{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Riedmatten, Armand de. Faculté de droit de Paris. De la Nature de la possession en droit romain et en droit français, thèse pour le doctorat, par Armand de Riedmatten,.... 1873.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

NATURE DE LA POSSESSION

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Armand de RIEDMATTEN, Avocat

NÉ A SION (SUISSE) LE 20 JANVIER 1848

Thèse publiée ci-après, sera soutenue le Jeudi 10 Juin 1875, à 2 heures.

Président : M. LABBÉ, Professeur.

SUFFRAGANTS : MM. VUATRIN, COLMET DE SANTERRE, BUFNOIR, CASSIN. — Professeurs. — Agrégé.

PARIS

L. LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1875

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

A MON PÈRE

A MON ONCLE, M. LE COMTE DE CRÈVECŒUR

ANCIEN COLONEL D'ARTILLERIE

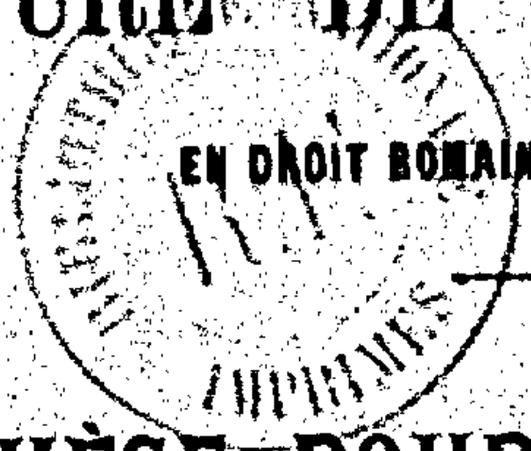
4369

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

NATURE DE LA POSSESSION

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

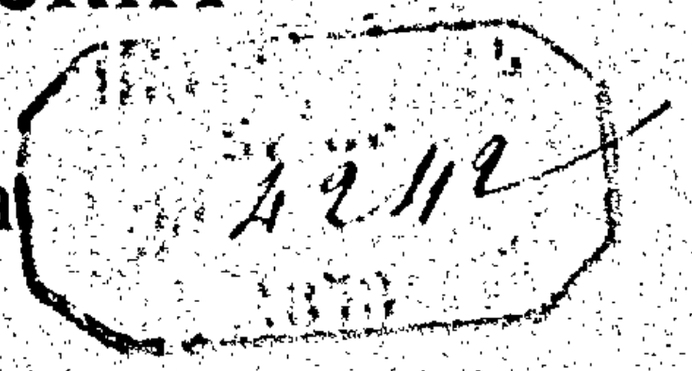


THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Armand de RIEDMATTEN, Avocat

NÉ A SION (SUISSE), LE 29 JANVIER 1848



L'acte public ci-après sera soutenu le Jeudi 19 Juin 1873, à 9 heures.

PRÉSIDENT : M. LABBÉ, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS : MM. VUATRIN, COLMET DE SANTERRE, BUFNOIR, Professeurs. CASSIN, Agrégé.

PARIS

L. LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1873

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE DE LA POSSESSION

§ I". — Notion de la Possession.

Si, sans scruter la nature intime de la possession en général, nous voulons en exposer la notion fondamentale en Droit romain, d'après les sources seulement, nous ne pouvons mieux faire que de prendre, avec M. Bruns, pour point de départ de cette étude, les paroles de Paul lui-même au début de son commentaire sur l'édit :

Possessio appellata est a sedibus quàsi positio, quia naturaliter res tenetur ab eo qui ei insistit; dominiumque rerum ex naturali possessione cœpisse, Nerva ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quæ terra, mari, cœloque capiuntur, nam hæc protinus eorum fieri qui primi possessionem eorum apprehenderint.

Ces deux observations, l'une étymologique, l'autre

historique, n'ont pas en elles-mêmes une bien grande valeur ; elles ne sauraient remplacer la notion de la possession qui aurait dû figurer à leur place. Mais elles nous montrent la pensée de Paul, puisqu'il les met à la tête de son commentaire, comme les plus propres à nous donner l'idée nette et précise de la possession.

On peut aussitôt en dégager deux pensées importantes :

a) La possession a pour base un pouvoir physique sur une chose corporelle ;

b) Elle est dans un rapport direct et déterminé avec la propriété. Le premier point ne fait aucun doute ; le second demande quelques développements.

Paul nous dit que la propriété doit son origine à la possession, et qu'un vestige en reste dans les effets de la possession des choses qui n'appartiennent à personne. Il considère donc comme éminemment caractéristique cet effet de la possession. Il ne nous dit pas que l'acquisition de la propriété est l'effet d'un certain genre de possession seulement, c'est-à-dire de la possession jointe à la volonté de posséder comme propriétaire et comme maître ; il n'indique aucunement des cas de possession en dehors de cette volonté ; mais, il considère celle-ci comme étant comprise dans la notion même de la possession. Sa pensée se manifeste ainsi clairement pour lui, le rapport direct entre la possession et la propriété ne fait aucun doute ; la possession c'est la pleine domination physique sur la chose,

jointe à la volonté de l'avoir à soi, comme maître, dans l'ensemble de ses attributs; il ne manque à la possession que d'être reconnue conforme au droit pour devenir propriété. Selon Paul, il n'y a donc de possession que par l'*animus domini*; telle est l'essence de la possession dans le texte que nous venons de citer; et quelques soient d'ailleurs les controverses qui divisent les interprêtes sur la notion qu'il faut donner de la possession en soi, ou devant l'ensemble des sources romaines.

Ce qui prouve encore mieux ce résultat, c'est d'abord la place que Paul donne à la possession dans son ouvrage; il en fait comme l'introduction de la théorie de l'usucapion, qu'il traite dans le même livre; — c'est, de plus, la division qu'il donne des diverses espèces de possession, dans le cours de son exposé :

Genera possessionum tot sunt, quot et causæ adquirendi ejus quod nostrum non sit, veluti pro emptore, pro donato... Et in summa magis unum est genus possessionis, species infinitæ. (L. III, § 21, h. t.).

Il n'y a donc qu'un seul genre de possession. Les espèces se distinguent suivant les titres d'acquisition de la propriété elle-même, suivant les causes éloignées du domaine, *causæ remotæ dominii*, comme disent les interprêtes. (Heineccius § 339, Elem. Jur.)

Sans doute on peut se demander, si Ulpien et les autres Jurisconsultes romains se plaçaient au même point de vue que Paul. Il est à remarquer qu'Ulpien notamment ne traite pas de la possession en même temps que de l'usucapion, mais en même temps que des inter-

dits. Les lacunes des sources, ne nous permettent cependant pas de résoudre la question d'une manière certaine. D'un autre côté, on peut bien affirmer que la doctrine de Paul est pleinement acceptée par les Pandectes, puisqu'elle figure en tête de notre titre de la manière la plus complète, et que ce titre lui-même est placé remarquablement entre le titre *de adqui rendo rerum dominio*, et le titre *de usucapionibus*. — Les expressions connues de Théophile, viennent corroborer ces arguments (1).

Un autre texte souvent cité achève de nous démontrer l'idée fondamentale de la possession dans les Pandectes. Nous voulons parler de la loi XVIII, D. h. t. qui est du Jurisconsulte Celsus :

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere ; nec enim muto mihi causam possessionis sed desino possidere ;... nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Ajoutez, Inst. § 5, *de interdict.* et Gajus IV, 153.

Ainsi pour posséder, il faut posséder pour soi, non pour autrui. Rapproché de la loi 1, h. t. et de la règle que les choses corporelles seules peuvent faire l'objet de la possession proprement dite (L. III, pr. h. t.) ces

---

(1) Ce n'est pas à dire non plus que les Romains aient considéré la possession comme l'exercice du droit de propriété. Nous ne trouvons dans les sources aucune trace de cette idée. Est-elle vraie en elle-même ? Nous nous le demanderons plus bas. — L'origine de la propriété dans la possession (L. 1. pr. h. t.) est d'ailleurs le seul rapport que les sources nous présentent d'une manière explicite, entre ces deux notions. (Bruns).

textes acquièrent une autorité déterminante. Celui qui se considère comme le maître de la chose, est en effet le seul qui puisse pleinement dire qu'il la possède pour lui, non pour autrui. Par conséquent, en principe, point de possession en Droit romain en dehors de l'*animus domini*.

On n'aurait jamais dû s'écarter de ces notions simples et fondamentales, de cette argumentation découlant des textes, pour rechercher, dans des idées générales et souvent mal exprimées, ou conçues *à priori*, des définitions de la possession dans le Droit romain. La grande école française au XVI^e^ siècle, si remarquable par son interprétation impartiale et profonde des textes, ne s'y était pas trompée. L'opinion de beaucoup la plus enseignée par cette école, c'est que la possession suppose l'*animus domini*, et qu'ainsi toute possession *pro alieno* doit être exclue de la notion. Telle était, entre autres, la doctrine de Duarenus, de Donnellius, de A. Faber, etc. Cependant Cujas englobait, il est vrai, dans la notion de la possession proprement dite, les cas de possession anomale. Au reste, nous ne trouvons nulle part, chez les auteurs de cette époque, un essai d'expliquer pourquoi ces cas de possession *pro alieno* avaient été rangés par les Romains dans la possession proprement dite. (Bruns, p. 368.)

Si les modernes ne méritent pas ce dernier reproche, depuis Savigny, on peut avec raison être encore étonné du peu d'harmonie qui existe entre eux dans les notions qu'ils nous donnent de la possession.

Très souvent ils confondent la définition qu'il faut donner de la possession devant les sources romaines, avec celle qu'on en peut donner d'une manière générale et abstraite, et il arrive remarquablement que leurs définitions sont inexactes, à l'un et à l'autre de ces points de vue. C'est le reproche que je crois pouvoir adresser d'abord à M. Van Wetter, lorsqu'il nous dit, en tête de son savant traité sur la possession (p. 6.):... « On peut définir la possession un pouvoir physique total ou partiel sur une chose; ou bien la détention d'une chose, dans l'intention d'exercer sur elle soit le droit de propriété, soit l'un de ses démembrements. » Je prends cette phrase comme une seule et même définition, le second membre commentant et restreignant le premier; car sinon, nous aurions deux définitions, l'une plus large, l'autre plus étroite, ce qui serait une faute de plus. Or, cela posé, cette définition est, d'un côté, trop restreinte, si elle veut définir la possession d'une manière générale et abstraite; de l'autre, elle est à la fois trop large et trop étroite si elle veut nous présenter la notion romaine de la possession; trop large puisqu'elle comprend l'usufruitier qui certainement ne possède pas en droit romain; trop étroite, puisqu'elle repousse le précariste et le séquestre qu'elle prétend cependant englober avec tous les autres possesseurs dérivés (p. 6.), mais qui n'ont certainement pas l'intention d'exercer ni la propriété, ni l'un de ses démembrements.

Le même reproche paraît bien devoir être fait à M. Molitor et à M. Ch. Appleton.

Le premier, tirant sa notion de la possession en Droit romain, de la loi 1re, D. h. t., sans même désigner le paragraphe d'une loi qui en compte 22, et de la loi III, § 3, *eod*, s'exprime ainsi : « D'après ces textes nous pouvons définir la possession, *d'une manière générale*, en disant qu'elle est la puissance que la volonté de l'être personnel et libre exerce sur les choses du monde extérieur en leur communiquant l'empreinte de son inviolabilité. » J'observe d'abord qu'il nous faut aussitôt restreindre les expressions « d'une manière générale ; » c'est la définition d'après le Droit romain qui nous est ici donnée puisqu'elle est tirée des textes des Pandectes. Je ne crois pas, en second lieu, qu'on puisse trouver dans les sources un seul texte qui autorise ma définition si abstraite; en tous cas, les deux lois citées ne la légitiment absolument pas. Les Romains ont, il est vrai, protégé la possession par des interdits ; mais est-ce par des motifs d'ordre public, ou à cause de l'inviolabilité de la personne ? La question n'est pas même indiquée dans les sources, et l'origine des interdits est on ne peut plus obscure. Ensuite qu'est-ce, en résumé, que cette inviolabilité de la personne communiquée à la chose, et en quoi le *droit* de possession, pour suivre la doctrine de Molitor, différerait-il en cela de tous les autres droits et spécialement des droits de propriété ? Tous les droits ne sont-ils pas sacrés et inviolables à cause du sujet auquel ils sont attachés ? — Mais j'ajoute que cette définition est formellement contredite par les sources. Telle qu'elle est, elle englobe certainement tous les déten-

teurs, et l'auteur le reconnait expressément :— « Cette puissance, on peut l'exercer en son propre nom ou au nom d'autrui, distinction qui est renfermée dans notre définition et dans celle de la L. 1re, D. h. t, ; — et plus bas § 10 : — « *Le summum genus possessionis* consiste donc simplement dans la détention avec l'intention de garder... Les *species* dérivent des différents caractères de l'*animus* ou des différentes *causæ possidendi.* » — Ce second passage, quoique l'auteur ne le dise pas, paraît une allusion à la loi III, § 21, h. t. — Or, je le demande, est-ce que les textes ne répètent pas explicitement que les simples détenteurs ne possèdent pas, que même l'usufruitier n'a qu'une *quasi possessio* ; et, est-il possible de donner une interprétation plus forcée à la Loi III, § 21 ?

Suivant M. Appleton, « la volonté d'agir sur une chose jointe à la possibilité physique de le faire à l'exclusion de toute personne, telle est, en Droit romain, la notion fondamentale de la possession. » C'est parfaitement inexact, car cette définition comprend également les simples détenteurs. Le fermier par exemple a sans doute, *a*) la volonté d'agir sur la chose ; *b*) la possibilité physique d'exclure autrui. Du moins, cette possibilité physique ne se conçoit-elle pas d'une manière absolue ; mais si elle appartient à quelqu'un c'est bien en première ligne au détenteur. Mais alors M. Appleton se contredit manifestement, car il s'empresse de reconnaître plus bas (p. 27), conformément à la vraie doctrine de Savigny, qu'il n'y a de véritable possession que par l'*animus domini*.

Nous aurions mieux aimé ce nous semble renverser la phrase de M. Appleton, et dire par exemple : la volonté d'agir à l'exclusion de tout autre, jointe à la possibilité de le faire, forme la possession. Cette définition n'est pas à l'abri de toute critique, mais au moins M. Appleton, aurait-il caractérisé dans sa notion l'*animus* qu'il estime nécessaire pour la possession.

M. Appleton se lance ensuite après M. Molitor et d'autres auteurs dans une critique contre M. de Savigny en lui reprochant d'avoir fait abstraction de l'intention, dans la notion que l'illustre auteur donne de la détention (et non de la possession, Comp. Molitor n°7) ; cette critique ne parait pas fondée comme nous le verrons.

En résumé les textes que nous avons cités nous permettent de conclure que la possession en Droit romain, est un état de fait qui correspond au droit de propriété, à la situation normale du propriétaire et qu'on peut par conséquent la définir exactement : un état, une relation de fait qui permette à l'homme d'agir sur la chose comme le ferait un propriétaire, joint à l'*animus domini*. Cette relation de fait consiste dans la possibilité physique d'agir sur la chose, et dans une certaine possibilité d'exclusion qu'il est difficile de bien caractériser autrement qu'en la comparant à celle qui existe au profit du propriétaire. Savigny lui-même s'y est repris à deux fois (p. 6, note 1. *Vide infra*. p...)

Ce que nous devons maintenant examiner, c'est la question de savoir si notre règle de l'*animus do-*

mini, n'est pas ébranlée par les cas de possession anomale. C'est là en effet l'objection fondamentale contre cette doctrine.

§ 2. — Possession anomale.

La possession, disons-nous, suppose, en Droit romain, l'*animus domini*; l'on pourrait citer un grand nombre de fragments dans lesquels cet *animus* est toujours sous-entendu. Mais, plusieurs cas fort remarquables dérogent à cette règle, et des textes explicites y reconnaissent la possession, malgré l'absence de l'*animus domini*. Ces exceptions concernent le créancier gagiste, le précariste, le séquestre et l'emphythéote; suivant quelques-uns il faudrait y ajouter le superficiaire, ce qui est contesté par d'autres, à cause de la loi VII, § 3, U. P. et de la L. I. pr., *de superfic.* L'anomalie ne se borne pas à la possession accordée sans *animus domini*; ce qu'il y a d'également singulier c'est, qu'en même temps, elle est déniée précisément là où cet *animus* existe. Ainsi elle est refusée au concédant dans l'emphythéose, et même dans le séquestre lorsque la possession est transférée au gardien; — accordée d'abord au débiteur gagiste, et, au concédant dans le précaire, elle finit par leur être refusée, ou plutôt elle ne leur est plus reconnue que fictivement. (Comp., L. III, § 5, *de poss.*; — L. XV, § 4, *de precario*; — L. 1re, § 15; L. III, *de*

poss., — L. XXV, § 1", L. XXXVII, *de pignorat. act.*) Enfin, un troisième point remarquable, c'est que dans deux cas particuliers la possession est ou n'est pas transférée suivant la volonté des partis : ce sont le séquestre et le précaire.

Ces exceptions importantes ont été classées par M. de Savigny et son école sous le nom expressif de possession dérivée, parce que « la volonté du possesseur irrégulier ne tend pas à avoir la chose à soi ; au contraire, par sa qualité même, il reconnait la propriété d'autrui ; — mais elle tend à exercer les avantages attachés auparavant à la possession d'un autre. » (Savigny, p. 121.). Elles sont d'ailleurs établies par des textes formels; mais n'en donnent pas moins lieu aux questions les plus controversées, et nous devons essayer d'examiner ici les principales difficultés qu'elles soulèvent :

I. — La possession existe-t-elle sans *animus domini* dans d'autres cas encore ?

II. — Quelle est la cause qui a fait admettre par les Romains une *corporis possessio* dans les cas signalés ?

III. — Ces exceptions vont-elles jusqu'à renverser la règle que la possession, en principe, n'existe qu'autant qu'il y a *animus domini*?

I. — La possession existe-t-elle sans *animus domini* dans d'autres cas encore? Nous ne le croyons pas. En

dehors des cas indiqués nous ne trouvons aucune trace d'une transmission de la possession sous réserve de la propriété ; au contraire, la détention de la chose par qui ne prétend pas l'avoir à titre de maître, ne rend pas possesseur ; les textes sont formels. Tels sont les cas de servitudes personelles, de bail, de commodat, de mandat, de *missio in bona*, etc. (L. XVIII, pr. *de poss.*; — L. IX, X, § 1er; — L. XXV, § 1er; *eod*; — L. VI, § 2, *de precario*; — L. IX, de Pr. V.) — Les sources ne contiennent même absolument rien qui nous permette de penser que la possession pourrait du moins exister au profit du détenteur par la volonté formellement exprimée des parties. Le contraire n'est pas affirmé non plus, nous devons le reconnaître; et l'on pourrait se demander si cette faculté n'est pas sous-entendue ? Mais c'est ce qui doit être également rejeté, et des textes nous permettent de l'établir par induction. En effet, en ce qui concerne le bail, nous avons un texte formel, qui ne permet d'y joindre un contrat de précaire qu'autant que, par ce précaire, la possession ne sera pas transférée au preneur : *ut conductor in possessione esset, non ut possideret.* (L. X, *de poss.*; — L. XXXIII, § 6, *de usurp.*) Les Romains considéraient donc comme possible de joindre un précaire au bail; mais la possession au profit du preneur leur paraissait un non-sens. Or c'était précisément par le contrat de précaire que la possession aurait surtout pu être transmise dans les rapports d'usufruit, de bail, de commodat, qui ne donnent en soi qu'un droit d'usage de la chose. En repoussant, pour le bail, la transmis-

sion de la possession par le précaire, on semble bien formuler une règle applicable à tous les cas semblables.

Un second argument nous est fourni par la loi 1re, § 1er, *de superficieb.*

Utile visum est, — quia melius est possidere potius quam in personam experiri, — hoc interdictum proponere. En effet, si le propriétaire avait pu arbitrairement rendre le superficiaire possesseur, il n'aurait point été nécessaire de proposer pour ce cas un interdit particulier.

Enfin, l'hésitation avec laquelle les exceptions signalées paraissent avoir été adoptées, les motifs spéciaux qui en expliquent quelques-unes jusqu'à un certain point, et surtout le fait irrécusable que, dans tous les autres cas de possession, l'*animus domini* est supposé, rapproché de la circonstance qu'aucun texte n'autorise à étendre l'anomalie ; que, bien au contraire, les sources paraissent plutôt contraires à une semblable extension, sont bien des arguments convaincants de la vérité de notre solution.

II. — Si, pour la solution de la première question, les sources nous font déjà, au moins partiellement, défaut, nous nous voyons presque dans l'impossibilité de résoudre la seconde par des textes positifs. Il est excessivement remarquable que les Romains n'aient point pris la peine de nous signaler la cause de ces anomalies en matière de possession ; que dis-je ! il semble même qu'ils n'aient pas paru se douter de

l'importante exception apportée au principe. Il faut le reconnaître : ce défaut quasi complet des sources est un des plus forts arguments des adversaires de la règle que la possession suppose toujours l'*animus domini*. Sans hésiter même, nous admettrions en Droit romain une définition technique plus large, si ce n'était la difficulté insoluble de rencontrer une formule qui, tout en comprenant les cinq cas que nous avons indiqués, permette en même temps d'exclure les cas dans lesquels les Romains ont, par des textes précis, dénié la possession, comme, par exemple, les servitudes personnelles. Nous le verrons bien dans la troisième question ; une formule qui ne présente pas des exceptions dont la cause puisse être indiquée d'une manière satisfaisante ne se rencontre pas. Mieux vaut donc partir de cette notion si simple et si rationnelle de la possession qui correspond comme un fait au droit de propriété, et présenter comme des irrégularités les espèces qui, selon des textes formels, n'y rentrent pas. Empressons-nous d'ajouter que la cause de ces irrégularités peut être indiquée de manière à donner à la raison au moins une certaine satisfaction. Examinons-les successivement :

1) Le créancier gagiste et le précariste.

L'explication qu'on peut ici présenter paraît assez fondée.

Nous trouvons, en effet, des traces d'une controverse ancienne, entre les jurisconsultes de Rome, sur la possession du gagiste et du précariste. Deux textes

précis nous apprennent que, dans le précaire, les Sabiniens avaient continué à considérer le concédant comme possesseur, parce que, nous dit Pomponius, *animo non discesserit possessione.* Les Proculiens, par contre, rejetaient cette double possession *in solidum* (L. III, §. 5, *de poss.* L. XV, §. 4, *de precario*). Le premier de ces deux textes est aussi formel que possible :

Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit.

Le second texte n'est pas moins précis. Nous n'avons pas, il est vrai, de dispositions aussi claires sur le gage; cependant le Sabinien Javolenus, dans la loi XVI *de usurpationibus*, partage encore la possession entre le créancier et le débiteur; celui-ci possède *ad usucapionem tantum*, le premier *ad reliquas causas.* Julien, qui vécut plus tard, et qui était aussi de l'école sabinienne, admet plutôt une espèce de possession fictive au profit du débiteur *intelligitur videtur possidere ad causam usucapionis* (L. I, §. 15, L. XVI *de poss.*); enfin les Sabiniens, Paul et Florentin, ne parlent plus du tout de la possession du débiteur, mais seulement de celle du créancier (L. XXXV, § 1, L. XXXVII, *de pignorat.* art.).

Ainsi, d'après la théorie première des Sabiniens, la dation en gage, ou à précaire, n'était pas, en elle-même, une raison pour faire cesser la possession du concédant. On sait que l'esprit de cette école était plus conservateur que celui des Proculiens : *in his quæ ei tradita fuerant perseverabat.* Il apparaît donc

comme probable que les Sabiniens n'ont point innové en admettant la continuation de la possession du concédant. D'un autre côté, on ne peut pas admettre, non plus, que le droit ancien ait reconnu en principe la possibilité d'une double possession *in solidum*. Outre qu'un semblable principe paraît heurter la saine raison, nous voyons plutôt Pomponius nous présenter cette double possession comme une conséquence étrange, mais difficile à éviter en théorie, les prémisses étant données. Nous sommes ainsi amenés à conclure que le droit ancien considérait le concédant comme seul possesseur, et que, plus tard seulement la possession fût accordée au concessionnaire. Les Proculiens plus minutieux ont alors comme conséquence logique, enlevé la possession au concédant. Les Sabiniens n'ont pas cru devoir aussi vite abandonner l'ancien principe. Les mots *non est dubium* dans la loi XV, § 4, *de precario*, semblent faire allusion à l'ancien état des choses.

Cela posé, il est naturel d'admettre que le changement apporté au droit ancien, dut son origine à l'introduction des interdits *possessoires*. Dès lors le concessionnaire eut un grand intérêt à être comme possesseur; et, quoiqu'il parût raisonnable de conserver au concédant la possession *ad usucapionem*, l'on dut se demander si les interdits ne seraient pas accordés au concessionnaire, qui a sur la chose un pouvoir plus grand qu'un commodataire ou un bailleur, et qui cependant se trouvait moins bien sauvegardé. Le preneur, en effet, peut, par son action *locati*, de-

mander protection à son bailleur contre les entreprises des tiers; mais l'action *pigneratitia contraria* ne se donnait pas à ces fins, et le précariste n'a aucune action. — Ajoutons que le gagiste, prenant ses sûretés contre son débiteur, il était bien plus naturel de lui accorder les interdits qu'à ce dernier, surtout à une époque où le gagiste n'avait point encore l'action réelle quasi-servienne (Savigny, p. 295 et 296). Par suite, on dut considérer le propriétaire comme transmettant ses interdits, et par conséquent sa possession, au concessionnaire ou au gagiste, sans qu'il nous soit cependant possible de dire que cette espèce de transmission ait été absolument nécessaire. — Au reste, la raison donnée par Savigny, que la possession du précariste ne nuit pas au concédant, est certainement fausse, puisque, par le fait, il n'a plus les interdits contre ceux auxquels la possession du précariste aurait passée, dommage contre lequel son interdit de *precario* ne pourra pas toujours le protéger suffisamment (Bruns).

En résumé, donc, les Romains n'ont point envisagé cette transmission de la possession ou des interdits, comme quelque chose d'absolument simple ou allant de soi; aussi ne peut-on en tirer aucun argument contre le principe de l'*animus domini*; — Le contraire serait même plus fondé.

2) L'emphythéote.

La possession de l'emphythéote est formellement exprimée, mais dans un seul texte:

Possessores — satisdare non compelli. — Possessor autem is accipiendus est, qui rem soli possidet. Sed et qui agrum vectigalem possidet possessor intelligitur, — nec ad rem pertinet, quod evinci ea possessio possit (L. XV, pr. § 1, et § VI, *ff qui satisdare cog.*)

La force probante de cette loi n'est pas dans les mots *possessor intelligitur*, mais dans ceux-ci, *qui agrum vectigalem possidet.* — Ce qui achève de démontrer qu'il s'agit bien ici d'une *corporis possessio*, c'est que la revendication, la publicienne, la faculté de donner en gage, qui compétent à l'emphythéote, sont toujours rapportées au *prædium vectigale* lui-même, non au droit; c'est que les actions confessoire et négatoire lui appartiennent activement et passivement; c'est enfin que l'acquisition des fruits s'opère à son profit par la séparation, comme au profit du possesseur de bonne foi (L. I, § 1, *si ager vect.* — L. XII, § 2, *de Public.* — L. XVI, § 2, *depignorat: act.* — L. XXXI, *de pign.* — L. XVI, *de servitut.* — L. XXV, § 1, *de usuris*).

Mais si, maintenant, nous nous demandons quelle raison a déterminé les Romains à reconnaître ici une *corporis possessio*, les sources nous font complétement défaut. Ce n'est pas très-étonnant si nous considérons le peu de textes qui nous parlent de la possession de l'emphytéote. Deux explications principales ont été tentées : l'une historique par l'analogie que l'emphythéose présente avec l'*ager publicus* dont elle dérive, c'est l'opinion la plus probable, elle est enseignée par Savigny (p. 24); l'autre dogmatique, à cause de

l'étendue des droits que confère l'emphythéose. Mais toutes deux peuvent être considérées comme de pures hypothèses. On peut se demander aussi si la reconnaissance de la possession au profit de l'emphytéote est en relation avec l'introduction des interdits, ou si elle était déjà auparavant reconnue? (Bruns).

3) La possession du superficiaire est plus douteuse; plusieurs ne lui accordent que la quasi-possession; et, des autorités également imposantes défendent l'une et l'autre opinion (V° Van Wetter). Dans cet état il est bien sûr qu'on ne saurait en tirer aucun argument décisif contre notre principe.

(4) Enfin, la possession du séquestre repose sur un *depositum possessionis* (L. XVII, §. 1, *depositi.*) Comment cette idée bizarre put-elle être admise? C'est ce qu'il est difficile de dire. Ce *depositum possessionis*, s'analyse au reste toujours par un dépôt de la chose jointe à la convention que la possession sera transmise au dépositaire. Mais comment cette sorte de translation fut-elle elle-même admise? La seule intention des séquestrants paraît bien en elle-même impuissante à transformer en possession la détention du gardien? Celui-ci n'a d'ailleurs aucun intérêt à avoir la possession? Les sources sont aussi complétement muettes sur ce point. On peut cependant justifier cette dérogation au principe, par des considérations assez apparentes d'utilité : il était bon d'interrompre l'usucapion des parties litigantes, et de donner à un tiers désinterressé les interdits protecteurs de la possession,

III. — Il faut le reconnaître : les explications que nous parvenons à donner sur l'origine et la cause de ces cas irréguliers sont loin d'être complétement satisfaisantes. Les Romains, pour la plupart de ces anomalies, semblent ne s'être même pas douté de la déviation si grave qu'ils faisaient subir au principe rationnel de l'*animus domini*. C'est là, nous le reconnaissons, une objection considérable contre notre système. Aussi, nombre d'auteurs, comme nous l'avons dit, ont-ils contesté le principe lui-même, et ont-ils étendu considérablement la notion de la possession en Droit romain. Nous eussions certainement fait comme eux, si cette théorie ne soulevait pas de son côté, des objections au moins aussi graves que la nôtre, sans présenter en même temps, un caractère aussi rationnel.

D'après cette théorie, la possession en Droit romain doit se définir : la détention avec l'intention de garder, la puissance de la volonté personnelle (*sic*) sur les choses matérielles (Molitor); — un pouvoir physique total ou partiel sur la chose, ou bien la détention d'une chose dans l'intention d'exercer sur elle, soit le droit de propriété, soit l'un de ses démembrements (van Wetter, *Comp. suprd.* p. 6). Ces définitions soulèvent entre autres, toutes ou la plupart des objections suivantes :

a) Elles ne trouvent pas dans les textes l'appui considérable qu'y rencontre le principe de l'*animus domini* (*vide sup.* § I^er^).

b) Ou elles sont impuissantes à comprendre la pos-

session du séquestre et celle du précariste, et par conséquent obligées de les considérer comme anomales; — ou elles sont si larges qu'elles comprennent tous les détenteurs, contre tous les textes. Quant aux premières, ce n'est pas raisonner bien sérieusement que de dire : elles réduisent les exceptions à deux; donc elles doivent être préférées. Pour ces deux exceptions il ne faut pas moins une explication de leur cause et de leur fondement; or, vous n'en trouvez pas de plus rationnelle que dans la possession dérivée. En vain dira-t-on pour le précariste qu'il est autorisé à considérer temporairement la chose comme sienne, et à se gérer à son égard comme propriétaire; qu'il possède pour soi, non pour le concédant (Van Wetter); il n'en est pas moins vrai qu'il se trouve en dehors de la définition donnée, puisqu'il n'a ni l'*animus* ni l'intention l'exercer un démembrement de la propriété. Il resterait d'ailleurs toujours à expliquer la possession du séquestre, et l'on ne peut donner une définition qui le comprenne sans tomber dans le vague le plus complet, sans comprendre tous les détenteurs.

c) Enfin, une dernière objection qui s'applique spécialement à la seconde phrase de la définition de M. Van Wetter, et qui, ce nous semble, met à néant toute autre théorie que celle de l'*animus domini*, c'est qu'elle va comprendre forcément les servitudes, au moins les personnelles, telles que l'usage et l'usufruit. Or, les textes ne reconnaissent ici, d'une manière absolue, qu'une quasi-possession. Pour éviter une seule

catégorie d'exception, on serait ainsi forcé d'en admettre deux!

Concluons donc, avec Savigny et la plupart des auteurs, qu'il n'y a en Droit romain, *de possessio corporis*, que là où se rencontre l'*animus domini*; — que cependant il existe quatre cas, et selon d'autres, cinq, qui ne peuvent être rangés sous cette définition; que ces cas sont des anomalies dont il est sans doute assez difficile de rendre compte; mais que le plus sûr est d'admettre que la possession, ou plutôt les actions possessoires sont ici transmises dans des vues particulières par le propriétaire au détenteur, et qu'ainsi le nom générique de possession dérivée est bien appliqué à ces exceptions, quoiqu'il ne se trouve pas dans les textes. « J'ai choisi cette expression de possession dérivée » nous dit très-bien M. de Savigny, « pour mettre en relief cette dérogation considérable au principe ordinaire, dérogation qui consiste en ce que la possession est enlevée (par sa propre volonté) à celui qui régulièrement devrait l'avoir, et accordée à une autre personne. Je l'ai appelé « transport de possession, » expression qui aurait pu être comprise en ce sens que j'admettais une succession juridique dans la possession; mais, dès la deuxième édition de mon ouvrage, j'ai mis en garde contre cette erreur. »

§. 3. — De quelques expressions romaines en matière de possession (*civilis possessio, possessio, naturalis possessio*).

