

0097111

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION
FINIUM REGUNDORUM

DROIT FRANÇAIS

DE LA
CONDITION DES TRANSPORTÉS
AUX COLONIES
(ÉTUDE DE COLONISATION PÉNALE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Aris BOUTINET

Avocat à la Cour d'appel

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889



*A mon oncle Bozile
Hommage de ma vie et avec affection
Moulin*

F 15 0 23



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION
FINIUM REGUNDORUM

DROIT FRANÇAIS

DE LA

CONDITION DES TRANSPORTÉS
AUX COLONIES

(ÉTUDE DE COLONISATION PÉNALE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 2 juillet 1889, à 2 heures 1/2

PAR

Aris BOUTINET

Avocat à la Cour d'appel

PRÉSIDENT : M. LEVEILLÉ

SUFFRAGANTS : { MM. BUFNOIR. } *Professeur.*
 { JOBBÉ DUVAL. } *Agrégés.*
 { LÉON MICHEL. }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE

L'ACTION « FINIUM REGUNDORUM »

INTRODUCTION

Nous n'entreprenons pas ici d'exposer dans leur ensemble les différentes règles qui régissaient le bornage chez les Romains. Cette étude, pour être présentée sans lacunes, exigerait des développements que la nature de notre travail ne saurait comporter. Si l'on voulait, en effet, rechercher quelles étaient, dans l'ancienne Rome, les règles suivies sur la délimitation de la propriété, sur la conservation des bornes, et sur la sanction des obligations des citoyens en cette matière, on se trouverait amené à examiner les institutions politiques et religieuses qui se rattachent à l'histoire de la propriété romaine.

Le droit de propriété a été tout d'abord établi à Rome par la religion.

« Ce ne furent pas les lois qui garantirent au début le droit de propriété, dit M. Fustel de Coulanges, ce fut la religion..... »

« Il est assez évident que la propriété privée était une institution dont la religion domestique ne pouvait pas se passer. Cette religion prescrivait d'isoler le domicile et d'isoler aussi la sépulture : la vie en commun a donc été impossible. La même religion commandait que le foyer fut fixé au sol, que le tombeau ne fut ni détruit ni déplacé. Supprimez la propriété, le foyer sera errant, les familles se mêleront, les morts seront abandonnés et sans culte. Par le foyer inébranlable et la sépulture permanente, la famille a pris possession du sol, la terre a été en quelque sorte imbue et pénétrée par la religion du foyer et des ancêtres¹. »

Le bornage, aussi ancien que le droit de propriété auquel il se rattache inséparablement, eut lui-même, à l'origine, un caractère religieux. Ainsi que l'a dit Michelet : « L'orientation et la limitation constituaient, chez les anciens, une sorte de religion de la propriété². »

Les géomètres élevés à la dignité de grands-prêtres formaient le collège important des *agrimensores* ; l'arpentage n'était pas seulement une opération géométrique, mais consistait aussi dans des rites religieux

1. Fustel de Coulanges, *Cité Antique*, p. 70.

2. Michelet, *Origines du droit français*, préface, p. 25.

rigoureusement observés ; enfin, la violation des bornes était punie des peines du sacrilège : « *Qui terminum exarasset*, dit Festus, *et ipsum et boves sacros esse*¹. »

Ces idées anciennes disparurent peu à peu, et le droit de propriété ainsi que le bornage perdirent tout caractère religieux. La délimitation des terrains ramenée à une opération ordinaire, les *agrimensores* devinrent de simples géomètres.

C'est alors que s'établirent les règles de l'action *finium regundorum* telles que nous les ont transmises les compilations du Bas-Empire. Ce sont ces règles qui ont traversé l'ancien droit pour passer en grande partie dans notre législation, que nous nous proposons d'étudier.

Laissant de côté la période du droit romain dans laquelle la limitation avait un caractère religieux et solennel, nous ne rechercherons donc pas quels étaient les rites sacrés et les procédés techniques suivis par les *agrimensores* dans les opérations du bornage. C'est au seul point de vue de l'établissement et de la conservation des bornes, au moyen de l'action *finium regundorum*, telle qu'elle fut organisée dans le droit classique et dans le droit de Justinien, que nous voulons nous placer. Notre étude ainsi limitée n'offre pas un pur intérêt d'érudition, elle comprend, en effet,

1. Festus, v^o *Terminus*.

l'explication de règles et de principes qui sont encore en grande partie appliqués, ce qui montre bien que, sur ce point comme sur tant d'autres, l'œuvre des lois romaines n'avait pas un caractère arbitraire et passager.

Après avoir dit quelques mots de l'origine et du fondement de l'action *finium regundorum*, nous examinerons successivement : l'objet de l'action, ses conditions d'exercice, ses caractères, sa procédure, et, en dernier lieu, les fins de non recevoir qu'on pouvait opposer au demandeur qui voulait l'exercer.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET FONDEMENT DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM*

A l'origine de Rome, quand les terres furent l'objet, sous les rois, d'un partage entre citoyens, le bornage eût lieu avec un caractère exclusivement religieux.

La délimitation de chaque pièce de terre ne se fit pas séparément, mais se rattacha à une division d'ensemble qui, conservée au moyen d'un plan figuratif, permettait aisément de se rendre compte de l'étendue et de la situation d'une parcelle quelconque. Plus tard, chaque fois que des terres conquises par les Romains donnèrent lieu à un partage, il se fit de la même façon et le bornage fut soumis aux mêmes règles.

Les terres se divisaient alors en deux classes bien distinctes, celles du domaine public, et celles qui avaient été distraites de ce domaine, pour faire l'objet d'un droit de propriété au profit des particuliers.

L'*ager publicus* comprenait presque exclusivement les territoires pris aux vaincus et qui n'avaient été ni distribués ni vendus¹. Ces terres reçurent à l'origine plusieurs destinations différentes. Les unes étaient exploitées au compte du trésor public², les autres, abandonnées aux vétérans de l'armée, moyennant une redevance, faisaient l'objet d'un droit particulier appelé *possessio*; et prenaient le nom d'*agri occupatorii*³. Enfin, il arrivait souvent que les Romains, après avoir soumis un pays, ne dépossédèrent pas complètement ses habitants. Les vainqueurs, dans ce cas, se contentaient de changer le titre de jouissance des vaincus; de propriétaires libres ils en faisaient des tributaires, qui, chaque année, devaient verser au trésor des sommes déterminées. Les fonds de terre qui se trouvaient ainsi restitués, dans une certaine mesure, portaient le nom d'*agri red-diti*⁴.

L'*ager privatus* était une portion distraite de l'*ager publicus* que l'Etat concédait gratuitement ou vendait aux particuliers, qui en avaient désormais la libre disposition.

L'*ager privatus* comprenait notamment des *agri*

1. V. M. Garsonnet, *Local. perpét.*, p. 77 et s.

2. Cic., de lege agraria, II, § 29.

3. Hygin, *Grom. vet.* p. 205; — M. Garsonnet, *op. cit.*, p. 115.

4. V. M. Garsonnet, *op. cit.*, p. 101.

assignati et des *agri quæstorii*. Les *agri assignati* étaient distribués gratuitement aux soldats ou aux citoyens; les assignations de terres étaient le plus souvent accompagnées de la fondation de colonies dépendantes de Rome¹. Par *agri quæstorii* on désignait les terres, qui, à la suite de conquêtes, étaient réparties par lots et vendues ainsi aux citoyens par les soins du questeur².

La distinction que nous venons d'établir entre l'*ager publicus* et l'*ager privatus*, fort importante, au point de vue du caractère de la possession des terrains qu'ils comprenaient, offre également un grand intérêt, relativement au bornage.

On ne pouvait, tout d'abord, obtenir ni concession ni vente de terres appartenant à l'Etat sans qu'un mesurage exact et une délimitation parfaite eussent été faits. Aussi, lorsqu'une loi intervenait, déterminant une certaine quantité de terrain qui devait être aliénée, le rôle des *agrimensores* commençait. Hyginus³ et Siculus Flaccus⁴ ont longuement décrit les

1. V. Garsonnet, p. 86 et s.

2. Siculus Flaccus, *De conditionibus agrorum*, *Grom. vet.*, p. 152; M. Garsonnet, p. 112. — Les *Agri vectigales*, à l'époque classique, étaient sans doute de simples concessions de l'*ager publicus*. A l'époque du Bas-Empire, ils n'appartiennent plus à l'Etat, mais aux cités et aux temples. Les *agri quæstorii* ont peut-être aussi, au début, constitué de simples possessions du domaine public; v. M. Garsonnet, p. 106 et s.

3. Hygin, *Grom. vet.*, p. 108 et s.

4. Siculus Flaccus, *loc. cit.*, p. 134 et s.

procédés à la fois solennels et techniques auxquels le bornage donnait lieu.

Sans rentrer dans l'examen des détails d'exécution de cette opération, nous indiquerons seulement ici les résultats qui découlaient du tracé des limites ¹. Les *agrimensores*, après avoir établi la délimitation des terres obtenues par les particuliers, en dressaient un plan qui devait servir plus tard à éviter toute contestation, au sujet de la contenance. Ils pouvaient d'ailleurs encourir une responsabilité pécuniaire lorsqu'ils se trompaient de mesure soit par leur faute, soit par leur dol. Quant aux indications qu'ils fournissaient, elles faisaient foi à l'égard de tous. Siculus Flaccus, dit en effet : « *Quidquid instituerunt, curandum erit ut fide publica aestimetur, nequis voluntario finem proferat* ². »

Le même Siculus Flaccus nous apprend que les possesseurs d'*agri occupatorii* ³ frappés des avantages qui résultaient ainsi de la limitation des propriétés, ne tardèrent pas également à recourir au bornage. Mais il fait toutefois observer que l'*agrimensor* intervenait ici à titre purement privé; la limitation qu'il opérât ne pouvait faire foi à l'égard des tiers.

1. Voy. de Tissot : *Etude historique et juridique sur la Condition des agrimensores, en droit romain*.

2. Siculus Flaccus, *Grom. vet.*, p. 154.

3. Appelés aussi *agri non limitati*.

Le bornage des terrains qui était d'une grande utilité pour les particuliers, entraînait d'ailleurs certaines conséquences que nous devons signaler. Le caractère religieux que les Romains donnaient à cette opération, et qui rendait la propriété qui en avait été l'objet à la fois inviolable et sacrée, faisait que les fonds une fois limités n'étaient susceptibles d'aucune augmentation. Le jurisconsulte Florentinus, faisant application de cette idée, dit en effet : « *in agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat* ¹. » Le fonds, ayant reçu des limites fixes et invariables, ne pouvait s'étendre au delà. Tout ce qui dépassait l'*æs* ou titre public rédigé par l'*agrimensor*, appartenait au voisin ou bien à l'Etat. Les alluvions, dans ce dernier cas, faisaient partie des *agri subsecivi*.

L'application du principe que nous avons posé plus haut, conduisait également à dire que l'île qui venait à se former dans le lit d'un fleuve bornant le fonds limité était une chose *nullius* sur laquelle le propriétaire riverain ne pouvait avoir aucun droit ². Ajoutons enfin, que si le fleuve abandonnait son lit, le propriétaire dont il limitait le fonds ne pouvait non plus prétendre à aucune portion de ce lit, qui ne faisait pas partie du terrain primitivement concédé ou vendu par l'Etat et mesuré par l'*agrimensor*.

1. L. 16, D. 41, 1; — V. M. Garsonnet, p. 115.

2. Ulp. 4, I, § 6, D. 43, 12.

Ces solutions rigoureuses, qui toutes découlaient du caractère sacré de la propriété, furent plus tard abandonnées. Justinien, se plaçant dans la dernière hypothèse que nous venons d'examiner, décide en effet que le lit abandonné appartient sans distinction aux riverains. C'est là ce qui résulte manifestement du § 23 des *Institutes*, au titre *De divisione rerum* où l'empereur s'exprime ainsi : « *Prior quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit.* »

M. Giraud explique de la façon suivante le changement qui s'était opéré. « Il arriva, par le laps de temps, que la conservation du bornage primitif et de ses souvenirs devint une œuvre très difficile. En effet, des mutations s'opéraient, les lots se démembraient, un seul propriétaire en réunissait plusieurs ; dans ces cas, la reconnaissance des limites devenait peu facile, si les possesseurs négligeaient d'en prendre soin ¹. » Ajoutons à ces explications que l'abandon graduel des idées religieuses fit assez promptement délaïsser une pratique dont l'accomplissement réclamait des formalités compliquées et gênantes.

La limitation solennelle disparut donc peu à peu, et les fonds de terre, quelle qu'en fut la provenance primitive, devinrent peu à peu, à une époque qu'il est

1. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété*, p. 126.

assez difficile de préciser, des *agri non limitati*. La confusion qui s'était opérée et qui explique la solution donnée plus haut par Justinien, fut, du reste, facilitée par les changements qui s'étaient produits dans la condition des possesseurs des *agri occupatorii*. Ceux-ci, par l'effet du temps, avaient peu à peu acquis sur les terrains qu'ils possédaient des droits, que personne, pas même l'Etat, ne songeait à leur contester ¹. Le préteur reconnaissant, du reste, le changement qui s'était opéré, avait mué d'action leur droit de propriété.

Aussi les auteurs parlant de la limitation des *agri quæstorii* et de celle des *agri occupatorii*, n'établissent plus, entre les deux, aucune distinction. Siculus Flaccus dit notamment : « *Ergo in quæstoriiis agris adhuc in regionibus quibusdam manentibus lapidibus, quibus limites inveniri possunt, aliqua vestigia reservant : sed ut supra diximus emendi vendendique aliquas particulas ita confuderunt possessores ut ad occupatoriorum conditionem reciderint* ². » Comme on le voit par ce texte, le bornage primitif aux formes solennelles, avait peu à peu disparu, laissant peu de traces de la pratique ancienne.

L'action *finium regundorum* était née, d'ailleurs, avant cette disparition. Envisagée d'une façon géné-

1. V. M. Garsonnet, p. 117.

2. Siculus Flaccus, loc. cit., p. 154.

rale, elle protégeait les limites des *agri limitati*, en même temps qu'elle permettait de borner les *agri non limitati*, et nous verrons que, pendant longtemps encore, on distinguait de nombreuses hypothèses pouvant donner lieu à l'application de l'action en bornage.

