 25 L.C.J. 317
- Côté v. Côté et al., (1935) 58 B.R. 196 ou (1935) 41 R. de J. 332
- Cournor Mining Co. Ltd v. Perron Gold Mines Ltd et al., (1952) R.L. 149 et [1963] B.R. 313
- Courteau v. Famette, [1972] C.S. 236
- Crédit Foncier v. Loranger, (1899) 8 B.R. 193
- Crédit Foncier Franco-Canadien v. Young, (1883) 9 Q.L.R. 317
- Dagg v. Dagg et al., (1899) 5 R. de J. 511
- D'Amours v. Sirois et Caron, (1935) 41 R. de J. 224
- Delorme v. Cusson, (1897-98) 28 R.C.S. 66
- Dempsey - Cadillac Gold Mines Ltd v. Dufresne, [1944] C.S. 374
- Desautels dit Lapointe v. Société de Construction Canadienne de Montréal, (1879) 2 L.N. 147
- Desjardins v. Gravel, (1881) 25 L.C.J. 105

- Desrocher v. St-Hilaire, (1929) 67 C.S. 125
- Desrosiers v. Béliveau et al., (1936) 60 B.R. 482
- Dingwell v. Delaney et al., (1896) 2 R. de J. 429
- Donahue Brothers Registered v. The Corporation of the Parish of St-Etienne de la Malbaie et al., [1924] R.C.S. 511
- Dufour v. Dufour, (1887) 10 L.N. 305
- Dufresne v. Lamontagne, (1864) 8 L.C.J. 197 ou 13 R.J.R.Q. 120
- Dulac v. Nadeau, [1953] 1 R.C.S. 164
- Dunn v. Wheatley et al., (1915) 48 C.S. 245
- Durand v. Clermont, (1914) 20 R.L.n.s. 271
- Duriez v. Corporation d'Aqueduc Laval, Terrebonne et l'Assomption, (1929) 67 C.S. 441
- Duskes v. Concreters Ready Mix Ltd et al., [1970] C.A. 922
- Ellard v. Miljour dit Miniquette, (1907) 16 B.R. 545
- Ellice v. Courtemanche, (1867) 17 L.C.R. 433
- Ex parte The Grand Trunk Railway Company, 5 Mathieu, R.J.R.Q. 5
- Ex parte Harvey, (1855) 5 L.C.R., 378
- Fanaberia Investments Inc. v. M.R.N., [1972] D.T.C. 1212
- Fauteux v. Parent, [1959] C.S. 203
- Feigelson et al. v. The Crown, [1973] D.T.C. 5056
- Flannigan v. Fee et al., (1890) 13 L.N. 98
- Fraser v. Brunette, (1887) 19 R.L. 305
- Fraser et al. v. The Rivière-du-Loup Pulp Co. Ltd et The Trust and Guarantee Co. Ltd, (1922) 32 B.R. 541
- Fréchette et al. v. Gagné, (1909) 36 C.S. 300
- Gagné v. Trépanier et al., [1964] B.R. 755

- Gagnon v. Loubier et al., [1925] R.C.S. 334
- Galarneau et al. v. Chrétien, (1884) 10 Q.L.R. 83
- Garant v. Gagnon, (1900) 17 C.S. 145
- Gauthier v. B. et M. Fortin Inc., [1971] C.A. 11
- Gilbert v. Girard, (1902) 8 R. de J. 294
- Gould v. The Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal, (1859) 3 L.C.J. 197
- Goulet v. Gagnon, (1882) 8 Q.L.R. 208
- Guay v. Thomas, (1926) 41 B.R. 454
- Guay v. Tremblay, (1928) 44 B.R. 536
- Hartford Fire Insurance Company v. The St-Lawrence Flour Mills Co. Ltd, (1925) 39 B.R. 484
- Henault v. Gervais, (1906) 12 R. de J. 229
- Horn Elevator Limited v. Domaine d'Iberville Limitée, [1972] C.A. 403
- Huot v. Danais, (1858) 8 L.C.R., 235
- In re Amédée Leclerc Inc.: Thibault v. De Coster, [1965] C.S. 266
- Kouri v. Ferguson and Canada Maple Exchange, (1922) 33 B.R. 208
- Lachapelle v. Nolet, [1946] C.S. 43
- La Cité de Hull v. National Fire Insurance Co. of Hartford, [1966] B.R. 483
- La Cité de Montréal v. Park Toboggan and Ski Club Ltd, [1962] R.P. 256
- La Corporation de la Paroisse de St-Judes v. Bergeron, (1924) 30 R. de J. 97
- Lafontaine v. Suzor et al., (1861) 11 L.C.R. 388
- Lajoie v. Dean, (1883) 3 D.C.A. 69
- Lamarre v. Côté et al., (1928) 45 B.R. 245