Nous ne croyons pas pouvoir nous ranger à la théorie connue et ordinairement suivie de M. de Savigny. Nous en dirons plus bas les motifs. Encore bien moins pourrons-nous admettre la théorie de MM. Erb et Thibaut d'après lesquels la *possessio civilis* embrasserait toute possession juridique sans exception, *ad usucapionem* et *ad interdicta*, voire même la possession dite dérivée, tandis que la *possessio naturalis* ne serait autre chose que la simple détention. Ce système nous paraît absolument contredit par les textes ; on pourra s'en convaincre par les citations que nous ferons dans l'exposition de la théorie que nous croyons devoir adopter.

Cette théorie a pour auteur Buchardi ; elle ne date que du XIX^e^ siècle ; elle a été défendue surtout par M. Vangerow ; M. Windscheid l'adopte également dans ses traits essentiels, et M. Bruns y apporte quelques modifications que nous croyons devoir admettre à l'exemple de M. Van Wetter (Comp. Van Wetter, p. 81 et 11. — Windscheid, § 148, note 12). C'est en suivant M. Bruns que nous allons essayer de l'exposer rapidement (Comp. Bruns, § 4).

D'une manière générale, les Romains se servent des mots *possessio*, *possidere* employés seuls pour désigner

la possession juridique garantie par les interdits. Les autres cas de détention, détention sans aucune intention, détention au nom d'autrui, détention d'une personne incapable de posséder ou d'une chose non susceptible de l'être, sont désignés par les expressions *tenere, detinere, rei insistere, in re esse, corpore rem contingere;* ou même quelquefois par le mot *possidere* avec une adjonction, *corporaliter, naturaliter tantum;* on trouve aussi en ce sens l'expression *in possessione esse* (loi 1, pr; de, § 3. — L, III, § 6, 7. — L. X, § 1, — L, XXIII, § 1. — L. XXIV. — L. XLIX, *de poss.*). Cela ne fait aucun doute.

Mais, nous rencontrons en outre les termes *civilis possessio,* et *civiliter possidere*; la question qui s'élève, c'est d'en déterminer le véritable sens. Pour mieux répondre, divisons-là en deux sous-questions.

1) L'expression *civilis possessio* a-t-elle un sens plus étroit que l'expression *possessio* employée seule?

2) Si oui, quel est ce sens? — Le sens à donner à l'expression *naturalis possessio* est une question intimement liée aux deux précédentes, et nous aurons à nous demander, si cette expression ne désigne jamais que la détention par opposition à la possession; ou si au contraire, par opposition à la *possessio civilis,* elle ne désigne pas aussi certains cas de possession juridique proprement dite.

1) La première question, et celle qui lui correspond, à savoir si l'expression *naturalis possessio* désigne

aussi quelques cas particuliers de possession juridique, peut-être affirmée sans hésitation. Abstraction faite des significations multiples du mot *civilis*, nous trouvons dans les sources trois preuves :

a) En première ligne dans les expressions si catégoriques de la loi 1, § 9, *de vi* :

Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.

Or, il est absolument certain que l'interdit U. V. ne se donne qu'au possesseur; la loi 1, § 1, 3, 22 et 23 ne laissent aucun doute à cet égard. Par conséquent, le texte reproduit ici ne peut être compris qu'en ce sens : les mots *is qui possidet* expriment en général la possession juridique nécessaire pour l'interdit; les mots *sive civiliter, sive naturaliter*, deux subdivisions de cette notion. Dire que ce texte exprime simplement que l'interdit U. V. peut se fonder aussi sur la déjection du simple détenteur, non pas au profit de ce dernier, sans doute, mais au profit du maître, c'est se mettre en contradiction avec sa fin et sa construction toute entière.

b) Une seconde preuve nous est fournie par la possession de l'époux gratifié par son conjoint; dans le Droit Justinien il a certainement la possession, bien que ce point paraisse avoir fait doute dans l'ancien Droit Romain :

L. 1, § 4, *de poss.* (Paulus).

Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti jure civili infirmari non potest,

L. 1, § 2, *pro donato* (Paulus).

Possidere autem uxorem, rem a viro donatam Julianus putat.

Voir aussi L. XVI, *de poss.* (Ulpianus).

D'un autre côté, il est également certain que l'époux gratifié, à cause de la prohibition des donations entre époux, n'a pas la possession civile :

L. XXVI pr. *de donat.*, I. V. et U.

— *Licet illa jure civili possidere non intelligatur.*

Or, quoique l'époux gratifié ne possède pas *jure civili*, il n'en a pas moins les interdits. Quant à l'interdit U. P. nous ne trouvons, il est vrai, que la règle générale :

Justa an injusta possessio sit, in hoc interdicto nihil refert (L. II, U. P.).

Mais les textes sont plus précis sur l'interdit U. V.

— *Si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti.* (L. 1, § 10, *de vi*).

Enfin cette possession de l'époux gratifié, garantie par les interdits, est désignée par l'expression *naturalis possessio* comme cela résulte du rapprochement des deux textes. (L. 1, § 9 et § 10 *de vi*).

Remarquons, en passant, que le rapprochement des lois citées, sous la lettre *b*) nous paraît démontrer à l'évidence la fausseté du système de Thibaut et d'Erb.

c), La loi III, § 15 *ad exhib.* est notre troisième preuve :

Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem qui pignori rem acepit, ad exhibendum teneri placet.

Le créancier est donc un *possessor naturalis*. Ce qui achève de le démontrer, c'est l'adjonction faite par les compilateurs d'un texte de Pomponius, au texte cité d'Ulpien:

Nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest. (L. IV, *ad exhibendum*); et la suite du passage d'Ulpien, reproduit dans la loi V, *eod.*

Ces trois preuves résolvent notre première question d'une manière satisfaisante. Il est donc certain que la *possessio civilis* ne désigne pas toute possession juridique, comme le veut Thibaut, mais qu'elle en est une subdivision. Nous sommes en ce point d'accord avec Savigny. Il n'est pas moins manifeste que la *possessio naturalis* exprime aussi certains cas de possession juridique; en ceci encore nous marchons de conserve avec Savigny contre Thibaut.

2) La seconde question est moins facile à trancher; elle consiste à savoir le sens que les Romains ont attaché à l'expression *civilis possessio.*

Les sources ne nous donnent directement que les solutions suivantes, toutes d'espèce : *a*), Il n'y a pas de *possessio civilis* au profit des esclaves (L. XXIV *de poss.*

L. XXXVIII, § 7 et 8 de V. O.); *b*); ni sur les parties d'un tout (L. 7, § 1, *ad exhib.*); *c*) ni au profit de l'époux gratifié par son conjoint en violation de la loi civile (L. XXVI, *pr. de donat.* I. V. et UX); *d*); ni au profit du créancier gagiste (L. III, § 15, *ad exhib.*).

La raison de ces décisions est sans doute assez difficile à indiquer. On peut dire cependant : *a*) que l'esclave n'a pas la capacité active de posséder ; *b*) que la partie du tout n'a pas d'existence indépendante et par conséquent n'a pas la capacité passive; *c*) que la *causa possessionis* de l'époux gratifié est réprouvée par le droit ; *d*) que le gagiste n'a pas l'*animus domini*.

Si l'on se place à ce point de vue assez naturel, on pourra, en généralisant ces solutions particulières, poser en règle, qu'aucune *possessio civilis* ne saurait exister ; *a*) si le sujet est incapable de posséder ; *b*) si l'objet n'est pas susceptible de l'être ; *c*) si la *causa possessionis* est réprouvée par le droit ; *d*) enfin dans tous les cas de possession dérivée. Il suivrait que la *possessio civilis* est essentiellement la possession à titre de propriétaire, dans laquelle nous ne rencontrons aucun défaut de droit civil, soit dans l'objet, soit dans le sujet, soit dans la cause de la possession. Par contre l'expression *naturalis possessio* désignerait, outre la simple détention, la possession sans *animus domini*, la possession, qu'on ne peut avoir civilement à cause d'une règle du droit civil, c'est-à-dire la possession *animo domini*, mais réprouvée par le droit civil, et la possession dérivée.

La *possessio civilis* dans le sens ci-dessus, est sans

doute la condition essentielle de l'usucapion. Mais que cette circonstance ait été prise en considération dans la détermination de la notion, ou que, de plus, les autres éléments ordinaires de l'usucapion, savoir la bonne foi et la capacité de la chose aient été considérés comme y étant inhérents, c'est ce qui est possible sans doute; mais aussi c'est ce qui ne saurait être prouvé. Ce n'est là qu'une hypothèse, qui perd encore beaucoup de sa vraisemblance par le fait que nulle part l'expression *civilis possessio* n'est employée avec un rapport direct à l'usucapion. Bien moins encore est-elle nécessaire pour donner une explication de la terminologie romaine. Dans l'origine, il n'y avait de possession qu'à titre de propriétaire; aussi, dans tous les cas où le droit civil réprouvait ou refusait de reconnaitre la possession, il est naturel qu'on ait dit qu'il n'y avait pas de possession *civiliter* ou *jure civili*, mais seulement *naturaliter*; et il est également naturel que, plus tard, lorsqu'on eût admis une possession dérivée, on l'ait appelée *possessio naturalis* par opposition à la possession originaire; les Sabiniens surtout, eux qui considéraient la *possessio civilis* comme subsistant à côté de la possession dérivée.

La notion de la *possessio civilis*, n'a donc pas une bien grande valeur pratique; elle est indifférente pour la théorie des interdits, et ne paraît pas être, d'un autre côté, la seule condition de l'usucapion. Mais cela répond bien mieux à la manière des sources qui ne se servent de cette expression que rarement et sans y attacher aucune importance. La mettre en corrélation

intime avec l'usucapion, c'est lui donner une importance qu'elle n'a absolument pas dans les sources.

Telle est la théorie de M. Bruns; elle est acceptée par M. Van Wetter dans son excellent traité (p. 81), et elle est aujourd'hui presque aussi généralement admise en Allemagne que celle de M. Savigny. M. Windscheid, dans ses Pandectes (p. 149, note 5), dit même de celle-ci qu'elle est insoutenable. Cet auteur fait de plus l'observation suivante, à laquelle nous ne sommes pas éloigné de souscrire :

« Il faut tenir pour certain que l'opposition entre ces expressions : *civil* et *naturel*, dans le droit en général, n'est pas nécessairement fixe et déterminée, et que, suivant la différence des degrés que l'on veut indiquer, l'attribut de civil ou de naturel pourra être tour à tour accordé ou refusé à une seule et même chose. Ainsi, par exemple, la détention, avec l'intention d'avoir à soi, est appelée possession dans le sens civil, par opposition à la possession qui n'est pas jointe à cette volonté; celle-ci n'est alors appelée possession que dans le sens naturel. Mais que, dans un cas donné, la possession avec l'*animus sibi habendi*, ne soit pas reconnue par le droit, comme par exemple la possession de celui qui est incapable de droit, la possession d'une partie d'un tout, qui n'a pas d'existence indépendante devant le droit; nous dirons alors également que la possession n'existe ici que dans le sens naturel. Le gagiste n'est possesseur que dans le sens naturel, en tant qu'il n'a pas la volonté d'avoir à soi (L. III, § 15, L. V, *pr. ad exhibend.*); il est possesseur dans le sens

civil, en tant qu'il est protégé par les interdits comme tout autre possesseur (l. 1, § 15, c. h. l, XVI *de usurp.*) Ce n'est que par *accident* qu'il n'est pas aussi appelé *possessor civilis*, ce qui ne ferait qu'augmenter la confusion apparente. On peut encore citer ici un texte qui n'a point été envisagé jusqu'ici sous ce point de vue; c'est la l. III, § 13, h. t.; la détention corporelle immédiate y est qualifiée de *possessio naturalis* par opposition à l'expression *sub custodia habere*; celle-là paraît être une possession dans un sens plus juridique que celle-ci. »

Nous ne saurions donc admettre la théorie de M. de Savigny. Elle nous apparaît comme un édifice savamment construit; la main du maître, de l'artiste s'y montre partout; il semble reposer sur des bases de granit; mais de plus près examinée, l'on s'aperçoit que la construction est plus artificielle que solide.

Bien des reproches ont été adressés au système de l'illustre auteur du *Traité de la possession*.

Théoriquement on l'a critiqué sous plusieurs rapports. L'auteur, a-t-on dit, fait intervenir comme une espèce de *Deus ex machina*, une *possessio per eminentiam*, destinée à comprendre les cas qu'il ne voulait et ne pouvait faire rentrer ni dans la possession civile ni dans la possession naturelle; — il réunit et confond dans sa division principale, les cas les plus opposés et les plus disparates, sous la dénomination de possession naturelle; celle-ci embrasserait en effet, et la possession garantie par les interdits et la simple détention; — la division établie en sous-ordre, par l'auteur, exclut

de la possession civile et de la possession naturelle, l'hypothèse qui est de loin la plus importante, savoir : la possession *ad interdicta* ; — Enfin il explique la terminologie romaine d'après les effets et non d'après les éléments substantiels de la possession, ce qui serait cependant bien plus rationnel (Van Wetter, p. 82 et 83).

Ces critiques de théorie, nous touchent encore moins, nous devons l'avouer, que celles que l'on peut adresser à Savigny, au point de vue des sources.

a) Nulle part dans les sources nous ne trouvons une preuve déterminée de la division tripartite de la possession en *possessio civilis*, *possessio*, *possessio naturalis*, que Savigny nous représente comme formant la base de la théorie romaine ;

b) Nous admettons sans doute (contre Thibaut), l'explication que donne Savigny lui-même de l'expression *denique* dans la loi III, § 15, *ad exhibend.*, plus haut citée. Mais alors suivant Savigny, Ulpien aurait raisonné comme suit : l'action *ad exhibendum se* donne non-seulement contre ceux qui sont en voie d'usucaper, mais encore contre ceux qui ne possèdent point *ad usucapionem*. Donc le gagiste en est tenu. Or, ce raisonnement serait excessivement bizarre, car qu'est-ce que l'usucapion a de commun avec l'obligation d'exhiber ? La seule question qui pût être ici soulevée c'était de savoir si l'action *ad exhibendum* se donnerait contre un simple détenteur ; la question est absolument

la même que pour la revendication dans la loi IX, *de rei vindicatione.*

La loi III, § 15, *ad exibend,* forme cependant dans sa combinaison avec la loi XVI, *de usurp.*, l'un des principaux arguments de Savigny. Son raisonnement n'est pas parfaitement logique; car de ce que, d'une part, la possession civile est déniée au créancier, et que, d'autre part, il ne possède pas *ad usucapionem*, il ne suit nécessairement pas que la *possessio civilis* suppose toujours l'usucapion.

c) La loi II, § 1, *pro herede* provoque également des doutes sérieux sur la théorie de Savigny :

Quod vulgo respondetur, causam possessionis, neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est : neque colonum, neque eum apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. (Comp., aussi § 2, d. l.).

Les exemples cités dans ce § 1, par le jurisconsulte sont tous tirés de la classe des simples détenteurs; ici donc, conformément à ce qui a lieu assez souvent, l'expression *possessio naturalis*, ne désigne que la simple détention. Mais alors l'expression *civilis possessio* doit nécessairement comprendre et la possession *ad interdicta*, et la possession de celui qui, étant déjà en train d'usucaper, voudrait transformer sa possession en possession lucrative *pro herede*.

d) Enfin, mentionnons encore l'objection qui se tire

de la loi 1re, § 9-10 *de vi*, combinée avec la loi XXVI, *pr. de donat.* I. V. et U. Ulpien se demande dans le premier texte à quelle espèce de possession s'applique l'interdit *de vi*, et il répond : *Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possidet, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.* Or, évidemment, Ulpien ne pouvait pas se demander si l'interdit ne s'appliquerait qu'à la *possessio ad usucapionem*. Personne n'a jamais pu avoir l'idée de limiter ainsi cet interdit. Au contraire, une question qui méritait d'être examinée, c'était celle de savoir s'il fallait l'accorder tant au possesseur qui possède en vertu d'une cause approuvée par la loi qu'à celui qui possède en vertu d'une cause qu'elle réprouve. (V° Van Wetter, p. 85 et ss.).

§ 4. — Caractère juridique de la possession.

Devant les sources romaines la possession, est-elle un fait ou un droit?

Telle est la question que nous voulons maintenant examiner. Dès longtemps elle divise les interprètes, et la controverse n'est pas près de finir. Chaque auteur, le plus souvent d'après un système préconçu prétend trouver dans les sources le fondement de sa doctrine. Cependant on peut affirmer que la majorité des interprètes, considèrent avec raison, la possession, en soi, et au point de vue des sources, comme un fait

et non comme un droit. (V° les auteurs cités par Van Wetter, p. 42.)

L'opinion de Savigny, lui-même, ne saurait être présentée comme douteuse. C'est inexactement, ce nous semble, qu'on le range parmi les auteurs qui suivent un système mixte, et qu'on lui fait dire d'une manière générale et absolue : « La possession est à la fois un fait et un droit. » (V° Van Wetter, l. I.). Ainsi formulé, son système serait le même que celui des auteurs qui considèrent la possession comme un droit, car ceux-ci n'ont jamais songé à contester que la possession contînt un élément de fait.

La pensée de Savigny est si éloignée de considérer la possession, en soi, ou devant les sources comme un droit, que nous lisons à la page 59, de son traité : « La possession elle-même en tant que droit n'a aucune pace dans le domaine du droit, par la raison qu'elle n'est point un droit; mais le droit qu'elle procure, et à raison duquel elle acquiert une grande analogie avec un droit...., n'est autre que le droit des interdits possessoires, par conséquent un droit personnel.» Voyez aussi *cod.*, p. 32.

Si donc Savigny nous dit ailleurs (§ 5) : « La possession est à la fois un fait et un droit; « il ne faut pas prendre cette expression d'une manière absolue; ce serait aller contre la pensée de l'auteur; mais il faut la combiner avec le passage que nous avons cité, où l'auteur dénie formellement à la possession le caractère d'un droit, Molitor, p. 3, a très-bien compris la doctrine de Savigny, lorsqu'il nous dit : « Pour cet auteur

la possession est un fait dans son essence, un droit dans ses effets (Comp. *eod.* § 7).» Rudorff, l'annotateur de Savigny, semble donc aller plus loin que ce dernier, lorsqu'il voit dans la possession elle-même une double nature (Append. 19).

M. Van Wetter, nous paraît également avoir tort, lorsqu'il nous présente trois systèmes principaux sur la question qui nous occupe. Par la force des choses, il ne peut y avoir ici que deux théories fondamentales; pour les uns la possession est simplement un fait, mais elle engendre des droits, pour les autres, elle est par sa nature et un fait et un droit. Le caractère de fait n'a pu lui être sérieusement dénié par personne. C'est le caractère de droit qui lui est accordé par les uns et refusé par les autres, et cela avec des nuances diverses.

Mais examinons la question devant les sources. Selon nous, elles considèrent positivement la possession comme un fait seulement.

a) Nous trouvons fréquemment dans le corps du droit que la possession est une *res* ou *causa facti*. Ceci est pris dans un double sens : tantôt par opposition à l'expression *res animi*, pour indiquer que la possession est un rapport de puissance physique et externe entre la personne et la chose (L. XXIX, *de poss.* L. 1re, § 15, *si is qui testam*); tantôt pour désigner la possession toute entière, c'est-à-dire l'élément matériel et l'élément spirituel, et par opposition à l'expression *res juris*. C'est ici que les textes nous appuient :

L. 1re, § 3, h. t.... *Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt; eam enim rem facti non juris esse; quæ sententia recipi potest si ejus ætatis sint ut intellectum capiant.*

La loi 1re, § 4, *eod.*, est encore plus frappante, et l'on se demande comment en présence d'un texte aussi formel, on a pu douter de l'opinion des jurisconsultes de Rome. On sait que le droit civil réprouvait comme immorales les donations entre époux. Or, il s'agissait de savoir si cette prohibition atteignait même la possession? Le jurisconsulte répond que non, *quoniam res facti infirmari jure civili nullo modo potest;* et il ajoute: *Quid attinet non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere protinus amiserit possessionem.*

Le raisonnement du jurisconsulte est donc évidemment celui-ci : Le droit civil voudrait certainement empêcher tout avantage entre époux; or, la possession procure des avantages très-réels; mais le droit civil ne peut pas l'empêcher d'exister puisqu'elle est une chose de fait; aussi l'opinion générale est-elle que la femme possédera. D'ailleurs pourquoi lui refuserait-on la possession, alors qu'il est certain que le mari donateur a perdu la possession *animo?* L'expression *plerique putant possidere eam* dans ce texte, prouve, il est vrai, que la possession du conjoint gratifié avait fait question; mais c'était sans doute parce que plusieurs auraient voulu lui refuser les avantages y attachés, et spécialement les interdits ; et ils déniaient la

possession là où ses effets manquaient, par la raison que pratiquement le résultat est le même. Mais le texte ne fait pas allusion à la moindre controverse lorsqu'il nous dit que la possession est une *res facti*.

La loi XIX *ex quib. causis*, n'est pas moins explicite ; la fiction du *postliminium* ne s'applique pas à la possession; pourquoi? *possessio autem plurimum facti se habet; causa vero facti non continebitur postliminio*. C'est donc, d'après Papinien, à cause de ce caractère de fait qui est essentiel dans la possession. Sans doute, par une disposition expresse du droit civil, la fiction aurait pu s'étendre même à un fait; le droit civil peut toujours feindre, même des faits, mais il ne saurait les rendre existants, pas plus que les droits; — et la fiction du *postliminium* ne s'appliquait qu'aux droits.

b) Ces textes sont corroborés par les conséquences que nos sources tirent du principe. La loi III, § 5, U. P., nous en offre un exemple remarquable dans ce passage si connu :

In summa possessionis non interest juste an injuste quis possideat.

Mais, si la possession est un fait, elle n'en est pas moins importante en droit par les effets juridiques qu'elle produit. C'est ce que les Romains n'ont garde de passer sous silence, et ce qui explique les expressions d'un grand nombre de textes. Tantôt ils considèrent les avantages que la possession entraîne; — tantôt ils nous disent que la possession reçoit ses règles du

droit, précisément à cause des avantages qu'elle produit; car un fait produisant des conséquences juridiques sera presque toujours réglementé par la loi positive : citons seulement le contrat et le délit. C'est donc ainsi qu'il faut entendre le texte suivant, qui, par là s'accorde parfaitement avec ceux précédemment cités :

— *Qualiscumque possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.* (L. II, U. P.)

La possession étant un état de fait protégé par le droit contre toute entreprise d'autorité privée, cet état donne, à celui en faveur duquel il existe, des droits que n'a pas tout autre. On ne peut pas plus en conclure que la possession est un droit, qu'on ne peut dire de la parole ou de l'ouïe, par exemple, qu'elle est un droit, parce que le sourd est soumis à certaines formalités pour la confection du testament, ou parce que le muet ne peut figurer dans la stipulation ; et cependant, en ce sens, il est exact de dire que celui qui entend ou qui parle a plus de droit que celui qui ne peut le faire. C'est donc des avantages de la possession qu'il faut entendre l'expression *jus possessionis* des Romains. (L. XLIV, *pr. de poss.* L. II, § 38, *ne quid in loco publico.* L. V, *de liberali causa.* — L. V, § 1, *ad legem. Jul. de vi.*)

La loi II, U. P. citée, ne se comprend même pas de toute autre manière; car, si Paul avait envisagé la possession comme un droit, comment aurait-il pu écrire un principe aussi trivial par son évidence? Est-il besoin de dire que celui qui est propriétaire a plus de droit

que celui qui ne l'est pas? Paul n'a donc pu vouloir dire que ceci : quoique la possession soit un fait, cependant, par le fait même de sa possession, le possesseur a plus de droit que le non possesseur (Bruns).

Si maintenant on nous demande comment il se fait que la possession, quoique n'étant pas un droit, est cependant protégée par le droit contre toute toute entreprise d'autorité privée, nous essayerons de répondre théoriquement plus bas. Mais les sources ne nous donnent aucune explication sur ce point; le jurisconsulte romain, essentiellement pratique, se contentait souvent du résultat sans rechercher la cause ou l'origine philosophique; peut-être cette cause, assez générale, doit-elle être un peu attribuée au but pratique que se sont proposé les compilateurs? Quoiqu'il en soit, la question de savoir si les Romains se sont clairement représenté le fondement des actions possessoires; s'ils l'ont trouvé dans la nature de la possession elle-même, ou s'ils ne l'ont déduit que de considérations d'utilité, cette question, dis-je, ne saurait être résolue d'une manière satisfaisante.

Mais les Romains ont trouvé logique, d'appliquer aux droits q ie procure la possession les principes généraux qui régissent tous les droits; et par un abus de langage facile à comprendre, ils ont souvent rapporté à la possession elle-même des principes qui ne peuvent se référer qu'à ses effets, *quoniam res facti jure civili infirmare nullo modo potest.* Il suit entre autres que ceux qui ne peuvent point avoir de droit, ne peuvent pas d'avantage posséder; tels sont les es-

claves, les fils de famille. De même les choses *extra commercium* ne peuvent pas faire l'objet de la possession. C'est pour cela que les textes nous disent *possessio non tantum corporis sed et juris est*, c'est-à-dire que la possession est un fait qui reçoit ses règles du droit (L. XLIX pr. et § 1 *de poss*;) et qu'ils dénient quelquefois la possession là où elle est dénuée de tous effets civils. Ne pas posséder ou avoir une possession qui ne produit aucun droit, n'est-ce pas la même chose devant le droit.

Ce système est le seul qui nous paraisse rendre compte des textes d'une manière satisfaisante et éviter les contradictions si fréquentes dans cette matière.

On pourrait ajouter plusieurs arguments en faveur de ce système si conforme à la raison. Mentionnons-en encore deux qui nous paraissent graves : *a*) La L. XI. de A. R. D. s'exprime ainsi : *Pupillus..... alienare.... nullam rem potest, nisi presente tutore auctore, et ne quidem possessio quæ est naturalis.*

Ce n'est point ici de la possession naturelle par opposition à la possession civile qu'il peut être question, si non le jurisconsulte Romain aurait dit *et ne quidem eam possessionem quæ est naturalis* ; d'ailleurs, la règle de Marcien, d'après laquelle le pupille ne peut aliéner seul la possession devait s'appliquer au moins autant à la possession civile qu'à la possession naturelle. Il entend donc parler ici de la possession en général qu'il qualifie de *naturalis*, c'est-à-dire de *res facti*, en l'opposant à la propriété, laquelle d'après le point de vue

Romain se confond avec la chose qui en fait l'objet. Savigny (§ 7, note) donne donc une interprétation inexacte de ce texte. — (V° aussi la loi LIII, eod. et Van Wetter, p. 45; note) — (*b*). Il était de règle en Droit romain que la possession ne passait point aux héritiers du défunt, bien qu'une semblable transmission eût lieu à l'égard de tous les droits (L. XXIII, pr. h. t.)

Bien mieux, la possession exclut en soi toute succession même à titre particulier; ce n'est que par des considérations d'équité et d'utilité pratique que les avantages attachés à l'ancienne possession sont considérés comme transmis à la nouvelle. — Cette règle adoptée par l'unanimité des interprètes a été de nos jours contestée par Brinz. Mais il a été victorieusement refutée par Witte, Rudorff et Van Wetter (V° ce dernier, p. 52, et suiv.).

§ 5. — Effets de la possession.

Savigny dans son ouvrage classique sur la possession a cru devoir limiter à deux les effets de la possession en Droit romain; les interdits et l'usucapion; — plusieurs n'ont même admis que les interdits. Cette extrême limitation ressemble un peu à une réaction contre les nombreux avantages que les auteurs anciens avaient attachés à la possession. Si la possession produit un effet, il est, au reste, certain que cet effet principal et caractéristique, ce sont les actions posses-

soires. Aussi cette matière est-elle toujours traitée à fond dans les monographies sur la possession (Savigny, Appleton, Bruns, Molitor, Léon Wodon, etc); les autres effets, et l'usucapion elle-même, ne sont avec raison généralement mentionnés que pour mémoire, et traités à l'occasion de l'acquisition de la propriété.

Quoi qu'il en soit, et sans entrer dans les détails d'une longue controverse je présenterai volontiers ici la théorie suivante (d'après Windscheid) :

La détention elle-même, comme notion juridique suppose l'intention ; c'est un pouvoir physique intentionnel sur la chose ; sans l'intention la détention même matérielle n'est qu'un fait sans valeur : *Tenere* disait déjà Donnellus, *non est corpore rem contingere, sed ita attingere ut affectionem tenendi habeas*.

Cette intention peut être diverse. En Droit romain, et sauf les cas de possession dérivée, il faut l'*animus domini* pour la possession proprement dite.

L'on peut de plus vouloir posséder pour soi un droit en la chose par exemple une servitude ; c'est la *juris quasi possessio* ; ou bien l'on peut détenir la chose pour autrui, soit dans son propre intérêt comme un fermier, soit dans l'intérêt d'autrui, comme un dépositaire.

Ces préliminaires posés nous dirons :

La détention ou la quasi possession qui sont maintenues par l'intention. Quel que soit d'ailleurs la direction de cette intention, produisent les effets naturels qui résultent de tout état de fait maintenu par la volonté d'une personne. Si ce fait ne correspond pas au

droit, il en résultera une violation du droit donnant lieu à une action, mais en même temps, le fait conférera à celui au profit duquel il existe, l'avantage de figurer dans le procès comme défendeur de s'être ainsi dispensé de prouver; — de plus, outre les moyens d'exception qu'il pourra faire valoir en général, comme tout défendeur, il pourra encore alléguer, par voie d'exception les réclamations dont la satisfaction est une condition de l'admissibilité de l'action adverse (droit de rétention); enfin, il pourra repousser par la force les entreprises d'autorité privée. — Ce sont là des effets communs à la détention, et à tous les états de fait en général.

Mais les conséquences qui sont attachées à la possession proprement dite, au pouvoir physique joint à l'*animus domini*, sont bien autrement importants :

1) En premier lieu, cette possession est protégée contre toute entreprise d'autorité privée, par des actions tendant à remettre les choses en l'état antérieur au trouble;

2) Sous certaines conditions, en général lorsqu'elle est de bonne foi et basée sur un juste titre, elle engendre après un certain temps, la propriété; le temps change le fait en droit;

3) Enfin, sous d'autres conditions encore, elle engendre aussitôt la propriété. C'est ce qui a lieu lorsque la chose appréhendée n'appartenait à personne, ou lorsque le propriétaire actuel, abandonne et

sa possession et sa propriété pour les faire acquérir par le nouveau possesseur (occupation et tradition).

On comprend facilement que ces effets aussi remarquables qu'importants de la possession *animo domini*, l'ait fait appeler simplement *possessio* comme étant la possession par excellence, de même que Rome était appelée *Urbs*.

Savigny, suivi par la plupart des auteurs, n'admet pas parmi les effets de la possession, l'acquisition par occupation et par tradition, « parce que, dit-il, la cause de la propriété, n'est point ici la possession comme état indépendant et continu (der Besitz als eigener dauernder Zustand). » Cela est vrai sans doute; mais qu'importe? ce n'en est pas moins la possession qui engendre la propriété. D'autres réquisits sont, en outre, nécessaires il est vrai; mais il en est de même pour l'usucapion et même dans une certaine mesure pour les interdits. Abstraction faite de toute autre condition, la possession ne produit, par elle-même, aucun droit nouveau; on ne saurait dire qu'elle donne le droit de demander le rétablissement des choses en l'état primitif, car ce droit lui-même suppose le trouble. Sans doute, le possesseur a le droit de n'être pas troublé d'autorité privée, mais c'est là un droit dérivant de sa personnalité même, un droit inhérent à sa personne, un droit qui appartient à tout être intelligent et libre; la possession n'est que la condition qui permet à un trouble déterminé de se produire contre la personne. (V° *infrà*, p. .)

Si l'on veut, ce nonobstant, donner des effets à la

possession, on devra, sans contredit, ranger en première ligne les interdits; s'en est l'effet externe le plus direct, l'effet fondamental. Mais je ne crois pas qu'on puisse ranger le droit de les invoquer, abstraction faite du trouble parmi les droits réels ou les droits personnels (de créance). Dire, comme M. Appleton : la possession n'est qu'un fait, et ajouter que le droit aux interdits possessoires, abstraction faite du trouble est un droit réel, me paraît une contradiction. C'est reconnaître, en effet, que la possession contient dans sa nature même un droit en la chose possédée; c'est donc reconnaître que la possession est un droit. Selon nous, la faculté d'invoquer les interdits, en cas de trouble, n'est pas plus un droit du patrimoine que la faculté d'invoquer le droit de propriété sous la condition de l'usucapion, lorsque l'on est *in causa usucapiendi*. C'est un droit dérivant de la personnalité du sujet possédant et y attaché : c'est donc un droit personnel plutôt qu'un droit réel; mais ce n'est pas un droit de créance, puisque ce n'est pas un droit du patrimoine. La possession n'est que la condition qui permet au trouble de se produire d'une manière déterminée, et de violer ainsi le droit de la personne. Lorsque j'usucape, la faculté d'arriver au droit de propriété constituerait-elle un droit réel pour moi? Non ; tant que l'usacapion n'est pas accomplie, le droit n'a pas d'existence indépendante, de réalité externe : c'est simplement une de ses facultés, un de ses droits dont l'ensemble constitue ma personnalité; la *causa usucapiendi*, dans laquelle je me trouve, n'est que la condition qui va permettre au droit

de naître. De même dans la possession, tant qu'il n'y a pas eu trouble, le droit du patrimoine n'existe pas.

Les interdits supposent donc toujours un trouble préalable; ils ne résultent donc pas de la seule possession d'une manière absolue. La possession elle-même n'engendre même aucun droit indépendant : elle est simplement un état de fait dont l'effet est de permettre que les droits inhérents à la personnalité de l'homme soient troublés d'une manière déterminée.

§ 6. — Acquisition et perte de la possession.

Cette matière est très-délicate : elle pourrait à elle seule faire l'objet d'une thèse étendue. Nous ne nous en occuperons ici que pour la détermination plus exacte de la notion de la possession en Droit romain, en nous bornant même au strict nécessaire.