Au temps des *agri limitati*, la loi des XII Tables avait eu soin d'ordonner qu'entre les héritages, on laisserait une bande de terrain de cinq pieds de longueur : « Chaque champ devait être entouré d'une enceinte le séparant nettement des domaines des autres familles ; cette enceinte n'était pas un mur de pierre ; c'était une bande de terre de quelques pieds de large qui devait rester inculte et que la charrue ne devait jamais toucher. Cet espace était sacré ; la loi romaine le déclarait imprescriptible¹. » La même loi avait prévu les contestations pouvant résulter de l'incertitude de la ligne séparative et avait ordonné qu'elles seraient soumises à trois arbitres. Une loi *Mamilia*, sur laquelle on a peu de notions précises, décida plus tard qu'un seul arbitre devrait désormais trancher le différend dont nous parlons². Telle est l'origine de l'action *finium regundorum*.

Quand le bornage se fit sans caractère religieux, sans solennité, sans se rattacher à un ensemble d'opérations, l'action *finium regundorum* s'élargit. Elle

1. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 70.

2. Voy. Cicéron, *De legibus*, I, 21.

s'appliqua à toutes les hypothèses, où il y avait contestation sur l'existence ou sur la place des bornes, entre deux champs. C'est avec ce caractère que nous l'étudierons.

Le fondement de notre action est facile à indiquer. Les Romains considéraient avec raison, comme toutes les législations l'ont fait depuis, que c'est une obligation pour le propriétaire d'un fonds, vis à vis les propriétaires voisins, que de délimiter sa propriété. Voilà pourquoi ils ont muni d'action le droit qui résulte de cette obligation. La confusion des limites est considérée comme génératrice d'obligations, au même titre qu'un contrat ; l'obligation au bornage naît, en effet, *quasi ex contractu*, aussi bien que l'obligation qui résulte du fait de l'indivision.

L'on peut dire, d'ailleurs, que l'absence de limites entre deux fonds, établit entre eux, dans une certaine mesure, une sorte d'indivision de fait, qu'il importe de faire cesser. L'action *finium regundorum* qui permet d'arriver à ce résultat, est comme les deux actions *communi dividundo et familiæ exerciscundæ*, une action divisoire.

CHAPITRE II

OBJET DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM*

L'action *finium regundorum* a un objet principal qui est le même que celui de notre action en bornage et qui consiste dans l'établissement ou le rétablissement des limites de deux propriétés. A côté de ce but direct, l'action dont nous nous occupons pouvait également avoir pour objet la restitution de parcelles de terrain usurpées, l'adjudication d'une partie de propriété, ou bien encore le règlement des fruits à restituer par le possesseur évincé. Nous devons remarquer, à cet égard, que le droit romain ne faisait pas, comme notre législation, une distinction absolue et tout à fait tranchée entre l'action en bornage et l'action pétitoire, entre la simple contestation sur le placement des bornes et le procès portant sur la propriété d'une parcelle déterminée de terrain. A Rome, l'action *finium regundorum* pouvait tenir lieu de revendication. Du but complexe que pouvait poursuivre cette action ré-

sulte la nécessité de faire une distinction entre les deux hypothèses bien séparées qui pouvaient donner lieu à son exercice.

L'action *finium regundorum* pouvait d'abord être donnée pour établir la fixation de limites encore incertaines : dans ce cas, elle était dite simple ; en second lieu, notre action pouvait aussi se trouver compliquée d'une contestation sur une partie de terrain et alors elle était dite : *actio finium regundorum qualificata*¹.

L'étude des contestations qui pouvaient se produire, lors de l'exercice de l'action en bornage avait donné lieu à une analyse subtile et complète des différents points sur lesquels pouvaient exister des difficultés. Cette analyse se retrouve toute entière dans les compilations des écrits des géomètres romains. Au dire de Frontin, les *controversiæ agrariæ* étaient au nombre de 15. Le nom que les *agrimensores* ont donné à chacune d'elles indique quel était son objet. Nous donnerons quelques détails sur les *controversiæ de fine et de loco*, de beaucoup les plus importantes, nous contentant d'énumérer les autres avec quelques mots d'explication.

1° La *controversia de positione terminorum* avait pour but de faire cesser la confusion qui naissait du déplacement des bornes.

1. Molitor, *Oblig.*, t. II, p. 91; — Barruel de Saint-Pons, *Rev. histor.* 1878, p. 146.

2° *De rigore*. — Le rigor était un sillon formant ligne droite et qui, dans notre hypothèse, reliait plusieurs bornes ensemble, établissant ainsi une démarcation entre les deux fonds contigus. Les règles de cette controverse sont les mêmes que celles des *controversiæ de fine*.

3° *De fine*. — Qu'entendait-on tout d'abord par le *finis*? Les auteurs enseignent généralement que c'était un espace de cinq pieds, compris entre les deux propriétés. Quant à la nature de cet espace de cinq pieds et au caractère légal qu'il pouvait avoir, les avis sont partagés. Les uns disent que c'était un espace vide n'appartenant à personne et privé de toute culture¹; d'autres, au contraire, soutiennent que cet espace intermédiaire n'était pas *res nullius*, mais appartenait par moitié à chacun des propriétaires des fonds séparés². D'après M. Rudorff, dont l'opinion nous paraît seule devoir être admise, il n'y aurait là qu'une servitude légale, utile à la fois aux deux propriétaires³. M. Barruel de Saint-Pons, dans un remarquable article que nous avons déjà cité, s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : « Le mot *finis* désigne une servitude légale d'allée et de tour de charrue éta-

1. Godefroy, *ad Cod Theod.*, II, 26; — Cujas, édit. 1722, t. 7, col. 71; — Niebuhr, *hist. rom.*, IV, p. 428; — Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 309; — Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 77.

2. Puchta, *Cursus der institut.*, II, § 234, p. 514.

3. Rudorff, d'après Barruel de Saint-Pons, *loc. cit.*

blie, dans l'intérêt de l'agriculture, sur deux pieds et demi de terrain pris sur les deux fonds voisins de part et d'autre de la ligne de séparation, en tout cinq pieds¹. » Cette solution est bien celle qui paraît exprimée par les géomètres romains. Hyginus parle, en effet, du *finis* comme étant « *circumactus aratri quod usucapi non potest* »; il en fait ainsi une servitude légale qu'il oppose à la servitude conventionnelle *iter ad culturas accedentium*². Il y avait donc *controversia de fine* chaque fois que le procès portait sur un espace compris dans les deux pieds et demi, à partir de la ligne séparative.

4° *De loco*. — Ce que nous venons de dire, au sujet du *finis*, nous rend maintenant facile la définition du *locus*. On désigne ainsi toute parcelle de terrain plus étendue que les cinq pieds du *finis*. Les textes paraissent être formels sur ce point « *de loco controversia est*, dit Frontin, *quum quid excedit supra scriptam latitudinem*³ ». La loi 50, D, 16, dit également : « *locus est non fundus, sed portio aliqua fundi* ».

Il y avait donc *controversia de loco* toutes les fois que les anticipations prétendues portaient sur un

1. On remédie aujourd'hui à l'inconvénient qui résulte pour la culture de la contiguité des fonds en labourant d'une façon différente un espace de cinq pieds situé sur la limite du champ voisin.

2. *Gr. veteres*, p. 426.

3. *Gromatici, veteres*, p. 13.

espace de plus de deux pieds et demi, mesurés à droite ou à gauche de la ligne de démarcation véritable¹.

Il y avait, entre le *finis* et le *locus*, de nombreuses différences, dérivant presque toutes de cette idée que le *finis* était une servitude légale et se trouvait, par suite, imprescriptible, non susceptible de faire l'objet d'une possession *ad interdicta* ni d'une renonciation. Les règles de compétence, comme nous le verrons plus loin, n'étaient pas non plus les mêmes.

5° *De modo*. — La controverse portait sur l'étendue de la concession primitive d'un lot dans les terres limitées.

6° *De proprietate*. — Ici l'*agrimensor* n'avait à intervenir que pour régler la contenance exacte des deux propriétés.

7° *De possessione*. — Cette controverse relevait uniquement du préteur qui la tranchait par un interdit.

8° *De alluvione*. — On suppose ici que les eaux ont modifié la contenance d'un fonds de terre riverain et l'*agrimensor* intervient pour dire qui doit bénéficier de l'accroissement.

9° *De aquæ pluvix transitu*. — Dans cette controverse le juge conférait à l'*agrimensor* le titre d'expert et le chargeait de rétablir le *finis* que le ravage des eaux avait déplacé.

10° *De locis publicis*. — Cette controverse avait

1. Barruel de Saint-Pons, *loc. cit.*

pour objet de réprimer les empiètements qu'on aurait pu faire sur les terres restées dans le domaine public.

11° et 12° *De locis relictis et extrahis, et de subsecivis*. Ces deux controverses concernaient la limitation des terrains dont l'assignation n'avait pas été faite. « Si, à raison de la forme irrégulière du territoire à distribuer, de l'infécondité du sol ou des accidents de terrain, quelques parcelles avaient été laissées en dehors de l'assignation ou qu'il en restât de vacantes, après la formation des lots, elles continuaient d'appartenir à l'État, et les magistrats de la colonie n'y avaient pas de juridiction¹. »

13° *De territorio*. — Ce cas se rapproche des précédents en ce qu'il s'agissait encore ici de faire respecter le domaine public d'un municpe ou d'une colonie.

14° *De locis sacris et religiosis*. — Les terrains réservés au culte étant exemptés de limitation, l'*agrimensor* pouvait intervenir pour faire cesser les usurpations commises à leur égard.

15° *De itineribus*. — Cette dernière controverse avait pour objet de conserver leur largeur aux voies publiques.

Cette longue énumération terminée, nous devons examiner quelques-unes des difficultés accessoires que le bornage pouvait présenter. Que l'action fut

1. V. M. Garsonnet, p. 100; — Voy. aussi M. Accarias, t. I, p. 437.

simplex ou *qualificata*, l'objet était toujours principalement et directement la délimitation de la propriété. Mais, accessoirement et indirectement, comme conséquence de la délimitation, le procès pouvait, nous l'avons dit, avoir d'autres objets importants sur lesquels il nous reste à nous expliquer.

A. Tout d'abord, l'exercice de l'action *finium regundorum* pouvait donner lieu à la restitution de parcelles usurpées par l'un des voisins. La loi 7, D., X. 1, dit en effet : « *Is qui majorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui minorem locum possident, integrum locum adsignare compellitur* ¹ ».

B. En second lieu, le juge pouvait, au moyen de l'*adjudicatio*, rétablir les limites respectives des deux fonds, en procédant à une translation de propriété, au profit de l'une des parties. Ce pouvoir conféré au juge, par une partie de la formule de notre action, constituait une dérogation au droit commun, d'après lequel personne ne pouvait être obligé d'aliéner ou d'acquérir. C'était là, il faut le reconnaître, une véritable expropriation pour cause d'utilité privée, qui, du reste, n'a point passé dans notre droit.

Ce point une fois établi, nous devons nous demander dans quel cas le juge devait procéder à une adjudication. Les textes, sur ce point, présentent une grande clarté. La loi 2, § 1, D., X. 1, dit en effet : *Ju-*

1. V. aussi l. 4, C., 39.

dici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat. Gaius, dans la loi 3, au même titre, nous donne la même solution. L'adjudication n'intervient que lorsqu'il est impossible de trancher autrement la contestation, et alors celui qui bénéficie d'une parcelle de terrain *certa pecunia condemnandus est* ¹. Justinien, au livre IV de ses *Institutes* (titre XVII, § 6), partage également cette manière de voir.

Quant aux effets généraux de l'adjudication, ils ne sauraient entrer dans le cadre de cette étude. Rappelons seulement qu'elle laisse subsister les droits réels établis par le propriétaire antérieur, qu'elle emporte garantie de l'éviction, soit par *actio ex stipulatu*, si le juge a eu le soin de faire faire une promesse d'éviction, soit, dans le cas contraire, par l'action *ex præscriptis verbis* ².

C. Il pouvait, en troisième lieu, arriver que la limite fixée par le juge obligeât à la démolition de constructions ou à la destruction de plantations, lorsque ces constructions ou plantations se trouvaient sur le *finis* ³.

D. L'action *finium regundorum* peut encore avoir pour objet accessoire, le règlement des *imperies*

1. L. 3, D., X. 1.

2. L. 25, § 24, D., X. 2, et l. 10, § 2, D. X. 3.

3. L. 4 § 3, D. X. 1.

faites sur le fonds dont la restitution est ordonnée. La loi IV, § 1, au D. h. t. indique d'une façon générale la mission du juge à cet égard : « *In iudicio finium regundorum etiam ejus ratio fit quod interest.* »

En principe, il est donc certain qu'il fallait tenir compte au possesseur évincé, des dépenses faites par lui sur le fonds. Ce principe admis, nous devons rechercher à la fois la nature de ces dépenses et la qualité du possesseur admis à en bénéficier.

Le droit romain n'offre pas de règles uniformes sur le point spécial qui nous occupe. Les solutions données par les textes varient suivant qu'il s'agit d'une pétition d'hérédité, d'une revendication ou de l'action *communi dividundo*. Dans notre hypothèse, on pourrait hésiter entre l'application des règles ordinaires de la revendication et l'application par voie d'analogie de celles posées en matière d'action *communi dividundo*. Dans cette dernière action, en effet, comme dans celle qui nous occupe, il s'agit d'obligations quasi contractuelles ; on serait donc tenté d'affirmer que les règles relatives aux *impenses* sont les mêmes, dans les deux cas. La conséquence de ce raisonnement amènerait notamment à faire tenir compte au possesseur évincé, de toutes ses dépenses, soit nécessaires, soit simplement utiles. C'est ce qui résulte pour l'action *communi dividundo* des lois IV, § 3, VI pr. et § 3, 11, XIV, § 1, 22, 29 pr. D. *Com. Div.* Ces lois

ne font aucune distinction entre les dépenses nécessaires et utiles, au point de vue de l'exercice de l'action *communi dividundo*.

Nous pensons, malgré l'analogie qu'on a cherché à établir entre ces textes et l'hypothèse qui nous occupe, que lorsque la restitution d'une parcelle de terrain a été ordonnée, ce sont les règles ordinaires de la revendication qui doivent intervenir, quant aux *impenses*. Ce n'est pas, en effet, *quasi ex contractu* que les voisins sont obligés de se tenir compte des fruits qu'ils ont recueillis et des dépenses qu'ils ont faites. Leur obligation à cet égard est la conséquence directe des restitutions accessoires que le juge a imposées. La situation de celui qui est tenu de restituer une parcelle de terre est donc plutôt celle d'un possesseur ordinaire évincé par le véritable propriétaire. Ce point étant établi, il nous reste à signaler les distinctions, assez simples du reste, auxquelles aboutissent, en matière de revendication, les règles relatives aux *impenses*.