- Lamoureux v. Robert, (1935) 41 R. de J. 29
- Lampson et al. v. Bélanger, (1895) 7 C.S. 162
- Lampson v. Cité de Québec, (1916) 49 C.S. 307 et (1920) 54 D.L.R. 344
- Lane et al. v. Deloge, (1857) 1 L.C.J. 3
- Lapointe v. Crevier, (1907) 13 R. de J. 71
- Larue v. Bellerive et al., (1891) 17 Q.L.R. 154
- Larue v. The Château Frontenac Co., (1912) 41 C.S. 193
- Lawrence v. Stuart, (1856) 6 L.C.R. 294
- Leboeuf v. Douville, [1969] B.R. 472
- Leclerc et al. v. Brantford Oven and Rack Co. Ltd, (1932) 8 R.L.n.s. 509
- Lépine v. The Permanent Building Society of Jacques Cartier, (1876) 20 L.C.J. 300
- Leprohon v. De Bellefeuille et al., (1885) 1 M.L.R., C.S. 156
- Leroux v. McIntosh et al., (1913) 19 R.L.n.s. 444
- Mailhot et al. v. Brimbois, (1907) 32 C.S. 542
- Marsolais v. Grenier, (1900) 17 C.S. 296
- Masson v. Salomon, (1936) 62 B.R. 50
- Mathieu v. Berthiaume, (1908) 14 R.L.n.s. 506
- Matte v. Laroche, (1878) 4 Q.L.R. 65
- McCaskill v. The Richmond Industrial Co. et al., (1903) 23 C.S. 381
- McLaren et al. v. Kirkwood, (1881) 25 L.C.J., 107
- Méthot et al. v. O'Callaghan et Lampson, (1852) 2 L.C.R. 331
- Métropole Parking Inc. v. Trans-Canada Corporation Fund, [1965] B.R. 505
- Mignault v. Pelletier, (1923) 61 C.S. 370

- Monnet v. Brunet, (1885) 17 R.L. 681
- Montgomery v. McKenzie, (1890) 6 M.L.R., C.S. 469
- Montrad Limited v. Françon Limitée et al., [1972] C.S. 518
- Montreal, Light, Heat and Power Consolidated et al. v. Cité d'Outremont, (1930) 49 B.R., 456
- Montreal, Light, Heat and Power Consolidated v. The City of Westmount, [1926] R.C.S. 515
- Morin v. Grégoire, C.S. Joliette, 4 janvier 1967, No 19539, (1969) 15 McGill L.J. 103
- Mowry v. Bowen, (1884) M.L.R. 477
- Murphy v. O'Donovan et Lampson, (1852) 2 L.C.R. 333
- Nadeau v. Roseberry et al., (1900) 18 C.S. 542
- Nadeau v. Rousseau, (1928) 44 B.R. 545
- Nassif v. Bisson, (1931) 51 B.R. 118
- Naud et al. v. Lambert, (1918) 53 C.S. 403
- No 229 v. M.R.N., [1955] D.T.C. 63
- Paradis v. Lavoie, (1935) 58 B.R. 139
- Parent et al. v. Gauthier et al., (1891) 17 Q.L.R. 60
- Parent v. Kennedy, (1909) 15 R. de J. 329
- Pépin v. Racine et al., (1972) R.P. 29
- Picard v. Picard et al., (1915) 48 C.S. 316
- Piette et al. v. Fiset et al., [1945] C.S. 208
- Plamondon v. Lefebvre, (1877) 3 Q.L.R. 288
- Précourst v. Vidal, (1869) 1 R.L. 42
- Price et al. v. Leblond et al., (1900) XXX R.C.S. 539 et (1902) 8 R. de J. 190
- Prowse v. Simpson et al., (1885) 13 R.L. 302