A. Acquisition.

L'acquisition de la possession est un fait nouveau. Il s'ensuit naturellement, que les éléments de la possession devront être plus caractérisés pour l'acquisition que pour la conservation de la possession. L'origine de ce fait nouveau est dans l'activité de l'homme sur la chose. Pour acquérir il faudra donc une volonté active et déterminée. — Cette volonté devra se manifester au dehors : le fait, le *corpus* devra donc en être l'expression correspondante. Et comme d'un côté la volonté d'avoir la chose à soi, en matière d'immeubles

surtout, ne peut guère se manifester plus énergiquement, dans un fait matériel, que par la culture et la perception des fruits ; — que, de l'autre, on est facilement présumé vouloir ce qui vous est le plus avantageux, il suit que le fait matériel et externe sera naturellement interprété comme l'expression de la volonté d'avoir la chose à soi, lorsqu'il ne résultera pas, soit du fait lui-même, soit des circonstances qui l'entourent, qu'il correspond à une volonté moins étendue.

Le *corpus* et l'*animus* nous montrent donc, lors de l'acquisition de la possession, l'homme dans sa double nature : esprit et matière, agissant sur les choses du monde extérieur. L'acquisition de la possession est en soi d'une importance philosophique considérable. Il nous paraît en effet incontestable que, si la possession n'a pas été dans l'origine la cause médiate et éloignée du domaine, cause qu'il est plus sage sans doute de chercher dans la nature sociable de l'homme (Comp., Troplong, § 220 et suiv.), elle en a du moins été la cause immédiate et prochaine (*causa proxima*) ; — qu'elle seule a pu originairement engendrer la propriété ; — que celle-ci en est en quelque sorte dérivée, et nous apparaît, dans une certaine mesure, comme une possession consolidée. Non pas que nous voulions dénier à la première son caractère de droit naturel, ni lui assimiler la possession, bien loin de là ; pour nous, l'une est un fait, l'autre un droit. Mais nous croyons pouvoir dire ceci : la possession d'une chose qui n'a jamais appartenu à personne n'est pas simplement, comme le veut Troplong (*l. c.*), la manifesta-

tion du droit de propriété, elle en est en même temps la cause, la source directe et immédiate, et elle s'unit aussitôt avec le domaine. L'homme, placé dans ce monde, a, par sa nature même, le droit de posséder le choses : né sociable, le droit d'arriver à la propriété lui appartient aussi naturellement. Si donc il ne rencontre pas le droit d'autrui qui s'oppose aux effets de son activité, en même temps qu'il possède il devient propriétaire; et le fait est ici tellement inséparable du droit, que nous comprenons très-bien pourquoi Savigny a refusé de ranger l'acquisition de la chose qui n'appartient à personne parmi les effets de la possession. Le fait semble se confondre avec le droit; à peine peut-on dire que la possession a précédé d'un instant de raison.

Conformément aux principes naturels nécessaires, les Romains n'ont admis l'acquisition de la possession que par l'*animus* et le *corpus*; *Et adipiscimur possessionem corpore et animo; nec per se animo aut per se corpore.* (L. III, § 1er, *de poss.* — Paul.)

Ce principe est une règle de législation universelle. Nous sommes heureux de la trouver sous la plume de Paul, le plus spiritualiste des jurisconsultes de Rome.

Le *corpus possessionis* peut être caractérisé plus ou moins étroitement par la loi positive. Mais elle ne saurait complétement le suppléer; autant vaudrait dire qu'elle peut autoriser l'acquisition de la possession de l'air ou de la lumière. On peut faire encore cette remarque : généralement, avec le calme et la sécurité dans les transactions, avec la garantie de la propriété,

l'avancement de la civilisation et des idées spiritualistes, la notion du *corpus* s'élargira considérablement et au point que le consentement des parties suffise pour transférer la possession d'une chose située à cent lieues de l'endroit où le contrat se passe. Il n'en est pas ainsi du Droit romain; mais bien, selon nous, dans le Droit moderne. Au reste le *corpus possessionis* peut exister soit par rapport à nous-mêmes, soit par rapport à autrui, et la loi romaine le reconnait formellement *corpore nostro vel alieno*.

L'*animus* n'est pas moins indispensable que le *corpus;* la loi positive elle-même ne peut pas accorder la possession là où la volonté ferait absolument défaut. En soi, il y a parfaite analogie entre l'*animus* et le *corpus,* considérés au point de vue de leur absolue nécessité pour qu'il y ait possession acquise. — De même encore que le *corpus*, l'*animus* peut exister soit en nous, soit en autrui, devant les principes naturels. En effet, il est des personnes incapables de volonté : les fous, les enfants par exemple; or, par leur nature d'hommes ils n'en ont pas moins des droits; et comme, en dernière analyse, nous ne jouissons que des choses que nous possédons, il est conforme aux principes naturels que la volonté d'un représentant supplée celle qui manque aux incapables. Aussi les législations reconnaîtront-elles toujours une acquisition de la possession au profit des incapables par l'intermédiaire de leurs représentants. Nous pourrions donc dire comme pour le *corpus : qdipiscimur possessionem animo nostro vel alieno.*

Mais le Droit romain ne s'est pas placé à ce point de

vue; il n'a admis en principe l'acquisition de la possession que sous la condition de l'*animus* dans le possesseur lui-même : *animo utique nostro;* et il a considéré comme des exceptions tous les cas de possession *animo aliено*. Ce point de vue étroit choque singulièrement nos idées modernes, et nous ne le comprenons pas sans quelque difficulté. (Comp. van Wetter, p. 140 et suiv.) — Examinons maintenant ce qu'il faut entendre en Droit romain par les expressions *corpus* et *animus*.

a) Corpus possessionis.

Pour la plupart des anciens commentateurs, le *corpus possessionis* supposait nécessairement un contact matériel, un attouchement immédiat; les cas d'acquisition, où, dans nos sources ce contact ne se rencontrait pas étaient considérés comme des exceptions, interprêtés restrictivement, et l'appréhension ou la tradition qualifiée de feinte ou de symbolique. Savigny a eu l'honneur de démontrer que ce point de vue étaît à la fois peu naturel et en contradiction avec les textes. Qu'il nous suffise de citer ici le principe si rationnel posé par Paul : *non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem; sed etiam oculis et affectu.* (L. 1^er^, § 21, H. T. — Comp., van Wetter, p. 152 et suiv).

Ce n'est pas que je veuille ni complètement critiquer le point de vue ancien, ni impliquer dans l'erreur tous les commentateurs antérieurs à Savigny. D'abord, il y a ceci qui nous paraît certain. La possession originaire,

c'est-à-dire la possession d'une *res nullius*, ne s'acquiert en général que par un contact matériel joint à une sorte de *custodia;* si c'est un immeuble, je le cultiverai, ou je l'entourerai d'une clôture ; — si c'est un meuble, après m'en être saisi, ou je le transporterai dans mon immeuble clos, ou je veillerai par moi ou par autrui à ce qu'il ne me soit pas enlevé; alors même que cette seconde action ne se distinguerait pas extérieurement de l'appréhension, elle n'existera pas moins : en même temps que j'appréhende, je veille à ce que la chose ne me soit pas enlevée. Dans tous les cas de possession originaire, nous aurons donc le contact matériel ; il est nécessaire comme l'expression au dehors de la volonté de posséder; comme preuve du pouvoir sur la chose. Mais cette possession originaire est la source de toutes les autres ; la possession par tradition, qu'on appelle aussi possession dérivée, suppose donc toujours une possession originaire, et, par conséquent emprunte toujours sa force et son effet au contact matériel qui l'a précédée. Le possesseur originaire, en cédant sa possession, reconnaît en quelque sorte, avoir accompli pour le compte du nouveau possesseur l'acte matériel qui a fondé sa propre possession. En ce sens, on aurait pu voir, ce nous semble, une fiction dans la possession dérivée; le pouvoir de l'ancien possessour a été affirmé; il le résigne en faveur du nouveau; l'expression de la volonté au dehors et sa réalisation est parfaite par l'effet principal de l'acte matériel antérieur, et c'est par une sorte de fiction que les effets de cet acte sont transportés au nouveau pos-

sesseur qui n'a plus besoin d'appréhender matériellement la chose. L'erreur des anciens romanistes nous paraît donc consister en ceci : ils ont représenté à tort comme un principe du Droit romain la nécessité du contact matériel, même dans l'acquisition par tradition; ils ont rangé tous les autres cas d'acquisition parmi des exceptions à restreindre; et ont admis des fictions et des symboles, là où la loi ne faisait que l'application d'un principe plus général par eux méconnus; — mais, nous devons reconnaître en même temps, qu'en partant du principe du contact matériel, ils exprimaient le fait, le *corpus* originaire et fondamental de toute possession, la seule expression, la seule réalisation primitive possible de la volonté d'appropriation.

Il semble d'ailleurs que, dans cette matière remarquable de l'acquisition de la possession, on devrait toujours partir de ce point de vue : l'homme aussi est corps et esprit. Dans la détermination des deux éléments de la possession, il ne faut pas oublier qu'il y a une sorte de réaction perpétuelle de l'un sur l'autre. Ainsi, pour la possession originaire elle-même, il n'est pas nécessaire de palper matériellement tous les molécules de la chose; ce serait absurde; le contact lui-même n'irait d'ailleurs jamais qu'à la surface. L'esprit qui envisage nécessairement comme un tout la chose appréhendée matériellement par un point seulement, vient donc, qui supplée à la relativité toujours extrême du contact matériel, en embrassant la chose

dans son ensemble et d'une manière absolue. Le contact matériel est l'expression la plus claire de la volonté d'appropriation, et cependant il ne sera pas seul, presque jamais seul. Une sorte de garde, *de custodia*, des signes de la volonté tels qu'une clôture, une marque sur un point donné, ou encore la défense opposée à l'action d'autrui dans la mesure des forces du sujet possédant et sans égard au résultat de la lutte, achèveront de donner à la volonté sa réalisation, de montrer le tout, l'unité qu'elle embrasse, et d'éclairer la possession.

En second lieu, il paraît bien, s'il faut en croire Molitor (p. 65), que plusieurs commentateurs anciens n'avaient au fond pas partagé l'erreur commune. Le savant auteur cite Dumoulin, Vinnius, Voët et Merlin. Ces Jurisconsultes avaient reconnu le principe romain de la *presentia rei*, qui est, nous le verrons, le point fondamental de la nouvelle théorie; et si, ce nonobstant, ils qualifiaient d'appréhension feinte ou symbolique, tous les cas où le contact matériel faisait défaut, on peut voir par ce qui précède que cette expression n'est pas à blâmer sous tous les rapports.

Ce qui distingue ces auteurs, c'est qu'ils ne reconnaissent de tradition, même symbolique, que sous la condition de la *presentia rei;* tandis que les autres plaçant le symbole dans la représentation de la chose par une autre chose, admettaient que la tradition pût se faire même en l'absence de l'objet.

Suivant l'école de Savigny, un seul et même principe domine tous les cas d'acquisition de la possession, qu'il

s'agisse d'une *res nullius*, d'une chose livrée, ou d'une chose dont on s'emparo contre le gré du possesseur actuel; seulement l'application en sera diverse suivant les cas. Ce principe, c'est que le *corpus possessionis* consiste dans la possibilité physique d'agir à son gré sur la chose. Par conséquent, presque toutes les traditions considérées comme feintes par l'ancienne doctrine, rentrent en réalité dans le principe.

C'est ce que nous admettons parfaitement; et, si l'on veut formuler un principe général dominant tous les cas, il est sans doute difficile de poser une règle plus précise. Mais suivant M. de Savigny, cela ne suffit même pas : en Droit romain, pour l'acquisition de la possession, cette possibilité doit être, en outre, actuelle et immédiate (p. 238); par conséquent, la présence de la chose est toujours nécessaire.

C'est ce qui nous parait moins bien établi. Dans la possibilité même actuelle d'agir, il y a des degrés, et nous pensons que M. de Savigny lui a peut-être donné un caractère trop étroit.

En soi d'abord, il nous parait certain que le *corpus possessionis*, envisagé philosophiquement et d'une manière abstraite ne saurait guère être exprimée autrement qu'en ces termes : possibilité physique d'agir. La notion générale et dominante ne saurait être restreinte ni par les conditions d'actualité, ni par des conditions d'immédiateté. C'est ainsi que l'on concevrait fort bien une législation d'après laquelle la possession se transmît, par le seul effet de la convention, la chose fût-elle à cent lieues; c'est ainsi que la possession

s'acquiert et se maintient par l'action immédiate d'autrui, même dans le Droit romain. Ces deux conditions n'appartiennent donc pas à la notion en elle-même. Savigny semble bien le reconnaître; il est cependant difficile de bien dire qu'elle est son opinion, car il ne distingue pas nettement entre la notion philosophique du *corpus*, et celle qui doit être donnée dans le Droit romain (p. 238 et 239). Mais ces deux conditions doivent-elles être au moins considérées comme inhérentes au *corpus possessionis* nécessaire en Droit romain pour l'acquisition de la possession? Devons-nous, par conséquent, dire avec Savigny et son école, la possibilité d'agir doit absolument pouvoir être considérée comme actuelle et immédiate? (als unmittelbare, gegenwärtige Möglichkei gedacht werden können). Nous hésitons à l'admettre; du moins la notion ne nous paraît-elle pas avoir été aussi étroitement comprise par tous les Jurisconsultes de Rome. Nous avons déjà dit que la condition d'immédiateté ne pouvait être demandée; la condition d'actualité existe sans doute, et c'est ce qui distingue le Droit romain; mais cette condition doit s'entendre plus largement que ne le veut Savigny. Tout ce qu'on peut exiger, ce nous semble, c'est une certaine actualité dans la possibilité, actualité qui ne peut se déterminer avec plus de précision que par l'étude des différents cas d'acquisition. Nous dirions volontiers que la possibilité, nécessaire pour l'acquisition en Droit romain, doit être la plus actuelle relativement et d'après le cours normal des choses; mais cette formule elle-même ne serait pas à l'abri de critique.

La différence entre notre interprétation et celle de M. de Savigny n'est pas considérable. Comme lui, nous exigeons l'actualité ; seulement nous ne la demandons pas au même degré ; nous ne l'exigeons pas aussi présente. C'est ce qui explique un certain nombre de textes connus qui, dans le système de Savigny ne sont pas d'une interprétation facile. Ainsi :

a). Un fonds de terre m'est censé livré lorsqu'il m'est montré de la tour voisine par le *tradens*. (L. XVIII, § 2, *de poss.*) C'est qu'en effet, lorsque le précédent possesseur m'indique, même à distance, le fonds qu'il me livre, d'après le cours régulier des choses, je suis plus que personne dans la possibilité actuelle d'agir, et cela lors même qu'un obstacle matériel, un fleuve, par exemple, m'en séparerait, le texte ne distingue pas.

b). Des grains, des vins enfermés dans un grenier ou dans un cellier me sont censé livrés par la remise des clefs. (L. IX, § 6. *de adquirendo rer. dom*, § 45. *I. de rer. divis*, L. I, § 21, I. f. *de poss.*) C'est une application évidente de notre principe. Sans doute d'autres textes parlent de plus de la présence de la chose. (L. LXXIV, *de contrah. empt.* et de § 21, *de poss.*) et Savigny propose de compléter les premiers par les derniers. Mais si probable que soit cette opinion, on ne peut pas la donner comme certaine.

c). Des esclaves sont censé livrés par la remise des titres. (L. I, *C. de donat.)* Savigny (p. 220) est ici obligé de supposer la présence des esclaves, circonstance qui n'est pas indiquée dans le texte. Cette supposition n'est pas nécessaire dans notre interprétation.

d). Un trésor, suivant plusieurs jurisconsultes, entr'autres suivant Neratius et Proculus, est censé possédé par le possesseur du fonds dans lequel il est enfoui, sitôt que celui-ci a l'*animus domini*, et avant qu'il ait fait encore aucun travail pour le mettre au jour. (L. III, § 3, *de poss.).* Or, certainement, tant que le trésor n'est pas découvert, il n'est pas possible d'agir sur lui d'une manière actuelle et immédiate. — Cette opinion paraît bien, il est vrai, n'être pas approuvée dans le droit du Digeste ; mais elle n'en était pas moins professée à Rome par d'éminents jurisconsultes.

e). Enfin un dernier passage dont l'importance nous paraît considérable, c'est la première partie de la loi XVIII, § 2, *de poss.*

Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit.

Ainsi, la seule condition requise, c'est que la chose ait été déposée dans ma maison.

Peu importe que je sois peut-être moi-même fort éloigné dans l'instant, et qu'ainsi l'action actuelle et immédiate sur la chose soit de ma part impossible. J'ai une possibilité suffisamment actuelle, parce que personne, d'après le cours normal des choses, ne l'a au même degré que moi. — La loi XI, § 2 *de jure dot.* est dans le même sens. — Savigny lui-même n'ose pas supposer ici la présence de l'acheteur dans la maison où elle est transportée; il semble interpréter ces deux textes de la même manière que nous (p. 227).

Je me permettrai d'adresser un autre reproche à Savigny. Il est un autre élément trop laissé dans l'ombre, par l'illustre auteur, lorsqu'il définit le *corpus possessionis*, « la possibilité actuelle et immédiate d'agir sur la chose de son gré. » Pour l'acquisition de la possession, le *corpus possessionis* n'est pas seulement une possibilité abstraite ; c'est une action toujours et partant physique sous un certain rapport, destinée à être l'expression de la volonté humaine de posséder. Le *corpus possessionis* doit donc être ici décomposé à son tour; il renferme un acte physique qui doit être l'expression de la volonté humaine d'appropriation, et sous ce rapport, il est action, même dans la tradition moderne, car les paroles ou l'écrit qui servent à l'échange du consentement sont certainement des actes physiques; en second lieu, il est état de fait; état qui se définit assez bien pour le droit romain dans cette formule abstraite: possibilité d'agir la plus actuelle relativement et d'après le cours normal des choses.

D'après ce qui précède nous déciderions que la tradition d'un bâtiment fermé s'opérerait parfaitement par la remise des clefs, même en dehors de la présence de la chose. C'est ce qui est repoussé par l'école de Savigny et ce qui d'ailleurs n'est décidé par aucun texte.

B.) De l'*Animus*.

Nous avons dit que la possession supposait la volonté d'agir en maître; c'est cette volonté que nous rencontrons dans son activité au moment de l'acquisition de la possession.

Toute volonté effective doit avoir son objet déterminé; il faut donc aussi que la volonté de posséder soit à la fois précise et directe.

Ici se rattache une question qui n'est pas sans difficulté dans le Droit romain : peut-on posséder la partie d'un tout?

La possession des parties se présente sous deux faces : 1) la possession concerne exclusivement la partie; 2) la possession de la partie vient se combiner avec celle du tout.

1) Peut-on posséder une partie d'une chose indépendamment du tout?

Distinguons; s'agit-il d'une part indivise ou intellectuelle, par exemple, un quart, un cinquième de la chose entière? La réponse affirmative ne fait aucun

doute, et n'est contestée par personne. Le caractère exclusif de la possession et la règle *plures in solidum possidere non possunt* (*vide infra*...) n'y font aucunement obstacle, puisque nous supposons une co-possession, c'est-à-dire une seule possession au profit de plusieurs et non plusieurs possessions *in solidum*. On peut même dire qu'ici, c'est moins une partie du tout qui est possédée, que le tout dans l'une de ses parties.

S'agit-il au contraire d'une part divise? Les auteurs nous paraissent plutôt divisés sur le principe que sur les conséquences. Nous répondrons résolument, non.

La possession sur une part de la chose, sans la possession de la chose entière, pour nous ne se conçoit pas; lorsqu'une chose est possédée distinctement, c'est qu'elle est envisagée comme un tout, et, pa conséquent, il est inexact de parler de la possession d'une part divise. Ce qu'il faut dire en principe, c'est que les choses qui peuvent être envisagées comme un tout, sont seules susceptibles d'une possession indépendante. Ainsi, l'on conçoit fort bien qu'en matière d'immeubles je puisse acquérir la possession d'une fraction quelconque du sol, bien que cette fraction ait précédemment formé une partie d'un tout réuni dans les mains du même possesseur. Par contre, on concevra difficilement qu'une part d'un meuble puisse être envisagé comme un tout indépendant; on ne peut guère imaginer la possession de la moitié d'une statue, des bras d'un fauteuil, etc. Le meuble entier est seul envisagé comme un tout par sa destination

même. Remarquez, au reste, que ceci n'est pas absolu ; une statue, un objet d'art, par exemple, brisé en deux parts, pourrait très-bien faire l'objet de deux possessions distinctes; mais c'est précisément parce que chaque part est envisagée comme un tout distinct. La loi VIII, i. f. *de rei vindicatione*, lorsqu'elle nous dit, *nunquam enim (res mobilis) pro diviso possideri potest*, n'y fait certainement pas obstacle. — Il faut même aller plus loin. On pourrait, en effet, parfaitement concevoir que les divers possesseurs des fractions d'un objet, convinssent de les réunir, sans renoncer à leur possession distincte, chacun sur sa fraction. Il faut donc dire que l'intention des parties sera ici, en fait, le plus souvent la norme décisive. La fraction d'une chose, si elle n'est pas adhérente et en quelque sorte amalgamée aux autres fractions, peut toujours être considérée comme un tout; si, au contraire, elle fait corps avec celles-ci, les parties n'auront la plupart du temps aucun intérêt à posséder distinctement les fractions qui la forment. Par la nature des choses, une partie isolée d'un meuble, surtout tant qu'elle reste attachée à l'ensemble ne saurait m'être d'aucune utilité. Enfin la règle, que l'accessoire suit le sort du principal, et la règle de la spécification, viendraient encore souvent mettre obstacle à une semblable possession.

Il faut remarquer d'ailleurs que la fraction d'un meuble, n'est plus le même meuble; mais un meuble complétement différent, et, la plupart du temps sans utilité; le bras d'une statue, n'est pas une

statue. Au contraire, un immeuble divisé en deux ou plusieurs parts ne perd presque pas de son utilité pratique, et de meure toujours bâtiment ou immeuble foncier. C'est ce qui fait que l'on poso à tort comme un principe absolu, qu'un objet mobilier ne peut donner lieu à une possession divise, à la différence de ce qui a lieu pour les immeubles, tandis que; au fonds, la règle est la même pour les meubles et pour les immeubles.

Placé à ce point de vue, on conçoit que je n'envisage pas comme une application de la règle que je pose, le principe du Droit romain d'après lequel on ne peut posséder la supperficie sans le sol, et encore moins un seul étage d'une maison. Ici, l'obstacle est dans la loi positive qui ne permet pas de les considérer comme un tout distinct. Telle était la conséquence des principes du Droit romain sur la propriété foncière. Mais pour les meubles il n'y avait pas de règle semblable, sauf la règle de l'accessoire qui suit le principal, dont la loi VIII, *de rei vindic.* ne me paraît qu'une application, et qui régissait tant les meubles que les immeubles.

L'impossibilité de posséder la superficie sans le sol est purement de droit arbitaire, le bâtiment pouvant parfaitement être envisagé pratiquement comme un tout distinct, et c'est ce qui a lieu dans le Droit moderne. Au contraire, l'impossibilité de posséder la portion d'un meuble sans posséder le meuble entier, principe qu'il faut entendre avec les limitations que nous avons indiquées, résulte de la manière naturelle

et rationnelle d'envisager les choses, et par conséquent, recevrait encore de nos jours son application.

La possession d'une chose s'analyse donc toujours en dernier ressort en la possession d'un tout, et cette possession peut être ou non indivise entre plusieurs.

L'objet de la possession sera ainsi toujours parfaitement déterminé. Seulement il pourrait se faire que le possesseur par indivis, ne sût pas quelle est la quote-part indivise qui lui compète; est-ce un tiers? est-ce un quart? La loi XXXII, § 2, *de usurpation.* semble décider que dénier la possession à cause de cette ignorance serait une pure subtilité. Mais les lois XXVI et III, § 3, *de poss.* contiennent précisément cette solution et repoussent ici la possession. Diverses conciliations ont été proposées (Savigny, Ch. Appleton); elles ne nous paraissent pas très-satisfaisantes; et il semble plus simple de donner aux trois textes le même sens naturel que, dans la rigueur du droit, on ne peut posséder une part indivise dont on ignore la quote-part. La volonté n'apparait point ici comme suffisamment précise et déterminée.

2) Lorsqu'on possède le tout, possède-t-on distinctement les parties?

Cette question divise au plus haut point les interprètes; on ne compte pas moins de quatre opinions principales distinctes, qui chacune se subdivisent encore diversement dans les conséquences ou dans l'application.

I. — Savigny suivi par la plupart des auteurs, pose les deux principes suivants :

a) Celui qui acquiert la possession d'une chose composée alors que la combinaison avait déjà été opérée auparavant ne possède que le tout, et non les parties comme telles ;

b) Au contraire, celui qui, après avoir possédé séparément deux objets, les réunit en un seul tout, continue deux possessions et deux usucapions distinctes et indépendantes, pourvu que la réunion des deux objets soit peu étroite, et sauf le cas d'une spécification.

II. — Unterholzner, Sintenis et Mühlenbruch se place à un point de vue tout différent ;

a) Si l'on joint un meuble à un immeuble, ce dernier constitue l'objet exclusif de la possession, d'où il résulte : 1° Cette jonction anéantit la possession antérieure de l'objet mobilier et interrompt par conséquent l'usucapion ; 2° l'usucapion du meuble est impossible tant que dure la jonction.

b) Si, au contraire, ce sont des objets mobiliers que l'on unit entre eux ; il y a autant de possession distinctes et séparées que de choses individuelles ; la possession antérieure subsiste et l'usucapion continue.

III. — Selon Thibaut et plusieurs autres ;

a) Si l'on acquiert la possession d'un ensemble déjà existant, on possède exclusivement cet ensemble et non ses parties comme telles ;

b) Mais si le possesseur de deux objets les combine il y a lieu de distinguer : 1° est-ce un meuble qui est incorporé dans un immeuble, celui-ci forme encore le seul objet de la possession ; la possession de la chose mobilière est anéantie, et l'usucapion interrompue à moins qu'il ne reste plus que dix jours pour qu'elle soit accomplie ; 2° au contraire, la combinaison de deux effets mobiliers laisse subsister les possessions antérieures.

IV. — Enfin Pope, Lenz, Rudorff et Randa, posent le principe absolu que le possesseur d'une chose composée ne possède jamais que l'ensemble et non les parties ; que, par conséquent, l'usucapion des parties est impossible tant qu'elles demeurent unies ensemble. Cependant ces auteurs admettent une exception dans le cas où la chose incorporée, conserve son individualité et son importance de manière à ce que le *corpus et l'animus* continuent d'exister à son égard (V° Van Wetter).

La difficulté de donner raison d'un choix entre ces diverses opinions est grande. Essayons cependant de le faire, et disons que, d'une manière générale, le système de M. de Savigny est celui qui nous paraît le plus plausible, quoique nous ne l'acceptions pas complétement. Mais avant d'entrer dans la question, essayons de la circonscrire avec la fameuse loi xxx de *usurpationibus* qui est fondamentale en la matière. On s'est tellement occupé du § 1, de cette loi, que l'on a un peu négligé son *prœmium* et son § 2.

Cette loi XXX, qui est de Pomponius pose la question en ces termes :

Rerum mixtura facta an usucapionem cujusque precedentem interrumpit quæritur? Pour répondre, elle distingue trois genres de choses corporelles : 1° les corps qui peuvent être considérés comme naturellement uns et simples, *quæ uno spiritu continentur* ; exemples : un esclave, une poutre, une pierre ; 2° les corps composés de plusieurs autres artificiellement rapprochés et unis ; exemples : un édifice, un navire, une armoire ; 3° les choses corporelles distinctes et indépendantes les unes des autres, et réunies sous un seul nom collectif ; exemples : un peuple, une légion, un troupeau.

De ces trois genres, le premier ne peut faire aucune difficulté ; il est en dehors de la question, puisqu'il n'y a pas combinaison ou *rerum mixtura*, suivant l'expression de la loi. — Le troisième, par contre, est d'une solution facile, bien que rentrant dans notre examen ; les choses dont se composent l'universalité demeurent parfaitement distinctes et séparées ; chacune d'entre elles sera donc l'objet d'une possession et partant d'une usucapion distincte ; la loi XXX, § 3, ne laisse aucun doute : *Singulorum animalium, sicuti possessio, ita et usucapio ; singulæ oves suam causam habebunt, ita ut si quæ furtivæ erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.*

Le second genre est donc le seul qui fasse l'objet de la controverse ; le § 1 de notre loi s'en occupe et, au lieu de poser un principe, il se contente de nous pro-

poser deux espèces : *a*) L'incorporation à un immeuble d'un meuble en train d'être usucapé : des colonnes et des poutres qui dans dix jours seraient devenues la propriété du possesseur par l'usucapion, sont unies par lui à son bâtiment ; *quid juris?* Labeo décide que l'usucapion continuera pourvu qu'il possède le bâtiment. — *b*) L'incorporation d'un meuble à un autre meuble, par exemple, d'une pierre précieuse à un anneau, et voici la décision : *In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.*

Cette seconde décision nous paraît d'une généralisation facile; lorsqu'il s'agit d'un meuble composé de diverses parties qui peuvent être considérées comme conservant leur individualité, la possession et l'usucapion des diverses parties se poursuit isolément, l'*animus* est suffisamment précis pour chaque objet.

Ce qu'il faudra considérer comme une individualité propre, est une question de fait souvent délicate; mais les exemples cités aident à le comprendre. Les corps *quæ uno spiritu continentur*, suivant l'expression de la loi XXX, sont des corps absolument simples; par conséquent, dès qu'il y a combinaison par rapprochement et sans mélange, les corps conservent leur individualité, alors même qu'ils ne pourraient être séparés sans fracture, et pourvu que l'un d'eux ne soit pas, par rapport à l'autre, de telle importance qu'il l'absorbe complétement.

Mais, je me garderai bien de dire avec Savigny que le texte cité ne se rapporte qu'au cas où la jonction est

opérée par le possesseur des deux objets, à cause des mots *cumulumque maneat integrum*. Ces expressions ne se refèrent qu'à l'intégrité, à l'individualité des deux choses. Ce n'est pas que je repousse la distinction elle-même; elle me paraît fondée sur les principes généraux; celui qui acquiert un meuble composé, dans le sens du § 2, de la loi xxx *de usurpal.*, n'a qu'une seule possession, celle de l'ensemble, j'admets donc aussi la conséquence; l'accessoire suivra le sort du principal; les roues volées seront usucapées avec la voiture non furtive; et si la voiture est furtive la roue non furtive ne pourra l'être. Mon observation tend seulement à rejeter l'argument tiré des expressions de la loi III, § 2, *de usurp.*— La loi VII, § 1, *ad exhibend.*, souvent produite contre cette théorie demeure, il est vrai, d'une interprétation assez difficile; et l'on se demande avec raison s'il n'y a pas antinomie entre elle et le § 2, de la fameuse loi XXX? Voici comment elle s'exprime : « *Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.* (V° aussi le § 2.)— Faut-il supposer qu'il s'agissait d'une roue furtive, et que c'est pour cela qu'Ulpien repousse l'usucapion par les expressions « *tunc civiliter non possideas*? Rien ne l'indique dans le texte. Faut-il voir une antinomie entre les deux lois et se contenter de faire remarquer que l'un des textes est d'Ulpien, l'autre de Pomponius?.Ou enfin faut-il dire que le mot *civiliter* donne la clef de cette loi; la volonté du possédant portant sur l'ensemble de la chose plutôt que sur la roue,

le jurisconsulte pouvait dénier ici la *possessio civilis*, sans que l'usucapion fut par là nécessairement repoussée? Cette dernière solution nous paraît la préférable.

La seconde décision du § 2, de notre loi est, on le voit, d'une interprétation difficile; la première ne l'est pas moins. Il est impossible de donner une explication satisfaisante de ce terme de dix jours que Labéon fait entrer dans son espèce. — J'admets parfaitement en matière d'immeubles comme en matière de meubles que, si la jonction n'a pas eu lieu par le possesseur actuel, il ne possède que l'ensemble. Mais si la jonction est opérée par lui-même *quid juris?* A la différence de ce qui a lieu pour les meubles, je crois que le possesseur ne possèdera que l'ensemble; l'immeuble seul sera l'objet de sa possession. Seulement, s'il possède l'immeuble, la chose jointe sera usucapée en même temps que l'immeuble et avec lui; elle ne le sera séparement que si un terme très-court, par exemple, dix jours restent encore à courir pour parfaire l'usucapion du meuble. — Je ne me dissimule pas que cette interprétation à contre elle ce défaut énorme, de ne voir dans la loi XXX, § 2, qu'une espèce spéciale au lieu d'un principe, mais je m'y rallie à cause de l'impossibilité d'expliquer autrement ce terme de dix jours; de l'opposition qu'on peut voir jusqu'à un certain point entre la première et la seconde phrase du § 2; enfin du principe si souvent répété que la possession de la superficie ne peut pas être distincte de celle du sol.

Ainsi, en principe, en matière d'immeuble on ne pos-

sède que l'ensemble ; l'usucapion de la chose jointe, sauf le cas de dix jours, s'opérera en même temps que celle du fonds. La loi XXIII, *pr. de usurpat.* vient confirmer ce principe rationnel ; seulement il est soumis à une modification importante par suite d'une disposition particulière de la loi des Douze Tables. D'après cette loi, le propriétaire dont les matériaux avaient été employés par un tiers à la construction d'une maison, ne pouvait temporairement faire valoir son droit à cause de l'intérêt public qui ne permettait pas que les maisons fussent démolies ; et comme il est de principe qu'on ne peut prescrire contre celui qui ne peut agir, il résulte que les matériaux pourront toujours être revendiqués si l'édifice vient à être démoli.

— Toutes ces dispositions ont perdu la plus grande partie de leur importance dans le droit moderne, spécialement à cause de la maxime « en fait de meuble, possession vaut titre. »

B) Perte de la possession.