Aux termes des lois XXVII, § 5 et LXV. pr. D. *De rei vind.* le possesseur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, doit être indemnisé des dépenses nécessaires par lui faites. Quant aux dépenses simplement utiles, le possesseur de mauvaise foi n'a rien à réclamer ; le possesseur de bonne foi a droit, au contraire, à ce qu'on lui tienne compte ou de la plus-value obtenue.

nue, ou des dépenses qu'il a réellement effectuées¹.

Nous devons toutefois reconnaître que cette solution que nous donnons à la question des *impenses* est loin de rallier tous les auteurs. Un parti très puissant dans la doctrine et qui s'autorise de l'opinion de Cujas accorde au possesseur de mauvaise foi le droit d'obliger le propriétaire du fonds à lui tenir compte de la plus-value réalisée par ce fonds. Nous ne saurions discuter ici cette question qui dépasse les limites de notre sujet².

E. En même temps que la question des *impenses* qui pouvaient être dues au possesseur à qui une parcelle de terrain était enlevée pour être restituée à son voisin, pouvait se présenter la question des fruits perçus par ce possesseur. Nous devons nous demander ici à partir de quel moment il en devait compte. La question ainsi posée se rattache à la théorie générale des restitutions de fruits, qui a soulevé, en droit romain, de nombreuses difficultés.

En se plaçant dans la période du Bas-Empire, la question qui nous occupe reçoit une facile solution. Le § 35 des *Institutes* II, I, est en effet formel : l'acquisition des fruits est subordonnée non seulement à la bonne foi du possesseur, mais encore au fait de la

1. L. 37, 38, 48 et 65 pr. D. *De rei vind.*

2. Voy. Pellat, *Prop.*, p. 243 et s. ; — Ortolan, t. I, appendice V, 12^e édit.

consommation. Justinien, en effet, s'exprime ainsi : « *Et ideo, si postea dominus supervenit et fundum vindicat, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* » Le possesseur de mauvaise foi doit rendre tous les fruits qu'il a perçus ; le possesseur de bonne foi ne rendra que ceux qui sont encore entre ses mains.

La difficulté de la question qui nous occupe consiste à rechercher si la théorie développée aux *Institutes* était bien celle du droit classique ou si, au contraire, le droit classique n'admettait pas le possesseur de bonne foi à acquérir les fruits, par le seul fait de la séparation. Beaucoup d'auteurs admettent cette dernière opinion, que de nombreux textes paraissent justifier.

C'est d'abord la loi XXV, § I, D. XXII, I, dans laquelle Julien s'exprime ainsi : « *Porro bonæ fidei possessorin percipiendis fructibus id juris habet, quod domini prædiorum tributum est.* » Plus loin, le jurisconsulte compare le possesseur à un usufruitier, et il lui reconnaît plus de droits qu'à ce dernier. « *Præterea, cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonæ fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent ?* »

Gaius, il est vrai, dans la loi XXXIII, au même titre, se contente d'assimiler le possesseur de bonne foi à l'u-

sufruitier¹, et c'est encore la même solution qui paraît résulter de la loi XLVIII, pr. D, XLI, I, de Paul qui, en parlant du possesseur, dit : « *Quod ad fructus attinet loco domini pene est.* »

Les partisans de cette théorie concilient ces textes avec le passage des *Institutes* que nous avons rapporté plus haut, en disant que les principes du droit classique ont été modifiés plus tard, sous l'influence du senatus-consulte Juventien rendu en matière d'hérédité. C'est là, toutefois, attribuer, dans notre matière, au senatus-consulte une influence qu'il ne saurait avoir, car il est manifestement établi qu'il envisageait non pas le fait seul de la consommation, mais bien le fait de l'enrichissement. Cette théorie paraît néanmoins actuellement prédominante. Elle se heurte toutefois à un grand nombre de textes qui, selon nous, paraissent bien établir que Justinien n'a innové en rien, au point de vue spécial qui nous occupe.

Nous devons d'abord remarquer que le texte des *Institutes* ne présente pas la solution qu'il donne comme nouvelle. La loi XXII, C III, 32, n'en parle pas non plus comme d'une innovation². Les derniers mots de ce texte qui constatent qu'après la *litis con-*

1. « *Pleno jure sunt bonæ fidei possessores et fructuarii.* »

2. *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere eum ipsa præstare; bonæ fidei, vero extantes: post autem litis contestationem universos.* »

testatio tous les fruits sont dûs, font simplement allusion à l'un des effets de cette partie de la procédure et ne sauraient soulever aucune difficulté. A côté de ces textes datant du Bas-Empire, il en est d'autres qui appartiennent à l'école classique et qui indiquent d'une façon formelle que les seuls fruits dont le possesseur de bonne foi ne devait pas compte au véritable propriétaire étaient ceux qu'il avait consommés. La loi IV, § 19, D, 41, 3, de Paul, dit à ce sujet : « *Lana ovium furtivarum, si quidem apud firem detonsa est, usucapi non potest: si vero apud bonæ fidei emptorem, contra; quoniam in fructu est..... Idem in agnis dicendum si consumpti sint.* » La laine des brebis et les agneaux étant considérés comme fruits, deviennent, comme on le voit dans ce texte, la propriété du possesseur de bonne foi, mais seulement s'ils ont été consommés. La loi I, § 2, D, 20, 1, de Papinien reproduit la même idée, et la loi IV, § 2, D, X, 1, de Paul, en fait l'application à l'action même dont nous nous occupons : « *Post litem contestatam etiam fructus venient in judicio..... Sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit....* »

Dans notre action, les seuls fruits dont le possesseur de bonne foi ne devait pas rendre compte étaient donc ceux qu'il avait consommés.

La théorie adverse que nous avons examinée plus haut, fortement embarrassée par ces textes, les explique par des interpolations. « Il est facile de reconnaître, dit Pellat¹, que ce mot *consumpti* est une interpolation faite par les compilateurs byzantins, qui ont voulu mettre les textes qu'ils extrayaient des anciens jurisconsultes d'accord avec la jurisprudence du temps de Justinien. Il suffit, pour cela, de comparer ces passages avec ceux qui affirment sans restriction que le possesseur de bonne foi gagne les fruits, et de remarquer la singulière construction grammaticale que l'insertion du mot « *consumpti* » donne ordinairement à la phrase, laquelle devient très régulière par le retranchement du mot². »

Le reproche d'interpolation que l'on fait aux textes que nous venons d'examiner ne nous paraît pas être absolument prouvé. D'abord la loi IV, § 2, de notre titre, n'offre aucune singularité dans sa construction grammaticale. Quant à l'argument qui consiste à dire que la plupart des textes qui parlent des fruits consommés resteraient régulièrement construits si le mot « *consumpti* » en était retiré, nous ne croyons pas que ce soit là une preuve irrécusable d'interpolation. La théorie que nous avons soutenue et qui exige déjà, en droit classique, le fait de la consommation

1. Pellat, *De la propriété*, p. 307.

2. Voy. aussi M. Accarias, t. I, n° 250.

pour que le possesseur de bonne foi puisse garder les fruits, malgré le triomphe du revendiquant, a pour elle l'avantage de pouvoir concilier tous les textes sans y rien changer.

En résumé, certains auteurs pensent que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits comme le propriétaire par la séparation; d'autres apportent à cette opinion une restriction, pour le cas où un tiers revendique et triomphe, auquel cas les fruits encore aux mains du possesseur, au moment de la *litis contestatio*, doivent être restitués au véritable propriétaire. La distinction établie par cette dernière solution, bien que ne paraissant pas absolument satisfaisante pour l'esprit, nous semble cependant devoir être admise comme étant la seule qui tienne compte de tous les textes qui nous sont parvenus sur la question que nous venons d'examiner.

F. Il nous reste maintenant à dire quelques mots sur la question des frais de bornage. Ces frais, en principe, sont partagés par moitié. C'est là une solution très exacte qui résulte de la loi IV, § 1, D, X. 1. « *Sed et si mensor ab altero solo conductus fit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis.* » Cette solution, donnée par Paul, a été conservée dans l'article 646 de notre Code civil.

Nous devons, toutefois, faire remarquer que les frais qui se partagent ainsi par moitié sont ceux rela-

tifs aux opérations du bornage proprement dit. Quant aux frais des contestations soulevées à l'occasion du bornage, dans l'action *finium regundorum qualificata*, ils doivent être supportés par la partie seule qui a succombé.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM*

Pour déterminer exactement les conditions requises pour l'exercice de l'action *finium regundorum*, nous devons nous placer à deux points de vue différents. Nous devons, en effet, tout d'abord, nous demander à l'égard de quels fonds l'on peut exercer notre action et examiner ensuite quelles sont les personnes qui en sont investies. Les règles à suivre sur les deux points ont été soigneusement déterminées par les jurisconsultes romains. Ces règles, du reste, ont passé pour la plupart dans notre droit actuel, et un certain nombre d'entre elles suppléent encore aujourd'hui au silence du Code en cette matière.

§ 1^{er}. **A raison de quels fonds l'action *finium regundorum* peut-elle être intentée ?**

L'action *finium regundorum* suppose que l'on est en présence de deux ou plusieurs fonds, appartenant

à des propriétaires différents, constituant des *prædia rustica*, et qui sont contigus.

A. On comprend aisément que le bornage peut s'appliquer à un ensemble de fonds, aussi bien qu'à deux fonds seulement. C'est, du reste, ce que fait remarquer la loi IV, § 8, à notre titre : « *Non solum autem inter duos fundos, verum etiam inter tres, pluresve fundos accipi iudicium finium regundorum potest : utputa, singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte vel quatuor.* » Il arrivera, en effet, souvent, qu'en recherchant les limites exactes d'un fonds, on sera conduit à redresser et à modifier les délimitations de plusieurs propriétés. Une pièce de terre peut confiner d'un côté à plusieurs autres ; si, dès lors, plusieurs empiètements ont été faits de ce côté, le juge peut ordonner que ce que l'un des voisins perd sur un point, il le reprenne un peu plus loin sur un autre voisin, du fait duquel il aurait été dépossédé lui-même d'une parcelle de son fonds¹.

B. Les fonds doivent appartenir à des propriétaires différents.

Si deux fonds appartiennent au même propriétaire, ou si deux individus sont copropriétaires des deux fonds il ne peut y avoir lieu à l'action en bornage, la loi IV, § 6, de notre titre, le dit clairement : *qui communem*

1. MM. Aubry et Rau, prévoient une hypothèse analogue, t. II, p. 222.

fundum habent, inter se non condemnantur; neque enim inter ipsos accipi iudicium videtur.

Une hypothèse plus délicate peut se présenter ; c'est celle où, de deux fonds contigus, l'un est commun à deux individus et l'autre appartient à un seul des copropriétaires du précédent. On peut se demander, dans ce cas, si l'action *finium regundorum* est possible. Pomponius qui pose la question y répond négativement, et en donne la raison suivante : *quia ego et socius meus in hac actione adversarii non esse possumus : sed unius loco habemur*¹. Les deux propriétaires du fonds commun, dit le jurisconsulte, ne font, pour ainsi dire, qu'un. De là vient, pour le communiste qui possède le fonds contigu, l'impossibilité d'exercer l'action en bornage, car, le faisant, il agirait pour ainsi dire contre lui-même.

La raison ainsi indiquée par Pomponius résultant d'une impossibilité et non d'une rigueur formaliste, il s'ensuit que le propriétaire dont il s'agit ne pourra même pas obtenir d'action utile. La suite du texte nous en avertit, tout en nous indiquant une façon de remédier à cet inconvénient : « *Idem Pomponius, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.* » La seule ressource qui reste au propriétaire dont nous parlons, consiste, comme

1. L. 4, § 7. Dig., X, I.

on le voit, à vendre l'un des deux fonds, ce qui lui permettra d'agir en bornage à l'égard de l'autre.

Les décisions que nous donne la loi IV, § 7 de notre titre nous paraissent ne pas être en harmonie parfaite avec les solutions fournies par d'autres textes qui, dans des hypothèses analogues à celles que nous venons d'examiner, accordent une action.

Le même Pomponius, dans la loi XXVII, D, VIII, 2, prévoit le cas où, du fonds commun, on a jeté des objets sur le fonds voisin propre à l'un des communistes, et il donne une action. La même solution est donnée par Paul et Ulpien pour le cas où l'on répandrait de l'eau du fonds commun sur l'autre¹.

Cujas, dans son commentaire sur la loi IV, § 7, h. t.², s'efforce de concilier ces solutions avec celles que nous avons examinées précédemment. D'après lui, l'action *finium regundorum* n'étant pas susceptible de s'éteindre par prescription, on peut refuser l'action, sans craindre pour cela de voir disparaître le droit au bornage. Les servitudes, au contraire, pouvant s'acquérir par prescription, il était nécessaire de donner une action pour que le droit du *dominus*, dans les hypothèses que nous venons de reproduire, se conservât intact.

1. L. VI, §§ 2 et 3, et L. 11, § 5, D. 39, 3. Voy. aussi, L. XIV, § 1, D. 8, 5.

2. Edit. 1722, t. 7, col. 479.

Cette explication nous paraît contestable; car, si on peut soutenir que la prescription ne s'appliquait pas au *finis*, on ne peut en dire autant relativement au *locus*. Ajoutons qu'à l'époque où les compilateurs du *Digeste* ont introduit le texte de Pomponius, la prescription était admise d'une façon générale.

L'explication de Cujas repoussée, nous dirons qu'il y a dans le texte que nous avons précédemment examiné une solution spéciale à l'action *finium regundorum*, et qui tient à ce que les deux copropriétaires sont censés, pour le jurisconsulte romain, ne faire qu'une seule personne, au point de vue du bornage. Le propriétaire exclusif d'un des fonds semblerait donc plaider contre lui même en intentant l'action. Cette raison subtile n'existe pas dans les autres cas, et l'action qu'on y donne présente du reste un caractère moins indivisible que l'action en bornage. Au surplus la solution donnée dans la loi IV, § 7 h. t. présente un caractère peu rationnel, et ne saurait être suivie dans notre droit.