- Prud'homme v. Scott et al., (1886) 30 L.C.J. 156
- Rémillard et al. v. Duval et al., (1890) 34 L.C.J. 83
- Ringuette v. St-Amour et al., (1914) 20 R.L.n.s. 485
- Ritchie v. Girard, (1899) 15 C.S. 162
- Robitaille v. La Compagnie d'Assurance Stanstead et Sherbrooke et al., [1948] C.S. 443
- Rocheffort v. Rioux, (1916) 49 C.S. 514
- Rosenstone v. M.R.N., [1971] D.T.C. 688
- Rousselet v. Boell et al., [1951] R.L.n.s. 463
- Sangster v. Hood, (1890) 18 R.L. 40
- St-Gabriel Land and Hydraulic Land Co. Ltd v. Consumers Cordage Co. Ltd, (1942) C.S. 257 et (1944) B.R. 305
- St-Lawrence Warehouse Inc. v. Canadian National Railway Company, [1973] C.A. 221
- St-Pierre v. Sirois, (1900) 6 R. de J. 431
- Sénécal - Crevier et al. v. Limoges et al., [1975] C.S. 199
- Sirois v. Hovington et al., [1969] B.R. 97
- Spooner v. Pearson, (1891) 7 M.L.R., C.S. 315
- Springhill Development Ltd v. M.R.N., [1972] D.T.C. 1003
- Stephenson v. Wallingford et al., (1894) 6 C.S. 183
- Stuart v. Eaton, (1858) 8 L.C.R. 113
- Têtu v. Chinic, (1864) 14 L.C.R. 147
- Têtu v. Martin et La Société de Construction de Québec, (1857) 7 L.C.R. 42
- The City of Montreal v. Watt and Scott Ltd, [1922] 2 A.C. 555
- The City of St-Lambert v. Logan, (1930) 68 C.S. 56

- The Lower St-Lawrence Power Company v. L'immeuble Landry Limitée, [1926] R.C.S. 655
- The Montreal Harbour Commissioners v. The Record Foundry & Machine Company et al., (1909) 38 C.S. 161
- The Standard Life Assurance Co. v. Lamy, (1901) 7 R. de J. 320
- The St-Lawrence Terminal Company v. Hallé, (1907) 16 B.R. 127
- Themens v. Royer, (1937) 62 B.R. 248
- Thibault v. Pelletier, [1949] C.S. 467
- Tremblay v. Guay, [1929] R.C.S. 29
- Trudeau v. Ricard, (1896) 2 R. de J. 233
- Van Nienvenhuysse v. The Town of Farham et al., (1902) 8 R. de J. 46
- Wright v. Wright, (1883) 6 L.N. 116
- Zappa v. Gagnon, (1938) 64 B.R. 433

TABLE CHRONOLOGIQUE DES ARRETS
DES TRIBUNAUX FRANCAIS

- Civ., 12 niv. an 12, S. Chr. 1-911
- Rouen, 1er août 1811, S. Chr. II-536
- Civ., 26 juin 1822, S. Chr. 1-99
- Paris, 10 mars 1831, S. 31-II-153
- Req., 19 juill. 1832, S. 32-I-531
- Douai, 15 déc. 1832, S. 33-II-64
- Paris, 3 fév. 1836, S. 36-II-147
- Civ., 1er avril 1840 (lère espèce), S. 40-I-433
- Alais, 31 août 1842, sous Req., 12 mars 1845, S. 45-I-382
- Nîmes, 30 mars 1843, sous Req., 12 mars 1845, S. 45-I-382
- Civ., 24 juill. 1843, S. 43-I-830
- Req., 12 mars 1845, S. 45-I-382
- Civ., 18 mai 1847, S. 47-I-623
- Civ., 6 mars 1850, S. 50-I-210
- Nîmes, 22 juin 1852, sous Req., 9 janv. 1854, S. 54-I-531
- Civ., 17 nov. 1852, S. 52-I-747
- Civ., 23 fév. 1853, S. 53-I-206
- Nîmes, 20 avril 1853, sous Req., 9 janv. 1854, S. 54-I-531
- Civ., 26 avril 1853, S. 53-I-445
- Req., 9 janv. 1854, S. 54-I-531
- Seine, 16 janv. 1856, sous Civ., 24 août 1857, S. 57-I-854 ou D.P. 57-I-326
- Seine, 10 avril 1858, sous Civ., 11 nov. 1861, S. 62-I-91
- Grenoble, 4 janv. 1860, S. 61-II-125
- Castres, 31 déc. 1860, sous Civ., 26 janv. 1864, D.P. 64-I-83

- Req., 6 mars 1861, S. 61-I-713
- Civ., 11 nov. 1861, S. 62-I-91
- Civ., 26 janv. 1864, S. 64-I-91 ou D.P. 64-I-83
- Req., 22 juin 1885, D.P. 1886-I-268
- Civ., 14 mai 1918, S. 1918-1919-I-114
- Civ., 19 mars 1919, S. 1920-I-120
- Paris, 17 mai 1922, Gaz. Pal., 1922-J-145
- Civ., 6 juill. 1931, S. 1931-I-376
- Civ., 28 mars 1939, D.C. 1942-J-119
- Civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. 1954-I-279
- Soc., 6 mai 1964, J.C.P. 1964-II-13831
- Civ. 3e, 12 mars 1970, D. 1970, 562
- Civ. 3e, 16 avril 1970, J.C.P. 1970-IV-143 ou A.J.P.I. 1970, 961
- Civ. 1e, 18 juin 1970, D. 1970, 561
- Civ. 3e, 28 nov. 1972, Gaz. Pal. 1973-J-216