La possession acquise se conserve jusqu'à ce que survienne une cause de perte.

La possession se perd lorsque l'un ou l'autre de ses éléments vient à manquer. Seulement il importe de remarquer que pour la conservation ils ne sont point exigés d'une manière active, comme pour l'acquisition ; à l'activité, à l'effort qui a changé l'état antérieur en produisant l'acquisition, succédera le repos, et la possession se maintiendra tant qu'une activité

interne, le changement de la volonté, ou externe, le fait d'un tiers ou des éléments, ne viendra pas produire un nouvel effet.

Pour faire perdre la possession, il faudra donc un événement qui vienne détruire l'un ou l'autre des éléments de la possession; ainsi il faudra soit la volonté de ne plus posséder; soit l'impossibilité d'agir à son gré sur la chose. C'est en ce sens que doit être entendue la loi CLUI, D. 50, 17.

La perte du *corpus possessionis* demande quelques explications. La possibilité qui constitue le *corpus* lors de l'acquisition s'entend plus largement en matière de conservation; il n'est plus nécessaire qu'elle soit actuelle; aussi l'impossibilité d'agir doit-elle être plus caractérisée qu'il ne serait nécessaire pour détruire simplement le *corpus* nécessaire lors de l'acquisition.

On peut noter ici que l'éloignement seul, quelque considérable qu'il soit, ne fait pas perdre la possession, tant qu'un tiers ne s'est pas emparé de la chose; bien mieux, ce dernier fait lui-même, en matière d'immeuble, ne faisait perdre la possession qu'autant qu'il était parvenu à la connaissance du spolié.

Lorsque la possession est exercée par un représentant, il importe de noter quelques règles particulières.

La possession, on le conçoit, ne peut être perdue que *corpore* par l'intermédiaire d'un représentant. *L'animus* existant chez le possesseur ne peut en effet être changé qu'en lui.

La perte de la possession *corpore* pourra avoir lieu :

a) soit contre le gré du représentant, *b*) soit par la volonté même de ce dernier.

a) Ce résultat ne peut se produire dans le premier cas que par une *contrectatio* de la chose mobilière, ou par une *dejectio*.

Lorsque le représentant est dépouillé contre son gré de l'immeuble qu'il détient, la possession cesse pour le représenté alors même qu'il ignore ce fait. Le vrai motif de cette dérogation à la règle qui régit la perte de la possession en matière immobilière peut paraître assez difficile à indiquer, mais la loi 1, § 22, *de vi*. est formelle :

Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo, his dejectis, ipse dejici de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat.

M. Appleton explique cette disposition en disant : La règle que la possession de l'immeuble n'est pas perdue aussitôt que le tiers s'est emparé de l'immeuble s'applique au cas où la possession est retenue *solo animo*, c'est-à-dire, toutes les fois que la faculté matérielle de disposer de la chose fait presque défaut, par exemple par suite d'un éloignement momentané du possesseur. Puis il reproche à Savigny de n'avoir pas indiqué ce motif. Il me semble que cette raison ne va pas de soi ; sans doute tant que mon représentant peut agir immédiatement, on peut dire que je possède *animo et corpore* par opposition au cas où je m'éloigne momentanément, sans avoir constitué de représentant,

cas dans lequel je ne possède plus qu'*animo tantum* ; on peut dire aussi que la règle relative aux immeubles qui est elle-même une dérogation aux notions générales, ne s'applique qu'au second cas. Mais il est bon de dire pourquoi il s'opère ainsi un retour aux principes généraux. C'est que lorsque le représentant est expulsé contre son gré, c'est-à-dire en général lorsque la possession a lieu *animo et corpore*, l'expulsion ne peut manquer d'être sue bientôt par le possesseur ; les effets ne lui en sont donc guère préjudiciables, car aussitôt, ce trouble fonde l'interdit, et le fonds est soustrait à l'usucapion, en tant que *vi possessus*.

C'est ce que Savigny nous dit très bien (p. 368, note 2):

Aussi croyons nous que la possession serait conservée si le tiers s'était emparé de l'immeuble en l'absence et à l'insu du représentant et du représenté, au moins aussi longtemps que l'un ou l'autre n'en serait pas avisé.

b) I. — Si le représentant abandonne simplement la chose, la possession n'est pas perdue pour le représenté ; l'*animus* reste chez ce dernier, et, quant au *corpus* il n'y a point eu d'acte contraire qui l'élimine.

A plus forte raison la possession persiste-t-elle si le représenté devient simplement incapable d'exercer notre possession, par exemple, s'il meurt ou tombe en démence.

II. — Mais il en sera autrement si le représentant

veut s'emparer de la chose et acquérir la possession pour son propre compte. Cependant les Sabiniens, dont l'opinion avait probablement prévalu, maintenaient la possession en matière mobilière, tant qu'il n'y avait pas eu de la part du représentant une sorte de *contrectatio fraudulausa*, une appréhension matérielle assimilée au vol. — S'il s'agissait d'un immeuble, la question est plus délicate; les textes ne la résolent pas d'une manière formelle. La solution qui me paraît la plus rationnelle, par les motifs que j'ai indiqués tout-à-l'heure (litt. a.), c'est qu'ici également la possession ne sera perdue qu'autant que le représenté aura connaissance de l'usurpation. Mais nous ne croyons pas comme Savigny (p. 304 et 305) que la règle : *Nemo sibi causam....* doive être ici appliqué. (En ce sens Appleton. Comp. Savigny p. 64 et 65).

III.—Enfin, il se pourrait que le représentant voulût faire acquérir la possession à un tiers.

Pour les meubles, pas de difficulté; il est certain que la possession sera perdue pour le représentant. (L. XXXIII, § 4, D. 41, 3).

Pour les immeubles il y avait controverse. Selon Paul, la possession subsiste : *Nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi dejecti fuerimus* (L. III, § 6, D. 41, 2, 44. Comp. § 6, 7, 8, *eod*). Mais les lois XL, § 1, et XLIV, § 2, *eod*. sont en sens contraire. Nous donnerions volontiers la préférence à ces dernières, avec lesquelles la loi III, § 6, nous paraît pouvoir se concilier, et qui sont

sans doute l'expression de l'opinion de la plupart des jurisconsultes romains. Au reste Justinien vient sanctionner l'opinion apparente, si ce n'est probable de Paul, en décidant, pour empêcher les interversions simulées que l'infidélité du représentant ne nuirait pas au représenté (L. 12, C. VII, 32).

§ 7. I. — De la possessio plurium in solidum.

II. — De la règle qu'on ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession.

I. — La possession, avons-nous dit, a pour les Romains le caractère d'un plein pouvoir physique sur une chose corporelle. Ce pouvoir est donc exclusif, et, de même que la propriété suppose un droit d'action et un droit d'exclusion; de même l'état de fait qui constitue la possession ne subsiste qu'autant que l'action d'autrui peut être empêchée.

Cette possibilité d'exclure l'action d'autrui est difficile à bien déterminer. Elle ne saurait certainement pas être conçue comme purement physique, car, dès l'instant que mon action est physiquement possible sur la chose, celle d'autrui, d'une manière absolue, l'est également. Savigny (p. 6) l'a très bien senti; il avait d'abord mis à la base de toutes les définitions qu'on peut donner de la possession, l'impossibilité de l'action d'autrui. Mais, au moins depuis sa cinquième édi-

tion, en même temps qu'il exige une possibilité physique d'action, il se contente de la simple possibilité d'empêcher l'action d'autrui, reconnaissant la vérité des critiques que sa première formule avait appelées. « L'expression que je choisis maintenant, » ajoute-t-il, « ne me paraît pas atteinte par ces critiques; car, en faisant entrer dans la notion la simple possibilité de repousser l'action d'autrui, le résultat demeure incertain; de plus, cette possibilité est susceptible de plusieurs degrés, ce que ne comportait pas la formule précédente» (p. 6, note 1). C'est donc à tort que M. Molitor (Paris, 1868) reproche encore à Savigny sa première rédaction.

Cette possibilité d'exclusion est donc toute relative; on peut dire qu'elle prend surtout sa source dans l'*animus domini*, et qu'elle se confondra souvent avec la faculté d'invoquer les interdits en cas de trouble. Il me paraît difficile de la définir autrement.

Ce caractère exclusif est inhérent à la notion de la possession. Il est, en effet, d'évidence que la chose sur laquelle l'action d'autrui ne saurait être empêchée, soit par la nature même de la chose, comme l'air ou la mer, soit par la loi positive, comme une place publique, bien que notre action sur elle soit toujours possible ne saurait être possédée par personne, ou dans des termes moins précis, serait possédée par tout le monde. Ceci sans préjudice de la possession de la place publique qui appartiendrait au corps moral constitué, État ou ville.

De ce double caractère, possibilité d'action et d'ex-

clusion, résulte la règle que nous étudions : une même chose ne peut pas être possédée par plusieurs *in solidum*. Ce principe découle donc de la nature même des choses; en soi, il est absolu, et Paul le dit fort bien dans la loi III, § 5, *de poss.*.... *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam; tu quoque id tenere videaris..... non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*

On ne peut s'empêcher de remarquer ici la parfaite concordance de ce texte avec la notion qui nous a été donnée de la possession, par ce même Paul, dans la loi I, pr. h. t.

On a tiré avec raison de notre principe les deux conséquences suivantes :

1° Tant qu'une personne continue de posséder, il est impossible qu'une autre commence à posséder la même chose;

2° Dès que la possession est acquise à un autre, l'ancien possesseur doit nécessairement avoir cessé de posséder.

Le principe de l'impossibilité de deux possessions *in solidum* sur le même objet paraît avoir de tout temps été admis par les Jurisconsultes romains. Cependant quelques-uns d'entr'eux, se plaçant sans doute, au point de vue des effets de la possession, admettaient plusieurs modifications à cette règle générale. — Labéon, Paul et probablement aussi Celsus et Ulpien

reconnaissaient le principe dans toute sa rigueur (L. III, § 5, h. t. — L. V, § 15, *commodati*). Sabinus par contre, et quelques-uns de ses anciens disciples y apportaient des exceptions. D'après Sabinus et Pomponius (L. III, §5, d. h. t. — L. XV, § 4, *de precario*), celui qui avait concédé une chose à titre de précaire continuait à posséder conjointement avec le précariste. Etait-ce sans distinguer si la possession de ce dernier était ou non devenue injuste par le refus de restituer? On peut l'affirmer avec vraisemblance pour le second (d. L. XV, § 4); c'est plus douteux pour le premier, car l'opinion de Sabinus, bien qu'exprimée en termes formels dans la loi III, § 5, h. t., est approuvée en ces termes par Trebatius, dont Paul rapporte le sentiment : *Idem Trebatius probabat, existimans posse alium juste, alium injuste possidere; duos injuste vel duos juste non posse.*

Quoiqu'il en soit, on voit que Trebatius admettait la possibilité de deux possessions, pourvu que l'une fût juste et l'autre injuste; mais non dans le cas contraire. Julien dans la loi XIX, pr. *de precario* paraît partager le même sentiment.

La doctrine de ces deux Jurisconsultes conduisait aux résultats suivants dans son application aux trois vices de la possession :

(1) En cas de violence le *deficiens* possède injustement; le *dejectus* justement, mais tous deux possèdent; 2° le voleur et le volé possèdent également tous

les deux; 3° Une troisième conséquence est plus douteuse; voici comment on la formule : « Le refus du précariste de restituer la chose empruntée, convertit sa possession juste en une possession injuste, mais, avec celle-ci concourt désormais la possession du concédant » (Van Wetter). Que le précariste possède avant et après son refus de restituer, c'est ce qui est hors de doute, même dans l'opinion de Trebatius et de Julien; mais la question est de savoir si le concédant n'acquiert la possession que lorsque, sur l'exercice de son interdit *de precario*, le concessionnaire a refusé de restituer? Or, c'est ce qu'il nous est absolument impossible d'admettre. Evidemment l'injuste refus de restituer qui donnera généralement au précariste une possession *animo domini*; qui, par conséquent; consolide, si je puis m'exprimer ainsi, la possession dans sa notion normale, sur la tête du précariste, ne peut pas faire surgir une possession au profit de celui qu'il tend à en dépouiller; la possession ne s'acquiert pas seulement *animo*, mais aussi *corpore*. Nous sommes donc forcé de reconnaître que Trebatius et Julien admettaient la continuation de la possession sur la tête du concédant, même avant tout refus du concessionnaire. Les textes cités ne paraissent pas nous démentir; le sens trop étroit qu'on a donné aux expressions *juste vel injuste possidere* a seul, ce nous semble, engendré l'erreur. En effet, la loi XIX, pr. *de precario*, qui est de Julien, s'exprime ainsi :

Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam : nam ne-

que justæ, neque injustæ possessiones duæ concurrere possunt.

Je remarque d'abord que la possession du précariste est placée ici sur la même ligne que les deux autres possessions vicieuses, *vi aut clam;* cela est naturel puisque la précarité est le troisième des vices de la possession. Partant de là j'interprêterais volontiers la loi comme suit : « Deux possessions précaires *in solidum* sur la même chose, ne peuvent pas plus concourir que deux possessions clandestines, car le concours de deux possessions injustes ne se comprend pas davantage que le concours de deux possessions justes. » D'après cette interprétation la possession du précariste serait ici qualifiée de possession injuste par Julien. (Comp. Savigny, p. 175, note 2). Cette interprétation peut-être risquée, reçoit cependant une singulière force de la loi III, § 5, *de poss.; Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans posse alium juste, alium injuste possidere, duos juste, vel duos injuste non posse.*

Sabinus pense que le précariste et le concédant possèdent; Trebatius l'approuve par le motif qu'une possession injuste et une possession juste peuvent concourir. Evidemment donc, dans l'opinion de Trébatius le précariste possède *injuste;* il n'a pas la possession juste, parce que sa possession est vicieuse vis-à-vis du concédant, de même que la possession violente ou clandestine l'est vis-à-vis du spolié. L'analogie n'est pas complète, on le sent, puisque le spolié est dépouillé

contre sa volonté ; elle paraît cependant suffisante pour autoriser la manière de parler de Trebatius et de Julien. Les Jurisconsultes de Rome sont loin de se servir des mots dans un sens technique rigoureusement exact; les significations multiples du mot *possessio*, qui, dans certains textes, signifie le domaine, en sont une preuve remarquable; et, en tous cas, il nous paraît bien plus naturel d'expliquer ainsi Trebatius et Julien, que d'admettre avec Van Wetter que la possession surgisse au profit du concédant par le refus du précariste de restituer. Quel précédent, quelle loi peut fonder une doctrine aussi peu logique? Le refus de restituer ferait plutôt naître la possession au profit du précariste si elle ne lui avait pas été acquise lors de la concession ; comment donc pourrait-il donner naissance à la possession du concédant? et cependant on est forcé de l'admettre avec l'interprétation de M. Van Wetter. — Savigny donne, il est vrai, (p. 174), une interprétation plus plausible; il applique le passage cité de Trebatius au cas où le précariste n'ayant pas reçu la possession lors de la convention de précaire, l'acquiert ensuite *injuste* par son refus de restituer. Mais cela n'explique pas très naturellement la loi in § 5, *eod.* — Il faut donc dire, selon nous, que ceux d'entre les Jurisconsultes de Rome qui admettaient le concours d'une possession juste et d'une possession injuste appliquaient également ce principe au concours de la possession du précariste avec celle du concédant, même avant tout refus de restituer de la part du premier. On peut même affirmer, en présence

des textes cités que l'opinion de Sabinus et de Pomponius était la même que celle de Trebatius et de Julien; scequatre Jurisconsultes auraient donc eu un seul et même sentiment.

L'application de l'expression *injusta possessio* au précariste même avant tout refus de restituer, se montre encore dans un texte de Paul (L. II, *Uti poss.*) : *Justa enim an injusta adversus cæteros possessio sit, in hoc interdicto, nihil refert.* La *possessio injusta* comprend évidemment dans ce texte la possession infectée de l'un des trois vices indiqués dans la loi I^re^, pr. *cod.* — Il est vrai cependant qu'Ulpien dans la loi III, pr. *eod.* ne semble ranger dans la *possessio injusta* que la possession *vi aut clam adepta.*

Au reste, nous le reconnaissons volontiers, Justicien dans ses *Pandectes*, paraît bien donner la préférence à la doctrine si énergiquement formulée par Paul dans la loi III, § 5, *de poss.*, que la loi III, *proem.* U. P., sagement interprétée (1) vient encore corroborer. Dans le *Digeste* la coexistence de deux possessions *in solidum* est repoussée alors même que l'une des deux serait injuste. Les compilateurs en insérant dans leur recueil ces passages de Paul et d'Ulpien ont sans doute voulu leur donner force de loi; à la vérité ils conserveront encore plusieurs fragments qui se réfèrent à l'opinion contraire; mais, quoique ces frag-

---

(1) Nous acceptons l'interprétation donnée par Savigny et suivie par Appleton, qui réfute Molitor.

ments ne puissent pas parfaitement se concilier avec les autres, du moins ils ne heurtent pas ouvertement le principe, et ils ne sont pas les seuls dans le *Digeste*, qui expriment une opinion ancienne rejetée dans le droit de Justinien. (Comp. Van Wetter, p. 21.)

II. — De la règle *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.*

Cette règle ancienne, dont les applications paraissent encore fréquentes dans notre droit (art. 2240), et qui n'a pas cessé, depuis Justinien même, d'avoir, au moins en fait, une importance notable, n'a été réellement comprise par les modernes, selon M. de Savigny, que depuis la découverte des *Institutes* de Gajus.

Il n'est pas en effet très-facile d'en déterminer le sens primitif véritable, ni surtout la portée. Les Romains eux-mêmes paraissent avoir eu des doutes sur ce point. La loi XIX, § 1, *de poss.*, qui est de Marcellus, s'exprime en effet ainsi :

Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse credibile est *de eo cogitatum qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causâ id possideret ; non si quis dimissa possessione prima ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.*

Marcellus semble lui-même hésiter en donnant le sens de sa règle ; du moins l'expression *credibile est* indique-t-elle qu'il y avait doute dans la pratique, et peut-être dans la doctrine.

Le sens purement littéral de notre règle n'est pas

difficile à donner : personne ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession, c'est-à-dire que le changement dans la cause ne peut résulter du seul changement dans la volonté ; il faut une circonstance externe qui y concoure. Ainsi comprise, la règle résulterait de la nature des choses. On comprend en effet très-bien que celui qui possède à titre de vente, ne puisse, par sa seule volonté, posséder à titre de donation. Ce qu'on pourrait concevoir, c'est que le possesseur abandonne sa possession pour en recommencer une nouvelle à un autre titre avec le concours d'un tiers, ou sans titre, *pro suo*, par exemple. Mais Marcellus s'empresse de nous dire que la règle ne s'applique pas à cet abandon formel, suivi d'une nouvelle appréhension. D'après son sens littéral, la règle ne paraîtrait donc pas avoir une grande signification ; elle ne serait que l'expression d'une vérité par trop évidente.

Mais il paraît bien que les expressions de notre règle n'étaient pas prises dans un sens technique rigoureux. Ce n'était pas seulement le possesseur, mais aussi le simple détenteur que la règle visait, et, pour l'un et pour l'autre, il était de principe qu'ils ne peuvent changer la cause pour laquelle ils détiennent. Cet axiome vulgaire, dû à la doctrine ancienne, *a veteribus scriptum*, ne paraît pas encore acquérir par là de conséquence pratique. Il est clair d'abord qu'un simple acte de la volonté, sans aucune manifestation externe, ne saurait faire d'un détenteur un possesseur ; c'est encore là une vérité par trop évidente. D'un autre côté,

si cette volonté se manifeste extérieurement, les règles sur la perte et l'acquisition de la possession par un représentant déterminent à quel moment la possession du représentant peut commencer ; les règles sur l'usucapion, à quelles conditions seulement celle-ci peut s'opérer. Mais notre règle serait même fausse, si on l'appliquait ici, puisque le détenteur peut très-bien repousser celui qu'il représente, qu'il transforme, par le fait, sa *conductionis causa*, par exemple, en *dejectionis causa*, et acquiert ainsi la véritable possession sans que notre règle vienne y faire obstacle.

La règle *Nemo...* demeure donc assez enigmatique jusqu'ici. Ou elle n'exprime qu'une vérité triviale, ou elle est fausse dans son application au détenteur.

On peut être étonné de plus, que, partout où nous la trouvons relatée dans les *Pandectes*, ce soit pour en repousser l'application (Savigny, p. 86). Il y a même quelque chose d'assez remarquable et qui paraît contradictoire. Dans les *Pandectes*, nous trouvons un texte de Paul qui repousse formellement l'application de la règle au détenteur, et, si ce n'est par le motif, parfaitement exact d'ailleurs devant le véritable sens du mot *possessio*, que le détenteur ne possède pas; du moins le jurisconsulte s'empresse-t-il de faire remarquer cette circonstance à cette occasion. Paul commence, en effet, par rappeler la règle ancienne : *Illud quoque a veteribus scriptum est, neminem sibi.....* (L. III, § 19, *de poss.*);

Puis il ajoute aussitôt (§ 20) :

Sed si is qui apud me deposuit vel commodavit eam

rem venuliderit mihi vel donaverit; non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

Sans doute ici, l'inapplicabilité de la règle résulte d'abord de la cause venant de mon vendeur; ce n'est pas moi seul qui me change à moi-même la cause de ma possession. Mais l'observation de Paul *qui ne possidebam quidem*, n'en est pas moins remarquable si nous lisons la loi II, § 1er (de Julien) *pro herede*, qui nous dit formellement que notre règle s'appliquait également au détenteur :

Quod vulgo respondetur neminem causam possessionis sibi mutare posse, sic accipiendum est ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum apud quem res deposita aut cui commodata est, lucrifaciendi pro hedere usucapere posse.

Le rapprochement de ces deux textes nous montre que les Romains eux-mêmes, Paul entre autres, avaient compris qu'appliquer la règle au détenteur c'était la faire sortir de son sens littéral, puisque le détenteur ne possède pas; et que, ce nonobstant, cette application avait réellement lieu.

Mais le dernier texte que nous venons de citer, rapproché des *Institutes* de Gajus (II, § 52-61), va maintenant nous donner la véritable clef, la vraie portée de ce principe. Et ici nous admettons parfaitement avec Savigny :

a) Elle s'appliquait principalement pour empêcher

un possesseur ou un détenteur de transformer sa possession ou sa détention, en possession *pro herede*, donnant lieu à l'usucapion lucrative si avantageuse (Gaius, II, 51-58). Lorsque quelqu'un usucapait comme acheteur ou détenait en qualité de dépositaire, et que le propriétaire ou le possesseur venait à mourir, l'acheteur ou le dépositaire aurait eu le plus grand intérêt à usucaper *pro herede*. Mais notre règle s'y opposait. Cette première application se comprend très-bien. Toute personne pouvant prendre possession *pro herede*, il fallait une règle spéciale pour que l'acheteur ou le dépositaire ne pussent le faire. *b*) En second lieu, d'après Thon, suivi par Savigny, notre règle trouvait encore son application dans l'*usucapio*. Celle-ci aussi reposait sur un acte unilatéral et arbitraire, et pouvait s'accomplir sans titre, quoiqu'elle ne pût pas toujours être envisagée comme contraire à l'équité. Mais dans les cas où elle le serait devenue, par exemple, si le débiteur avec pacte de fiducie, avait loué de son créancier la chose donnée en gage, l'usucapion eût été empêchée par notre règle.

Ces deux applications nous montrent que notre règle avait pour objet principal d'empêcher une usucapion rapide, dans certains cas où elle eût été inique et dangereuse. Elle se réfère donc surtout à deux sortes d'usucapion qui ont disparu dans le Droit de Justinien. Aussi peut-on être assez embarrassé de lui trouver des cas d'application dans le Droit des *Pandectes*.

La seule application qui en soit faite, à notre connaissance, se trouve dans la loi 1re, § 2, *pro donato*, pour

interdire l'usucapion même après la cessation de la cause qui faisait obstacle au juste titre, quand la possession a commencé en vertu d'un titre qui n'est pas reconnu par le droit. Il s'agit, dans ce texte, d'une donation entre époux ; l'usucapion ne commencera pas, même après le divorce, sans une nouvelle cause, parce que le donataire ne peut pas se changer à lui-même la cause de sa possession (Machelard, p. 89). La règle *Nemo*... est certainement ici appliquée en dehors de son sens primitif.

Plusieurs auteurs, et entre autres Savigny et Machelard, pensent cependant que la règle *Nemo*..., déviée de son sens primitif, servait encore, dans deux cas, dans le dernier état du Droit romain : d'abord à empêcher le représentant d'acquérir la possession à son profit; en second lieu, lorsque le Droit impérial eût admis une sorte d'usucapion sans juste titre ni bonne foi (*prescriptio longissimi temporis*), à la refuser au fermier, à l'emphythéote, et en général à tous ceux qui détiennent pour autrui.

Ces deux applications même ne me paraissent pas pouvoir être alléguées.

Et d'abord, pour la première, la nécessité d'invoquer notre règle ne se fait pas plus sentir que dans le droit antérieur. En matière de meubles, le représentant acquerra la possession par la *contrectatio*, suivant l'opinion sabinienne qui avait probablement prévalu ; en matière d'immeubles, dès que le représenté aura connaissance de l'usurpation faite par le représentant.

Il n'y a donc aucune utilité de faire intervenir ici notre règle même déviée de son sens primitif.

Il en est de même de la *prescriptio longissimi temporis*. En même temps que les constitutions impériales l'établissent, elles ont soin d'en refuser expressément le bénéfice à ceux qui détiennent pour autrui. Sans doute cette prescription pourrait commencer par une *dejectio*. Je ne dirai pas, avec M. Appleton : « Qu'importe qu'on puisse ou non intervenir sans titre sous une législation qui admet la prescription sans qu'il y ait besoin d'aucun titre? » Il importe bien que je puisse changer mon titre de détenteur qui s'oppose à toute prescription, car *melius est non habere titulum quam habere vitiosum*. » Mais encore ici je ne vois pas la nécessité de faire intervenir notre règle, déviée de son sens originaire. Les principes sur la perte de la possession par l'intermédiaire d'un représentant suffisent.

Si l'on rapproche de ces considérations le fait éminemment remarquable que, sauf le cas de la Loi 1re, § 2, *pro donato*, nulle part, dans le *Digeste*, il n'est fait, si nous ne nous trompons, une application de notre règle aux deux cas cités ; on pourra bien conclure avec nous qu'elle a perdu presque toute sa valeur dans le Droit de Justinien. La Loi XII, *de vi. in. f.*, que Savigny cite comme faisant allusion à notre règle, décide simplement que le bailleur qui a vendu la chose est censé dépossédé dès l'instant que l'acheteur s'étant présenté, le fermier a refusé de la lui livrer. Je ne vois pas que ce texte se réfère précisément à notre règle,

parcequ'il fait cesser la possession ace moment-là plutôt qu'au moment même où le preneur a changé de volonté.

Ce qui m'explique au reste très-bien que l'on ait voulu, dans les deux cas cités, en voir une application, et que cette opinion ait été partagée par les interprètes anciens et modernes, c'est que, en réalité, notre règle, étendue à la détention, exprime très-bien l'idée, vraie d'ailleurs, que le représentant ne peut pas acquérir la possession, ni le possesseur changer la cause de sa possession par le simple effet de sa volonté.

§ 9. — Protection de la Possession en dehors des interdits.

La possession est directement protégée en Droit romain par les interdits possessoires, Mais, en outre, plusieurs des actions qui, en général, servent à recouvrer des droits injustement perdus, peuvent être employées pour récupérer les avantages perdus que conférait la possession, et garantissent ainsi cette dernière. Savigny, dans son remarquable traité a laissé dans l'ombre ce côté de la protection de la possession, pour ne s'occuper que des interdits ; et il a été imité ici, comme ailleurs, par la plupart des modernes.

Les interdits, ayant fait l'objet de traités étendus, soit en Allemagne, soit en France (entr'autres l'excellent traité de M. Machelard), nous ne les mentionne-

rons ici que pour mémoire ; Nous ne pourrions d'ailleurs en traiter sans entrer dans des développements qui nous entraîneraient trop loin. Nous nous occuperons plus spécialement des actions ordinaires, civiles ou prétoriennes, que certains textes étendent à la possession. Empressons nous de reconnaître avec Lenz, que c'est à M. Bruns que revient l'honneur d'avoir remis en lumière cette partie de la théorie possessoire, presque tombée dans l'oubli avant lui, par l'effet de l'exemple donné par Savigny. — C'est aussi en suivant le célèbre professeur de Tubingen que nous allons essayer d'en parler.

Les lois qui servent de fondements à ces actions sont les suivantes :

1) L. 1, § 4, U. P... *Restituendæ* possessionis *ordo aut interdicto expeditur aut per actionem.*

2). L. 1, § 1, l. II, *de condict. triticaria.*

Rem autem suam per hanc actionem (*condict. trit.*) *nemo petet, nisi ex causis et quibus potest, veluti ex causa furti, vel vi re mobili arrepta.*

Sed et ei qui vi aliquem de fundo dejecit posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus. Sed ita si dominus sit qui dejectus condicat ; cæterum si non sit, possessionem *eum condicere Celsus ait.*

3), L. XXV, pr. et § 1, *de furtis.*

Verum est fundi furti agi non posse. Unde quæritur, si quis de fundo vi dejectus sit, an condici ei possit qui dejecit. Labeo negat, sed Celsus putat posse

condici possessionem, *quemadmodum potest re mobili subrepta.*

4) L. XV, § 1, *de condict. indebiti ;*
— *si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel* possessio *eorum reddatur, quemadmodum si falso existimans* possessionem *me tibi debere alicujus rei, tradidissem, condicerem.*

5) L. XLVI, *de donat. int. virum et uxor. Inter virem et uxorem nec* possessionis *ulla donatio est.*
L. VI, *eod.* — *Quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis* condictio *nasci solet.*

6) L. IX, pr. l. 21 § 2. *Quod metus causa.* — *Si per vim* possessionem *tradidero, dicit Pomponius huic edicto* (*de metu*) *locum esse* (Comp. l. V *de vi*). — *Qui* possessionem *non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti* possessio *est, ejus quadruplum, cum fructibus consequetur ; estimatur enim quod restitui oportet, i. e. quod abest ; abest autem* nuda possessio *cum suis fructibus.*

7) L. XXIII, § 2, *ex quib. causis, major.* — *ei qui per captivitatem fundi* possessionem *vel ususfructus* quasi possessionem *amisit succurendum esse Papinianus ait.*

Essayons d'interpréter ces sources, en suivant M. Bruns notre guide.

On peut, en général, récupérer sa possession perdue, non-seulement par des interdits, mais aussi par des actions, nous dit le premier texte cité. Ainsi il est des actions qui ont pour objet la seule possession, et qui tendent simplement à la faire restituer ; ce sont donc de véritables *controversiæ de possessione*. — Les textes qui suivent nous montrent quelles sont ces actions.

Le 2e et le 3e affirment que l'on peut agir par la *condictio* pour réclamer l'immeuble dont on a été violemment dépouillé; et, suivant que l'acteur sera propriétaire ou possesseur, l'objet de l'action sera la possession ou la propriété. Le fondement de cette *condictio* paraît être dans l'injustice de la possession du *dejiciens*; ce serait ainsi une application de la règle « *id quod ex injusta causa apud aliquem sit, condici posse* » (L. VI *de cond. ob. turp. caus.* — L. 1, § 3, *de cond. sine causa*). On pourrait cependant en douter et se demander s'il ne faut pas plutôt donner à cette *condictio* le même principe qu'à la Publicienne, à savoir la bonne foi du possesseur qui le fait regarder comme propriétaire (L. XVI de *Reg. Juris.*) Mais ceci ne saurait être admis, car sinon le possesseur devrait avoir, non pas la *condictio possessionis*, mais la *condictio rei ipsius*. D'ailleurs la loi VII, § 6, *de publiciana in rem act.*, porte expressément : *Publiciana ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit;* — de plus l'action publicienne exige la bonne foi; or, on connaît la règle, *in summa possessionis non interest juste quis an injuste possideat.* — On ne peut argumen-

ter contre notre interprétation, ni des lois qui n'accordent la *condicio furtiva* qu'au propriétaire; ou qui, lorsque la chose a été volée, au voleur lui-même, ne donnent l'action qu'au propriétaire, et non au voleur (L. I, *de cond. furt.* L. LXXVI, *de furtis*), car ces lois ne parlent naturellement que de la *condictio rei ipsius;* — ni de la loi XII, §, 1, *de furtis* qui refuse l'action *furti* au possesseur de mauvaise foi; la véritable raison git ici dans la nature spéciale de l'action qui produirait un pur bénéfice au profit du possesseur de mauvaise foi (L. LXXVI, §, 1, *de furtis*). Cette loi XII ne peut donc être appliquée à la *condictio possessionis rei persecutoria*; elle dit bien, il est vrai, d'une manière générale : *nemo de improbitate sua consequitur actionem.* Mais ce principe est certainement inexact dans sa généralité, puisque non-seulement les interdits, mais même les actions du gage, du dépôt, du commodat, etc., sont accordées au possesseur de mauvaise foi (L. I, § 39. L. XV, XVI, *commodati.* — L. XXII, § 2, *de pignorat. act.*).

La différence entre la *condictio rei* et la *condictio possessionis* peut, en conséquence, être déterminée comme suit :

1) Ce n'est pas la chose, mais la possession elle-même qui fait l'objet de l'action; celle-ci est donc une *condictio incerti;* la condamnation portera seulement sur la valeur de la possession : *quanti actoris interest possidere* (Comp., l. III, § 11, *uti possid.* L. VI, *de vi*).

2) L'acteur devra simplement prouver qu'il avait

la possession et qu'elle lui a été enlevée violemment ou clandestinement par le défendeur. Il faut, sans doute, qu'il ait eu la possession juridique ; mais peu importe d'ailleurs, qu'il ait possédé *civiliter* ou *naturaliter*, *juste an injuste*, de bonne ou de mauvaise foi.