C. Les fonds doivent être des *prædia rustica*.

On sait que ces expressions désignent des fonds non bâtis, sans distinguer s'ils sont situés à la ville ou à la campagne. Les *prædia rustica*, à la différence des *prædia urbana* (propriétés bâties) donnent lieu à l'action *finium regundorum*. La loi IV, § 10, à notre titre, s'exprime à cet égard de la façon la plus explicite :

« *Hoc iudicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum : urbanorum displicuit.* » La raison de cette différence est donnée par le même texte : « *Neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur, et ea parietibus communibus plerumque disterminantur.* »

La loi II, pr. d'Ulpien, à notre titre, admet cependant l'action *finium regundorum*, même lorsque des édifices se trouvent élevés sur les limites des fonds ruraux, ce qui semble être en contradiction avec ce que nous avons établi précédemment. *Hæc actio pertinet ad prædia rustica, quamvis ædificia interveniant : neque enim multum interest, arbores quis in confinio an ædificium ponat.* La conciliation entre ces deux lois est facile à établir. L'hypothèse visée par Ulpien, dans la loi II diffère sensiblement de celle de Paul dans la loi IV du même titre. Ulpien fait allusion à un *prædium rusticum* voisin d'un fonds sur lequel se trouve situé un édifice, mais sans que la ligne séparative soit bien indiquée; Paul, au contraire, s'occupe de deux édifices bâtis l'un près de l'autre. Cela est si vrai que Paul lui-même, à la fin du texte précité, admet une solution identique à celle d'Ulpien¹.

D. Les fonds doivent être contigus. — On comprend aisément que la contiguïté soit la condition essen-

1. « *Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.* »

tielle pour qu'on puisse concevoir la nécessité d'un bornage. Nous avons vu, à ce sujet, au pr. de la loi II de notre titre, que la seule existence d'arbres ou d'édifices, sur la limite d'un des fonds, n'empêche pas la contiguïté. Mais si, entre les deux fonds, il y a un intervalle n'appartenant pas à l'un ou à l'autre des propriétaires qui plaident, on ne peut pas dire que les fonds soient contigus, peu importe, du reste, que l'intervalle soit public ou privé.

Faisant application de cette idée, Paul, dans les lois IV, § 11, et V, à notre titre, dit que le « *confinium* » n'existe pas si une route ou un fleuve séparent les deux fonds. Le jurisconsulte suppose, il est vrai, une *via publica* ou un *flumen publicum*; un chemin ou un ruisseau privé, situé sur la propriété d'un des plaideurs, ne saurait, en effet, empêcher la contiguïté.

Supposons d'abord que les deux héritages soient séparés par une route. Les textes ici distinguent clairement les cas dans lesquels la route sera publique et ceux dans lesquels elle sera privée, « *viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est* »¹. La voie publique, en effet, établie par l'État, est accessible à tout le monde; la voie privée, au contraire, n'appartient qu'à ceux qui l'ont faite ou qui en ont obtenu l'accès. C'est tantôt une servitude de passage, tantôt un chemin d'exploitation, tracé sur le

1. L. II, § 21, D. 43, 8.

fonds même auquel il sert. Ajoutons enfin que certaines voies dites *vix vicinales* et qui, tout à la fois, conduisent à des bourgs et en forment les rues, sont publiques ou privées, suivant que le sol en a été fourni par l'État ou les particuliers ¹.

Nous plaçant à un second point de vue, nous devons examiner si l'*actio finium regundorum* est recevable lorsque les deux fonds sont séparés, non plus par une route, mais par un cours d'eau. Les lois V et VI de notre titre ² établissent encore ici la distinction faite précédemment. Le cours d'eau est-il public ? il n'y a pas lieu à borner ; est-il privé ? l'action *finium regundorum* peut s'intenter.

Les Romains partageaient les cours d'eau suivant leur importance, en deux grandes catégories : les *flumina* et les *rivi* ³. Devons-nous tenir compte de cette division, et dire que les *flumina* se rattachent au domaine public, tandis que les *rivi* feraient partie du domaine privé ? Cette solution qui, à première vue, semble résulter des lois V et VI de notre titre, est contredite par Ulpien qui indique clairement que les fleuves comme les ruisseaux peuvent être publics ou privés ⁴.

1. L. II, § 22, D. 43, 8.

2. L. V et VI, D. X, I.

3. L. I, § 4, D. 43, 12.

4. *Hoc interdictum ad flumina publica pertinet : si autem flumen privatum, cessabit interdictum, nihil enim differt a cæteris locis privatis flumen privatum* (L. I, § 4, D. 43, tit. 12). *Hoc interdictum ad omnes*

Justinien, il est vrai, dans ses *Institutes* (L. II, tit. I, § 2) dit que les fleuves sont tous du domaine public ; mais le passage en question est considéré, par tous les commentateurs, comme étant une reproduction incomplète et maladroite d'un texte de Marcien, dans lequel le mot « *pene* » a été supprimé ¹.

La meilleure distinction, au point de vue du caractère public ou privé des *flumina* et des *rivi* consiste à distinguer ceux qui sont « *perennes* », c'est-à-dire qui coulent toute l'année, et ceux qui ne sont pas « *perennes* » et qui n'existent qu'à l'époque des pluies. C'est, du reste, la solution que nous donne Ulpien, dans la loi I, § 2 et 3, D., 43, 12. « *Publicum flumen esse. Cassius definit, quod perenne sit.* » La loi romaine, comme on le voit, ne tenait aucun compte, dans sa classification des cours d'eau, du caractère de navigabilité ou de non navigabilité des *flumina* et des *rivi*.

Ce que nous venons de dire des cours d'eau, ne serait plus exact, s'il s'agissait de nappes d'eau telles que lacs ou étangs. Il résulte, en effet, du titre XIV du livre XLIII qu'ils peuvent être publics ou privés, sans qu'il y ait à distinguer leur caractère de *perennes* ou de *non perennes* ².

rivos pertinet, sive in publico, sive in privato sint constituti (L. III, § 4, D. 43, tit. 21.)

1. L. IV, § 1, D. 1. 8.

2. On voit que, dans notre théorie, les Romains distinguaient les cours d'eau en deux catégories seulement, ceux qui étaient *perennes*

§ 2. Quelles sont les personnes qui peuvent intenter l'action *finium regundorum*.

Cette action appartient d'abord, sans contestation, au propriétaire de l'un des fonds réunissant les qua-

soit qu'ils fussent d'ailleurs des *flumina* ou des *rivi* : ils étaient publics ; ceux qui n'étaient pas *perennes*, peu importe encore qu'ils fussent des *flumina* ou des *rivi* : ils étaient privés.

Dans l'ancien droit, il y eut sur ce point des controverses sérieuses. Un grand nombre d'auteurs ne distinguaient que deux catégories de cours d'eau, mais il se plaçaient à un autre point de vue, celui de la navigabilité ; on connaissait ainsi : les fleuves ou rivières navigables d'une part, les petites rivières ou ruisseaux d'autre part (V. Guyot, *Traité des fiefs*, chap. VI, *Des rivières* ; — Loyseau, *des Seigneuries*, chap. XII, n° 420 ; — Ferrière, *Instit.*, liv. II, tit. I, § 2 ; — Pothier, *Droit de propriété*, n° 53 ; — Bacquet, *Droits de Justice*, chap. XXX, n° 25 ; — Merlin, *Rep. v° Rivière*).

D'autres distinguaient, au point de vue de la propriété, les rivières navigables, les rivières non navigables et les ruisseaux (Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, tit. II, reg. 6 ; — Boutaric, *Instit.* liv. II, t. 1, § 2 ; — Duparc Poullain, t. 2, p. 398 ; Bouteiller, *Somme rurale*, tit. 73.)

Le Code civil ne fait, croyons-nous, que créer deux seules catégories de cours d'eau, basées sur la navigabilité ; en un mot, sous le nom de rivières non navigables, il désigne aussi les ruisseaux (art. 538, 556 al. 2, et 644 ; — *sic.* Championnière, *Propriété des eaux courantes*, n° 412 ; — Chardon, *Droit d'alluvion*, n° 35 ; — Aubry et Rau, t. II, p. 248.) Les fleuves et rivières navigables sont du domaine public ; les rivières non navigables ou ruisseaux sont du domaine privé, *perennes* ou non. En d'autres termes, le système du Code diffère du système romain. (Voy. en ce sens Daviel et Championnière ; — Wodon ; — Pardessus, *Servitudes*, n° 77 ; — Cotelle, *Droit admin.*, n° 353 ; — Laurent, t. VI, n° 15 et s., etc.)

Cependant certains auteurs soutiennent qu'encore aujourd'hui la règle romaine est en vigueur. (Voy. not. Proudhon, *Dom. public*, nos 733 et 936 ; — Foucart, *Droit administratif* ; t. II, n° 477 et s. ; —

lités que nous avons énumérées au paragraphe précédent¹.

Le copropriétaire d'un fonds indivis peut aussi l'exercer dans l'intérêt de tous (v. l. IV, § 3, D., 8, 5).

Les propriétaires, du reste, ne sont pas les seuls à pouvoir l'intenter. Il ne faut pas prendre à la lettre la loi I de Paul, à notre titre, « *finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei*, » ni la loi III D. *h. t.*, qui semble dire que la question du bornage est étroitement liée à celle de la propriété. Les doutes qu'on aurait pu avoir, en combinant ces lois avec la loi XXIII pr. D., 6, 1 de Paul, se trouvent complètement éclaircis par un texte précis de notre titre, qui donne l'exercice de l'action *finium regundorum* au possesseur de fonds vectigaliens, aux gagistes et aux usufruitiers : « *Finium regundorum actio et in agris vectigalibus, et inter eos, qui usufructum habent, vel fructuarium, et dominium proprietatis vicini fundi, et inter eos, qui jure pignoris possident, competere potest* ».

Pour les possesseurs d'*agri vectigales*, la question

(Laferrière, *Rivières*, t. III, p. 971.) Dans un autre système, les petits cours d'eau seraient *res nullius*, les cours d'eau intermittents ou torrents étant seuls propriété privée. (V. Demolombe, t. X, n° 130 et s. ; — Dalloz, v° *Eaux*, n° 213 ; — Ducroq, *Droit administratif*, n° 1009 et s. ; — Dufour, t. IV, p. 646.)

1. Mais il pourrait arriver que l'action *finium regundorum* intentée par un vendeur contre un acheteur fut écartée par l'obligation de garantie. (Voy. l. X, C. 8, 45. Cpr. l. XLV, D. 21, 2.)

2. L. IV, § 9, D. X, 1.

n'aurait guère soulevé de difficulté. La loi I, § 1, D., VI, 3, dit en effet : « *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem.* » Ayant l'action réelle en revendication, les possesseurs dont nous parlons pouvaient, à plus forte raison, intenter l'action *finium regundorum*. C'est, du reste, ce qui résulte de la loi V, § 3, D., 47, 7. Dans ce texte, Paul, parlant de l'action *arborum furtim cæsarum* dit : « *Qui fundum vectigalem habet, hanc actionem habet : sicut et finium regundorum.* » Mais sans la loi IV, § 9, à notre titre, que nous avons citée, il eût été difficile d'accorder notre action aux usufruitiers et aux gagistes ; les lois I, § 20, D., 39, 1, et XXIX, D., X, 2 ne leur reconnaissent, en effet, le droit d'agir en revendication qu'au nom du propriétaire.

A l'énumération que nous venons de faire des personnes qui peuvent intenter l'action *finium regundorum*, nous devons ajouter : le possesseur d'un fonds provincial, l'usager, et l'emphytéote qui avait, croyons-nous, les actions attribuées par les textes aux possesseurs d'*agri vectigales*¹. Quant au simple posses-

1. La loi I, § 1. D. VI, 3, peut, en effet, s'appliquer à ces deux possesseurs. L'énoncé du titre auquel elle est placée est, du reste, ainsi conçu : *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur* ; v. M. Accarias, t. I, n° 283 bis.

seur, en l'absence de textes, nous appliquerons les principes généraux qui distinguent la possession de bonne et mauvaise foi. La loi CXXVI, D., 50, 17, assimilant le possesseur de bonne foi au propriétaire, nous lui donnerons l'exercice de l'action *finium regundorum*, bien qu'en réalité il n'ait sur la chose aucun *jus in re*. Nous refuserons, au contraire, notre action au possesseur de mauvaise foi, car aucun texte ne lui donne les pouvoirs que possède un véritable propriétaire.

La simple détention ne pouvant conférer aucun droit réel, nous en concluons que le locataire et le commodataire ne peuvent, dans aucun cas, exercer l'action *finium regundorum*.

CHAPITRE IV

CARACTÈRES DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM*

L'origine, le but et les conditions d'exercice de l'action *finium regundorum* étant connus, nous devons maintenant en déterminer les caractères.

L'action qui nous occupe est-elle réelle ou personnelle, civile ou prétorienne, *concepta in jus* ou *in factum*, de bonne foi, de droit strict, ou arbitraire ? Telles sont les diverses questions que nous devons maintenant examiner.

1. C'est, d'abord, croyons-nous, une action personnelle. L'action personnelle repose sur un rapport d'obligation existant entre deux parties. Or, l'obligation dont il est ici question dérive, comme nous l'avons montré précédemment, du quasi-contrat né de la confusion des limites ou, tout au moins, de la contiguïté des deux fonds. Le demandeur soutient que son

CARACTÈRES DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM* 45

adversaire est tenu de supporter le bornage, mais il n'intente pas contre lui une véritable action en revendication. Le juge, il est vrai, usant du pouvoir que lui confère l'adjudication de la formule, pourra terminer le différend par des attributions de propriété; mais cette éventualité ne peut changer le caractère de l'action, donnée uniquement pour protéger un droit de créance.

Les textes confirment, du reste, cette manière de voir : c'est d'abord la loi I de notre titre, ainsi conçue : « *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione.* » Ainsi, alors même que cette action serait exercée pour reprendre la possession d'une portion de terrain comprise dans la partie possédée par le voisin, elle n'en resterait pas moins une action personnelle. Le demandeur, en effet, est toujours considéré comme alléguant un droit de créance, sur le fondement duquel il réclame le rétablissement régulier des limites des deux fonds. Au texte que nous venons de citer, vient s'en ajouter un autre non moins probant : c'est la loi I, § 1, au Code, VII, 40, dans laquelle Justinien déclare que toutes les actions personnelles se prescrivent par trente ans, et, parmi ces actions, il cite l'action *finium regundorum*.

Notre action est donc personnelle. Cependant Justinien, après avoir présenté comme classification fondamentale la distinction des actions en réelles et per-

sonnelles, a employé pour qualifier les actions divisoires une expression qui a soulevé et soulève encore parmi les interprètes une vive controverse.