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

Page

L'INSTITUTION D'EMPHYTEOSE

Introduction

I

Chapitre Préliminaire

De la tenure emphytéotique à travers les âges

A - Notion d'emphytéose	1
a) Définition du terme	1
b) But de l'institution	4
B - Origine de la tenure emphytéotique	9
a) Intérêt mitigé de la question et démarche proposée	9
b) Apparition de la tenure emphytéotique en droit romain	12
C - Evolution de la tenure emphytéotique dans l'Ancien Droit	41
a) L'époque franque	42
b) L'époque féodale	48
1° En France	48
2° En Nouvelle-France	65
D - Place de l'emphytéose en droit moderne	73

Première Partie

L'emphytéose confère à son bénéficiaire
un "jus in re aliena" bien délimité

Chapitre I - Qualification et délimitation des droits retenus et cédés sur l'immeuble transporté en emphytéose	83
Section I - L'antithèse bail-vente	84

Paragraphe I - L'emphytéote perçu comme un locataire	84
A - L'emphytéose de droit public était habituellement un louage	85
a) Il y avait louage en la forme	85
b) Il n'y avait point louage au fond	96
1° La couverture civile	98
2° La réalité prétorienne	102
B - L'emphytéose de droit privé n'est pas un louage	112
a) Il n'y a pas louage au fond	114
1° La relation louage-emphytéose est interdite	114
2° Telle relation ne ferait pas de l'emphytéose un louage	122
b) Il n'y a pas louage en la forme	130
Paragraphe II - L'emphytéote perçu comme un propriétaire	134
A - L'emphytéose de droit public était parfois une vente	134
a) L'équivalent d'une vente dans les effets procurés	136
b) L'absence de vente quant au transfert de propriété	143
B - L'emphytéose de droit privé n'est pas une vente	149
a) L'absence d'aliénation pure et simple	150
b) L'absence d'aliénation affectée d'une modalité	171
1° Propriété temporaire et résoluble	173
2° Copropriété	178
Section II - Le droit réel sur la chose d'autrui	181
Paragraphe I - Le démembrement romain	182
Paragraphe II - Le démembrement québécois	194
Chapitre II - Exercice des droits retenus et cédés sur l'immeuble transporté en emphytéose	204

Section I - La situation du propriétaire	204
Paragraphe I - De la constitution et de l'objet du droit d'emphytéose	205
A - Les modes de constitution de l'emphytéose	205
a) Par prescription?	205
b) Par contrat	208
B - L'objet du droit d'emphytéose	210
a) Un immeuble par nature	211
b) Un fonds de terre plus exactement	213
Paragraphe II - Du profit et de la protection des intérêts du constituant	215
A - Les sources de profit du constituant	216
a) Le canon emphytéotique	217
b) Les améliorations	233
c) Les droits de prélation et de mutation	258
d) La cession de droit	268
B - Les moyens de protection du constituant	270
a) Le privilège et l'hypothèque	272
1° Le privilège	273
2° L'hypothèque	278
b) Le pacte comissoire et la fourniture de caution	283
1° Le pacte comissoire tacite et exprès	283
2° La fourniture de caution	289
c) L'exception en matière de vente par le shérif et de vente pour taxes?	291
1° La vente par le shérif ne porte pas atteinte aux droits du constituant	291
2° La vente pour taxes ne porte presque pas atteinte aux droits du constituant	295

d) L'action en revendication et le titre nouvel	297
1° L'action en revendication	297
2° Le titre nouvel	299
Section II - La situation de l'emphytéote	305
Paragraphe I - De la liberté et de la protection des intérêts de l'emphytéote	305
A - De la liberté de l'emphytéote	305
a) Liberté à l'égard de son droit	305
b) Liberté à l'égard de l'objet de son droit	308
B - De la protection des intérêts de l'emphytéote	311
a) Protection contre le propriétaire	311
b) Protection contre les tiers	316
Paragraphe II - Du prix de la liberté de l'emphytéote et de sa libération	322
A - Du poids des obligations de l'emphytéote	322
a) L'importance et le contenu de ses obligations	323
b) La nature mixte de certaines de ses obligations	330
B - De la libération de l'emphytéote	334
a) Libération par déguerpissement	334
b) Libération par autres voies de droit	343