3) Les exceptions que le défendeur pourra faire valoir ne sont pas indiquées dans les sources ; mais par la nature même de l'action, qui n'a trait qu'à la possession, l'on devra repousser toutes les exceptions basées soit sur la propriété, soit sur un droit réel, soit même sur un droit à la chose en vertu d'une convention. Par contre, il semble qu'on devrait avoir égard aux exceptions qui attaquent directement l'obligation de restituer (rétention, compensation, etc.), ainsi qu'aux vices de la possession ; car il parait naturel que l'on ne puisse réclamer sa possession par la *condictio*, qu'autant que, dans l'interdit U. P., on aurait pu se faire reconnaître possesseur contre l'adversaire. — La prescription serait celle de trente ans.

La *conditio possessionis* présente ainsi de grandes analogies avec l'interdit U. P. ; la différence essentielle réside dansla manière d'en envisager le fondement. L'action est basée sur l'injustice de la possession qui est née au profit du *dejiciens* par le fait de la *dejectio* ; l'interdit directement sur le délit.

On peut encore citer les différences suivantes :

1) L'action s'étend aux meubles et aux immeubles ;

2) Elle ne comprend que l'intérêt résultant de la

possession; l'interdit au contraire s'étend à tout le dommage causé;

3) Les exceptions ne sont pas absolument les mêmes;

4) La procédure était très-différente dans l'ancien droit.

L'interdit et l'action pourront donc être, en général, intentés l'un ou l'autre au choix de l'acteur; seulement l'interdit, dans son ensemble, étant plus avantageux, on s'explique la mention si rare de l'action dans les sources.

La *condictio possessionis ex causa indebite soluti*, qui résulte du quatrième passage ci-haut cité, repose évidemment sur les mêmes principes que la *condictio* précédente (Comp., aussi la loi XXI, *ad senatuscons. Trebellian*, et la loi XL, § 1, *de cond. indebiti*).

Le cinquième texte cité ne parle pas directement, il est vrai, d'une *condictio possessionis*; mais celle-ci est une conséquence si naturelle de son contenu qu'on ne peut guère douter, d'après ce qui précède, que le passage s'y réfère.

Enfin les numéros 6 et 7, nous prouvent que la possession est encore garantie par d'autres actions que par les *condictiones* et les interdits. Le premier nous montre une application à la possession, de l'action *quod metus causa*; le septième, un non moins remarquable exemple d'une restitution prétorienne appliquée à la possession. Ce dernier passage a trait à la

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

restitution du majeur pour cause d'absence, notamment à cause de sa captivité ; il statue expressément que la possession, et la quasi possession elle-même, perdues par la captivité doivent être restituées. Le principe général de l'édit, *si cujus quid de bonis, — deminutum erit, cum is in — hostium potestate esset, in integrum restituam*, est donc appliqué à la possession, et ainsi nous rencontrons la notion d'une restitution possessoire *in integrum*.

En résumé nous voyons par cette esquisse que les actions par lesquelles on recouvre en général un droit perdu, sont appliquées à la possession, à côté des interdits, au moins dans une certaine mesure. Cette application doit-elle être restreinte aux cas indiqués ? Rien ne nous prouve que nous devions les considérer comme des singularités ; ils apparaissent plutôt comme des conséquences des principes généraux. Aussi, pensons-nous avec Bruns, qu'on peut les considérer comme des exemples, qui autorisent des applications analogues. — Il s'ensuit :

1) Dans tous les cas de *condictio sine causa*, nous admettrons une *condictio possessionis* à côté de la *condictio rei ;*

2) Les actions prétoriennes restitutoires, telles que l'action de dol et l'action Paulienne, seront aussi données en cas de dépossession.

3) Enfin la *restitutio in integrum* s'étendra, égale-

ment dansles cas où ollo est applicable, à la porte de la possession.

On pourrait concevoir uno plus grando extension de tout le principe; mais les sources no nous offrent aucun appui pour aller plus loin (Bruns).

§ 10. — Possession des droits.

Pour los Romains, il n'y a de possession quo celle dos choses corporelles. Cependant ils admettent pour une certaine catégorie de droits, pour les droit de servitude, un rapport analogue à la possession corporelle, et régi par des règles semblables. C'est à co rapport qu'ils ont donné le nom de *juris possessio* ou de *juris quasi possessio*, et c'est lui qu'il importe maintenant de déterminer.

Le caractère essentiel de cette *quasi possessio* pour les Romains, c'est qu'ici, l'objet possédé, au lieu d'être une chose corporelle, est un droit, une chose incorporelle. Les textes où cette opposition, entre la possession et la quasi possession, se manifeste, sont nombreux :

— *possessionem vel corporis, vel juris ;*

— *possessionis duplicem esse rationem aliam quæ jure consistit, aliam quæ corpore ;*

— *fundi possessionem, ususfructus quasi possessionem*, etc. (Voir L. II, § 3, *de precario*, — L. III, 6,

de poss. L. XXIII, § 2, *quibus ex causis*, — L. II, com-servit. — L. VII, *de itinere*. L. VI, § 1, *si servituti*).

Cependant dans deux textes, c'est l'exercice du droit plutôt que le droit lui-même qui nous est présenté comme l'objet de la possession :

— *per causam tigni possideo habendi consuetudinem*. (L. XX, de S. P. U.);

— *ostendat, per annos tot usum (scil. servitutis) se nec vi, nec clam, nec precario possedisse* (L. III, *si servit, vindic.*).

Mais la critique rend douteuses les expressions de ces deux textes; on propose, dans le premier, de remplacer *consuetudinem* par *consuetudine;* dans le second, les uns suppriment le mot *usum;* les autres le mot *possedisse*. Quoi qu'il en soit, il paraît certainement plus rationnel d'admettre que c'est l'expression et non l'idée qui est différente de celle que nous trouvons dans les textes précédents.

La quasi possession, admise à l'instar de la possession, se compose des mêmes éléments, le *corpus* et l'*animus;* — seulement, au lieu de la détention de la chose elle-même, nous trouvons ici l'exercice du droit :

— *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse ;*

— *si quis usus est — videtur possidere*. (V° L. XX, *de servit.* — L. III, § 2, *de itinere*. — L. V, § 3, *eod.* — L. III, *si servitus*).

Et, au lieu de l'*animus domini*, nous avons la volonté d'exercer le droit comme sien :

— *servitute usus non videtur nisi is qui suo jure uti se credidit.*

si — commeavit, non tamen tanquam id suo jure faceret, — inutile est interdictum de itinere, nam jus fundi possedisse oportet.

De même que la possession, la quasi possession existe sans égard á sa légitimité, le principe est général; lorsque nous parlons de possession, nous faisons abstraction du droit de posséder.

Mais ici se présente quelque chose d'éminemment remarquable; c'est le droit qui est possédé, nous disent les jurisconsultes romains; du moins semble-t-il alors que le droit doive exister d'une manière indépendante; car, ce qui n'existe pas parait bien ne pas pouvoir être possédé; et la *possessio corporis*, suppose nécessairement l'existence de la chose corporelle. Or, il n'en est rien; peu importe que le droit possédé existe ou non au profit de quelqu'un (L. I, § 2, *de itenere*); mais, par contre, il faut nécessairement que la chose qui ferait l'objet de ce droit, s'il existait, existe elle-même. Ainsi même dans la *possessio juris*, l'existence de la chose corporelle est absolument nécessaire, et sous ce rapport, la ressemblance est complète entre les deux genres de possession.

L'analogie va plus loin; ainsi, l'on peut admettre une représentation et une dérivation aussi bien que pour la possession proprement dite. — Une différence marquante ne parait exister que sous le rapport de la détention physique requise pour la possession, puisque

nous lisons dans la loi XIV *de servit.* : *Servitutes prædiorum rusticorum tales sunt, ut non habeant certam continuamque possessionem ; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.*

Cette différence, si elle existait réellement serait aussi très-digne de remarque, car pour la continuation de la *possessio corporis*, la continuation de la détention corporelle immédiate n'est pas nécessaire; et, au fonds, il est aussi naturel de dire de celle-ci que de la quasi possession : *Nemo tam perpetuo, tam continenter rem tenere, in re sedere, rei insistere potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur ;* cependant les Romains ne font aucune difficulté d'admettre la continuation de la *possessio corporis*, même pour les *saltus hiberni*. — Aussi faut-il repousser comme inexacte en soi, l'explication donnée par la loi XIV *de serv.*; et nous pensons qu'elle n'a pas été généralement admise par les jurisconsultes de Rome ; c'est un essai, assez mal réussi, d'expliquer d'une manière théorique l'impossibilité d'usucaper les servitudes. Pratiquement cette discontinuité n'est pas de la moindre importance, ni en matière de prescription des servitudes, ni en ce qui concerne les interdits; la loi XIV, essaye d'expliquer théoriquement ce qui aurait dû l'être historiquement; et, si la possession des servitudes consiste bien, en général, dans l'exercice de celles-ci, cette règle doit s'entendre en ce sens que la possession une fois acquise, par un premier exercice, continue d'exister, aussi longtemps que dure la possibilité d'un exercice *ad libitum*.

On peut regarder comme plus délicate la question de savoir comment les Romains ont trouvé une liaison entre la possession des choses et celle des droits ; où ils ont vu le point d'analogie entre deux notions, en apparence si diverses que la détention d'une chose et l'exercice d'un droit ? On comprend de soi que la notion *possidere* en tant que rapport physique entre le sujet possédant et la chose possédée, n'est pas directement applicable à la possession des droits. Les Romains eux-mêmes l'affirment d'une manière explicite : *possideri possunt quæ sunt corporalia — nec possideri intelligitur jus incorporale* (L. III pr. *de poss.* L. IV § 27 *de usurpat.*) Mais si la possession est ainsi considérée dans son essence comme un rapport physique, comment la possession peut-elle être même simplement *quasi possible*, sur une chose qui n'existe que dans l'intellect, comme un droit ? Quel est donc le point d'analogie et de transition ? La réponse paraît assez facile, si l'on compare la possession des choses à l'exercice des servitudes. L'analogie se présente sous deux faces : 1° La possession des choses est l'une des manières d'exercer le droit de propriété, et ainsi, n'est pas autre chose que l'exercice d'un droit ; 2° les servitudes, comme droits réels, supposent aussi une domination au moins restreinte de la chose, et par conséquent, l'exercice des servitudes, de même que la possession corporelle, enferme en soi, un rapport physique de puissance sur la chose. Ces deux points de vue amènent, on le comprend, par une transition naturelle à la quasi possession.

Mais les Romains sont-ils réellement partis de ces analogies, de ces points de contact pour admettre la quasi possession à côté de la possession. Il paraît, au premier abord, difficile d'en douter. Cependant, il faut le reconnaître, les sources n'indiquent rien ; nous n'y trouvons pas la moindre trace, ni que la possession des choses ait été envisagée comme l'exercice du droit de propriété ; ni que la possession des droits ait été considérée comme une possession restreinte de la chose, par opposition à la *possessio corporis* qui l'embrasse dans l'ensemble de ses attributs. Aussi de bons esprits ont-ils pensé que le point de vue des Romains apparaît bien plutôt dans leur manière de concevoir les droits, comme des choses incorporelles. Ils seraient partis de l'idée que les choses incorporelles ne peuvent pas à la vérité être possédées, précisément parce qu'elles n'ont pas de corps ; mais que cependant elles peuvent l'être dans une certaine mesure (*quasi*) en ce que le droit que l'on exerce, on l'a, en fait, d'une manière semblable que la chose qu'on possède. Quoique nulle part exprimé, ce point de vue apparaîtrait implicitement dans la mise en relief fréquente de la différence entre la possession des choses et celle des droits ; dans les expressions *quasi possidere*, *intelligi possidere;* enfin dans la circonstance qu'un premier exercice était nécessaire pour l'acquisition de la quasi possession.

Mais les auteurs même qui attribuent aux Romains cette seconde conception théorique, (Bruns), reconnaissent qu'elle ne paraît pas avoir servi de point de

départ aux effets pratiques de la quasi possession, notamment à la protection de celle-ci par les interdits. Il semble que le prêteur n'ait accordé des interdits quasi possessoires que par des considérations d'utilité, sans rechercher un appui dans la notion de la quasi possession. Plus tard seulement, la doctrine romaine paraît avoir remarqué l'analogie que présentaient les deux espèces de possession, et donné dès lors la quasi possession pour base aux interdits utiles. Ce qui, du moins indique cette marche, c'est que dans les interdits qui ont trait aux servitudes, il n'est nulle part fait mention d'une quasi possession qui leur servirait de fondement, ni même simplement de la quasi possession; c'est, de plus, le peu d'importance que les jurisconsultes de Rome donnent à cette notion; et, enfin la circonstance que les interdits ne semblent garantir que l'exercice des droits de servitude.

Une dernière question nous reste à examiner. Le Droit romain a-t-il admis une possession correspondante, pour d'autres droits encore que pour les servitudes?

La question s'élève :

1° A propos de l'hérédité. — On sait que l'expression *possessio hereditatis* est très fréquente dans nos sources. Un regard jeté sur le titre de *hereditatis petitione* nous la fait voir à chaque ligne; mais qu'entendre par cette expression? On répond souvent qu'elle désigne simplement la situation du défendeur à l'action en pétition d'hérédité. Mais cela est très-douteux. En

effet, les Romains ne nous disent nulle part que le défendeur à l'action pétitoire d'hérédité porte le nom de possesseur ; ils nous disent au contraire que celui qui est *possessor hereditatis* peut être actionné par cette voie. (V° L. XIII, § 8, 10, 12, *de hered. pet.*)

Cependant il ne semble pas que l'on doive admettre dans le droit des *Pandectes*, une *quasi possessio* véritable de la succession ou des droits qui la composent, considérés comme ensemble, comme *universitas*. Cette notion ne nous est, en effet, nulle part présentée dans le droit Justinien comme une notion réelle et pratique; les conséquences de la *possessio hereditatis* reposent toujours sur la possession spéciale de chacune des choses formant la succession, ou sur l'usurpation de certains droits appartenant à la succession. L'expression *possessio hereditatis* désigne ainsi d'une manière abrégée la volonté générale de l'héritier présumé.

Le mieux paraît être d'expliquer cette expression par l'ancien droit qui reconnaissait réellement la *possessio hereditatis* comme celle d'un tout collectif; bien plus, qui admettait même une *usucapio hereditatis*. On s'était habitué à l'expression *possessor hereditatis;* et on la conserva longtemps après que ce système eût disparu, pour désigner par abréviation les prétendants qui se mettent en possession des choses héréditaires.

L'expression *juris possessio* se rencontre également à côté de la *possessio hereditatis*, entre autres en matière de droits purement obligationnels; cette *juris*

possessio suffit pour servir de base à la *petitio hereditalis*. (V° L. IX, L. XIII, § 15, L. XIV, § 4, J. L. XVIII, § 1, etc. *Hered. Pet.*). Il ne faut point y voir une extension de la *quasi possessio*. L'expression indique simplement que, si un tiers, en s'immisçant dans l'hérédité acquiert certains droits au détriment de celle-ci, ou refuse de remplir les obligations qu'il a comme débiteur de la sucession, il pourra être poursuivi par la *petitio hereditatis* de même que s'il était en possession des choses héréditaires. Mais il n'est aucunement question d'appliquer ici les principes de la possession ou de la quasi possession. L'exemple le plus remarquable de cette *juris possessio* nous est fourni par la loi XVI, § 4 :

Si is qui pro herede possidebat, vi fuerit dejectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi a juris possessore, quia habet interdictum unde vi, quo cedere debet.

2° Nous rencontrons encore dans les sources l'expression *possessio libertatis*. On a également voulu y voir tout simplement la position du défendeur. Dans l'origine, il est possible qu'elle en fut l'occasion; mais plus tard cette expression a été véritablement appliquée à la jouissance de fait de la liberté, de la même manière que l'expression « Besitz der Freiheit » chez les Allemands; et que celle de « possession d'état » chez les Français. Les L. VII, § 5, la loi X, *de liberali causa*, de la loi XIV. C. *eod.*, nous paraissent décisives. Le passage suivant est surtout remarquable :

In libertate fuisse sic accipiendum, non ut se liberum doceat, sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse.

La loi XIV *de probationibus* est tout-à-fait dans le même sens, lorsqu'elle nous parle de la *possessio ingenuitatis* et *libertinitatis*. Comme la revendication n'était point appliquée à ces deux derniers rapports, on ne peut guère douter qu'il n'y eût, ici, une application de la notion de la possession aux questions d'état. La loi 1re *de liberali causa*, nous parle aussi d'une manière remarquable d'une *possessio servitutis*.

Cette application de la possession à l'état de liberté, d'ingénuité, d'affranchi ne paraît cependant pas avoir été généralisée par les Romains, ni étendue aux questions d'état en général. Sans doute, la possession devait exercer une influence considérable à Rome, comme partout, sur l'état des personnes. Moins une civilisation est avancée, plus la possession d'état, doit, en fait, exercer d'influence; or, les Romains si cultivés qu'ils fussent en regard des peuples barbares qui les entouraient, n'avaient certainement pas atteint le degré de culture des nations modernes. La loi IX, C. *de nuptiis* est une preuve évidente des effets de la possession d'état en Droit romain. (V° aussi L. XIII *eod*). Mais les Romains ne paraissent pas s'être douté qu'il y eût là un effet de la notion générale et abstraite de la possession. Les cas isolés de possession d'état qu'ils présentent n'ont ainsi point été généralisés, et l'idée qui leur sert de base n'a pas reçu de véritable développement. La notion fondamentale de la possession en Droit romain, la puissance de fait

sur une chose corporelle, rendait une généralisation difficile; l'esprit positif des Romains, était ennemi de l'abstraction ; ils ne virent pas de véritable rapport de possession en dehors des choses corporelles.

Il était réservé à l'époque suivante d'arriver à une véritable généralisation.

APPENDICE

I

DROIT CANON

Le Droit canon nous présente une notion de la possession bien plus large et bien autrement générale que celle du Droit romain.

Les Romains n'avaient guère admis de *juris quasi possessio* en dehors des servitudes; la réalité du droit demeurait donc une condition nécessaire de la possibilité de la possession.

Le Droit canon se dégage de ces entraves matérielles. Partant du point de vue romain, il arrive par la généralisation, à comprendre dans la notion une multitude de cas de possession auxquels les Romains n'avaient jamais songé. Ce qu'il y a cependant de remarquable, c'est que cette extension se produit sans que le Droit canon nous présente réellement une définition générale; c'est plutôt la doctrine moderne seulement qui cherche à réunir sous une notion commune les espèces si diverses que nous offrent les Décrétales.

Nous trouvons, dès le XIII^e^ siècle, la possession reconnue :

1° Pour tous les droits de souveraineté soit ecclésiastique soit temporelle sur les couvents, églises, communes, provinces, etc.;

2° Pour les diverses fonctions et dignités ecclésiastiques;

3° Pour les bénéfices et prébendes attachés à ces fonctions;

4° Pour les droits compétents lors de la repourvue des emplois, par exemple, le droit de présentation;

5° Un droit purement honorifique et tout particulier d'un archevêque, le droit de se faire précéder d'une croix dans toute l'Angleterre est aussi présenté comme objet de la possession;

6° Nous rencontrons aussi la possession d'un droit régalien, le droit de pêche;

7° La possession de charges réelles, telles que les dîmes, etc., est fréquemment mentionnée;

8° Enfin, la qualité réciproque d'époux est également considérée comme objet de la possession; les textes du Droit canon ne laissent aucun doute sur ce point, bien qu'on l'ait quelquefois contesté (entre autres Savigny, p. 616).

Que conclure de ces espèces si différentes? Quelle notion générale en déduire? Les Décrétales se contentent de nous les présenter sans faire la moindre allusion à une règle générale qui les domine:

Mais ce silence est significatif, et permet d'aboutir, avec une certitude assez complète, à un résultat.

En effet, les espèces citées embrassent les droits les plus divers, et la doctrine de l'époque reconnaissait une possession correspondante pour tous les droits qui en sont simplement susceptibles. Les Décrétales n'ont pas pu partir d'un autre point de vue; elles ont, par conséquent admis aussi, en principe, une possession correspondant à chaque droit qui, par sa nature, peut la comporter.

Quels sont donc ces droits? La doctrine du Moyen-Age ne les a ni précisés, ni même ne paraît s'en être clairement rendu compte. Mais, comme l'on partait du principe romain, que la possession des droits s'analyse dans un exercice continué, ou du moins dans la possibilité de les exercer librement, le principe fondamental ne pouvait être que celui-ci : la possession peut correspondre comme état de fait à tous les droits susceptibles d'un exercice continué ou répété qui peut être troublé par autrui. Il ne peut donc rester aucun doute que les Décrétales sortent décidément du point de vue du Droit romain (et même des principes germaniques), et notamment qu'elles n'exigent, ni objectivement ni subjectivement pour la possession des droits, l'élément de la réalité ou une racine réelle.

Cette extension de la possession des droits n'a rien

de bien singulier, si l'on réfléchit au caractère particulier du Droit canon. Un droit qui tire directement son origine de la vie d'un peuple n'arrivera pas facilement à une notion aussi large. La vie pratique ne s'élève pas à des abstractions qui dominent les rapports usuels et les soumettent à leurs principes. Mais le Droit canon n'a point une semblable origine; ce n'est pas un droit national; ce n'est pas un droit sorti des entrailles d'un peuple. Car, de même que l'Église, loin de s'identifier avec une nation, se séparait de tous les peuples pour les embrasser tous; de même, son droit recherchait dans des abstractions théoriques les principes qui forment le droit commun de l'humanité. Aussi ne doit-on pas s'étonner qu'il nous présente des résultats qui ne peuvent se comparer à aucun système de droit national.

Cependant, et c'est ce qui est excessivement remarquable, cette vaste extension de la possession ne paraît pas avoir entraîné une transformation de la notion elle-même de la possession, même dans la doctrine. Cette notion est plutôt demeurée la même que dans le Droit romain. Le droit possédé est aussi considéré comme l'objet de la possession; l'on se dit encore que si le droit ne peut pas précisément être possédé comme la chose corporelle, l'exercice du droit, en tant qu'il donne la possibilité d'un exercice ultérieur au gré du possédant, confère cependant une sorte de possession de ce droit, chose incorporelle, de même que la détention donne la possession des choses corporelles. Ce principe quoique nulle part exprimé, est sans doute le

point do vue de la glosse sur le Décret. Il apparait également dans les Décrétales par la désignation continuelle du droit commo l'objet immédiat de la possession, et dans les exprossions *quasi possidere*. Aussi, un examen attentif nous montre-t-il l'application des principales règles du Droit romain : la possession des droits ne s'acquiert en général que par l'exercice qui en est fait commo d'un droit, et non clandestinement, par la violence ou à titre précaire; l'exercice au nom d'autrui confère la possession au représenté non au représentant; l'exercice du droit lui-même n'est pas nécessaire. etc.

L'importance donnée à la possession des droits par les Décrétales des Papes fut bientôt reconnue par la doctrine. (Roffredus, mort après 1243), d'abord romaniste, puis canoniste, reconnait l'insuffisance du Droit romain en cette matière : *De qua plena notitia juris civilis non habetur, sed bene discutitur jure canonico.* Les autres canonistes sont dans le mème sens. Mais nous ne trouvons point de recherches générales sur la nature et l'étendue de la possession des droits, ni un principe dominant les espèces. La manière de traiter celles-ci, nous montre seulement que la doctrine ne s'écartait pas du point de vue des Décrétales, ni des lignes tracées par la théorie et la pratique ancienne, c'est ce qui apparait dans toutes les questions principales. Ainsi, en matière de mariage, par exemple, la possession est admise par tous sans hésitation et protégée par la voie possessoire, mais la plupart des interprètes se rendent mal compte de cette posses-

sion d'état d'époux légitime. Presque tous y voient une *possessio conjugis ex causa matrimonii;* quelques-uns seulement se placent au véritable point de vue en la qualifiant de *possessio juris conjugalis.* Roffredus lui-même démontre l'inapplicabilité de l'interdit U. V. à ce genre de possession par l'argumentation suivante, qui est on ne peut plus bizarre :

Illud locum habet, quotiens pro re immobili restitutio petitur ; uxor autem non est res immobilis sed potius mobilis vel se movens.

La possession était également admise par tous en matière de droits réels, et même d'obligations ayant une racine réelle. Mais les obligations purement personnelles faisaient, au moins dès le XIII^e^ siècle, l'objet d'une vive controverse. Les plus graves des canonistes rejetaient ici la possession, peut-être sans trop savoir pourquoi; du moins les raisons qu'ils nous en donnent ne sont-elles pas très-démonstratives. Ils se basaient sur le Droit romain, sur ce que le Can. 24 X. *de elect.* ne parlait que d'un *census ex re.* Ils disaient qu'il y aurait contradiction à admettre le possessoire, là où le petitoire ne pouvait avoir lieu; qu'on ne peut d'ailleurs posséder une personne libre, etc. De semblables raisons n'étaient pas faites pour convaincre le parti adverse qui ne manquait pas non plus d'importance. Cependant plusieurs des canonistes qui le formaient, se rendaient compte de la difficulté de leur théorie et affirmaient en conséquence, moins une véritable possession, qu'une certaine situation, un *status percipiendi* analogue à la possession, appliquant ainsi les expres-

sions *reducere in statum percipiendi* du Can. 24. Aussi le canoniste Butrio s'exprime-t-il ainsi dans un passage souvent reproduit :

— *etiam in jure debiti personalis est dare quasi possessionem, quanquam impropriam, scilicet quando habet multiplices prestationes. Proprie loquendo non est possessio vel quasi possessio, quia in illo non cadit possessio, sed bene imprimatur* status quidam *cujus respectu eo quod innovatur potest agi possessorio ut status integretur, et hoc aperte voluit* C. 24.

On le voit, l'action possessoire était même donnée par ce jurisconsulte, en matière d'obligations personnelles.

Il est bon de citer ici les expressions remarquables de ce Can. 24. X. *de election.*, qui formait on peut le dire, le siége de la controverse sur la possession des droits purement personnels. Ce Can. traite spécialement d'un cens réel qu'une église réclamait d'une autre, comme signe de la sujétion de celle-ci ; et voici la décision :

Quia fuit comprobatum, quod pensio fuit annuatim per multa tempora persoluta, sed de novo substracta, nos in statum percipiendi *pensionem ecclesiam decernimus reducendam salvo jure proprietatis.*

Les canonistes postérieurs reconnaissent fréquemment que la possession des droits personnels était admise dans la pratique de l'Eglise.

L'influence du Droit canon ne tarda pas se faire sentir dans le Droit civil. La nouvelle forme de l'état social, la multitude des nouveaux droits réels, deman-

dalent une extension de la notion romaine. Les glossateurs en avaient déjà senti l'impérieuse nécessité.

L'admission du Droit canon en matière de possession des droits fut donc complète. Chez les Romanistes français surtout, l'ancien Droit national qui avait reconnu dans une large mesure ce genre de possession, favorisa l'intrusion du Droit canon. Dès le commencement du XIV^e^ siècle, la possession des droits est admise dans toute l'étendue des principes canoniques. Pierre de Bellapertica appelle la glosse *fatua, mendacia* parce qu'elle ne reconnait pas la possession d'un droit ayant pour objet des prestations successives; Jean Faber dit un peu plus poliment :

— *hoc potest esse verum de jure civili, sed de jure canonico est contrarium ut can. 24. De elect.*

Enfin, Petrus Jacobi repousse la loi IV, § 27, *de usurpat.*, en disant que les droits comportent au moins une *quasi dejectio*. Ces jurisconsultes admettent non-seulement une possession des droits de souveraineté, de juridiction, etc., mais aussi des droits de famille *quasi possessio filiationis, fraternitatis*, etc. Ces points étaient d'ailleurs incontestés, et la seule question qu'on agitât toujours était celle de savoir si les prestations périodiques, même purement personnelles, étaient aussi susceptibles de possession, ou s'il ne fallait accorder cette capacité qu'à celles qui ont une racine réelle. La théorie rejetait encore ici la première opinion, mais suivant Faber :

— *curia tamen Franciæ dat possessorium pro omni jure.*

— *consuetudo omnium curiarium spiritualium et temporalium, tenet can. 24. de elect. indistincte.*

Nous trouvons le même droit en Italie dans le courant du XIV^e^ siècle. Nous voyons, par exemple, un *comes palatinus* maintenu dans la possession du droit de légitimer les enfants naturels (Tortagnus); les bourgeois d'une ville, dans celle d'élire leur magistrat (Bartole); un évêque, dans celle d'exiger de tel comte qu'il conduise son cheval dans les processions (Barbatia), etc. Nous voyons la possession appliquée à la noblesse, aux fonctions publiques, au notariat, au doctorat, à la puissance paternelle, etc. Il n'y avait même aucune difficulté sur tous ces points. Ici également la controverse ne portait que sur les obligations purement personnelles; les théoriciens en repoussaient la possession presque à l'unanimité et Cinus entre autres s'exprimait ainsi :

— *Quod in personalibus actionibus locum habeat possessorium, nusquam auditum, nusquam relatum præterquam a Saturnino* (allusion à la l. 1, § 1, *de Senatoribus.*)

Cependant la pratique semble s'être encore ici montrée contraire à la théorie par l'admission du *status percipiendi,* soutenu par plusieurs canonistes.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur le Droit canon. Ce que nous en avons dit suffit à notre but, en montrant l'extension dont la possession des droits est susceptible, non-seulement dans la théorie, mais même dans la pratique.

II

A) Ancien droit germanique.

La principale question qui se présente à nous dans ce cours est celle-ci :

Le droit germanique a-t-il ou non considéré la possession en soi comme un rapport donnant lieu à une protection spéciale, et, par suite, nous offre-t-il des actions purement possessoires?

C'est ce qu'il s'agit d'examiner.

Une solution affirmative pourrait se présenter de deux manières : 1° Il se pourrait, qu'à l'instar du Droit romain, nous rencontrions dans le Droit germanique, et des actions pétitoires et des actions possessoires : 2° il se pourrait au contraire que le droit des choses tout entier ne fût protégé que par des actions uniquement basées sur la possession. Ces deux solutions ont été soutenues; toutes deux doivent être rejetées. — La première élève, la seconde abaisse trop le degré de culture des Germains. Le Droit germanique, même dans ses origines les plus anciennes, renferme la notion du droit de propriété; ses actions concernant les choses ont même un caractère pétitoire tranché. Sans doute, le système des preuves modifie un peu les effets du principe; mais l'idée fondamentale n'en existe pas

moins, — Par contre, à côté de ces actions pétitoires, nous ne rencontrons pas d'actions possessoires distinctes, ce qui, au reste n'était guère possible en présence des règles qui gouvernaient les premières.

La preuve de ces assertions résultera de l'examen rapide que nous allons faire, du caractère de l'unique action concernant les choses dans le Droit germanique.

L'action possessoire se distingue de la pétitoire sous deux points de vue :

a) Le demandeur fonde son action sur le fait de la possession; *b*) le défendeur excipe de la possession qu'il prétend avoir lui-même, ou conteste simplement la possession du demandeur.

Le premier point est fondamental; l'admission d'exceptions pétitoires, c'est à dire se basant sur un droit réel, rapproche sans doute l'action du caractère pétitoire, mais laisse subsister en soi sa nature possessoire.

Voyons quel était le Droit germanique, et, suivant la marche qu'indique plutôt les sources, demandons-nous en premier lieu quelle est la position du défendeur à notre unique action, que nous appellerons « réelle. »

I. — Position du défendeur.

Le défendeur, nous disent les sources, doit revendiquer la chose, *rem vindicare*, en langue franque, *achramire*, en langue anglo-saxonne, *agnan*. Pour prouver son bon droit de défense, il doit prêter serment, non pas seulement que la chose n'appartient pas au demandeur, qu'il ne la lui a pas dérobée, mais

encore que lui-même l'a acquise par une voie légitime. Son serment n'est donc pas seulement négatif, il est en même temps positif. Cette partie positive du serment, d'après les sources, doit se baser sur un mode légitime d'acquisition. On entendait par là, d'après la *Lex Bajuv.* (XV. 11, § 1, 4) : le butin de guerre, l'hérédité, la confiscation, la fabrication de la chose, l'élève de l'animal, la transmission de par le propriétaire. Ce dernier mode se distinguait essentiellement des précédents : dans ceux-ci le défendeur a une revendication à lui propre, c'est-à-dire qu'il lui suffit d'affirmer par serment sa propriété en s'entourant de co-jureurs; dans celui-là, au contraire, il devra appeler son auteur à le défendre, et celui-ci fera de même à son tour, à moins qu'il ne jure sa propriété acquise par l'un des premiers modes; celui qui ne peut prêter ce serment devra toujours appeler son auteur; plusieurs garants successifs pourront ainsi être appelés en cause. Mais une exception remarquable à cette règle, se montre dans les législations du Nord, en matière immobilière : une possession de trois ans donne au possesseur une espèce de saisine légitime (*laghahaeft*, de *lagh*, loi, et *haeft* possession), qui est devenue la saisine (gewehr) du Droit germanique postérieur, et sans doute aussi du Droit français; le défendeur, possesseur triennal, se défend lui-même, c'est-à-dire qu'il n'a pas besoin d'appeler son auteur; — il suffit qu'il jure, assisté de co-jureurs, la légitimité de son acquisition : (*welcher ersessen hat, were sich selbst*).