L'importance du § 20, auquel nous faisons allusion, nous oblige à le transcrire en entier : « *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam : qualis est familiæ ercis cundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare: et, si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.* »

Quelle est, au juste, la portée de ce texte et qu'ont voulu dire particulièrement les rédacteurs des *Institutes* par ces mots : « *Mixtam causam obtinere videntur?* » Les nombreuses explications intervenues à ce sujet constituent autant de systèmes que nous devons examiner.

Premier système. — Une première opinion qui ne nous arrêtera pas longtemps soutient, contrairement à ce que nous avons établi précédemment, que l'action *finium regundorum* est purement réelle¹. Le

1. V. Voët, *Comment. ad Pandectas*, X, 1.

demandeur, dit-on, ayant surtout en vue de réclamer une partie de son fonds, agit, pour ainsi dire, en revendication. S'il lui arrive parfois de réclamer et d'obtenir des prestations personnelles, en compensation des empiètements faits sur son terrain, ce n'est là qu'un caractère accessoire de l'action, caractère qui pourrait, du reste, ne pas exister. Justinien, dit-on, en employant l'expression « *mixtam causam* », fait allusion à cette dernière situation, qui intervient parfois, mais qui n'est nullement de l'essence de l'action *finium regundorum*.

Comme on le voit, ce premier système consiste surtout à dire que l'action que nous examinons est réelle, parce qu'elle poursuit une restitution. L'application d'une pareille idée ferait également reconnaître le caractère de réalité aux actions de dépôt, de gage et de commodat.

Pour qu'il y ait revendication, il faut que le litige porte sur l'existence ou la non-existence d'un droit réel. Or, dans notre hypothèse, c'est précisément le contraire qui se trouve avoir lieu. Le demandeur, en agissant en bornage, reconnaît, en effet, la propriété de son adversaire et ne demande qu'à tracer des limites entre les deux fonds.

Deuxième système. — Dans un deuxième système, l'expression : « *tam in rem quam in personam* » signifierait que l'action *finium regundorum* (aussi bien,

du reste, que les autres actions divisoires) est à la fois personnelle et réelle : personnelle, comme donnée en exécution d'obligations nées quasi *ex contractu* ; réelle, en ce sens que le juge à qui elle est soumise, doit également statuer sur un droit réel de propriété¹.

Nous devons tout d'abord faire remarquer que l'action *finium regundorum* pourra être donnée, sans qu'aucun droit de propriété soit soulevé. Deux propriétaires reconnaissant les limites respectives de leur propriété pourront agir en bornage, à seule fin d'éviter des contestations futures. En fait, il arrivera souvent que le juge fera des attributions de propriété, mais ce n'est là qu'un moyen de donner satisfaction aux parties et de résoudre la question posée sur l'obligation principale de bornage.

Ce système aboutit, du reste, à des impossibilités qu'il importe de signaler. Une action ne peut pas être à la fois réelle et personnelle. On peut bien avoir deux actions, pour réclamer une chose, mais on ne saurait agir à la fois relativement au même objet contre tout le monde, en invoquant un droit réel, et contre une personne déterminée à l'aide d'un droit de créance.

On reproche également à ce système de ne pou-

1. V. Pothier, éd. Bugnet, t. I, p. 44. Ce système a été longtemps prédominant et a inspiré l'art. 59, C. proc. civ.

voir se concilier avec les règles de la procédure formulaire. L'*intentio* de la formule des actions réelles ne contient pas le nom du demandeur qui doit, au contraire, figurer dans l'*intentio* des actions personnelles. De la l'impossibilité où l'on se trouverait dans le système que nous venons d'examiner de rédiger cette *intentio*.

Troisième système. — Un troisième système consiste à dire que l'action *finium regundorum* est mixte, en ce sens que chacune des parties y joue le double rôle de demandeur et de défendeur. Justinien, dit-on, en employant l'expression « *mixtæ* », a voulu signaler l'anomalie que les trois actions divisoires créaient dans la procédure formulaire, d'après laquelle le défendeur seul pouvait être condamné. Les expressions : « *tam in rem quam in personam*, » dont nous recherchons l'explication, signifieraient alors que chaque plaideur est à la fois demandeur et défendeur, et que ce caractère peut se rencontrer tant dans les actions réelles que dans les actions personnelles.

La remarque que l'on fait dans ce système, sur le double caractère de chacune des parties est de tous points exacte. Nous devons ajouter que le sens qu'on donne aux mots « *tam in rem quam in personam* » se retrouve dans les *Institutes*, au § 3, *De actionibus*.

Nous rejeterons cependant cette explication en reconnaissant que la même signification donnée ici à ces expressions, serait tout à fait inadmissible. Il résulte, en effet, de ce que nous avons établi précédemment, que les actions divisoires ont bien le caractère indiqué par ce troisième système, mais que, quant aux actions réelles, il n'en est aucune qui ait, avec elles, à cet égard, un semblant d'analogie.

4° système. — M. de Savigny¹, a présenté une explication qui se rapproche assez de celle que nous avons étudiée dans le second système. D'après ce savant romaniste, l'action *finium regundorum* serait à la fois réelle et personnelle, en ce sens, qu'ayant généralement pour objet de trancher une question d'obligation, elle peut également servir à résoudre une question de propriété. M. de Savigny complète son explication en indiquant que le mot « mixte » se justifie également par la formule de l'action en bornage, dont l'*intentio* était rédigée *in personam* et l'*adjudicatio in rem*.

On ne peut nier tout d'abord, et indépendamment de tout système de procédure, que le juge ne soit souvent amené dans l'exercice de notre action, en statuant sur la question d'obligation, à trancher en même temps une question de propriété. Mais cette question, qui ne se pose qu'accessoirement, ne sau-

1. *Traité de Droit romain*, t. V, p. 97, édit. Guenoux.

rait déterminer la nature réelle ou personnelle de l'action, qui dépend uniquement du droit principal invoqué par le demandeur. Or ce droit, nous l'avons indiqué précédemment, consiste dans une obligation qui, seule, donne à l'action son véritable caractère. Quant à l'argument tiré de la rédaction de la formule de notre action, nous devons faire remarquer que l'existence d'une *adjudicatio* rédigée *in rem* n'influe en rien sur sa nature. L'*intentio* seule dans une formule donne au droit invoqué sa véritable qualification. Or, ici, l'*intentio* est rédigée *in personam*, preuve manifeste que le demandeur invoque un droit de créance.

5° système. — Dans un cinquième système, M. Demangeat¹ explique d'une façon fort ingénieuse, l'expression *tam in rem quam in personam* dont se servent les *Institutes*.

C'est, d'après lui, par une simple erreur de langage, que les rédacteurs ont qualifié de mixtes des actions qui sont purement personnelles. Les termes dont se servait la pratique, à l'époque de Justinien, auraient du reste singulièrement contribué à la confusion dont il s'agit. Quand un demandeur en revendication obtient gain de cause, on est porté à considérer la sentence intervenue en sa faveur comme constituant son titre de propriété. Sa situation semble donc analogue

1. *Traité de droit romain*, t. II, p. 630.

à celle du demandeur à l'action *finium regundorum* à qui le juge confère une portion de terrain, au moyen de l'*adjudicatio*. Dans les deux cas, le résultat pratique est le même, et il n'est pas surprenant, dit M. Demangeat, qu'à l'époque de Justinien, on ait assimilé l'attribution judiciaire à la déclaration judiciaire de propriété. Ainsi s'expliquerait l'expression « mixte » donnée à notre action, parce que, personnelle dans sa cause, elle paraissait néanmoins réelle dans ses effets.

Deux textes, au *Digeste*, semblent du reste confirmer ce système : la loi XVI, § 5, au titre *De pignoribus et hypothecis*, et la loi XII, au titre *De distractione pignorum*¹. Le jurisconsulte Marcien emploie en effet, dans ces textes, l'expression « *adjudicare* » pour désigner la reconnaissance du droit réel d'hypothèque. C'est là, dit-on, une preuve manifeste de la confusion qui existait, même à l'époque classique, entre la reconnaissance du droit de propriété résultant des actions réelles, et l'attribution que le juge faisait de ce même droit, dans l'*adjudicatio* de la formule de l'action *finium regundorum*.

Ce système n'est pas plus concluant que les précédents. Les textes qu'il invoque prouvent uniquement que le mot « *adjudicare* » a été détourné de son véritable sens, mais il ne s'ensuit pas que les rédacteurs

1. D. XX, 4, et XX, 4.

des *Institutes* aient confondu, comme on l'a dit, l'attribution du droit de propriété avec la reconnaissance du même droit.

— Un dernier système qui, seul, nous paraît répondre au texte des *Institutes*, donne au paragraphe 20 l'explication suivante. Les actions divisoires sont bien des actions personnelles. Justinien, en se servant de l'expression « *tam in rem quam in personam* », signale seulement une particularité inhérente à ces actions. L'*adjudicatio* que contient leur formule, permet, en effet, au juge de faire, dans certains cas, des attributions de parcelles de terrain ; d'où il résulte que nos actions peuvent aboutir à la fois à des condamnations pécuniaires et à un transfert de propriété. De là l'expression : « *mixtam causam obtinere videntur*, » dans laquelle le mot « *videntur* » indique une comparaison ou tout au plus une analogie entre nos actions et les actions réelles.

Le pouvoir que l'*adjudicatio* confère aux juges, ne se retrouvant pas dans les autres actions personnelles, constitue, par là même, une particularité que les rédacteurs des *Institutes* ont voulu signaler.

Cette explication, beaucoup plus simple que les précédentes, donne au § 20 la seule interprétation qui lui convienne : « *Certaines actions semblent poursuivre un but mixte et sont à la fois relatives aux choses et aux personnes...* » puis le texte, après avoir

énuméré les actions ainsi visées, justifie de la façon suivante le caractère mixte auquel il fait allusion : « Dans ces trois actions, il est permis au juge d'adju-ger ex bono et æquo une chose à l'un des plaideurs, et, si la part de l'un paraît trop grande, il peut le condamner en retour à payer à l'autre une somme déterminée. » Cette dernière explication écarte une contradiction qu'on pouvait reprocher aux rédacteurs des *Institutes*, dans les systèmes précédemment examinés. La reconnaissance d'une catégorie d'actions appelées mixtes, ne saurait en effet se concilier avec la division donnée au commencement du titre VI, *De actionibus* (Inst. liv. IV), et qui comprend déjà toutes les actions : « *Omniium autem actionum quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam.* » L'expression « *summa divisio* » ne permet pas, comme on le voit, de supposer l'existence d'une troisième classe d'actions, qualifiées mixtes et qui seraient à la fois réelles et personnelles.

A ce système on fait toutefois deux objections :

D'abord on lui reproche de traduire le mot *causa* par but. C'est là, dit-on, un sens qui ne se rencontre pas ailleurs. L'inexactitude de cette première assertion ressort des nombreux textes qu'on peut citer, où l'expression dont il s'agit est prise dans un sens analogue

à celui que nous lui donnons ici ¹. La vérité est que le mot *causa* a été employé par les auteurs dans les acceptions les plus diverses. On ne peut donc pas contester qu'il n'ait pu avoir le sens que nous lui donnons.

On a également objecté l'inutilité qu'il y avait à signaler les actions divisaires comme ayant deux buts distincts. Toutes les actions réelles, a-t-on dit, présentent le même caractère, elles ont toutes pour objet la reconnaissance d'un droit réel de propriété et aboutissent cependant à une condamnation pécuniaire. Il y a là, croyons-nous, une confusion qu'il importe de signaler. Les actions réelles n'ont qu'un but unique, la constatation du droit réel allégué. Le demandeur, dans *l'intentio*, réclame purement et simplement sa chose. Il soutient : *hanc rem esse suam*. La condamnation qui intervient résulte uniquement de la reconnaissance faite par le juge du bien fondé de la demande, et n'est qu'une conséquence du principe que, sous le régime de la procédure formulaire, toutes les condamnations doivent être pécuniaires ².

2. *L'action finium regundorum est arbitraire.* — La division des actions en actions de droit strict, arbitraires et de bonne foi, est fondée sur le plus ou

1. § 2, *Inst.*, liv. II, tit. 16 : « *Unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum.* » — V. aussi l. XV, D, XII, 4; L. XV, D. XIX, 5.

2. V. Dans le sens de ce système, Maynz, t. II, § 348; — Naquet *Rev. crit.*, 1873, p. 481 et s.; — Accarias, t. II, p. 1042.

moins de pouvoir laissé au juge, dans l'examen des prétentions des parties.

Dans les actions de droit strict, le juge, renfermé dans les limites étroites de la demande, prononce d'après les seuls principes du droit civil. Il ne prend en considération les faits accessoires qui peuvent influencer sur l'affaire qui lui est soumise, qu'autant qu'ils constituent des exceptions, et qu'ils sont, de ce chef, insérés dans la formule. Dans les actions de bonne foi, au contraire, la formule *ex bona fide*, ajoutée à *l'intentio*, permet au juge de statuer conformément à l'équité. La loi XXI au *Digeste* (3, 1, § 20) dit en effet : « *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei iudicium debent venire.* »

A côté de ces deux sortes d'actions, se placent les actions mixtes ou arbitraires, spécialement créées pour corriger ce qu'avait de rigoureux le principe admis sous le système formulaire et d'après lequel toutes les condamnations devaient être pécuniaires. Le juge, dans ces actions, après avoir reconnu le bien fondé de la demande, enjoignait au défendeur de fournir telle ou telle satisfaction au demandeur, et ce n'était qu'autant que le défendeur s'y refusait qu'il prononçait une condamnation contre lui¹.

Dans laquelle de ces différentes classes d'actions devons-nous ranger celle qui nous occupe. L'expres-

1. *Inst.* § 31, *De actionibus*.

sion « *ex bono et æquo* » que nous avons rencontrée dans le § 20 nous permet d'abord d'affirmer que l'action *finium regundorum* n'est pas de droit strict. Est-elle donc de bonne foi ? Justinien qui cite comme appartenant à cette dernière catégorie les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* ne dit mot de celle que nous étudions¹. Cicéron² et Gaius³, qui ont aussi énuméré les actions de bonne foi, ne parlent pas non plus de l'action *finium regundorum*. A l'argument qu'on peut tirer de ces omissions successives vient s'ajouter un texte qui nous permet d'affirmer que l'action *finium regundorum* ne peut être rangée dans la catégorie des actions de bonne foi. C'est la loi IV, § 2 de notre titre au *Digeste* qui décide qu'en exerçant notre action, on ne peut obtenir que les fruits perçus depuis la *litis contestatio*. Dans les actions de bonne foi, au contraire, les fruits sont dus avant comme après la *litis contestatio* « *in bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur*⁴ ».