Deuxième Partie

Le "jus in re aliena" conféré donne occasionnellement naissance à une propriété superficielle en faveur de l'emphytéote

Chapitre I - L'accession profite à l'emphytéote pendant la durée de son droit	350
Section I - L'emphytéote jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire	350

Paragraphe I - Interprétation classique de la règle énoncée à l'article 569 c.c.	351
A - Le droit de détruire est réservé au maître de la chose	351
B - Le droit d'accession n'est qu'un mode d'acquisition de la propriété	353
Paragraphe II - Portée logique de la règle énoncée à l'article 569 c.c.	354
A - L'accession est un droit attaché à la qualité de propriétaire	355
B - Les droits attachés à la qualité de propriétaire sont en la main de l'emphytéote	361
Section II - L'un des droits attachés à la qualité de propriétaire réserve en superficie à l'emphytéote les améliorations susceptibles d'une propriété distincte du fonds détenu en emphytéose	366
Paragraphe I - Les améliorations nécessaires ne sont pas susceptibles d'un domaine de propriété distinct de celui de l'immeuble détenu en emphytéose	369
A - Les améliorations nécessaires prennent simplement la place d'une partie du bien préexistant cédé en emphytéose	369
B - L'emphytéote exerce sur ces améliorations les mêmes pouvoirs que lors de l'ouverture de son droit	372
Paragraphe II - Certaines réalisations emphytéotiques sont susceptibles d'un domaine de propriété distinct de celui de l'immeuble détenu en emphytéose	376

A - Les améliorations culturales se perdent dans le fonds détenu en emphytéose	377
a) Ces améliorations sont indissociables du fonds détenu en emphytéose	377
b) L'emphytéote profite uniquement de la plus-value donnée au fonds par ces améliorations	379
B - Les constructions et plantations réalisées par l'emphytéote sont des améliorations au fonds détenu en emphytéose qui ne perdent pas leur identité	381
a) Ces améliorations restent dissociables du fonds détenu en emphytéose dans lequel elles sont incorporées	382
b) L'emphytéote a la propriété superficielle de ces améliorations pendant la durée de son droit	387
Chapitre II - L'accession ne profite à l'emphytéote que pendant la durée de son droit	407
Section I - Tous les droits attachés à la qualité de propriétaire font retour au maître du fonds en fin d'emphytéose	407
Paragraphe I - La propriété comporte en soi un arrière-droit à toutes ses parties distraites	408
A - L'arrière-droit aux parties distraites est un aspect négligé, mais non méconnu de la propriété	409
B - L'arrière-droit aux parties distraites explique en quoi la propriété se meut sur un plan supérieur	410
Paragraphe II - Le maître du fonds jouit à nouveau de la plénitude des droits de la propriété en fin d'emphytéose	412

A - Il jouit de la plénitude des droits de la propriété à l'exclusion de toute autre personne	413
a) Exception faite des avantages par lui-même consentis antérieurement	413
b) Exception faite de certains avantages consentis par l'emphytéote avant l'extinction de son droit	414
B - Il jouit de la plénitude des droits de la propriété sur un fonds rabonni par les améliorations de l'emphytéote	417
a) Sans indemnité due pour les améliorations nécessaires	418
b) Sans indemnité due pour la plupart des améliorations culturelles	419
Section II - Le maître du fonds acquiert par accession la propriété superficière de l'emphytéote	423bi
Paragraphe I - Le droit d'accession se retrouve en la main du maître du fonds dès la fin de l'emphytéose	424
A - L'accession opère de plein droit et immédiatement en faveur du propriétaire foncier au terme de l'emphytéose	425
B - Le jeu de l'accession met fin à la propriété superficière de l'emphytéote	430
a) La propriété superficière de l'emphytéote s'éteint par consolidation des qualités de superficière et de tréfoncier	430
b) Il y a absence de tempérament au principe de la perpétuité de la propriété	432
Paragraphe II - La propriété des améliorations acquises par accession n'oblige qu'exceptionnellement au paiement d'une indemnité	435

A - Le principe de l'absence d'indemnité due par le maître en fin d'emphytéose	436
a) Les améliorations visées par le principe	436
b) Les améliorations non-visées par le principe	440
B - La garantie au remboursement de l'indemnité exceptionnellement due à l'emphytéote	445
a) Droit de rétention?	446
b) Privilège?	448

Conclusion