Lorsque le défendeur affirme l'un des premiers mo-

des d'acquisition, l'on se demande si sa revendication n'est soumise qu'à la formalité du serment, ou si l'on a, au contraire égard au droit du *de cujus* en matière de succession, à celui du possesseur antérieur en matière de confiscation; enfin au droit qui pourrait compéter sur la matière première de la chose fabriquée, ou sur la mère de l'animal élevé. M. Eichhorn ne l'admet pas; mais cela ne parait pas absolument vrai. Les sources présentent à cet égard une certaine divergence. On comprend cependant l'importance de la question. Si, en général, on a égard au droit du précédent possesseur, c'est que la loi germanique reconnaissait plutôt un droit de propriété qu'une simple possession, comme fondement de l'exception du défendeur, et partant, de l'action réelle elle-même; c'est le principe de la transmission du droit, de sa continuité qui domine. Le caractère de cette exception est sans doute modifié en ce que, le défendeur qui revendique se contente d'affirmer par serment sa propriété avec l'aide de co-jureurs; en fait, c'est une espèce de possession de bonne foi qui sert de base à son exception; — mais la notion de propriété n'en paraitrait pas moins en ce que c'est à la considération du droit du prédécesseur que le défendeur devrait son triomphe dans l'exception. Si au contraire, l'on n'a point égard au droit du prédécesseur, le principe sera que toute acquisition de la possession, non accomplie par vol ou par violence, confère un droit réel en la chose, désigné sous le nom de *proprietas*, « agen, egha, eighin », qui dure aussi longtemps que la possession n'est pas acquise

à un autre par une juste voie. Ce droit réel, sortirait encore de la simple notion de la possession ; il répondrait assez bien à la *vraie saisine;* mais, dans sa fragilité, se distinguerait complétement de la propriété moderne ou romaine. Malheureusement, les sources ne nous permettent guère de trancher la question ; peut-être fallait-il faire une dinstinction suivant les différentes époques et les différentes législations germaniques? Ce qu'on peut cependant affirmer avec une entière certitude, c'est que la notion de cet « eighin », renferme un véritable droit, et que, par conséquent, l'exception qu'il fonde au profit du défendeur, est une véritable exception pétitoire, en elle-même. Le défendeur ne se contente pas de nier qu'il ait acquis par vol ou par violence ; il affirme surtout son droit en la chose ; souvent même la première dénégation manque dans les sources. La vérité de ce caractère pétitoire se montre surtout dans les cas où le possesseur s'est mis violemment en possession, de son autorité privée. Le fait de se rendre justice à soi-même, quoique défendu, n'a pas, dans le Droit germanique, les mêmes conséquences qu'en Droit romain; l'auteur n'est pas toujours tenu de restituer; on lui permet au contraire toujours de prouver sa propriété « agen au eighin », et il demeure alors dans la possession qu'il a acquise violemment ou même par vol; un droit réel apparaît donc manifestement dans l'exception. Les deux textes suivants, nous paraissent surtout caractéristiques.

Lex Bajuvar, XVI, 1, P. 1. 2.

Si quis agrum invaserit, et dicit suum esse, propter

præsumpt ionem cum 6 solidis componat, et exeat Si autem suum voluerit vindicare.—dicat : Ego noninvasi contra legem, nec debeo exire, quia, etc.

Capitul. de a. 810, c. 9.

Invasor rerum interpellatus — aut easdem res quærenti reddat, aut eas, si potest, juxta legem se defendendo sibi vindicet.

Les lois burgonde et islandaise nous présentent même une autorisation, restreinte il est vrai, de se rendre justice à soi-même.

En résumé, on voit que l'action germaine, à l'effet de recouvrer la possession perdue, admet des exceptions petitoires, spécialement celle de propriété, et n'a pas par conséquent un caractère purement possessoire.

II. — Position du demandeur.

Le demandeur n'allègue-t-il que sa possession antérieure, ou allègue-t-il un droit en la chose? La question peut être plus facilement tranchée maintenant que nous connaissons la position du défendeur; elle doit certainement l'être dans le second sens.

Les sources ne nous présentent pas, il est vrai, de texte positif à teneur duquel le simple possesseur qui aurait perdu la possession se verrait refuser l'action, laquelle serait ainsi réservée au propriétaire. Mais cela résulte nécessairement de l'ensemble des règles qu'elles nous donnent. Elles partent toutes, pour le demandeur, de la même idée et du même point de vue que celles qui ont trait aux exceptions pétitoires du défendeur.

C'est très-naturel. Une action possessoire qui admettrait des exceptions pétitoires serait déjà en soi une singularité. Mais de plus, combien une protection de la simple possession est-elle peu probable dans un système qui, comme le germanique admet la preuve de la propriété par le serment du demandeur. L'acteur qui ne veut pas jurer sa propriété convient par le fait qu'il n'a acquis la possession que par vol ou violence; il ne peut par conséquent demander protection à la loi. La seule facilité qu'on pourrait lui accorder, serait de lui permettre de jurer sa propriété sans qu'il soit tenu d'en indiquer la cause, et spécialement sans être obligé d'évoquer son auteur. C'est aussi ce qu'admet le droit germanique, en matière de meubles, et c'est d'autant plus naturel qu'elle n'autorise le demandeur à prêter serment qu'après le défendeur. Par le fait, l'action se trouve en réalité complétement assimilée à une action fondée sur la possession de bonne foi.

La vérité de ces assertions s'établit par les expressions des sources. Le demandeur, nous disent-elles aussi, doit revendiquer (*vindicare, achramire, agnan*) la chose sa propriété (*proprium, agen, aghu*); elles l'appellent *dominus;* son serment doit porter sur la propriété, non pas seulement sur la possession antérieure; souvent même ce point est directement relevé, comme dans le texte suivant :

Ericks Siell, Lov. III, 21, (al. V, 15).

« — ok han skal swaeriae, thaet aeghendae aer at;
« bithiae sik swa guth hiaelpae ok holl warthae, sum

« han ner thaet raet aeghendae, ok a thaet maeth « raettae. »

« *Et il doit jurer qu'il est lui propriétaire; et qu'il prie Dieu lui soit en aide et grâce, pour autant qu'il est le vrai propriétaire; et la chose sera à lui avec droit.*

Enfin, un dernier argument c'est que, en matière d'immeuble, le demandeur doit, de même que le défendeur, indiquer son titre. Ce titre ne peut sans doute être ici que l'hérédité ou la tradition; au dernier cas, il doit même évoquer son auteur.

— On ne peut donc, en résumé, guère avoir de doute sur le caractère pétitoire de l'action. En matière de meubles, il est vrai, on n'exige, au fond, pas autre chose que la possession de bonne foi, et la simplicité de la preuve peut avoir pour conséquence facile que le nouveau propriétaire, le possesseur même injuste, triomphe dans l'action. Mais c'est là le résultat de la forme, non de l'idée fondamentale de l'action. L'idée fondamentale c'est que le droit réel seulement, et non la simple possession, doit être protégé; et le caractère pétitoire de l'action en résulte manifestement. La possession n'est donc pas protégée d'une manière spéciale dans l'ancien droit germanique. Le seul droit qui résulte de la possession, abstraction faite sans doute du droit de légitime défense, c'est l'avantage de jurer le premier sa propriété dans le procès en revendication.

B) Le droit germanique au Moyen-Age.

Cet unique avantage de prouver le premier sa pro-

priété, se maintient dans cette période, ainsi formulé par le *Sachsenspiegel*.

« De in Geweren het, is neger to beholdene, wen je-
« mando of to winnende. »

« *Celui qui a la possession doit être traité plus favo-
rablement que celui qui revendique.* »

Il demeure l'effet principal de la possession; nous ne trouvons pas plus dans les sources du Moyen-Age que dans l'époque ancienne une protection de la possession par des actions possessoires.—Par contre, la théorie se développe dans une large mesure; nous rencontrons une possession des droits; et des traces, des indices d'une véritable protection de la possession, commencent à paraître; mais l'intrusion du Droit romain vient arrêter à leur naissance ces éléments de droit national, et ne leur permet pas de revêtir une forme indépendante.

1° Partons d'abord de la possession des choses corporelles, et supposons le cas remarquable où chacune des deux parties se prétend en possession, et revendique pour elle le droit de prouver la première. Une décision sur la possession à côté de la décision sur le droit paraît ici inévitable, et cependant le système des preuves ne permettait pas qu'il y eût véritable procès possessoire. Nous lisons sans doute dans le *Sachsenspiegel* que la possession se conserve « mit getügen » (par des témoins)? le droit par le serment? « (uppen hilgen). Mais ce principe ne menait pas du tout à un procès spécial sur la possession. Ces « getügen » sont

bien différents de ce qu'on appelle aujourd'hui une preuve par témoins; ils se contentent de jurer la possession d'une manière générale. Il n'est nullement question d'un examen spécial de la possession par le juge; et le caractère de la preuve est le même que pour le droit. Aussi, est-ce simplement par des considérations déterminées d'avance et tirées en partie, d'abord du droit lui-même (ancienneté de la possession, époque du titre, etc.), que dans notre supposition l'on accordera à l'une des parties l'avantage de prouver sa possession, et son droit tout ensemble. La manière de procéder se présente donc simplement ainsi : les parties font valoir d'abord tous leurs moyens tant sur la possession que sur le droit; ces raisons pesées, le juge attribue à l'une des parties le droit de prouver la première sa possession et son droit tout ensemble. Nous aurons ainsi, dans certains cas, une double administration des preuves, toutes deux portant concurremment sur le possessoire et le pétitoire; mais non pas une administration distincte pour le possessoire, une autre pour le pétitoire.

Il est d'ailleurs établi en principe que la dépossession violente laisse intact le droit du dépossédé. Le *Sachsenspiegel* s'exprime ainsi sur ce point :

« Swem man sine gewer mit gewalte nimmt, der verliuset weder gewer noch lehn.

« *Celui qui est dépouillé violemment ne perd ni sa possession ni son fief.* »

Cette règle est interprétée en ce sens que le dépossédé conserve tous les droits qu'il avait avant la dé-

possession, et nous avons ici, par conséquent, une *exceptio vitii* de forme et d'origine germanique, analogue à celle de l'interdit U. P.

Si, dans l'espèce que nous avons proposée, les moyens des parties paraissaient d'égale force sur la première administration des preuves, il y avait lieu à l'application d'un principe extraordinaire : les voisins étaient appelés en témoignage sur l'état de la possession, et la partie qui avait pour elle la majorité des suffrages, conservait la possession, et le droit de prouver la première. Si les voix se partageaient également ou bien étaient divisées entre les parties, après qu'elles avaient toutes deux prêté serment ; ou l'une d'entre elles pouvait invoquer le jugement de Dieu.

Le droit germanique de cette époque n'a donc point encore d'action possessoire *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*. L'action en recouvrement de la chose enlevée par vol ou violence a bien plus dans son essence, le même caractère que dans l'ancien droit. C'est une véritable action basée sur la propriété dont l'effet est seulement modifié par le système des preuves. L'idée de propriété apparaît même plus marquée qu'auparavant. L'hérédité n'est plus maintenant par elle-même un mode indépendant d'acquisition, mais l'on prend en considération le droit du *de cujus*. Si le mode allégué consiste dans la fabrication de la chose ou dans l'élève de l'animal, le demandeur peut toujours faire entrer dans la formule de revendication du défendeur la question de propriété sur la matière première ou sur la mère de l'animal. D'un autre côté, le dévelop-

pement de la vraie saisine (*rechte gewere*) correspondante à la « laghahaeft » du droit du Nord facilite l'action en matière immobilière.

Pour plus de clarté distinguons les meubles des immeubles :

1. — *Meubles.* — La défense du défendeur, dans son essence, est la même que dans l'ancien droit. Elle reçoit seulement certains développements : elle peut être dans certains cas purement négative; le défendeur se purge du soupçon de vol, et attend les justifications du demandeur; — elle peut être positive; le défendeur affirme un droit en la chose, tel que la propriété ou un droit réel. Le caractère pétitoire de la défense est donc apparent. Les principes sur le fait de se rendre justice à soi-même, sont encore les mêmes que dans l'ancien droit, ce qui confirme ce caractère : le *déjicions* n'est pas tenu de restituer s'il prouve un droit en la chose.

Le caractère de l'action, au point de vue du demandeur n'est pas moins certain. Il invoque aussi sa propriété; seulement il n'est plus nécessaire qu'il en indique le titre; il suffit qu'il affirme par serment sa propriété d'une manière générale. « *L'auteur doit prouver,* » disent en général les textes, *que la chose était sienne lorsqu'elle a été dérobée ou arrachée, et qu'elle est encore actuellement sienne.* » La propriété est donc la base de l'action. — Ce principe ne souffrait une exception que par l'application de la règle : « *Hand muss hand wahren,* » en vertu de laquelle

le droit de revendication compétant au propriétaire était transporté au non propriétaire. Mais, dans ces cas même l'action ne perd pas son caractère pétitoire, puisque ce dernier dérive sa revendication des droits du propriétaire. C'est ce qui paraît hors de doute si l'on applique la règle d'après les sources aujourd'hui connues. Le non propriétaire qui peut invoquer cette maxime, c'est seulement, en règle générale, le détenteur qui détient dans son propre intérêt et par la volonté du propriétaire, comme un fermier, un emprunteur. Celui qui détient dans l'intérêt du propriétaire, comme un dépositaire ou un mandataire, ne le peut pas en principe ; il ne peut agir que comme représentant du propriétaire.

Mais comment celui qui n'a que la détention, peut-il jurer sa propriété? Il paraît que l'emprunteur était traité comme un propriétaire. Abstraction faite de ce cas, ou il faut admettre que le mot « *sein* » (sien) a été appliqué dans un sens large à tous les droits de ce genre, et même en général a toute chose détenue en vertu d'un transfert conforme au droit; — ou, ce qui est plus probable qu'une modification intervenait dans la formule du serment toutes les fois que l'auteur n'était pas propriétaire.

II. — *Immeubles.* — Les sources sont moins complètes en ce qui les concerne. Elles suffisent cependant pour établir les vrais principes. L'ancien droit germanique, dans ses traits essentiels s'est également maintenu ; et notamment nous rencontrons toujours cette

importante différence entre les meubles et les immeubles ; pour les premiers, il suffit de jurer sa propriété ; pour les seconds, il faut de plus indiquer son titre d'acquisition ; et, comme ces derniers ne s'acquièrent guère par un titre originaire, il faut de plus évoquer son auteur comme garant (als geweren) sauf les deux exceptions déjà indiquées plus haut : *a*) si l'on allègue un titre de succession, il suffit de jurer la propriété du *de cujus ; b*) celui qui a prescrit la vraie saisine (*rechte gewere*) n'a pas besoin d'évoquer de garant ; il est à lui-même son garant, et peut se contenter de jurer la légitimité de son mode d'acquisition.

La *vraie saisine* paraît dès lors s'acquérir par la possession d'an et jour (*wey — eyn huys — jar unde dach besittet, etc., — celui qui possède une maison pendant l'an et jour*). Elle n'est pas seulement importante pour le défendeur, à l'effet de repousser l'action ; mais aussi pour le demandeur à l'effet de la légitimer. La différence entre la position du demandeur et celle du défendeur n'a pas ici, en général, la même importance qu'en matière mobilière, ou que d'après le Droit romain. L'attribution de la possession n'étant pas séparée de la question de droit en la chose, et le possesseur dépouillé violemment étant traité comme possédant encore, le point de savoir laquelle des parties a joué d'abord le rôle de demandeur paraît indifférent au point de vue de la régularisation formelle du procès, et spécialement de l'ordre à suivre dans l'administration de la preuve. Les deux parties sont bien plutôt sur la même ligne, et d'autres considéra-

tions détermineront cet ordre. Aussi nos sources ne donnent-elles presqu'aucune importance, en matière immobilière, à la distinction entre la position du défendeur et celle du demandeur, ni à la différence de leurs moyens d'action; mais elles déterminent par des considérations générales les rapports réciproques des parties, en traitant également le demandeur et le défendeur.

Pour terminer, il importe enfin de faire remarquer que, si le Droit germanique ne nous présente pas encore, à proprement parler, l'idée de la protection de la simple possession, nous en trouvons des germes, des vestiges dont le développement national et indépendant ne paraît avoir été empêché que par l'intrusion du Droit romain et du Droit canon. Quelques-uns ont même cru voir dans ces commencements la preuve d'une protection de la possession; mais c'est ce qui paraît devoir être rejeté.

C) Possession des droits.

Ce genre de possession n'est que rarement mentionné dans les sources proprement dites du Droit germanique au moyen-âge; il y est très-incomplétement traité. — Par contre, nous trouvons assez fréquemment des décisions judiciaires sur cette matière; mais l'emploi doit s'en faire avec précaution à cause de l'influence du Droit canon qui y apparaît souvent.

Voici cependant ce qu'on peut dire avec certitude des principes du Droit germanique sur la possession des droits. Deux rapports surtout nous présentent des

points de repère, le cens héréditaire (*Erbenzinsrecht*) et le droit de fief.

a) L'on admettait une saisine du droit de cens héréditaire, dont la possession était la base; c'est ce qui ne fait aucun doute. Mais cette saisine ne saurait être assimilée à la *juris possessio* des Romains. Nous ne rencontrons pas ici le principe que *l'usus juris pro possessione est;* la saisine du cens donne au bailleur la saisine du bien lui-même, et, il a conséquemment le droit de saisir le preneur à cens qui ne paie pas, et même de s'emparer du fonds en propriété. Lorsqu'il s'agit d'un cens qui repose sur le droit de propriété au profit du bailleur, la saisine de l'immeuble forme la base de tout le rapport; dans les cas, au contraire, où le cens est la chose principale, c'est par l'intermédiaire de la saisine du bien que le cens acquiert une racine réelle. Mais la saisine du cens est toujours si intimement liée à la saisine du bien, qu'il ne saurait guère être question d'une véritable possession du droit comme tel. Cette liaison intime se montre en ce que, dans les dispositions, et les actions ayant pour objet le cens, on indique indifféremment, comme objet, le fonds lui-même; — de plus, en ce que la saisine du cens s'acquiert comme celle des choses corporelles, par la cession judiciaire, sans qu'il soit nécessaire de l'exercice effectif du droit. C'est aussi à cause de ce point de vue que l'action est donnée pour le cens de même que pour les choses corporelles, non pas en vertu de la simple possession, mais seulement après l'an et jour, disposition qui n'aurait aucun sens en Droit romain. Par

contre, l'exercice du droit est sans importance, et le bailleur conserve la saisine alors même qu'il n'aurait pas exercé son droit pendant nombre d'années. La saisine n'est même pas perdue par la dénégation ou le refus du preneur.

b) Le second rapport, le droit de fief était soumis au principe fondamental suivant :

« *Lehen ane gewer ist nu lehen.* »

« *Fief sans saisine n'est pas fief.* »

Il suit immédiatement que les droits capables de faire l'objet d'un fief, sont en même temps susceptibles de possession. Ainsi, puisque les droits politiques de duc, de comte, les droits de justice, d'emploi de cour, tous les droits régaliens, et diverses sortes de revenus permanents, tels que douanes, corvées, dîmes et autres redevances foncières, furent dès l'abord considérés comme pouvant faire l'objet d'un fief, l'on doit admettre que, par le fait, ils étaient également susceptibles de possession. Aussi les sources leur appliquent-elles fréquemment l'expression *possidere*.

On peut bien admettre de plus, par analogie de la saisine du sens héréditaire, qu'au moins dans le principe, la possession de ses droits n'avait lieu que par l'intermédiaire de la saisine de la chose. C'est ce qui est confirmé pour tous les fiefs consistant en revenus déterminés, par le fait que la preuve (*bewisunge*) doit ici nécessairement porter sur un bien déterminé (*stat des lenes*); et cette preuve donne au vassal la saisine du bien lui-même. Aussi lisons-nous dans le droit féodal de la Souabe, n° 99 :

« Kammerlehn ist niut reht lehn, — de hat der man dehein gewer an. »

« Le fief de cour n'est pas un vrai fief, — parce que l'homme n'a pas de saisine.

Mais comment cette saisine de la chose qui servait d'intermédiaire à la possession du droit doit-elle être comprise dans les fiefs de droits politiques, et spécialement en matière de droits de justice? C'est ce qui est douteux. Suivant quelques-uns, on les a considérés, du moins dans le principe, comme appartenant, comme « attachés à une ville ou à une forteresse déterminée, » et la saisine de celle-ci servait de base et d'intermédiaire à la saisine du droit lui-même s'étendant sur un territoire donné; on aurait ainsi trouvé dans la racine réelle *subjective* du droit un fondement pour le rendre susceptible d'être possédé et érigé en fief. Mais c'est ce qui ne paraît guère admissible. D'un côté, pour les fiefs de justice, si fréquents cependant, les sources ne nous parlent point de la nécessité d'une semblable racine réelle; de l'autre, les fiefs de cour sont déclarés non-valables d'une manière absolue, et sans qu'il soit fait une exception pour les cas où ils auraient une racine réelle subjective. Ajoutons que, par analogie de ce qui se présente dans la saisine du cens héréditaire, il faut bien admettre que la saisine du droit avait pour base et pour intermédiaire la saisine d'une chose *objectivement* liée au droit. Par conséquent, de même que là, la saisine du droit contre la personne du propriétaire doit avoir pour fondement la saisine de la chose elle-même, de même ici, la saisine d'un droit contre

les habitants d'un territoire donné, doit avoir pour fondement une saisine portant sur ce territoire lui-même. Seulement; on comprend que le droit contre les personnes étant, dans le second cas, un droit public, la saisine sur la chose aura le même caractère et ne restreindra pas les droits privés des possesseurs. Sans doute, les sources ne font pas mention d'une manière spéciale de la notion d'une sorte de saisine de droit public qui se présente par notre interprétation; mais il apparaît, et par l'analogie de ce que nous voyons dans les autres droits, et par maints passages des sources, que ces rapports ont été réellement ainsi compris.

— En résumé, il faut donc dire que le Droit germanique ne connaît pas une possession proprement dite des droits, semblable à celle du Droit canon, ou même du Droit romain. Devant les sources germaniques, la possession du droit n'a jamais lieu que par l'intermédiaire et sur la base de la possession de la chose elle-même à laquelle le droit se rattache d'une manière objective et réelle. Par conséquent, la possession des droits est toujours mise sur la même ligne que la possession des choses, et, spécialement, n'est pas plus que que celle-ci protégée par de véritables actions possessoires.

Mais il importe de remarquer que, dès le XIII^e^ siècle environ, le point de vue commence à changer; et la possession des droits se montre d'une manière plus indépendante. Peut-être faut-il déjà voir ici l'influence du Droit romain et du Droit canon? — On ne saurait

même décider jusqu'à quel point l'élément réel finit par être mis de côté, et si des droits purement personnels, comme la noblesse, par exemple, furent ou non considérés comme susceptibles de possession. L'intrusion du Droit étranger ne permettait plus guère un développement indépendant des principes germaniques.

APPENDICE III

ESSAI DE GÉNÉRALISATION,

— I. — Un développement philosophique de la théorie possessoire pourrait partir de la notion et du caractère essentiel du droit en général, et atteindre ainsi *d priori,* et d'une manière purement spéculative à la notion de la possession. Mais un semblable système risquerait de s'égarer dans des abstractions, et de ne pas tenir suffisamment compte des faits. Nous préférons le système inverse, qui, par le développement historique des différents systèmes de législations et de coutumes, et, après une analyse exacte et patiente des ressemblances et des divergences, arrive par la synthèse à une notion générale, tirée de la vie juridique des peuples, dégagée des accidents, et basée sur la réalité et les principes universels. Cette méthode cri-

tique, quoique peut-être moins philosophique, nous semblerait devoir amener des résultats plus sûrs que la première.

Aussi croyons-nous devoir, dans ce court aperçu, partir de la possession la plus apparente et la plus caractérisée, de la possession des choses corporelles, et du fait qui en est le fondement originaire, la détention.

Qu'est-donc que la détention? C'est la forme la plus immédiate, la plus sensible et la plus caractéristique de la possession dans la vie pratique. C'est un rapport matériel entre l'homme et la chose, sans doute; mais cela ne suffit pas. Pour être une notion juridique ce rapport ne saurait être purement matériel. L'homme n'est point ici envisagé comme une chose; sinon autant vaudrait dire que le rapport de détention peut exister entre deux choses. Or, c'est ce qui serait absolument faux. L'homme ne peut donc entrer dans ce rapport que comme être intelligent et libre.

Mais alors on sera forcé de nous accorder quelque chose de plus.

La détention est pour tout le monde, un rapport de fait qui permet à une personne d'agir sur la chose à sa volonté, et d'en exclure autrui. Or, si l'homme ne figure dans ce rapport que comme être intelligent et libre, la possibilité d'une action et surtout la possibilité d'une exclusion, ne se conçoit absolument pas autrement que par sa volonté consciente d'elle-même; en dehors de là, le rapport même matériel ne sera pas entre l'homme et la chose, mais entre deux choses

seulement, savoir le corps de l'homme qui n'est pas l'homme tout entier, et la chose touchée. Je ne reproche donc pas à Savigny (p. 26) d'avoir donné de la détention la notion suivante : possibilité physique d'agir ; possibilité d'empêcher toute action d'autrui. Evidemment la volonté y est nécessairement compriso. Une preuve immédiate, c'est que la possihilité purement physique d'exclure autrui ne se conçoit pas dès que ma propre action est physiquement possible, car par le fait même celle d'autrui l'est également ; il ne peut donc être question que d'une possibilité qui prend sa source dans la volonté de détenir. Ce qui montre que telle est bien la penséo de Savigny, c'est l'opposition entre les deux membres de sa phrase : *possibilité physique d'agir, simple possibilité d'empêcher* ; — c'est de plus le changement apporté aux premières éditions qui disaient d'une manière bien plus absolue : impossibilité de l'action d'autrui ; c'est enfin l'exemple choisi du navigateur qui détient son vaisseau, mais non l'eau sur laquelle il navigue.

M. Bruns fait donc erreur lorsqu'il nous dit : « Le reproche adressé au Code prussien s'applique aussi à Savigny : — d'après la notion qu'ils donnent de la détention, quiconque traverse une forêt avec une hache est détenteur de la forêt » (v° aussi Appleton et Solitor dans le sens de Bruns). Savigny n'a pas ici d'autre doctrine que celle de Donneau : *Tenere non est corpore rem contingere, sed ita attingere, ut affectionem tenendi habeas*. Comp. Rudorff, Appendice n° 2. (1).

(1) Il faut reconnaître cependant que Savigny p. 109 s'exprime

Ainsi, point de détention sans la volonté. La différence entre la possession et la détention ne saurait donc être trouvée dans l'existence ou la non existence de la volonté ; les éléments constitutifs sont les mêmes; un rapport matériel, l'intention. Lequel de ces deux éléments faudra-t-il donc restreindre pour que la détention devienne possession ? Il est clair que ce ne pourra pas être le rapport matériel. Ce rapport matériel existe on ne peut plus immédiatement dansla détention; il est même plus largement compris dans la possession ; celle-ci, partout, pourra exister par la détention d'autrui, tandis que, rigoureusement on ne détient que par soi-même. — La volonté, par contre pourra tendre soit à détenir pour soi, soit à détenir pour autrui; de plus cette volonté pourra être reconnue ou désapprouvée par le droit ; ici viennent les distinctions :

1) Celui qui détient pour soi est possesseur ; celui qui détient pour autrui n'est que détenteur.

Mais qu'est-ce que la détention pour soi, et celle pour autrui? Les deux extrêmes ne font pas doute ; Celui qui détient comme propriétaire détient évidemment pour lui-même; celui qui ne détient que dans l'intérêt d'autrui, comme un mandataire, est évidemment dans le cas inverse. Entre ces deux extrêmes se placent maintenant les nombreux cas de droits réels

---

manière à autoriser un peu la critique de Bruns : « Toute détention » dit-il, « pour valoir comme possession doit être intentionnelle.»

ou personnels exercés dans son propre intérêt, mais tout en reconnaissant la propriété d'autrui. *Quid* ici?

Le Droit romain qualifie les uns de détention, les autres de possession ; les législations modernes les appellent ou tous possession, ou tous détention, mais que réclame la notion en elle-même?

Puisque la détention consiste dans la possibilité d'agir à son gré sur la chose et d'en exclure autrui, il suit clairement que, d'une manière absolue, celui-là seulement détiendra pour lui-même, qui aura la volonté d'agir en maître sur la chose ; par conséquent, tout autre détenteur, reconnaissant un autre maître que lui, auquel il prête son ministère pour dominer la chose dans l'ensemble de ses attributs, ne pourra être considéré comme possesseur, bien que l'un ou plusieurs de ces attributs aient été détachés en sa faveur.

La possession de la chose corporelle supposera donc nécessairement l'*animus domini*; tout autre ne possèdera pas pour lui; il représentera la possession d'autrui, ou complétement, ou du moins dans la plus large mesure ; il n'exercera jamais une pleine domination sur la chose ; la destruction lui en sera toujours interdite.

Mais cette distinction entre la détention de la chose en vertu d'un droit réel, et la détention *animo domini* est la même dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un usufruit, d'un gage, d'une emphythéose, d'une superficie, d'un fief ; le plus ou le moins d'étendue de ces droits ne fait rien au principe. Une division du domaine lui-même pourrait seule apporter une division dans cette

notion unique et principielle de la possession; mais elles seraient aussi fictives l'une que l'autre.

Or, si ceux qui détiennent en vertu d'un droit réel ne sont même pas possesseurs de la chose, à plus forte raison en est-il ainsi de ceux qui n'ont qu'un droit personnel, tel que le fermier, le dépositaire, etc. Ceci ne peut plus faire l'ombre d'un doute. Donc tous ceux qui ne possèdent pas *animo domini* prêtent en réalité leur ministère à la possession d'autrui.

2) En second lieu, la volonté du possesseur pourra ne pas être reconnue par la loi civile :

a) Les incapables, tels que les enfants et les interdits, possèdent par leurs représentants. Peuvent-ils posséder par eux-mêmes? Le Droit civil leur refuse quelquefois cette faculté. Mais cette règle est aussi peu naturelle que peu utile. Si l'incapable est suffisamment intelligent, pourquoi ne pourrait-il pas acquérir la possession ? Je n'en saurais vraiment dire la raison.

b) La possession est quelquefois déniée parce qu'elle a une cause désapprouvée par le Droit. Mais c'est là une pure inexactitude de langage que le Droit romain et le Droit français ont généralement su éviter. La possession est un état de fait; l'expression exacte, c'est qu'elle peut être vicieuse, injuste, ou sans effets juridiques.

En résumé, point de détention sans volonté; point de possession de la chose sans *animus domini*. Et maintenant, voici le rapport entre la possession et la

propriété : La possession est l'une des manières d'exercer le droit de propriété; mais ce n'est pas la seule; car si je vends ou si je détruis ma chose qui se trouve en la possession d'autrui, j'exerce mon droit de propriété, mais je ne possède pas. — La possession correspond à la propriété comme le fait au droit; la propriété est la puissance exclusive fondée sur le droit; la possession, la puissance exclusive de fait seulement. La volonté est le point de départ de l'une et de l'autre; mais dans la première elle est pleinement reconnue comme légitime; dans la seconde elle est simplement réalisée en fait.

II. — Essayons de suivre la même voie pour arriver à la notion de la possession des droits, et, par conséquent, demandons-nous d'abord en quoi consiste la possession des servitudes.

On répond souvent : dans l'exercice de la servitude. Mais cela est aussi faux que de dire la possession est l'exercice du droit de propriété. En soi, l'exercice de la servitude ne saurait être exigée, même pour l'acquisition de la possession du droit, pas plus que l'exercice du droit de propriété pour la possession du droit de propriété. La possibilité d'exercer le droit à son gré suffit pleinement, et pour l'acquisition, et pour la conservation de la possession. C'est ainsi que, selon nous, dans le Droit moderne, la possession d'une servitude de passage sera certainement acquise par l'effet du titre émané du possesseur.

On admet bien, en général, que la possession des servitudes ne consiste pas dans l'exercice; mais,

ajoute-t-on aussitôt, l'oxistence do la possibilité d'un exercice arbitrairo no so manifesto cependant que par un premier exercice; donc le droit positif est dans le vrai, lorsqu'il requiert ce premier exercice pour l'acquisition de la possession (Bruns).

C'est ce qui nous paraît trop absolu (1); l'exercice répété sera sans doute une manifestation suffisante de la possibilité d'agir; mais un seul et premier exercice n'aurait certainement pas toujours cette valeur; et, d'un autre côté, la possibilité d'agir à son gré se manifestera encore avec bien plus d'éclat que par l'exercice même répété, dans un titre constitutif de la servitude, émané du possesseur. Le droit positif pourrait sans doute poser en règle que la possession ne sera point acquise tant que le droit n'aura pas été exercé, mais on ne saurait dire que cette règle résulte de la nature des choses.

La possession des droits, de même que celles des choses, réside donc dans la possibilité de fait de l'exercice arbitraire. Tel est le principe. Seulement il importe de remarquer : *a*) Pour certaines servitudes dont l'exercice réel suppose un ouvrage préexistant, le droit positif pourra statuer naturellement que la possession n'en sera pas acquise par simple titre, mais seulement par un établissement qui permette l'usage de la servitude; et que, par contre, une fois le travail établi, il

(1) Empressons-nous de reconnaître que M. Bruns admet lui-même que, suivant les circonstances, une tradition purement formelle (eine formliche Besitzeimweisung) tiendra lieu d'un premier exercice) (p. 476.; Comp., p. 479.)

constituera, tant qu'il persiste un exercice permanent de la servitude; la possibilité de l'exercice se confondra alors avec l'exercice même.—*b*) La possession *corporis* n'est souvent restreinte par aucune servitude; par contre, la possession d'une servitude est toujours en présence d'une possession qui embrasse la chose dans l'ensemble de ses attributs; et, comme il est de l'intérêt du commerce que la propriété soit franche et libre, le droit positif établira souvent comme cause d'extinction de la possession de la servitude, et de la servitude elle-même, le non exercice pendant une période plus ou moins longue, mais fixée d'avance, quand même la possibilité de l'exercice arbitraire n'aurait pas un seul instant cessé d'exister. — *c*) Enfin pour mieux déterminer la possession, le droit positif statuera encore fréquemment que la possession ne sera acquise que par un premier exercice du droit. Telle était la disposition de la loi romaine. Mais il faut bien se rappeler que ce premier exercice n'est exigé que comme l'expression de la possibilité d'agir; en soi il est aussi peu nécessaire pour l'acquisition de la possession *juris* que pour l'acquisition de la possession *corporis* (Windscheid 163. Not. 5). Là où le droit positif ne l'établit pas, cette nécessité ne saurait donc être suppléée, et, à défaut d'un texte formel, l'on ne saurait davantage exiger d'une manière absolue l'établissede l'ouvrage, pour l'acquisition de la possession des servitudes continues et apparentes, ni préciser le terme passé lequel le non usage entraînera nécessairement l'abandon de la possession.