Ne pouvant ainsi être ni de droit strict ni de bonne foi, notre action est donc forcément arbitraire. Ce caractère, du reste, s'explique très facilement. Celui qui intente l'action *finium regundorum* voulant obliger son adversaire à supporter un bornage qui fixera défini-

1. *Inst.* IV, 6, § 28.

2. *Cic. Top.* 16, *De off.* III, 15 et 17, *De nat. rer.* III, 36.

3. *Gaius*, IV, § 62.

4. *L.* XXXII, § 2. *D.* 22, I,

tivement les limites des deux fonds contigus, ne peut obtenir pleine et entière satisfaction que si l'objet principal de sa demande lui est accordé par le juge. Ce dernier se servira de son *arbitrium* comme d'un moyen de coercition, et, en obligeant le défendeur à borner, sous peine d'une condamnation considérable, il assurera le plus souvent l'exécution principale du jugement. Plusieurs textes justifient, du reste, cette manière de voir. C'est d'abord la loi IV, § 3, à notre titre, qui est ainsi conçue : « *Sed et si quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine deponendo parteve ejus, condemnabitur* » La condamnation n'intervient, comme on le voit, que si le *jussus* n'est pas exécuté. Le § 6 des *Institutes*, au titre *De officio iudicis* (4, 17) accuse également le caractère arbitraire de l'action *finium regundorum*. Justinien, traitant de l'office du juge, s'exprime en effet de la manière suivante : « *Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur veluti si quis jubente iudice metiri agros passus non fuerit.* »

L'action qui nous occupe est donc bien une action arbitraire. Si Justinien ne la comprend pas dans l'énumération qu'il donne de ces actions, c'est que cette énumération n'est pas complète. L'empereur prend du reste soin de nous en avertir en disant : « *In his autem actionibus et ceteris similibus.* »

3. L'action *finium regundorum* est, comme les

deux autres actions divisoires, une action civile, c'est-à-dire qu'elle est l'œuvre de la loi et non du préteur. Cicéron nous apprend en effet qu'elle fut créée par la loi des *Douze Tables*, et le Digeste (l. I, X. 2) confirme cette assertion.

4. Notre action est, de plus, *concepta in ius* et non *in factum* ; c'est là du reste un caractère qui découle du précédent.

5. Un autre caractère de notre action, c'est d'être *rei persecutoria*, c'est-à-dire qu'elle a uniquement en vue l'acquiescement d'une obligation, et qu'elle n'a nullement pour but d'enrichir le demandeur.

6. Enfin l'action *finium regundorum* est double, en ce sens que chacune des parties y joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur. C'est là ce que constate Ulpien, dans la loi XXXVII, § 1, du titre *De obligationibus et actionibus* (D., XLIV, 7) où il dit : « *Mixtæ sunt actiones, in quibus uterque actor est: ut puta finium regundorum. familiæ exerciscundæ, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrobi*¹. » L'objet des instances auxquelles donne lieu l'exercice des actions divisoires est, en effet, multiple, et se présente souvent comme un véritable règlement de comptes à intervenir entre les parties, chacune d'elles adressant à l'autre des demandes et répondant à celles qui lui sont présentées.

1. Voy. aussi, l. X, D. X, 1.

CHAPITRE V

PROCÉDURE DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM*

La procédure de l'action *finium regundorum*, comme celle de toute autre action, se divisait en deux phases bien distinctes ; la procédure *in jure* et la procédure *in judicio*. Nous allons, dans le cours de ce chapitre, examiner successivement l'une et l'autre.

I

IN JURE

Dans cette première partie de la procédure, le magistrat délivrait une formule qui désignait un juge et lui indiquait l'objet du différend. Outre la nomination du juge, la formule de notre action comprenait : une *demonstratio*, une *intentio*, une *adjudicatio* et une *condemnatio*.

PROCÉDURE DE L'ACTION *FINIUM REGUNDORUM* 61

1° *Nomination du juge*. — Cicéron nous apprend que l'exercice de l'action en bornage donna d'abord lieu à la nomination de trois arbitres pris parmi les *agrimensores*, réduits plus tard à un par la loi *Mamilia*. Ajoutons que lorsqu'une question de propriété était soulevée, c'était un juge ordinaire et non un arbitre qui devait la trancher.

Lorsque c'était un juge qui était choisi par le magistrat, il laissait aux *agrimensores* le soin de résoudre toutes les difficultés pratiques que soulevait la contestation. Ceux-ci, comme nous le verrons dans la suite, jouaient alors le rôle de véritables experts, chargés qu'ils étaient de trancher des questions purement techniques.

2° *Demonstratio*. — Aussitôt après la nomination du juge venait la *demonstratio* qui lui indiquait la question dont il s'agissait et les faits qu'invoquaient les parties à l'appui de leurs prétentions.

3° *Intentio*. — L'*intentio* contenait les prétentions communes des parties. Ici, comme les conclusions formulées par le demandeur et le défendeur pouvaient porter sur plusieurs points différents, il est à présumer que l'*intentio* de notre action était conçue en termes très vagues, par exemple dans la forme : « *Quidquid paret alterum alteri condemnari oportere.* »

4° L'*adjudicatio* donnait au juge le pouvoir d'attri-

1. *De legibus*, § 21.

buer à l'un des plaideurs, et quelquefois à tous les deux, des parcelles de propriété. Cette partie de la formule, qui ne se rencontrait que dans les trois actions divisaires, s'explique ici par le but même que poursuivait notre action. Le juge, chargé d'établir une délimitation régulière entre deux fonds contigus, ne pouvait souvent arriver à ce résultat que par des attributions de propriété faites à l'une des parties moyennant indemnité.

5° *Condemnatio*. — La *condemnatio* qui, dans toutes les actions, donnait au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur, pouvait spécialement, dans notre action, aboutir, comme nous l'avons vu précédemment, à la condamnation de chacun des plaideurs.

Le magistrat, après avoir rédigé les différentes parties de la formule que nous venons d'indiquer, y insérerait également une disposition particulière, conférant au juge le pouvoir de prononcer un *arbitrium* sur les effets duquel nous aurons bientôt longuement à nous expliquer¹.

1. D'après Noodt (*Ad Pandectas*, X, I, édit. 1760, t. II, p. 183) la disposition de l'édit aurait été ainsi conçue :

« *Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo; ut fines ejus arbitrato regantur, item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit aut ad eum pervenerit, ut id præstetur.* »

Voici d'ailleurs comment M. Barruel de Saint-Pons a cru devoir rétablir la formule complète (p. 103).

Causus, Judex esto.

Ea res agatur intra quinque pedes, si non veteribus cum signis limes

— La délivrance de la formule produit la *litis contestatio*. Nous n'avons pas à étudier ici tous les effets qui résultent de cette partie de la procédure; signalons seulement deux points fort importants, au point de vue de l'exercice de notre action : 1° la *litis contestatio* fixe d'abord le moment où le juge devra se placer pour apprécier les droits de chaque partie; c'est donc en tenant compte de cette époque qu'il déterminera les indemnités que le demandeur ou le défendeur peuvent se devoir et les différentes restitutions qu'ils doivent se faire; 2° En second lieu, la *litis contestatio* met fin à la controverse que nous avons examinée plus haut, au sujet des fruits que doit rendre le possesseur de bonne foi au véritable propriétaire. A partir de ce moment, il n'y a plus de distinction possible entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Tous les

inclusus finem congruum erudita arte præstiterit, neve præjudicium fundo partive ejus fiat,

Quod pago illo, loco qui appellatur ille, inter duos confines fundos, scilicet Cornelianum Gaius Seio et Quinto Lucinio communem, et Tilianum qui fundus est Lucii Titii, fines, qua de re agitur, regundi sunt; qua de re Gaius Seius et Quintus Lucinius Lucium Titium finibus regundis provocaverunt,

Quantum paret ob eam rem ex alterius prædii alii adjudicari, alteramve partem alteri condemnare oportere ex fide bona,

Tantum Judex, alteri ab altero adjudicato.

Tantum alterumque alteri condemnato, nisi alteri ab altero satisfactum sit;

Si non paret, absoluto.

Voy. encore sur ce point Lenel, *Das edictum perpetuum*, Leipsig, 1883, p. 166.

fruits perçus depuis la délivrance de la formule doivent, en effet, être restitués au véritable propriétaire.

II

PROCÉDURE DE L'ACTION « FINIUM REGUNDORUM » IN JUDICIO

Dans l'action *finium regundorum*, comme dans toute autre action, le juge devait tout d'abord examiner si les prétentions des parties étaient fondées. Son opinion arrêtée, il rendait un *arbitrium* par lequel il déterminait, selon l'équité et la bonne foi, les satisfactions qui devaient être respectivement fournies. Enfin, dans la sentence définitive, il prononçait une condamnation pécuniaire contre celle des parties qui n'avait pas exécuté l'*arbitrium*.

Avant d'aborder l'étude des différents points que nous venons d'indiquer, nous devons dire quelques mots, au sujet d'une particularité qu'offrait l'action *finium regundorum*, quand elle portait sur une « *controversia de fine* ». La contestation, dans ce cas, ayant uniquement pour objet l'espace de cinq pieds formant la séparation entre les deux fonds, était soumise à un *agrimensor*. Celui-ci mettait fin au différend à l'aide des ressources que l'*ars mensoria* lui fournissait. L'inspection des lieux et le cadastre lui per-

mettaient généralement de rétablir les limites respectives des terrains contigus.

Quand l'exercice de notre action portait sur un « *locus* », c'était alors un juge ordinaire qui était chargé de statuer. Ici, en effet, plusieurs questions de droit pouvaient être soulevées, à raison même du caractère que présentait l'action en bornage.

Le demandeur, tout d'abord, qui prétendait que des empiétements avaient été faits sur son terrain, soulevait une question de propriété qui présentait, au moins par ses effets, une grande analogie avec l'action en revendication.

Le défendeur, de son côté, pouvait repousser les prétentions du demandeur en invoquant la prescription, et l'on comprend aisément que cette dernière question, ainsi que la précédente, dépassait la compétence de l'*agrimensor*.

Pour trancher le différend qui présentait ici une importance plus considérable que dans le cas précédent, le juge avait recours à de nombreux procédés qui lui permettaient généralement de retrouver et de rétablir les limites des fonds contigus. Il devait, tout d'abord, examiner soigneusement les lieux. La configuration du sol et les accidents de terrain qui peuvent exister, joints aux différents modes de culture, suffisaient, en effet, parfois, à indiquer où commence et où finit la propriété de cha-

cun. A ces indications pouvaient, du reste, se joindre d'autres éléments de nature à rendre encore moins incertaines les limites respectives des deux fonds. L'examen des lieux pouvait faire découvrir des fossés creusés d'une certaine façon, ou bien encore des arbres taillés d'un côté seulement, et c'était là pour le juge, autant de renseignements propres à entraîner sa conviction.

Il faut ajouter toutefois qu'il n'était pas obligé de faire par lui-même ces constatations. La loi VIII, § 1, D, X, I, dit, en effet : « *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere, et per eos dirimere ipsam finium quæstionem, ut æquum est, si ita res exigat, oculisque suis subjectis locis.* » L'*agrimensor* paraissait, du reste, tout désigné par la nature même de ses fonctions pour aider le juge à rechercher la limitation véritable des fonds de terre. La loi III au Code (III, 39) lui trace même les devoirs qui lui incombait en pareil cas. Il devait arpenter les deux fonds, en présence des parties, sans que toutefois l'absence de l'une d'elles put mettre obstacle à sa mission. L'arpentage, avait alors lieu en présence de la seule partie qui comparait. L'*agrimensor* n'agissait ici qu'à titre d'expert, et ses pouvoirs étaient beaucoup plus limités que dans la *controversia de fine*.

Si l'inspection des lieux ne suffisait pas à révéler les véritables limites des fonds de terre, le juge devait

alors avoir recours à d'autres preuves et, notamment, consulter le cadastre et les actes qui avaient pu être rédigés concernant les fonds litigieux. C'est ce qui résulte de la loi XI, D, X, I, ainsi conçue : « *In finalibus quæstionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum, et arbitrio possessorum, fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.* » Après avoir cité l'autorité du cadastre et des *monumenta*, relatifs aux fonds, au nombre des moyens d'investigation offerts au juge de notre action, la loi que nous venons de reproduire, fait deux restrictions sur lesquelles nous devons insister. Le cadastre et les *monumenta* anciens, d'après notre texte, ne peuvent servir de preuves, qu'autant qu'ils ont été dressés avant le commencement du procès, et la loi ajoute « pour que leur autorité soit probante il faut que les limites n'aient pas été changées, et qu'à la suite de successions les possesseurs n'aient pas ajouté ou retranché des parcelles de terrain aux héritages primitifs. » Un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximin développe cette dernière idée, dans les termes suivants : « *Successionum varietas, et vicinorum novi consensus, additis vel detractis agris alterutro, determinationis veteris monumenta sæpe permutant* ¹. » La loi XII, à notre titre, fait applica-

¹. I, 2, cod. 3, 39.

tion de ces principes. Paul suppose, dans cette loi, que le propriétaire de deux fonds contigus en vend un, mais après avoir changé les limites qu'il avait précédemment. Si, plus tard, l'acquéreur exerce l'action en revendication, le jurisconsulte prend soin de nous dire qu'il ne faudra pas tenir compte des bornes qui séparaient primitivement les deux fonds, on devra s'occuper seulement des bornes nouvelles, établies ultérieurement.

Si, après avoir eu recours aux différents moyens d'investigation que nous venons de signaler, le juge n'était pas suffisamment éclairé, il pouvait encore interroger tous ceux qui avaient des renseignements à lui communiquer relativement à l'objet du litige. La loi X, D., au titre *De probationibus et præsumptionibus*, indique néanmoins que ce n'est qu'à défaut d'autres preuves que les témoins doivent être entendus; « *census et monumenta publica*, dit Marcellus, *potiora testibus esse, senatus censuit.* »

Enfin, quand le juge a reconnu, par un des moyens qui précèdent, les véritables limites des fonds, il en établit le bornage par des signes distinctifs qui éviteront, plus tard, toute contestation. Mais, à côté de cette question principale, d'autres pouvaient se présenter, relatives, soit aux parcelles de terre et aux fruits qui devaient être restitués, soit aux indemnités qui devaient être fournies. Le juge examinait ces dif-

férents points, et rendait ensuite un *arbitrium* par lequel il déterminait les satisfactions que les parties pouvaient se devoir réciproquement. Pour faire exécuter son *arbitrium*, le juge avait recours, comme nous l'avons vu plus haut, à un moyen détourné. Il fixait, à cet effet, à l'avance, une somme, généralement considérable, que devait payer la partie perdante, si elle n'exécutait pas l'ordre qui lui était donné.