Il est maintenant facile de bien nous rendre compte de la possession des servitudes. Celles-ci, on le sait, renferment toujours une domination restreinte, et, par conséquent, une action déterminée sur la chose corporelle. L'exercice de la servitude consistera donc toujours dans une véritable action sur la chose; et, comme la possibilité de fait d'exercer la servitude, n'est pas autre chose que la possession elle-même de la servitude, il suit que ce genre de possession s'analysera toujours en possibilité de fait d'agir sur la chose d'une manière déterminée et restreinte, et d'exclure dans cette mesure l'action d'autrui.

On voit par là que la notion de la possession des choses corporelles, et celle de la possession des servitudes, est une seule et même notion : la possibilité de fait d'agir sur la chose. La différence c'est que, dans la première, l'action est pleine; dans la seconde, restreinte. Il devient donc certain que l'application de la notion de la possession, aux servitudes, ne doit pas être considérée comme une extension impropre et par voie d'analogie d'une notion donnée, la possession des choses, à un cas qu'elle ne comprendrait pas naturellement. C'est seulement, lorsque, conformément à son étymologie, on réserve le mot possession pour la pleine domination sur la chose, que l'on peut parler d'une application impropre du mot, et non de la notion, aux servitudes.

Ce qui empêche de reconnaître d'abord l'identité de la notion, c'est que le langage juridique lui-même ne place pas la différence dans l'étendue de la possession,

mais dans l'objet : possession de la chose, possession du droit. L'origine de cette manière de parler se trouve dans une particularité cent fois observée du langage usuel. Les objets du patrimoine sont distingués en choses et en droits, et les servitudes rangées parmi les droits; le langage confond ainsi, par une abréviation facile à comprendre, la plénitude du droit sur la chose, avec la chose elle-même; et cette confusion n'a pas seulement lieu en matière de servitudes, elle est générale.

III. — Mais ici surgit une question bien autrement délicate : la possession est-elle possible en dehors des choses et des servitudes?

Il est clair que les droits réels, en général, tels que l'emphytéose, la superficie, le fief, le bail héréditaire, etc..., peuvent être possédées absolument au même titre que les servitudes. Le droit de gage doit-il en être excepté? On le soutient par le motif que la possession du droit ne s'établit que par un premier exercice qui la manifeste; or, dit-on, pour exercer le droit de gage, il faut réaliser la valeur de la chose; par cet exercice même le droit s'éteint, et tout exercice ultérieur devient impossible; donc le droit de gage ne peut être possédé (Bruns).

Nous hésitons, nous devons l'avouer, à admettre cette solution, attendu que nous avons cru devoir poser en règle, que, pour la possession des choses comme pour celle des droits, un premier exercice du droit n'était pas absolument nécessaire, la manifestation de

la possibilité d'exercice pouvant très-bien se produire autrement. Il nous semble donc que l'on peut très-bien concevoir une possession du droit de gage consistant dans le pouvoir de fait d'agir à son gré sur la chose d'une manière correspondante à ce droit. Ne pourrait-on pas dire, en effet, que celui qui, dans le Droit français détient à titre de gage, une chose volée ou perdue est en possession du droit de gage (comp. Windscheid, § 163, note 2). Il est cependant remarquable que ce rapport soit plutôt exprimée en ces termes « possession de la chose à titre de gage ». Cette manière de parler nous viendrait-elle de la *corporis possessio* du créancier gagiste en Droit romain? Quoiqu'il en soit, l'analyse nous fera encore découvrir dans ce rapport la possession du droit réel de rétention; ce droit ne s'éteint pas par un premier exercice; tout le monde doit donc admettre qu'une possession soit possible à son endroit.

En dehors des droits réels la question devient plus difficile encore. Cependant, si l'on part du principe que la notion générale et essentielle de la possession des droits réels, git dans la puissance de fait correspondante à un droit, d'un sujet juridique sur un objet juridique, peut-être pourra-t-on arriver à une décision déterminée (1).

---

(1) Savigny n'admet pas de possession possible en dehors des choses corporelles et des servitudes, ou du moins en dehors des droits réels: « Sans doute », dit-il (p. 193), on peut concevoir pour chaque droit un exercice qui lui correspond; mais non un trouble violent, ou l'usucapion; et cependant ce sont là les deux seuls effet au point de vue desquels l'exercice d'un droit est considérée comme un rapport juridique. » C'est évidemment trop absolu.

On a taxé d'absurdité la possession des droits de créance en disant :

L'objet direct du droit est ici la volonté engagée du débiteur; or cette volonté est essentiellement libre; donc elle ne peut être possédée. La raison est-elle bien sérieuse? Cette liberté n'empêche pas un pouvoir légitime sur la volonté d'autrui; pourquoi donc le pouvoir de fait serait-il impossible?

Mais peut-on donc imaginer un simple pouvoir de fait sur la volonté d'autrui? Il va de soi que ce pouvoir de fait ne saurait consister que dans la possibilité d'agir à son gré sur la volonté d'autrui d'une manière correspondante à l'obligation prétendue, c'est-à-dire, de percevoir à son gré les livraisons dues. Sous ce point de vue, on peut comprendre un pouvoir de fait, et une application de la notion générale de la possession.

En effet, de ce que la volonté du débiteur est quelque chose d'incorporel, il suit seulement qu'ici l'on ne s'en tiendra plus au sens étymologique du mot possession; qu'ici la possession, ne pourra être entendue dans le même sens qu'en matière de choses, ou même de servitudes. Mais la notion fondamentale sera la même, tout en s'appliquant d'une manière spéciale et correspondante au droit dont il s'agira.

M. Bruns, qui pose ces principes, veut d'ailleurs que l'application en soit restreinte par le fait que la possession suppose toujours un droit susceptible d'un exercice répété et durable. C'est une conséquence de la règle qui ne permet à la possession des droits de

naître que par un premier exercice. Toutes les obligations qui ne renferment qu'une seule livraison seraient par le fait exclues; par contre, on concevrait que, de prestations constantes et répétées, basées sur un seul et même droit prétendu, puisse résulter une reconnaissance de fait de l'obligation générale de la part du débiteur, d'où naîtrait pour le créancier une possibilité de fait d'exercer le droit à son gré, et par conséquent une possession du droit. Seulement une condition absolument nécessaire, serait l'unité de l'obligation en vertu de laquelle la prestation est faite; aussi, suivant M. Bruns, faudrait-il exclure encore tous les droits de créance appartenant à la catégorie des pures obligations personnelles, et restreindre ainsi la possibilité de la possession aux droits personnels « qui se rattachent à des rapports de personnes constants, ou à des choses, surtout à des immeubles, d'une manière durable : « *die entweder an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft; oder dauernd auf Immobilien.* »

Ainsi, que quelqu'un soit simplement chargé, par contrat ou par testament, de faire plusieurs prestations, par exemple de payer les intérêts d'un capital; il ne faudrait pas y voir une obligation dont l'exercice se répète et qui soit ainsi susceptible de possession; mais chaque prestation formerait ici une obligation indépendante. Il en serait de même en matière de bail et de commodat : la jouissance continuée de la chose ne serait point l'exercice continuée d'une seule et même obligation; mais l'exercice toujours renouvelé d'une obligation se renouvelant sans cesse. Par contre lorsque l'obliga-

tion a une racine réelle, ou se rattache à des rapports durables de personnes, tels que les rapports de parenté, de citoyen, de bourgeois, de paroissien ; les prestations particulières se groupent sous la même notion, de la charge de l'immeuble ou du lien personnel ; le créancier n'a qu'un seul droit, qu'il exerce par les prestations qu'il reçoit, et qui est ainsi susceptible de possession.

Nous avons encore ici quelque hésitation, nous devons l'avouer, à admettre le raisonnement et les restrictions du savant auteur. Nous reconnaissons volontiers qu'un rapport de possession apparaît plus clairement et plus fréquemment comme correspondant à un droit susceptible d'un exercice continu et répété ; les effets en seront plus marqués que ceux des obligations qui ne présentent pas ce caractère, et la loi positive ne reconnaîtra guère de possession effective en dehors de ces droits. Mais nous ne pourrions pas repousser complètement l'application, même à ces derniers, de la notion générale et abstraite de la possession ; du moins ce rapport pourra-t-il très bien s'appliquer, ce nous semble, d'une manière indirecte, par exemple, dans la possession d'hérédité et produire même des effets civils notables (Comp., art. 1240, C. N.) Nous nous demandons aussi si l'on ne doit pas envisager un capital productif d'intérêts, comme un seul et même droit qu'on exerce par la réception de prestations successives ; et nous croyons devoir décider affirmativement en nous appuyant de l'autorité de Windscheid (P. 404 note 4.)

Suivant cet auteur aussi, il est vrai, les droits susceptibles d'un exercice continué ou durable sont seuls susceptibles de possession (d. P. 464); mais si un premier exercice n'est nécessaire ni pour la conservation ni même pour l'acquisition de la possession; s'il suffit pour l'une et pour l'autre de la possibilité de l'exercice arbitraire, comme le reconnaît ailleurs Windscheid (P. 143, note 5), nous ne pouvons comprendre même cette restriction, devant la théorie générale et abstraite.

—La possession des droits de famille ou d'état se conçoit plus facilement. Pour en avoir une idée claire, il est cependant bon de se rappeler la différence qui les sépare des droits du patrimoine, droits réels ou droits de créance.

Les droits du patrimoine ont pour objet direct les choses corporelles du monde extérieur, ou la volonté obligée d'autrui; ils forment ensemble la fortune de l'individu, sa puissance externe. Les droits de famille ou d'état par contre, ont pour objet l'existence personnelle elle-même, avec les rapports de personne qui s'y rattachent dans les cercles naturels de l'humanité ou de la société, tels que la famille, la commune, l'état, l'église. L'objet du droit est ici sa propre personne et la personne d'autrui; il est donc essentiellement différent des droits du patrimoine. Ici l'on a, là on est; c'est un état de la personne. Une domination légitime se rencontre toujours, car sans elle point de

droit, seulement elle est autre que dans les droits du patrimoine. Cette domination porte d'abord sur sa propre personne, ensuite sur la personne d'autrui, en ce sens qu'on a le droit d'être, soit l'égal, soit le supérieur, soit l'inférieur d'autrui, par exemple, père de famille, fils de famille, souverain, seigneur, justicier, justiciable, évêque, paroissien, etc. La possession de ces droits s'analyse donc comme suit : elle n'est point semblable à celle des choses, des servitudes, ou même des obligations ; mais l'on conçoit parfaitement qu'une personne puisse se trouver dans un état de fait correspondant au droit personnel de famille ou d'état, et qu'elle ait ainsi une possibilité de fait d'exercer à son gré, et d'une manière correspondante au droit, une domination sur elle-même ou sur autrui.

La notion de la possession de ces droits personnels est donc déterminée ; le point de vue du droit canon et de la pratique générale jusqu'au XVIII[e] siècle ne peut ainsi qu'être approuvée philosophiquement.

IV. — Réunissant dans une seule notion générale ces différents genres de possesion, nous arrivons à la formule suivante : la possession est la domination de fait, correspondant au droit, du sujet juridique sur l'objet juridique. L'objet est-il assujetti d'une manière absolue, on dira qu'il y a possession de la chose ; ne l'est-il que relativement et d'une manière restreinte, on dira qu'il y a possession du droit. La possession est ainsi en soi, une notion tout à fait générale, qui correspond principalement au droit, et pénètre tout le sys-

tème juridique; à chaque droit on particulier correspond une possession déterminée.

Le droit et la possession ont leur source commune dans la volonté. Tout droit consiste dans la domination, dans la puissance de la volonté individuelle sur le monde externe. Cette volonté, réalisée en fait, forme la possession; si elle concorde avec la volonté générale et est légitime en soi, elle est le droit. La place que la possession occupera dans la théorie du droit paraît donc facile à indiquer. Dans un système où l'on aura déterminé, en général, la notion du droit subjectif, la notion correspondante de la possession devra également être déterminée d'une manière générale; puis en traitant de chaque droit en particulier on pourra indiquer le rapport spécial de possession qui y correspond.

V. — Pour terminer cet aperçu, un dernier point nous reste à examiner : Pourquoi la possession et spécialement la possession des choses, est-elle protégée contre la violence, le trouble, le vol?

Des considérations pratiques sont sans doute faciles à donner. Mais la science demande quelque chose de plus; elle veut savoir si la nature elle-même de la possession n'engendre pas la nécessité d'une protection?

La possession a deux éléments, la volonté, le fait matériel. On comprend bien vite que ce dernier ne saurait prétendre à être protégé par le droit; isolé, ce fait est nul devant le droit, peu importe qu'il soit altéré ou détruit. Nous ne pouvons donc rechercher le fondement de la protection de la possession que dans le pre

mier élément, dans le fait psychologique, dans la volonté.

Par son intelligence et par sa liberté, la volonté est la source et la base de tous les droits. On voit qu'elle nous présente au moins un germe, d'où puissent dériver les droits résultants de la possession.

Mais ici, l'on pourrait raisonner de deux manières :

1) La volonté, pourrait-on dire, a, en vertu de sa liberté le droit absolu de s'approprier les choses du monde externe. Par conséquent, si l'homme occupe une chose n'appartenant à personne, il devient propriétaire ; — si la chose est déjà acquise à un autre, l'occupation ne détruit sans doute pas son droit, mais vis-à-vis des tiers elle vaut néanmoins comme propriété. Remarquez alors la conséquence : la possession n'est plus protégée ici comme un état de fait ; elle est élevée au rang d'un droit relatif sur la chose. Mais, il est absolument faux que l'occupation de la chose d'autrui ne soit injuste que relativement au propriétaire, et puisse, par conséquent, fonder un droit en la chose vis-à-vis de tous autres. La volonté du voleur ou du brigand est injuste envers tous, et ne saurait fonder un droit à l'encontre de personne. Ce système doit donc être rejeté ; et, il faut reconnaître que le principe de la protection ne peut pas être dans la création d'un droit par la volonté qui se manifeste dans la possession ; mais qu'au contraire, cette volonté réalisée, quoique ne fondant aucun droit, et étant purement de fait ; quoiqu'étant même directement en opposition avec le droit, doit ce-

pendant être protégée à cause de la nature même de la volonté. — Telle est le second système, que nous croyons devoir suivre.

2) La question qui se pose est donc celle-ci : La nature générale de la volonté est-elle une base suffisante pour une protection semblable ?

Une conception claire de la signification juridique de la volonté et de la personnalité ne permet pas d'en douter. La volonté en elle-même est absolument libre; et le système tout entier du droit est fondé sur la reconnaissance de l'application de cette liberté. Aussi, la violence et la force employées pour la maîtriser, sont, en général, injustes en elles-mêmes, et la volonté doit être protégée contre leurs actes. La violence et la force ne sont autorisées, quelorsque la volonté se met en contradiction directe et manifeste avec le droit ou avec la volonté générale ; et cette contradiction manifeste ne se rencontre, que si la volonté s'oppose au pouvoir social, ou si elle viole le droit d'autrui dans son existence concrète. Dans le premier cas, l'État fait valoir sa volonté par la force ; — dans le second, l'attaqué se défend de même, et l'État punit au besoin. En dehors de ces cas, la volonté doit être protégée contre la violence et la force, sans égard à sa légitimité. Or, la violence ne peut évidemment être employée contre la volonté, que si celle-ci s'est manifestée dans la vie externe, par un acte externe, dans lequel elle puisse être attaquée par cette voie. Cette manifestation externe peut être, soit l'expression de droits innés ou acquis, soit simplement le fait de la posses-

sion. Au premier cas, la protection de la liberté en général se confond avec la protection particulière du droit. Au second, elle constitue la protection de la possession. La protection de la possession repose donc sur le principe que la volonté, non seulement lorsqu'elle constitue un droit, mais encore lorsqu'elle est un simple fait, doit être protégée contre la violence.— La possession n'est donc pas un droit, comme la propriété, l'obligation, etc., *mais un fait, qui, fondé par la volonté, doit être protégé contre toute violence, à cause des droits mêmes de la volonté*; — *ou si l'on veut, à cause des droits inhérents à la personne de l'homme*. La personnalité de l'homme et sa liberté sont pleinement reconnues dans la protection de la possession : la personne comme telle et sans autre considération apparaît ici à l'abri de la violence d'autrui, et n'est obligée de céder qu'à la volonté générale, au droit dans les formes de droit.

La protection de la possession a donc sa source dans *l'inviolabilité de la personne*. Rigoureusement et d'une manière absolue, la possession n'engendre aucun droit; elle n'est que la *volonté réalisée, dont la violation est rendue possible à cause de cette réalisation même*. Le possesseur a sans doute le droit de n'être pas troublé d'autorité privée (*das Recht auf nicht störung durch Eigenmacht*), mais ce n'est pas là un effet de la possession; la possession est simplement la condition qui permet au trouble de se produire, à la violation de la volonté de se manifester.

DROIT FRANÇAIS

DE LA NATURE DE LA POSSESSION

§ 1er. — Notion de la possession.

La possession se présente, en droit romain, comme une domination de fait, sur l'ensemble des attributs de la chose (*corporis possessio*), ou sur quelques-uns seulement (*juris quasi possessio*); telle en est la notion fondamentale, sauf les anomalies que nous présente la possession dérivée.

La possession *corporis* suppose l'*animus domini*; la quasi possession, un *animus* qui y correspond parfaitement, si ce n'est qu'il ne porte que sur l'un ou plusieurs des attributs de la chose.

La notion romaine de la possession ne paraît pas s'être davantage étendue; la réalité du droit, apparaît donc en droit romain, comme une condition nécessaire d'une possession correspondante.

Nous avons vu, au contraire, le droit canon se dégager franchement de la nécessité de cette réalité, et reconnaître une possession correspondante pour tous les droits qui en sont simplement susceptibles, ou, du moins, pour tous les droits susceptibles d'un exercice continu ou répété qui peut être troublé par autrui, qu'ils aient ou non une racine réelle.

Le droit germanique nous présente une législation primitive, qui n'a point encore su distinguer le possessoire du pétitoire, et qui confond l'un et l'autre dans une seule action et dans une seule défense.

Enfin, nous avons vu que la notion philosophique la plus étendue qu'on pût donner de la possession pouvait s'exprimer ainsi : La domination de fait, correspondante à un droit d'un sujet juridique sur un objet juridique.

Recherchons maintenant quel est le caractère, de la notion de la possession devant l'ensemble du droit français.

L'ancien droit de la France, jusqu'au Code civil, nous offre ici le spectacle d'un combat entre les principes de droit canon, du droit romain et du droit germanique. Il en résulte, en général, le triomphe du droit romain, source principale du droit canon, mais avec une extension de principes, due aux vues plus larges de celui-ci, et des modifications dérivant de certaines règles du droit germanique. De même que dans le droit romain, le possessoire est distingué du pétitoire, et les actions possessoires finissent par être restreintes aux droits réels, au moins depuis l'ordon-

nance de 1667. Ces actions ne s'appliquent même pas aux meubles considérés individuellement ; elles ne se basent pas, en général, sur la simple possession, mais seulement sur une possession annale, conférant une espèce de « saisine » de « vraie saisine, » qui répond à la « gewehre » ou « rechte gewehre » des Allemands, et paraît bien prendre sa source dans les principes germaniques. (V° Bruns, p. 353.) Nous aurons à revenir sur ce point. Enfin, par un effet des théories canoniques, la possession des droits reçoit également la plus large extension ; même une protection très-étendue à une certaine époque ; et, bien que cette protection par les actions possessoires ait été considérablement restreinte, en 1667, nous lisons encore dans Pothier, comme un principe non contesté : « En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit, en est une quasi possession » (*Traité de la possession*, n° 38).

En face de ces précédents, on aurait pu s'attendre, ce semble, à voir donner, lors de la refonte de nos lois, une notion exacte et pleine de la possession, une détermination précise et complète de ses effets et des actions qui la protégent. Malheureusement il n'en a rien été. Le Code civil ne traite de la possession que d'une manière accessoire au titre de la prescription, comme si c'était le seul et principal effet qu'elle dût produire ; et, les quelques articles que le Code de procédure consacre aux actions possessoires sont loin d'être satisfaisants.

Quelle est donc la notion que nous présente le Code civil ?

La définition qu'il nous donne est presque complétement empruntée à Pothier. Seulement, il réunit dans une seule phrase la possession des choses et celle des droits que Pothier avait plus sagement séparées, et il leur donne à toutes deux, à la différence de Pothier, une seule et même dénomination; l'expression quasi-possession paraît ainsi ne plus appartenir à la langue du Code civil.

Voici cette définition (art. 2228) :

« La possession est la détention, ou la jouissance, d'une chose ou d'un droit que nous tenons, ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

Cette définition a été souvent louée ; plusieurs même l'ont trouvée très exacte. Nous ne saurions partager cette opinion.

D'abord, cette combinaison des deux termes de la définition de Pothier : possession des choses, possession des droits, n'est pas heureuse; elle embrouille deux genres de possession qui, bien qu'ils puissent être rangés sous une notion commune, n'en sont pas moins distincts.

Ensuite, elle ne nous présente qu'une unité apparente; nous avons bien une seule phrase, mais nous avons deux notions séparées que rien ne paraît relier.

Pour être exact, il aurait fallu, ce nous semble, poser d'abord une notion générale de la possession,

embrassant celle des choses et celle des droits; ou, si l'on voulait laisser ce soin à la doctrine, séparer du moins les deux genres de possession dans deux définitions distinctes.

C'est ce que nous allons être obligé de faire nous-même pour examiner successivement ces deux genres.

I. — « La possession des choses est la détention par nous-mêmes ou par autrui (art. 2228). »

Suffit-il donc d'être détenteur pour être possesseur? Pas le moins du monde; et les art. 2230 et suivants, rapprochés des dispositions du C. pr. et de la tradition, ne laissent aucun doute sur ce point. Pour posséder, il faut détenir la chose pour soi, non pour autrui. Il ne suffit même pas de détenir dans son propre intérêt, comme par exemple un usufruitier, etc.; on n'est possesseur de la chose que si l'on ne reconnait pas la propriété d'autrui. La détention doit donc être jointe à l'*animus domini*; telle était la doctrine de Pothier, qui l'exprimait mieux que le Code, en disant « que nous tenons en notre puissance, par nous-mêmes ou par autrui; » telle est évidemment la doctrine du Code.

Mais ne peut-on pas faire un grave reproche à ce dernier, d'oublier dans sa définition cet élément essentiel, et de rappeler en quelque sorte par sa matérialité la notion étymologique de la loi 1, *pr. de poss.* Le reproche est d'autant plus fondé, que, dans le Droit français, le principe ne supporte pas d'exception; car, d'un côté, nous ne connaissons pas les anomalies de

la possession dérivée du droit romain; et, de l'autre, de même que dans le droit romain, pour nous, le possesseur violent ou clandestin possède sûrement (art. 2233; — arg. de cet art. et de l'art. 2228).

En second lieu, qu'entendre par le mot détention? Le Code ne nous le dit pas. Nous ne voulons pas lui en faire un reproche; mais, en soi, on ne saurait pas la définir autrement que comme la puissance de fait immédiate et directe, subsistant par la volonté d'une personne. Or cette puissance de fait ne peut appartenir *in solidum* qu'à une seule et même personne, car elle est exclusive; et cette personne sera nécessairement celle dont la puissance sera la plus immédiate sur la chose. C'est donc mon fermier qui détient; et la chose affermée, je la possède bien, mais, rigoureusement, je ne la détiens pas : c'est autrui qui en a la détention. Une définition qui dit : « La possession c'est la détention..... par l'intermédiaire d'autrui » n'est donc pas absolument exacte. La détention ne supporte pas d'intermédiaire, c'est un rapport simple. Après avoir dit, si l'on veut, « la possession est la détention de la chose *animo domini*, » il aurait donc fallu ajouter, ce nous semble, « on peut aussi posséder par la détention d'autrui. »

Les Romains ne s'y trompaient pas; nous pouvons posséder, disaient-ils, « *animo utique nostro, corpore nostro* vel alieno. » La détention d'une chose que nous tenons par autrui nous paraît donc un non sens.

Mais, nous allons plus loin, nous n'acceptons même

pas volontiers cette définition : la possession est la détention, etc. En droit français surtout où la possession s'acquiert selon nous, et se conserve par le seul effet du contrat translatif de propriété, sans aucune appréhension corporelle, et même quelque éloignée que soit la chose (art. 1138 et 1583, v° *infra*), la détention est une idée trop étroite. Si vous me vendez à Lille votre maison de Marseille, et si votre intention est que la possession me soit aussitôt transmise, cette intention fera règle, et cependant il n'est pas très-naturel de dire que j'ai aussitôt la détention? Il nous semble donc que la définition aurait dû partir d'un point de vue plus large, et dire, par exemple ; « La possession (*corporis*), est la puissance de fait sur la chose dans l'ensemble de ses attributs. » Cette puissance de fait, est-il besoin de le faire remarquer, s'entendra d'une manière d'autant plus large que l'état social et les transactions offriront plus de garanties et de stabilité; et, l'on conçoit très-bien que, de nos jours, l'acheteur de Lille soit aussi moralement certain d'être immédiatement le maître paisible et incontesté de la maison de Marseille que l'acheteur, qui, à l'époque romaine, se trouvait en présence de la chose. La notion fondamentale de la *possessio corporis*, peut-on dire à ce point de vue, est la même chez nous qu'à Rome; les temps seuls ont changé (Comp. la notion donnée par Savigny, de la possession en droit romain).

Pour mieux montrer, d'ailleurs, combien est fondée la critique, que nous nous permettons d'adresser à la définition de la possession par la détention que nous

avons par autrui, il semble qu'on puisse faire l'espèce suivante : Secundus loue le cheval de Primus, et le prête à Tertius qui le met en dépôt chez Quartus. Je dis que nous aurons ici quatre détenteurs, ou que nous n'en aurons qu'un. En effet, dans la vérité des choses, Quartus est évidemment détenteur; et c'est ce qui le distingue de Primus qui a la possession sans la détention. Quant à Secundus et à Tertius, ils ne sont que des obligés; dans ce moment, ils n'ont pas même la détention. Or, d'après la loi (art. 2228), Primus est toujours détenteur; et, puisque Quartus l'est également d'une manière indubitable (art. 2230), nous avons ainsi deux détenteurs. Mais pourquoi Primus aurait-il la détention ? Ce ne peut être parce qu'il a la détention matérielle; Quartus seul l'a; il se peut même que Quartus ne connaisse que son déposant Tertius, et qu'il ignore le droit de Primus. Serait-ce donc parce que Primus a l'*animus domini*? Mais cet *animus* de l'aveu de tous, n'a rien à faire dans la détention, qui pour tout le monde, et pour le Code civil lui-même (art. 2230 et 2237), est la puissance la plus immédiate sur la chose, maintenue simplement par la volonté, quelle qu'en soit d'ailleurs la direction. Si donc Primus a la détention, Secundus et Tertius l'ont au même titre, et nous sommes en présence de quatre détenteurs *in solidum* de la même chose.

Ajoutons cependant, pour terminer sur ce premier point, que la définition de la possession par la détention que l'on a par soi-même ou par autrui est commune à Pothier (n° 2) et à Domat (L. civiles, L. III,

tit. VII, sect. I, I). Celle de ce dernier est cependant plus complète ; l'*animus domini* y entre comme un élément essentiel :

« On appelle proprement possession, la détention d'une chose que celui qui en est le maître, ou qui a sujet de croire qu'il l'est, tient en sa puissance ou en celle d'un autre par qui il possède. »

Mais cette définition est inférieure à celle de Pothier par la forme, et en ce qu'elle n'admet de possession qu'autant qu'il y a bonne foi (Voir le préambule du tit. VII, al. 5 et cess. Comp. le n° XI, de dite sect. I, et le n° VII, de la sect. III).

On pourrait, peut-être dire, pour justifier la terminologie du Code : La détention elle-même, pour le Code, suppose l'*animus domini* ; sans *animus domini*, il n'y a pas de détention proprement dite, il n'y a qu'une détention précaire (arg., art. 2228, 2230 et 2237). Mais, outre qu'une semblable manière de parler confond la détention proprement dite avec la possession, contrairement à la valeur juridique du mot et à tous les précédents, comment justifier alors cette conséquence bien plus criante il nous semble, que, dans tous les cas où une personne a l'*animus domini*, et où se rencontre en outre un détenteur précaire, reconnaissant la possession de la première, la détention existe seulement au profit de celle-ci ?

II. — La possession des droits consiste « dans la jouissance d'un droit que nous exerçons par nous-mê-

mes, ou par un autre qui l'exerce en notre nom » (art. 2228).

Pothier s'exprimait déjà à peu près dans ces mêmes termes : « Cette quasi-possession d'un droit consiste dans la jouissance qu'en a celui à qui il appartient » (n° 38). C'est plus simple, et mieux sous ce rapport ; mais pourquoi faire entrer ici l'idée d'appartenance ? Pothier lui-même par la manière dont il s'exprime dans les alinéas suivants ne paraît pas s'être rappelé cette condition, et l'on peut dire avec assez de vraisemblance que les derniers termes de sa notion lui ont échappé :

« Par exemple » ajoute-t-il, en effet, « je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de dîme, ou de champart par la perception que je fais de la dîme ou du champart. » Et plus bas : « Cette quasi-possession est susceptible des mêmes.... vices que la véritable possession. » — Ainsi du vice de violence.

Domat (l. c. n° V), voyait la quasi-possession dans l'*exercice* du droit. C'est moins exact, car l'exercice est actuel, et ainsi il n'y aurait de possession que dans le moment de l'exercice. La jouissance, s'opère au contraire par un exercice même passé, et se maintient tant que dure la possibilité de l'exercice arbitraire. On peut du moins entendre le mot « jouissance » dans ce sens large, mais il faut reconnaître que Pothier lui-même ne l'entendait pas ainsi ; et qu'il le prend en réalité dans le sens de l'exercice du droit. Ainsi le droit de « dîme » est possédé par « la perception, » le droit de servitude « lorsque je fais dans l'héritage.... ce que

mon droit de servitude me donnerait le droit d'y faire;» le droit de justice sur un territoire « par les actes judiciaires qu'y font mes officiers » (n° 38). Le Code lui-même paraît dans ce sens (art. 2228). Aussi croirons-nous devoir choisir une expression moins équivoque, et plus exacte que le mot « jouissance, » dans la notion de la possession des droits (*vide infra*) ; car d'une manière générale, pas plus dans le Droit français, que d'une manière abstraite, la possession des droits ne consiste dans l'exercice du droit, non plus que celle des choses dans l'exercice du droit de propriété.

Mais, est-ce à dire que l'on ait voulu reproduire dans le Code la décision de Pothier, d'après lequel la « jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit, en est une quasi-possession ? » L'art. 2228 paraît très-naturellement par la généralité de ses termes, et par son origine même, devoir être interprété dans ce sens. Seulement, par une conséquence forcée, la possession des droits sera en fait bien plus restreinte devant un Code qui a diminué considérablement le nombre des droits réels. Il ne pourra en effet plus être question de la possession des droits de dîmes, de champart, de fief, de justice, etc., exemples cités par Pothier et aujourd'hui abolis.

Mais que dirons-nous en ce qui concerne les droits conservés par le Code ?

a) On pourrait d'abord prétendre que les droits qui peuvent s'acquérir par la prescription sont seuls susceptibles de possession. La place donnée dans le Code

à la possession semblerait autoriser cette interprétation. Mais elle doit être être repoussée : 1° Le droit ancien n'a jamais rapproché la possession de la prescription dans une aussi intime liaison ; pas même le droit romain avec son étroite notion de la possession : *Separata est causa possessionis et usucapionis.* (*L.* 2, *p.* 1, *pro emptore*); 2° Les définitions du Code ne se réfèrent pas à un semblable rapprochement (art. 2228); 3° Bien que les servitudes discontinues ne puissent pas s'acquérir par prescription, elles sont certainement susceptibles de possession (art. 2228 et 401, par arg., *v° infrà*); 4° Enfin nombre de choses corporelles qui ne peuvent être prescrites, les biens des mineurs, par exemple, peuvent cependant très-bien faire l'objet de la possession.

b) On pourrait, en seconde ligne, s'en tenir aux principes romains et n'admettre de possession que celle des choses corporelles et celles des servitudes. Ainsi, tandis que le droit ancien, même après l'ordonnance de 1667, mais surtout auparavant, avait suivi le droit canon dans ses vues philosophiques et abstraites, le droit moderne serait retourné complétement, sauf les cas de possession dérivée, à la théorie des jurisconsultes de Rome. Ce point de vue, quoiqu'étrange au premier abord, cadrerait cependant d'autant mieux avec les principes du Code que, d'un côté, en présence du retour à la simplification toute romaine des droits réels, nous n'en trouvons guère d'autres qu'à Rome qui soient susceptibles de possession, et que, de l'autre,

les actions possessoires ne sont certainement pas données en dehors des droits réels immobiliers, conformément à l'ordonnance de 1667, et sauf peut-être encore pour les universalités de meubles. Nous n'aurions donc, en fait de possession des droits, que celles des servitudes, et l'on pourrait dire comme à Rome : La possession des droits, c'est celle des servitudes. La notion de la possession, devant l'ensemble du Code, serait donc aussi étroite que devant les sources romaines : domination totale ou partielle sur la chose corporelle.