On s'est demandé, à propos de notre action, si c'était là le seul moyen de contrainte qui pût être employé. Un certain nombre d'auteurs, se fondant sur un texte d'Ulpien qui leur a paru décisif, ont enseigné que le juge avait, à sa disposition, dès l'époque classique, une sanction beaucoup plus directe que celle que nous venons d'indiquer et qui consistait dans l'exécution forcée de la sentence *manu militari*.

La loi LXVIII, au D. VI, 1, objet de la controverse, mérite, par son importance, d'être reproduite intégralement. « Celui qui a reçu l'ordre de restituer la chose litigieuse, dit Ulpien, et qui n'a pas obéi à cet ordre du juge, prétendant qu'il ne peut pas restituer, celui-là sera dépouillé de la chose par la *force publique* émanant de l'autorité du juge, et la condamnation pécuniaire aura lieu seulement relativement aux fruits et aux autres chefs de la demande. Si le défendeur ne peut pas restituer, une distinction est à faire : s'il a

cessé de posséder par dol, il sera condamné, d'après le serment du demandeur qui sera assuré de voir sa réclamation acceptée sous serment, sans aucune limite (*in infinitum*). Si le défendeur ne peut pas restituer, mais qu'il n'ait pas cessé de posséder, il sera condamné d'après l'évaluation de la chose et conformément à l'intérêt du demandeur. Cette règle est générale, elle s'applique à toutes les actions, aussi bien aux actions *in rem*, *in personam*, qu'aux interdits. » L'expression *manu militari*, employée par Ulpien, montre bien, dit-on, que dès l'époque classique, l'exécution forcée et directe des jugements pouvait avoir lieu *jussu judicis*.

Malgré l'autorité des auteurs qui défendent cette doctrine¹, nous ne croyons pas devoir l'admettre, en raison du grand nombre de textes qui contredisent celui que nous venons de reproduire et qui, suivant nous, du moins, semblent établir d'une façon formelle, qu'à l'époque classique, le *jussus judicis* ne pouvait aboutir à l'exécution de la sentence *manu militari*. C'est d'abord la loi IV, § 3, h. t. qui décide que « si l'un des plaideurs n'obéit pas à l'ordre du juge qui lui enjoint de couper un arbre ou de détruire un édifice placé sur la limite d'un champ, il sera condamné ».

1. Cujas, édit. 1712, t. VII, sur la loi LXVIII, D. 6,1; — Zimmern, *Traité des actions*, trad. Etienne, p. 192 et 201; — Pellat, *Prop.*, p. 367 et s.; — Ortolan, 12^e édit. t. 2, p. 564; — Accarias, t. II, n. 866 et s.

Il s'agit bien là, comme on le voit, d'une condamnation et il n'est nullement question de *manus militaris*. Le juge, dans notre hypothèse, reconnaît parfaitement que les empiètements de l'une des parties portent sur une portion de terrain à l'extrémité de laquelle se trouve un arbre ou un édifice dont il ordonne la destruction afin de pouvoir ainsi rétablir les limites primitives. Cependant, bien que le juge eût, dans notre action, le pouvoir extraordinaire de faire des attributions de propriété, le texte ne parle que de condamnation et non d'exécution forcée. Ce texte, qui présente un intérêt capital, puisqu'il se réfère à la question même qui nous occupe, semble bien indiquer que toutes les fois que des empiètements auront été faits par l'une des parties sur le fonds contigu, le juge se bornera à ordonner la disparition des obstacles qui effacent les limites véritables, sans jamais pouvoir user d'exécution forcée.

La doctrine que nous soutenons et qui consiste à dire qu'à l'époque classique le seul *jussus judicis* ne pouvait entraîner l'exercice de la *manus militaris*, résulte également d'un texte fort probant de Pomponius, dont voici la traduction littérale¹. « Si je revendique la chose volée contre le voleur, la *condictio furtiva* me reste; mais on peut dire qu'il est contenu dans l'office du juge qui connaît de la revendication, de n'ordon-

1. L. IX, § 1, D. XLVII, tit. 2.

ner la restitution de la chose volée, que si le demandeur renonce à la *condictio furtiva*. Si le voleur, a d'abord été poursuivi par cette *condictio*, et qu'il ait été condamné et ait payé, le juge qui connaît de la revendication, doit ou absoudre le défendeur, ou (ce qui est préférable), si le demandeur est prêt à restituer la *litis æstimatio*, et que le voleur refuse de restituer l'esclave volé, condamner ce même défendeur à une somme fixée par le demandeur, sous la foi du serment. » On sait qu'en droit romain la victime d'un vol avait deux actions bien distinctes : la *condictio furtiva* et la revendication. Le texte que nous venons de citer montre toutefois que le cumul des deux actions n'était pas possible. Pomponius indique cependant que l'exercice de la *condictio furtiva* n'imposait pas au demandeur l'obligation de renoncer à la revendication. Cette solution fort équitable permettait au demandeur de revendiquer sa chose, le jour où il la découvrait, en abandonnant au défendeur le montant de la condamnation pécuniaire primitivement obtenue. Si, dans le droit classique, la sentence du juge eut pu être exécutée *manu militari*, nul doute que, dans le cas qui nous occupe, le voleur eût été contraint à restituer la chose elle-même. Telle n'est pas cependant la solution de Pomponius qui reconnaît que le *jusjurandum in litem* était seul possible. Le demandeur conservait ainsi la *litis æstimatio* obtenue par l'exercice de la

condictio furtiva, à laquelle se joignait l'excédant résultant de l'estimation faite sous la foi du serment. Les textes que nous venons de citer semblent donc bien indiquer que le *jussus judicis* ne pouvait aboutir à l'exécution *manu militari*.

M. Demangeat¹, pour concilier les deux dernières lois que nous venons d'examiner avec la loi LXVIII d'Ulpien, propose d'établir la distinction suivante : la *manus militaris* aurait eu lieu seulement lorsque le défendeur soutenait qu'il ne pouvait exécuter l'*arbitrium* du juge, et était ensuite convaincu de mauvaise foi ; l'exécution forcée était alors une punition du dol qu'il avait commis. C'est là, dit M. Demangeat, ce qui résulte expressément du texte d'Ulpien et aussi de la loi III, § 2, (D. XXVII, 9). L'hypothèse prévue par ce dernier texte est celle d'un tuteur qui revendique le fonds de son pupille et qui ne peut obtenir que la *litis æstimatio*. Le jurisconsulte que nous venons de citer voit là une aliénation obligatoire qui montre bien que le tuteur ne pouvait obtenir la restitution du fonds lui-même.

M. Accarias², qui a victorieusement combattu le système proposé par M. Demangeat, donne à la loi III, § 2, une interprétation toute différente. Suivant lui, les mots *hæc enim alienatio non sponte tutorum fit* signifient simplement que l'aliénation

1. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, II, p. 588.

2. *Précis de droit romain*, t. II, p. 4143.

n'est pas spontanée, mais n'indiquent pas qu'elle n'est pas volontaire. M. Accarias fait remarquer, en outre, combien est peu juridique une théorie d'après laquelle « celui qui veut garder la chose d'autrui n'aurait qu'à montrer un peu de cynisme, et à braver ouvertement l'autorité du juge ». La distinction de M. Demangeat étant écartée, nous devons reconnaître que la loi LXVIII d'Ulpien est un texte interpolé par Tribonien et qui, par suite, ne saurait avoir la portée qu'on a essayé de lui donner. M. Labbé¹ démontre d'une façon péremptoire l'interpolation dont il s'agit. « La phrase : *hæc sententia generalis est*, dit-il, n'est pas latine ; elle contient des hélienismes : au lieu de dire *locum habet ad omnia*, on aurait du dire en bon latin « *in omnibus* » ; Le commencement de la loi a été également modifié : Ulpien n'a pas pu écrire, en effet : « *manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur* » cela serait en opposition avec l'ensemble des textes. Pourtant le fond du texte est bien d'Ulpien. On peut conjecturer, sans pouvoir évidemment rétablir le texte tel qu'il avait été écrit, que le jurisconsulte supposait une action en revendication instruite et résolue *extra ordinem*, et alors Ulpien décidait que la *manus militaris* pouvait être employée. »

1. M. Labbé, à son cours, 1883-1884.

La distinction ainsi établie par notre savant maître, entre l'*ordo judicis* et la *potestas magistratus*, nous paraît seule devoir être admise. Elle nous permet, non seulement de concilier les différents textes que nous avons cités, mais encore de nous rendre un compte exact de l'exécution des jugements dans le droit antéjustinien. A cette époque, en effet, bien que la procédure fut ordinairement divisée en deux parties bien distinctes, la première se passant devant le magistrat et la seconde devant le juge, il pouvait néanmoins arriver que le premier retint l'affaire, et décidât ainsi à lui seul, sur la question qui lui était proposée. Dans ce dernier cas, le magistrat, statuant *extra ordinem*, pouvait incontestablement faire exécuter *manu militari* la sentence qu'il rendait. Pareil pouvoir n'était pas reconnu au juge, qui pouvait seulement déférer au demandeur dans toute action arbitraire : « le *jusjurandum in litem ob contumaciam rei* ». Nous concluons donc en disant qu'à l'époque du droit classique, l'ordre du juge dans les actions où il exerce un *arbitrium*, n'était nullement susceptible d'exécution *manu militari* ; seules, suivant nous, les décisions rendues par le magistrat *extra ordinem* pouvaient motiver l'exécution forcée.

De l'adjudicatio. — L'*arbitrium* prononcé par le juge portait sur les empiètements qui avaient pu avoir lieu, et aussi, comme nous l'avons vu plus haut,

sur toutes les questions accessoires qui pouvaient se présenter, telles que restitutions de fruits, honoraires dus à l'*agrimensor*, *impenses* faites par chacune des parties sur une portion de terrain qui ne lui appartenait pas, etc., etc. En dehors de ces différents points, le juge pouvait encore, en vertu du pouvoir que lui conférait l'*adjudicatio* de la formule de notre action, modifier les limites des fonds contigus en faisant à l'une des parties ou à chacune d'elles, des attributions de parcelles de terrain. Cela avait lieu généralement lorsque les limites anciennes étaient trop difficiles à reconnaître, ou bien encore quand elles nuisaient à la culture réciproque des deux fonds. Il y avait alors, dans ce cas, une sorte d'aliénation forcée, résultant de l'attribution de terrain faite par le juge et de l'indemnité accordée à la partie qui se trouvait ainsi dépouillée. Il va sans dire, du reste, que l'adjudication ainsi prononcée ne transférait la propriété à celui en faveur duquel le juge la prononçait, qu'autant que le voisin était lui-même propriétaire. Dans le cas contraire, il n'y aurait eu là qu'une possession acquise avec bonne foi et susceptible de conduire à la propriété, par l'usucapion.

CHAPITRE VI

FINS DE NON RECEVOIR OPPOSABLES A L'ACTION *FINIUM
REGUNDORUM*

L'action *finium regundorum* peut se trouver écartée par des fins de non-recevoir se rattachant aux principes généraux. Il est bien évident, tout d'abord, que s'il y avait déjà des bornes régulières, il n'y aurait pas lieu à l'action en bornage : le propriétaire qui croirait avoir un droit sur une partie du fonds voisin ne pourrait en effet agir que par revendication. Il est certain encore qu'on pouvait opposer au demandeur son défaut de qualité, d'après les règles que nous avons posées plus haut. Ces différents points étant écartés, nous insisterons seulement ici, en premier lieu, sur l'exception de chose jugée et le but de la *præscriptio quinque pedum*, et, en second lieu, sur les règles de la prescription proprement dite.

I. L'exception de chose jugée trouvait sa place

quand une décision était déjà intervenue sur le bornage de deux fonds voisins.

A ce sujet, nous devons observer que la différence primordiale entre le *finis* et le *locus*, faisait qu'il n'y avait pas exception de chose jugée opposable, si une personne, ayant d'abord agi *de fine*, agissait ensuite *de loco*. « Ces deux actions, dit M. Barruel de Saint-Pons, bien que réunies sous le nom générique d'actions *finium regundorum* n'ayant pas le même objet, il ne saurait y avoir *eadem res*¹. » C'est là, du reste, une solution qui résulte d'une façon bien précise d'un passage de Frontin : « *Solent quidam per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re presenti plus quidem quam de fine regundo agatur; sic fit ut post sententia irrita sit, et rescindi possit quod aut iudex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat qui sententiam non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumpserint*². »

Cependant, comme il fallait, dans la pratique, pour préciser l'action du juge, user d'un moyen lui permettant de savoir s'il aurait à statuer sur un *finis* ou sur un *locus*, on devait, si l'on voulait se réserver, le cas échéant, le droit de plaider *de loco*, bien indiquer que

1. *Revue historique*, 1878, p. 151.

2. *Gromatici veteres*, p. 43 et 44.

dans la circonstance présente on n'entendait agir que *de fine*.

Les Romains se servirent, pour arriver à ce résultat, d'un moyen usité dans le système formulaire. Les *præscriptiones*, comme on sait, avaient pour but de limiter la *deductio in iudicium* à une partie du droit, et, par voie de conséquence, de restreindre, dans la même mesure, l'effet extinctif de la *litis contestatio*¹. « Le demandeur, en faisant insérer dans la formule de notre action la *præscriptio quinque pedum*, indiquait par là que le pouvoir du juge ne devait porter que sur le seul *finis*.

Si la formule, ou plus tard, sous le système de procédure extraordinaire, la demande introductive d'instance ne contenait aucune *præscriptio*, le débat portait sur le *locus*. Les demandeurs à notre action, généralement désireux d'empêcher ce résultat, faisaient insérer dans la formule la phrase suivante : « *Ea res agatur intra quinque pedes*. »

La *præscriptio* dont nous parlons pouvait également être invoquée par le défendeur. On sait, en effet, qu'en droit romain il intervenait fréquemment des *præscriptiones* « *a parte rei* » pour avertir le juge de ne passer à l'examen du fond qu'autant qu'il ne reconnaîtrait pas l'existence de tel ou tel fait.

La *præscriptio quinque pedum* trouvait à ce point

1. Accarias, t. II, n° 920.

de vue sa place dans l'exercice de l'action *finium regundorum*. Le défendeur, en la faisant insérer dans la formule de notre action, restreignait le débat à l'établissement du *finis*, et écartait, par là même, toute autre contestation.

Il y avait, paraît-il, dans cette institution de la *præscriptio quinque pedum*, une source de nombreuses difficultés pratiques. Dans le droit classique, l'action formée de *fine* se trouvait repoussée par la *præscriptio quinque pedum*, si le débat devait, en réalité, porter sur un *locus*. C'était là une conséquence de la distinction établie par l'ancien droit entre la *controversia de fine* et la *controversia de loco*, au point de vue de la compétence. Une constitution de 385, des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, prohiba cette fin de non recevoir dans les actions de *fine*. Cette constitution¹ qui forme la loi 4 du titre *finium regundorum* au Code Théodosien (II, 26), a été reproduite, mais en partie seulement, par le Code de Justinien « *quinque pedum præscriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio* »². Cette dernière loi qui, selon nous, n'a eu pour objet que de supprimer la *præscriptio quinque pedum*, telle que nous l'avons fait connaître, a été interprétée dans

1. Elle est reproduite dans l'édition des *Grammatici veteres* de Lachmann, p. 267.

2. L. V, C. 3, 39

des sens fort différents du nôtre. On a voulu, bien à tort, comme nous le montrerons plus loin, y voir une règle relative à la prescription du *finis*.

Cette constitution n'avait, croyons-nous, qu'un simple intérêt de procédure. Elle ne supprimait pas les différences essentielles dérivant de la nature des choses qui existaient entre le *finis* et le *locus*. Le *finis* restait une servitude légale, imprescriptible, non susceptible de possession *ad interdicta*, ne pouvant faire l'objet d'une renonciation et soumise à la compétence d'arbitres. Le *locus*, au contraire, portion d'un fonds, restait soumis à toutes les règles du droit commun, en matière de propriété. La constitution de 385 maintenait, du reste, notamment en termes fort précis, l'imprescriptibilité du *finis*. C'est ce qui résulte du passage suivant : « *Nec vero prolixioris temporis in hujusmodi jurgii locum habebit ulla præscriptio, cum diuturno otio alienum rus quis se asserat diligentius coluisse* ».

Il paraît cependant qu'à la suite de cette constitution, on confondit presque complètement le *finis* et le *locus*, au point de vue des règles du fond. Comme le dit en termes très précis M. Barruel de Saint-Pons, « la *præscriptio quinque pedum* était, en effet, le *criterium* à l'aide duquel la pratique pouvait reconnaître à première vue s'il s'agissait d'une *controversia de*

1. Voy. Lachmann, p. 269.

fine ou d'une *controversia de loco*; la même pratique avait donc pris la facile habitude de rattacher toutes les différences signalées entre nos deux actions à la seule *præscriptio quinque pedum*, leur symbole accoutumé. Dans l'abolition de cette prescription, la pratique romaine allait voir, sans aucun doute, la suppression par voie de conséquence, de toute différence entre le *finale jurgium* et le *jurgium locorum*¹ ».

Aussi, pour mieux préciser le sens et l'objet de leur constitution de 385, les empereurs Théodose, Arcadius et Honorius en firent une deuxième dont le sens est fort précis. Cette constitution est ainsi conçue : « *Cunctis molitionibus et machinis amputatis, finalibus jurgis ordinem modumque præscripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque qui veteri jure præcepti sunt, sine observatione temporis arbitros jussimus judicare; quod si loca in controversiam veniant solemniter de his judices recognoscent...* »² Comme la première, cette constitution a été insérée au Code de Justinien, mais d'une façon encore incomplète et avec des modifications relatives à la prescription sur laquelle il nous reste maintenant à nous expliquer.

II. De la prescription en matière d'action *finium regundorum*.

1. Barruel de Saint-Pons, *loc. cit.*

2. L. 5, II, 26, au Code de Théodosien et loi 6, III, 37, au Code de Justinien.

L'action *finium regundorum* était-elle susceptible d'échouer devant une prescription extinctive ou acquisitive ?

Dans notre droit français, on peut aisément répondre à cette question : « L'action en bornage, disent MM. Aubry et Rau, est imprescriptible en ce sens que quel que soit le laps de temps pendant lequel deux fonds contigus sont restés sans être abornés, le bornage peut toujours être demandé. » C'est là la solution admise par tous les auteurs et qui s'impose forcément. La prescription extinctive ne pourrait, en effet, commencer à courir que du jour de la naissance de l'action : or, l'obligation relative au bornage étant imposée par la loi, il en résulte que l'action naît sans cesse, à chaque instant, en un mot qu'elle existe toujours, le fait générateur de l'action se reproduisant incessamment tant que le bornage n'a pas eu lieu. Dans notre droit, la prescription acquisitive est la seule qu'on puisse opposer à l'action en bornage. C'est là un fait qui se produit lorsque l'un des propriétaires des deux fonds contigus prétend avoir acquis par une possession prolongée une portion déterminée de terrain au delà des bornes de sa propre propriété.

Les principes que nous venons ainsi d'énoncer n'ont pas toujours été suivis en droit romain. Nous devons, à cet égard, distinguer la législation antérieure à Justinien et celle de cet empereur.

A. *Avant Justinien.* — Le droit romain dans cette période, admet, dans la question qui nous occupe, des solutions logiques et rationnelles.

L'action *finium regundorum* n'était, en effet, soumise à aucune prescription extinctive. L'ordre public, alors comme aujourd'hui, voulait que les propriétés fussent bornées; on ne pouvait donc renoncer au droit que l'on avait de demander le bornage de sa propriété. La formule bien connue: « *quod nulla conventio effici potest, id non ullo temporis lapsu fieri debet* » s'appliquait à notre action. Celle-ci toutefois, bien qu'imprescriptible, pouvait échouer devant une prescription acquisitive des *ampliores fines possessi*. Alors l'action, sans être éteinte, devenait sans objet. La théorie que nous venons d'émettre se trouve de tout point confirmée par une loi de l'empereur Théodose, qui, établissant la prescription extinctive en matière d'actions personnelles, ne manque pas de faire une exception pour l'action *finium regundorum*¹.

Quant à la prescription acquisitive en matière de bornage, elle était évidemment admise, quand il s'agissait du *locus* et des *ampliores fines possessi*. Paul le dit expressément: « *Sed si fundus emptus sit, et am-*

1. « *Petitio finium regundorum in eo scilicet quod nunc est jure duratit.* » L. un. (C. Theod. II, 14), Voy. dans le même sens la loi V au même code: *De pactis*.

pliores fines possessi sunt, totum longo tempore capi'. »

Quand il s'agissait du *finis*, au contraire, la prescription acquisitive n'existait pas, ce qui s'explique aisément, étant donné le caractère de servitude légale qu'on lui reconnaissait. Tous les actes en effet, que l'un des propriétaires voisins pouvait faire sur la partie du *finis* prise sur l'autre fonds, s'expliquaient par l'exercice normal de la servitude. On ne pouvait, dès lors, invoquer ni titre, ni bonne foi, pour prescrire un terrain dont on jouissait par une disposition spéciale de la loi et dont la possession n'était susceptible d'aucune qualification. C'est là, du reste, une solution qui ressort nettement des lois V et VI du Code Théodosien (II, 26), dont nous avons parlé plus haut.

B. *De la prescription de l'action finium regundorum, sous Justinien.* — Les principes rationnels que nous venons d'examiner et qui dominèrent pendant toute l'époque classique, furent complètement oubliés sous Justinien. Cet empereur rangea l'action *finium regundorum* au nombre de celles qui désormais devaient se prescrire par trente ans². Dans la loi VI, C. 3, 39 qui reproduit en partie la constitution de Théodose et d'Arcadius que nous avons analysée, Justinien

1. L. II, § 6, D. 41, 4.

2. L. I, § 1, C. 7, 40.

a même cru nécessaire de parler à nouveau de la modification qui résultait de sa constitution au sujet de la prescription¹. Quoi qu'il en soit, on peut se demander si cette modification législative a jamais reçu son application dans la pratique. On ne voit pas, en effet, comment on aurait pu déclarer une action en bornage éteinte par trente ans de non exercice.

Quant à la prescription acquisitive, elle resta soumise aux mêmes règles que sous l'époque précédente; le *finis* ne pouvait être susceptible de prescription, le *locus* seul était soumis à la règle ordinaire.

La théorie que nous venons de présenter dans ce chapitre sur la *præscriptio quinque pedum* et sur les règles de la prescription acquisitive et extinctive en matière de bornage, est loin d'être admise par tous les interprètes. Le commentaire des deux constitutions de Théodose et des deux lois que le Code de Justinien en a incomplètement extraites, a soulevé des discussions nombreuses dans lesquelles il nous paraît superflu de nous engager. Nous nous bornerons à résumer, en terminant, l'opinion des différents auteurs qui se sont occupés de notre question.

D'après Cujas², la loi 5, au C. 3, 39, s'appliquerait à la *præscriptio quinque pedum* et exclurait ainsi

1. « *Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali questione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum præscriptionem locum habere* » (6, C. 3, 39).

2. Edit. 1722, sur la loi, D. X, 1.

l'idée de toute prescription. Quant à la loi 6, elle viserait uniquement les anticipations pour lesquelles on admettrait la prescription de trente ans. Ce système nous paraît contredit à la fois par la loi 1, § 1, C. 7, 40, *De annali exceptione*, et par la loi 2, § 6, D., au titre *Pro emptore*.

D'après le système de Molitor, il faudrait distinguer l'action *finium regundorum simplex* et l'action *finium regundorum qualificata*. La première aurait toujours été imprescriptible, la seconde aurait été susceptible de s'éteindre par une prescription qui était fixée à dix ou vingt ans, sous Théodose, et à trente ans, sous Justinien. Bien que ce système renferme une certaine part de vérité, il ne saurait être admis dans son ensemble. D'une part, en effet, la loi I, § 1, au Code *De ann. exceptione*, déclare susceptible de la prescription extinctive de trente ans toute action *finium regundorum*, sans aucune distinction. D'autre part, il est également certain que les *ampliores fines possessi* étaient susceptibles, comme nous l'avons vu, de la prescription acquisitive ordinaire. Ajoutons enfin que, dans ce système, la loi V, C. 3, 39, ne présenterait aucun intérêt.

Une autre théorie, celle de Rudorff, enseigne que la Constitution de 385 avait voulu supprimer toute différence entre le *finis* et le *locus*, notamment au point de vue de la prescription de dix ou vingt ans.

Dans ce système, on soutient également que la Constitution de 392 serait revenue à l'ancienne distinction, le *locus* devenant seul susceptible de la prescription que nous venons d'indiquer, et la prescription de trente ans ne pouvant pas être appliquée dans aucun cas. La Constitution de Justinien, dont nous avons parlé plus haut, ne serait alors intervenue que pour confondre de nouveau les deux hypothèses, et, n'établissant plus de différence entre le *finis* et le *locus*, au point de vue qui nous occupe, elle aurait indistinctement soumis l'un et l'autre à la prescription extinctive de trente ans.

Cette théorie qui contient, comme la précédente, une part de vérité, se heurte cependant, sur certains points, à des objections décisives. C'est là, du reste, ce qu'a démontré M. Barruel de Saint-Pons d'une façon péremptoire, en indiquant qu'on ne saurait s'expliquer que les recueils aient conservé les deux Constitutions de Théodose, si la deuxième abrogeait purement et simplement la première. L'auteur dont nous parlons montre également qu'on ne saurait comprendre comment Justinien aurait voulu écarter toute prescription acquisitive en cette matière, alors que la loi II, § 6, au titre *De emptore*, dit formellement le contraire.

Les différents systèmes que nous avons exposés commettent d'ailleurs, suivant nous, une erreur et une

confusion communes, dans l'application des mots : *præscriptio quinque pedum*, employés par Théodose. Les uns veulent y voir une prescription acquisitive ou extinctive; les autres, au contraire, donnent au mot *præscriptio* le sens de prescription légale. Nous avons indiqué plus haut quel est, à notre avis, la véritable signification de cette expression.

CONCLUSION

Les solutions admises par le droit Romain sur l'action *finium regundorum*, en en dégageant tout ce qui était propre aux usages romains, tout ce qui restait des limitations solennelles, des distinctions du *finis* et du *locus*, et des *controversiæ agrariæ*, passèrent dans notre ancien droit. Elles furent admises et appliquées non seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans les pays de coutume, où elles vinrent compléter ou même remplacer les règles primitives qui avaient été établies dans les périodes germanique et féodale. Pothier les reproduisit en grande partie, et, aujourd'hui encore, dans le silence de la loi sur bien des points, on peut avoir recours à elles.

Nous pouvons cependant, en terminant, noter des différences profondes entre notre action en bornage et l'action *finium regundorum*. D'abord l'objet de

l'action en bornage est plus simple et plus restreint. Le juge de paix ne peut en connaître que si la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés. Elle ne peut pas non plus tenir lieu d'action en revendication. Enfin le pouvoir d'adjudication n'appartient plus au juge qui en est saisi.

Ce sont là des différences profondes à l'avantage de notre législation.

Il en est d'autres dont l'exactitude est plus douteuse. L'article 646 du Code civil range l'obligation au bornage parmi les servitudes légales. C'est là une classification qui est susceptible de critique. On ne trouve guère, en effet, ici, les caractères ordinaires des servitudes. Aussi eût-il mieux valu en faire simplement une obligation légale entre voisins.

Enfin, notre législation semble ne pas reconnaître à l'action en bornage le caractère d'action personnelle. L'article 59 du Code de procédure, suivant en cela la tradition de l'ancien droit, admet qu'il y a, outre les actions personnelles et les actions réelles une troisième catégorie d'actions, les actions mixtes, parmi lesquelles il range l'action en bornage. Au point de vue pratique, les solutions qu'il donne n'ont rien de critiquable. Mais au point de vue théorique et si l'on s'en tient à une classification rigoureuse des actions, cet article est le résultat d'une lointaine erreur

d'interprétation du § 20 des *Institutes* que nous avons étudié¹.

1. « Il est curieux de remarquer combien peut devenir puissante une idée qui a fait une fois son chemin à l'aide d'une méprise et combien elle est difficile à déraciner. » (Machelard, *De l'accroissement*, p. 204.)

TABLE DES MATIÈRES

De l'action *Finium Regundorum*.

	Pages
Introduction	1
Chapitre I. — Origine et fondement de l'action	5
Chapitre II. — Objet de l'action.....	14
Chapitre III. — Conditions d'exercice.....	31
Chapitre IV. — Caractères.....	44
Chapitre V. — Procédure.....	61
Chapitre VI. — Fins de non-recevoir	77
Conclusion	92