Cette interprétation, quoique universellement enseignée, ou peu s'en faut, doit cependant paraître extraordinaire en présence d'une définition qui n'est autre que celle de Pothier, et qui, dans sa généralité, permet de supposer une possession correspondante, au moins pour chacun des droits susceptibles d'une jouissance que l'on exerce (art. 2228). Il ne s'agit pas ici de se demander si, en dehors des droits réels, la possession produira les actions possessoires ou la prescription; ni même si elle aura toujours des effets juridiques ; il s'agit uniquement de savoir si, oui ou non, la possession existe ; si elle est, au moins dans certains cas, susceptible de quelque effet juridique en dehors des choses et des servitudes, et comment la notion doit en être entendue devant l'ensemble du Code.

c) Enfin, et c'est la théorie que nous adoptons, on peut prétendre que, devant l'ensemble de la loi civile française, comme au temps de Pothier, la possession correspond comme état de fait, à tout droit qui com-

porte une jouissance exercée, et, dans ce sens, la phrase déjà citée du célèbre jurisconsulte d'Orléans, nous paraît vraie encore aujourd'hui :

« En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit en est une quasi-possession. »

Ce n'est pas à dire que cette possession produise toujours la prescription, les actions possessoires, ou même quelqu'autre effet; mais elle n'en existera pas moins; nous en trouverons des exemples correspondant aux droits les plus divers, et engendrant des effets juridiques; rapprochés de la disposition de l'article 2228, ils démontreront la vérité de notre interprétation.

Mais, il importe auparavant d'examiner de plus près cette définition. Nous ne saurions, avons-nous dit, complétement l'approuver. La possession des droits, « dit l'art. 2228 consiste dans la jouissance. » Bien que plus large que le mot exercice, et par conséquent préférable, l'expression « jouissance, » indique encore plutôt une action qu'une situation, un état de fait; surtout, lorsque l'on ajoute « que l'on exerce par soi-même ou par autrui. »

La définition est donc critiquable en soi; et elle l'est certainement dans le droit français, à moins que l'on veuille admettre que les servitudes personnelles, et même l'usufruit ne sont pas susceptibles d'une possession continue; ce qui est absurde. La possession des droits, de même que celle des choses, n'est pas une action, mais une situation. L'action n'est guère nécessaire que pour l'acquisition; encore ne l'est-elle pas

toujours. Enfin cette action n'est pas nécessairement une jouissance que l'on exerce; la situation, une fois acquise se maintient tant qu'une nouvelle action n'intervient pas, changement de volonté, perte, dépossession, etc. La possession des droits n'est donc guère mieux définie en théorie par la jouissance exercée que la possession des choses par la détention. Une notion exacte et générale nous semblerait devoir être ainsi formulée :

La possession des droits consiste dans la possibilité de fait d'exercer le droit à son gré, jointe à l'intention de l'exercer comme sien (Comp. Bruns, p. 503); sauf à rechercher quelle est d'après le Code, l'action exprimant cette intention, et manifestant cette situation d'une manière suffisante pour que la possession soit acquise; or cette action sera le plus souvent un premier exercice (art. 2228 par argument.)

En présence de ces critiques, il est bien évident que nous ne saurions nous joindre aux éloges fréquents que l'on adresse à l'article 2228.

Mais voyons maintenant quels sont, outre les servitudes, les droits qui, dans notre Code, peuvent faire l'objet de la possession.

A) Droits réels.

Abstraction faite du droit de propriété, et des droits de servitude, dans lesquels, ici, nous comprenons également l'emphythéose et le droit de superficie (art. 543), nous ne trouvons guère dans le Code, parmi les droits réels, que le droit de gage ou d'hypothèque, le

droit de rétention et le droit du créancier antichrésiste; la réalité de ce dernier ne peut plus être contestée depuis la loi de 1855 sur la transcription.

Le droit de gage et le droit d'hypothèque, n'étant susceptible que d'un seul exercice, et s'éteignant dès qu'il en est fait usage, pourront assez difficilement faire l'objet de la possession. L'un et l'autre sont des droits en la chose, en tant qu'elle peut être réalisée en argent; ils ne s'exercent donc pleinement que par la vente, et dès lors ils périssent. Or, comme la possibilité de fait d'exercer le droit à son gré, n'acquiert souvent une réalité externe, surtout dans le droit positif, que par un premier exercice, il faudra généralement que le droit pour pouvoir, être possédé comporte au moins ce premier exercice sans s'éteindre.

Toutefois, il importe de faire une distinction entre l'hypothèque et le gage. Ce dernier se trouve joint au droit de rétention, qui est certainement susceptible d'un exercice continu, et qui par conséquent pourra très-bien faire l'objet de la possession. Ceci s'applique également à l'antichrèse. L'antichrèse renferme un droit de rétention et un droit sur les fruits. On peut dire que la possession de l'antichrésiste comprend ce double droit.

Mais quels peuvent être les effets de la possession de ces droits? quel intérêts y a-t-il à dire qu'ils sont possédés?

On peut toujours au moins signaler que c'est ici la possession qui constitue un état de fait, qui, comme tout état de fait d'ailleurs, ne peut être changé que

par celui qui prouve en justice un droit meilleur. On pourrait même prétendre que les fruits de la chose pourront être acquis par l'antichrésiste et même par le gagiste de bonne foi.

B) Droits de famille ou d'état.

Il s'agit ici des droits qui constituent l'état et la qualité de la personne, tels que la qualité de père, de fils, d'époux, de citoyen, d'originaire de telle commune, etc. Nous avons vu dans quelle large mesure le droit canon avait admis la possession de ces droits; notre droit ancien l'avait suivi en ce point d'une manière générale.

Le droit romain lui-même avait sans doute donné une grande importance aux effets de la possession en cette matière (V° L. IX, 6, *de nuptiis*); seulement les faits qui la constituent ne lui étaient pas apparus comme constituant une possession du droit. La notion de la possession était trop étroite chez les Romains, pour qu'ils aient pu songer à l'étendre ainsi; la série des faits exercés en vertu d'une qualitée donnée n'avait pu être envisagée par eux comme une possession du droit. L'idée comme l'expression de la possession d'état appartiennent au droit canon. Des germes presque imperceptibles que lui offrait le droit romain, il en créa la notion, la développa; il alla même jusqu'à la protéger par des actions et par des exceptions possessoires. En ceci, il ne fut toutefois suivi, ni par l'ordonnance ni par le Code civil; mais ce dernier n'en conserva pas moins l'idée et même l'expression, et y attacha des effets importants.

Au reste, on peut le dire d'une manière générale, les effets de la possession d'état, comme preuve de la véritable qualité des personnes, appartiennent, en fait à toutes les législations, et surtout aux législations primitives. M. Demolombe l'exprime fort bien (V. N° 205) : « La possession est le mode de preuve le plus ancien de l'état des hommes; le mode qu'on pourrait appeler primitif. Rien de plus simple, car c'est seulement ainsi que les familles et les sociétés ont pu se former; rien même de plus juridique ; car la possession régulière, fait, presque partout, dans le domaine de la science, présumer l'existence du droit. »

Mais, ce qui n'appartient qu'à une législation avancée, et même savante, c'est de voir dans cet état de fait, une *juris possessio*; c'est de rapprocher cette possession de celle des choses et des servitudes, et, d'arriver à donner une notion commune qui embrasse tous ces cas, si divers en apparence. Les Romains eux-mêmes ne paraissent pas avoir soupçonné l'analogie; le droit canon l'aperçoit, et la science moderne, peut-être la première, arrive à une synthèse assez générale, à une notion assez abstraite de la possession, pour qu'elle puisse embrasser tous les droits.

Quoi qu'il en soit, nous trouvons dans le Code civil les applications suivantes :

I. — *Possession d'état d'enfant légitime*. — Cette possession est reconnue dans le Code en termes formels, et les effets en sont même considérables. Il est bon de citer ici les remarquables articles 320 et 321, qui sont

sans contredit, les plus importants en matière de possession d'état.

Art. 320. — « A défaut de ce titre (sc. des actes de naissance) la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. »

Art. 321. — « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir... »

On voit par ces articles (et on peut encore mieux s'en convaincre par la lecture des articles 322, 323 et 197), l'importance de la possession d'état en matière de filiation. — L'article 321 peut même être considéré comme une règle générale applicable à tous les cas de possession d'état; cette possession s'établira toujours par une réunion de faits, dont les principaux seront les mêmes, ou d'un caractère analogue, *mutatis mutandisque*, à ceux énumérés dans l'art. 321, et résumés par la doctrine dans les expressions : *nomen, tractatus, fama*. L'ancien Denizart donnait ainsi la définition de la possession d'état en général : « C'est la notoriété qui résulte d'une suite non interrompue d'actes faits par la même personne et en la même qualité. » La même idée se trouve dans la loi IX, au Code *de nuptiis*, déjà citée et qui mérite d'être rapportée ici :

Imp. Probus A. Fortunato.

Si vicinis, vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est; quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo

minus veritas matrimonii, aut suscepte filie, suam habet potestatem.

II. — *Possession d'état d'époux légitime.*

La loi française, qui a donné une si grande importance à la possession d'état d'enfant légitime, repousse en termes exprès les principaux effets de celle d'époux légitime, contrairement au droit romain (d. l. IX. C. *de nuptiis*), au droit canon et à l'ordonnance de 1579.

Art. 195. — La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoquent respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. »

Mais ces expressions mêmes, montrent que la possession d'état d'époux légitime est reconnue par le Code; et, en réalité cette possession est loin d'être dénuée de tout effet, comme on peut s'en convaincre par les art. 194, 196 et 197.

Citons l'art. 194 qui a spécialement trait aux effets de la possession d'état par rapport aux époux :

Art. 194. — « Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non-recevables à demander la nullité de cet acte. »

III. — *La Posession d'hérédité*». — Cette possession dont les lois romaines font si souvent mention, et qui, chez nous aussi, produit des effets importants ne paraîtrait dans la théorie de nos lois, devoir être analysée

comme suit : « Elle comprend d'un côté la possession des choses individuelles susceptibles d'être possédées; de l'autre, et c'est son côté principal, la possession de la qualité même d'héritier; et celle-ci, permet, indirectement, la possession de choses qui, en elles-mêmes, et d'une manière indépendante, ne peuvent guère être possédées avec quelque effet, comme les créances personnelles, même non productives d'intérêt. Ce n'est donc pas l'universalité de la succession qui forme l'objet de la possession; cette universalité est une pure fiction qui ne saurait la comporter. (Comp. Zachariæ, p. 178, note 7.) Nous avons ici une véritable possession de l'état d'héritier le plus proche, ou de légataire appelé à la succession. Comp. Pothier n° 94 et note de M. Bugnet.)

Les effets importants que produira cette possession serviront en partie à éclairer le principe :

a) La possession de la créance dans l'art. 1240 C. c. est, en première ligne, le résultat de la possession de la qualité d'héritier; cette possession-ci constitue le principal moyen de posséder avec quelque effet juridique une créance purement personnelle qui n'est pas sous la forme d'un titre à ordre ou d'un titre au porteur. L'effet en est même très remarquable; en principe, celui qui paie de bonne foi à un autre qu'au créancier, cet autre fut-il même détenteur du titre, ne se libère pas; ici au contraire il sera réputé avoir bien payé. (Art. 1240.)

b) L'héritier apparent, s'il est de bonne foi, fait les

fruits siens, et n'est même tenu de restituer, quant aux fonds meubles et immeubles, que ce dont il s'est enrichi. (Art. 138 et L. xx, § 6 de *heredit. petit.*) Il ne gagne pas seulement les fruits des choses qu'il possède individuellement, dans le sens étymologique du mot, comme les choses corporelles, mais aussi les intérêts des créances purement personnelles, alors qu'une possession directe de celles-ci, quoique pouvant parfaitement se concevoir, ne produit cependant pas, dans la règle, d'effet civil appréciable.

On objectera peut-être que ces deux effets doivent être rapportés en première ligne à la bonne foi. Nous ne le contestons pas; mais il est au moins certain que les effets de cette bonne foi prennent ici leur base dans un rapport de possession, que ce rapport en est la condition nécessaire; et cela nous suffit.

c) Dans l'une des interprétations de l'art. 789 on admet que le parent le plus éloigné qui s'est mis en possession de l'hérédité, avant l'expiration des trente ans dès l'ouverture de la succession, consolide sur sa tête la saisine héréditaire et ne peut plus être évincée par le parent plus rapproché qui est resté inactif pendant trente ans. (Demolombe, 311, XIV.) Cet effet se rattache peut-être principalement à la saisine héréditaire, où à la déchéance encourue par l'inaction prolongée; mais on peut y voir jusqu'à un certain point le résultat de la possession de la qualité d'héritier, unie à la possession des choses individuelles qui composent la succession ; cette possession en est du moins la condition nécessaire.

C) Droits de créance.

Nous venons de voir comment la possession d'hérédité peut devenir l'intermédiaire d'une possession productive d'effets juridiques importants, en matière de droits personnels, quelle que soit la forme du titre qui les constatent.

On peut citer d'autres cas encore, où indépendamment de la forme du titre, la possession de la créance autoriserait un paiement valable à un autre qu'au véritable créancier (art. 1240, C. c.). C'est ce qui se produira en général lorsque cette possession est, jusqu'à un certain point, imputable à ce dernier, comme s'il avait cédé la créance, et que la cession fût après le paiement, annulée, rescindée ou résolue (Demante, p. 179 bis). C'est du moins ainsi que la doctrine générale entend à tort ou à raison, l'art. 1240.

Mais nous devons surtout indiquer deux cas dans lesquels, eu égard à la forme du titre, le droit attache à la possession de la créance d'importants effets, en dehors de toute possession d'hérédité:

a) D'après l'art. 145, Co., « Celui qui paie une lettre de change à son échéance, et sans opposition est présumé valablement libéré. » Cette disposition n'est qu'un effet de la possession du droit dont le porteur est investi; la forme du titre suffit pour donner au porteur une possession caractérisée du droit lui-même.

b) Un effet semblable, mais bien plus énergique, se montre dans la possession des titres au porteur. Cette

forme nouvelle a en quelque sorte matérialisé la créance. La créance peut être ainsi, sous le rapport de la possession assimilée à un meuble corporel ; le détenteur du titre, s'il à l'*animus domini*, possédera donc la créance aussi complétement qu'il posséderait un meuble corporel. La forme du titre produit ainsi un effet remarquable ; elle crée une possession nouvelle inconnue du droit ancien, en rendant susceptible d'une possession *corporis*, une chose qui, par sa nature ne pouvait en faire l'objet. Ce titre est une espèce de talisman dont la seule possession, mais aussi dont la possession seulement,du moins en fait, donne à toute personne la possibilité de fait, d'agir sur la volonté de l'obligé d'une manière correspondante au droit. Cet effet tient à la nature de l'engagement pris envers tout porteur. Les créances ordinaires n'obligent au contraire qu'envers une personne déterminée, et c'est pour céla que la possession du titre est impuissante à donner celle de la créance, et qu'inversement celle-ci peut exister sans la première.

On le voit; en résumé, les exemples cités appartiennent aux genres de droits les plus divers, et démontrent les principes que nous avons posés. La possession a donc une notion très-large devant la théorie de l'ensemble du Code (1). Bien que ces rédacteurs,

---

(1) En ouvrant l'excellent traité de M. Bélime, après avoir écrit ces lignes, nous sommes heureux de voir la même idée reproduite au début de sa préface par le savant auteur : La possession jette ses ramifications dans toutes les parties de nos Codes, car depuis la

de même que les anciens canonistes, semblent s'être peu rendu compte, de la notion commune qui réunit les différents genres de possession. Il s'ensuit, ce nous semble, qu'il est inexact de s'exprimer ainsi avec la plupart des interprètes :

« *La quasi possession ne s'applique, d'après la législation actuelle, qu'aux droits réels mobiliers qui seront indiqués comme pouvant donner lieu à une action possessoire* (Aubry et Rau, p. 178). »

Sans relever l'inexactitude, peu importante d'ailleurs, qu'il y a à parler quasi possession, sous le Code, autrement que comme facilité d'expression, cette interprétation commet l'erreur capitale de n'admettre une possession qu'autant qu'il y a protection par les actions possessoires; de faire ainsi abstraction de nombre de cas de possession, qui, quoique ne jouissant pas de cette protection n'en ont pas moins des effets très-importants, et de manquer de toute base philosophique. Puisque la notion commune est la même; puisqu'il est certain et incontestable que la possession pénètre tout le système juridique ; puisque le Code se sert lui-même du mot possession pour désigner un état de fait correspondant aux droits les plus divers, pourquoi les ouvrages de doctrine ne commenceraient-ils pas par donner cette notion générale et

---

propriété l'usufruit et les servitudes, jusqu'aux créances et à l'état des personnes, il n'est pas de droit établi par la volonté de l'homme ou par la loi, qu'elle ne puisse confirmer, modifier ou dénaturer. » — Malheureusement, cette idée n'est pas autrement développée dans le cours de l'ouvrage.

abstraite? Aussi, nous ne pouvons que blâmer également la définition si étroite donnée par plusieurs auteurs, en ces termes :

« *On appelle possession dans le sens le plus large de cette expression, l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité* physique, actuelle, exclusive, *d'exercer sur une chose* des actes matériels *d'usage, de jouissance ou de transformation* (Aubry et Rau, l. c).

J'admets d'ailleurs très bien qu'une universalité de choses, ne soit pas, comme telle, susceptible de possession (Aubry et Rau, p. 178). La chose possédée doit au moins exister d'une manière indépendante; elle ne doit pas être une simple fiction du droit: en ce sens l'hérédité ne peut pas être possédée. Dans la possession des droits, ce ne sont pas ceux-ci qui forment l'objet de la possession; la possession existe comme état de fait correspondant au droit; l'objet de la possession sera ou la chose corporelle ou la volonté obligée d'autrui *(vide suprà)*. L'objet de la possession aura donc toujours une existence réelle, si ce n'est matérielle; peu importe que le droit auquel elle correspond existe ou n'existe pas, au profit de quelqu'un. Est-il besoin de répéter que la *possessio corporis* elle-même du droit romain, n'est que la possession correspondante au droit de propriété.

Il faut donc se bien garder de considérer le droit comme étant l'objet de la possession qui y correspond; ici, c'est le point de vue des Romains en matière de

corporis possessio, et non leur point de vue en matière de *juris possessio* qui est le vrai.

— Nous avons ainsi commenté les définitions de l'art. 2220, et essayé de donner une idée de l'étendue de la possession dans nos lois. Nous avons en même temps indiqué, en résumé, les effets généraux de la possession des droits. Nous nous appliquerons désormais d'une manière plus spéciale à rechercher la nature de la possession des choses, et des servitudes sous le Code civil.

L'ensemble de nos recherches jusqu'ici nous a montré la possession, correspondant comme simple état de fait aux droits variés de propriété, de servitude, d'état et même de créance.

S'il est vrai, comme nous croyons l'avoir établi, que la possession en elle-même, n'est qu'un pur fait, protégé par le droit à cause de la volonté réalisée qui se manifeste en lui, il est certain que, dans le droit français également, la possession, en général, n'a point reçu un autre caractère. Rien ne nous autorise à poser un principe différent.

Et cependant, il importe de le faire remarquer dès le début de cette étude, la possession des droits mobiliers de servitude ou de propriété n'est point tant prise en considération, dans le droit français par elle seule, que par une certaine condition de durée, par certaines qualités qui viennent s'y adjoindre et qui se résument dans ce mot : l'annalité. La complainte, l'action possessoire par excellence, selon plusieurs, la seule action possessoire du droit français, ne protége

pas toute possession, mais seulement une possession annale.

Cette condition remarquable, par elle seule, et à supposer même que la réintégrande fût repoussée du droit français, ne viendrait point encore changer la nature de la possession dans notre droit; seulement le droit positif ne prendrait en considération, ne protégerait la volonté réalisée que sous cette condition de durée; ce qui, en face de l'art. 2235, du fait que tous les immeubles sont de nos jours possédés par quelqu'un, et de la sécurité de la possession en général pourrait à concevoir, et ne pas présenter des conséquences par trop dangereuses; la possession annale demeurerait ainsi un simple fait.

Mais notre droit moderne ne s'est point arrêté là. Suivant en cela notre ancienne doctrine et nos anciennes coutumes, il a créé dans la complainte une véritable action réelle, plus fragile que la revendication, mais calquée sur elle. La possession annale n'est donc plus un pur état de fait, d'où ne découle aucun droit, et qui est protégé à cause des droits inhérents à la volonté libre. Non; elle forme et constitue un véritable droit réel, rappelant la «gewere» germanique: une propriété rudimentaire, fragile il est vrai, mais qu'on peut revendiquer contre tout tiers, qui ne le cède qu'à la véritable propriété, et qui ne se distingue essentiellement de celle-ci que par le mode de preuve: il suffit d'avoir, mais il faut avoir la possession annale.

Il ne s'ensuit sans doute pas que la loi française ait

fait un droit de la possession, en général. Non, seule, isolée, elle demeure un fait. Mais la loi en a distingué deux degrés, dans les matières qui donnent droit à la complainte: *a*) le simple fait de la possession ; *b*) la possession annale. Elle a surtout envisagé favorablement celui-ci ; en y attachant une action réelle, elle en a fait un droit ; et, ne voulant pas faire résulter la propriété d'une possession d'aussi courte durée, elle a placé ce droit, comme un état intermédiaire entre la simple possession et la propriété, constituant ainsi, une sorte d'usucapion du premier degré, par une heureuse modification, du droit romain et du droit germanique. — L'interdit *Utrubi* nous avait déjà présenté quelque chose d'analogue.

Nous reviendrons sur ce point en étudiant le caractère des actions possessoires. Nous verrons alors aussi comment la loi distingue également deux degrés de possession en matière de meubles corporels. Cette distinction est importante au point de vue des effets, non au point de vue de la nature de la possession.

§ 2. — Possession des choses.

La possession des choses, avons-nous dit, consiste dans la possibilité de fait d'agir à son gré sur la chose corporelle jointe à l'*animus domini*.

Il est difficile de déterminer d'une manière plus précise la notion générale; on pourait exiger peut-être un certain degré d'actualité ; mais ce serait vague

également, et même peu conforme à la vérité des choses dans le droit français ; — on pourrait demander une possibilité d'exclusion ; mais, en tant que cette possibilité d'exclure à sa source dans l'*animus domini* (ou dans l'*animus* qui y correspond, pour la possession des droits), elle est suffisamment exprimée dans la nation ; — d'un autre côté nous savons qu'une possibilité *physique* d'exclure tout action d'autrui ne saurait se concevoir lorsque ma propre action demeure possible sur la chose ; nous verrons surtout que ce caractère n'appartient pas à la notion du Droit français.

La détermination plus exacte de la notion, ne peut résulter que de l'examen des deux questions suivantes :

a) Comment la possession s'acquiert-elle ?

b) Comment se perd-elle ?

Cet examen nous démontrera, je l'espère, que la notion générale que nous donnons, doit remplacer celle trop étroite de l'art. 2228.

a) L'acquisition s'opère, en principe, de la même manière qu'en Droit romain, par l'activité des deux éléments qui constituent la possession, le *corpus* et l'*animus*.

Il faut donc une volonté active, et, sous ce rapport rien n'est changé.

Il faut en second lieu, un acte matériel qui l'exprime et qui soit comme la démonstration de la possibilité d'agir à son gré. Ici, le point de vue est plus large que dans le droit romain. Celui-ci exigerait, on peut le

dire, une certaine actualité dans la possibilité, cette condition peut certainement entrer comme élément dans la notion générale du droit romain ; la présence de la chose on était même l'expression nécessaire, d'après la théorie dominante.

Il n'en est plus ainsi dans notre droit moderne, même pour l'acquisition de la possession, la possibilité actuelle d'agir sur la chose, dans le sens du Droit romain, ni surtout la *presentia rei* ou le *conspectus rei* (Léon Wodon p. 223, I.) ne sauraient être exigés. Dans notre droit, le titre émané du possesseur: translatif de la propriété sans réserve de la possession, ou simplement translatif de la possession, suffit à nous faire acquérir aussitôt cette dernière.

Pour s'en convaincre par un court raisonnement, il suffit de se rappeler les véritables principes.

Tout ce que la notion philosophique exige pour l'acquisition, c'est, *a)* un acte physique ; *b)* une possibilité suffisamment certaine. Or, ces deux conditions se réalisent par l'effet du titre bien mieux encore que par toute autre circonstance. En effet, nous avons : *a)* un acte toujours physique dans l'échange du consentement, eût-il lieu par simple signe; cet acte est non seulement une démonstration de la possibilité d'agir, mais je ne crains pas de le dire, c'en est en même temps la démonstration la plus énergique, parce qu'il transporte immédiatement sur la tête du nouveau possesseur, tous les faits de possession accomplis par le possesseur qui se retire ou par ses auteurs ; *b)* nous avons en second lieu une

possibilité, qui, si elle n'est pas toujours actuelle nous offre la plus haute certitude d'action paisible ; ce qui est bien suffisant, puisque l'actualité n'était, sans doute, exigée par les Romains que comme l'élément essentiel de cette certitude.

Le titre, émané du possesseur, dans lequel il renonce, tacitement, par la translation de la propriété, ou expressément par la translation de la possession, réunit donc toutes les conditions nécessaires théoriquement.

Il faudrait, par conséquent, un texte formel pour combattre cet effet naturel du titre, du consentement des parties. Or, nous n'en trouvons point. Bien mieux, nos art. 1130 et ss. 1583, et 1605 et ss., et toute la théorie générale du Code viennent appuyer notre opinion. Peut-on encore invoquer le droit romain, devant la modification si profonde que le Code y a apportée ? Il est d'ailleurs certain que la doctrine de la *præsentia rei* des Romains, n'a jamais été suivie rigoureusement dans la pratique, même sous l'ancien droit, à cause des traditions symboliques admises par la doctrine. Comment donc admettre sous le Code une doctrine que l'ancien droit français n'avait ni reconnue ni pratiquée ; qu'il ne connaissait même pas ; et qui même n'est pas absolument établie dans le droit romain ! Comment admettre, de nos jours, que je devienne possesseur de la maison que j'achète, si, au moment où je passe le contrat, je la vois depuis ma fenêtre, et que je ne le devienne pas, si elle est dans la rue d'à côté ?

Notre droit n'est donc plus aussi matérialiste que celui de Rome : le titre émané du possesseur répond

le mieux à toutes les exigences théoriques ; aucun texte n'exige davantage ; donc il suffit.

Cette différence remarquable entre le droit ancien et le droit nouveau cessera de paraître étonnante si l'on réfléchit aux deux causes principales qui la fondent : *a)*. La plus grande stabilité de l'ordre social et la plus grande sécurité des transactions donnent à la possibilité d'*agir* sur la chose, dont la possession nous est transmise, une certitude aussi grande que, dans le droit romain, la *presentia rei*, alors même que cette possibilité ne serait pas actuelle *b)*; la convention fait la loi des parties, et la transmission de la propriété s'opérant indépendamment *de la tradition*, l'ancien propriétaire est aussitôt dévesti au profit du nouveau qui a le droit pour lui (art. 1130 à 1138 et 1583). C'est donc à tort, croyons-nous, que MM. Aubry et Rau exigent encore aujourd'hui une possibilité actuelle (p. 170), et M. Léon Wodon le *conspectus rei* (p. 224 citée ; comp. art. 1604 et suiv. C. c.). M. Bélime enseigne la vraie doctrine. —

Nous avons parlé de la possession acquise par un acte translatif ; ce sera le cas le plus ordinaire. La possibilité d'agir est suffisamment caractérisée par les actes du précédent possesseur qui se retire pour faire place au nouveau ; elle est alors suffisamment immédiate aux yeux du Code.

Mais que dirons-nous s'il s'agit, soit d'une chose qui n'a encore appartenu à personne, soit d'une chose possédée par un tiers qui n'entend point la livrer ?

Le *corpus possessionis* doit être, lors de l'acquisition,

l'expression externe de l'intention; si donc la chose n'a appartenu à personne, une possibilité, même actuelle ne suffira pas ; il faudra qu'elle se manifeste au dehors d'une manière réelle, efficace ; il faudra donc presque nécessairement un acte matériel d'appréhension. Ce mode est d'ailleurs, nous le savons, le mode primitif, originaire. Lorsqu'il y a translation, l'appréhension du précédent possesseur est comme transportée au nouveau ; c'est elle seule qui permet à l'acte translatif de propriété d'être suffisamment caractéristique de la possibilité d'agir.

De plus, cette possibilité doit présenter une certaine certitude, des conditions de tranquillité et de calme ; si donc la chose est possédée par un autre que celui qui nous en transmet la propriété, ou s'il s'agit de se mettre, même avec droit, en son lieu et place, la possession n'existera que par une *dejectio*, c'est-à-dire par le fait de la dépossession du premier possesseur.

Au reste, il est bien évident que la possession s'acquerra conformément à ces principes, soit par un constitut possessoire, soit parce que l'on appelait une *traditio brevi manu*, soit encore par l'intermédiaire d'un tiers agissant pour notre compte.

Enfin, rappelons encore ici qu'en matière de meubles corporels, on peut distinguer deux degrés dans la possession, suivant la possibilité d'agir plus ou moins immédiate dans laquelle s'est trouvé le nouveau possesseur au moment de l'acquisition ; il n'y a qu'une possibilité manifeste, éclatante, d'agir qui confère les principaux avantages de la possession (art. 1141 et

2279). Mais ceci se rattachera mieux aux effets de la possession (V° *infra*).

En résumé, pour l'acquisition de la possession dans le droit français, si nous voulons embrasser tous les cas dans une formule commune, nous ne pourrions l'exprimer qu'ainsi : Il faut : *a*) un acte physique accompli avec l'intention d'avoir la chose à soi, et qui soit l'expression de la possibilité d'agir ; *b*) une possibilité d'agir à son gré sur la chose, présentant un certain degré de certitude, mais sans qu'il soit aucunement nécessaire qu'elle soit actuelle.—Il nous paraît difficile de préciser davantage.

Nous assistons donc ici à un admirable développement dans un sens spiritualiste des principes romains sur l'acquisition de la possession. Le jurisconsulte de Rome, le grand Paul, avait écrit : *non est necesse corpore apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* L'esprit, qui veut posséder, et le regard, qui embrasse la chose étaient ainsi les éléments essentiels de l'acquisition ; le toucher lui-même avait paru trop matériel lorsqu'il s'agissait d'une possession transmise. Les modernes suppriment même cet élément de la vue de la chose ; car pourquoi le regard plutôt que le toucher ? celui-ci supprimé, il n'y a aucune raison de s'arrêter. La possesion n'est donc plus appréhendée par les sens, mais par l'esprit seul, pourvu que la possibilité de fait d'agir à son gré existe sur une chose déterminée, avec une certitude suffisante. Les sens n'interviennent plus que comme une manifestation nécessaire de l'esprit, lorsqu'il s'agit d'une chose qui

n'a encore été possédée par personne, ou lorsqu'il s'agit de déjeter un tiers.

— La possession se perdra *animo* par une volonté contraire, par la volonté active de ne plus posséder. — Elle se perdra *corpore* par la cessation de fait de la possibilité d'agir; mais cette possibilité s'entendra ici d'une manière plus large encore que pour l'acquisition. Même s'il s'agit d'une chose possédée pour la première fois, une action ne sera plus nécessaire pour en conserver la possession. La possession ne se perdra donc en général que par un obstacle matériel qui rende impossible l'action arbitraire sur la chose. Les applications de ce principe seront variées. Mais une question qui s'élève est celle-ci : La possession est-elle perdue par le seul fait qu'un tiers s'est emparé de l'immeuble? On répond volontiers, en s'appuyant sur l'art. 2243, qu'elle ne se perd qu'autant que *l'occupation par un tiers aura duré une année* (Aubry et Rau, p. 179). C'est ce qui nous paraît parfaitement inexact. Certains effets de la possession, la prescription (art. 2243), la complainte résultant de la possession annale (art. 23, C. pr. c.) peuvent sans contredit se continuer ou persister tant que la possession du tiers n'a pas duré plus d'un an; mais la possession n'en est pas moins perdue, et la preuve c'est que, si l'interruption a duré un an, la possession sera réputée perdue, du jour de l'usurpation, et non pas un an après seulement. Aussi est-il douteux que le précédent possesseur, s'il n'a pas la possession annale, puisse se faire réintégrer (Comp. Appleton, p. 272 et 370).

Au reste, la possession sera perdue alors même qu'on ignorerait l'usurpation. Les raisons qui avaient fait admettre par fiction un principe contraire dans le droit romain ne subsistent plus. (Art. 23. C. pr. c.)

§ 3. — Possession des servitudes.

La notion de la possession des servitudes est parfaitement semblable à celle de la possession des choses; il n'y a entre ces deux sortes de possession qu'une différence du moins au plus. De même que celle-ci consiste dans une domination de fait sur l'ensemble des attributs de la chose, de même la première se résume dans une domination semblable sur l'un ou plusieurs de ces attributs seulement. Ceci s'applique aussi, on le comprend, à la possession de l'emphytéote et du superficiaire.

Le rapport est d'ailleurs le même pour les servitudes personnelles et pour les servitudes réelles; car, bien que les servitudes réelles soient dites exister sur un fonds, au profit d'un fonds, il n'y aurait rien de plus inexact que de considérer avec quelques auteurs le fonds dominant comme personnifié, élevé au rang de personne morale. (Telle est entre autres l'opinion de Boking, v° Windscheid, p. 201, note 6.) Cette manière de parler indique seulement que tout nouveau possesseur du fonds dominant, possédera la servitude que possédait son auteur; c'est donc l'homme et non le fonds qui possède. Est-il besoin de le dire?

La possession des servitudes ou des autres droits réels pourra, d'après ce qui précède, être définie, à l'instar de la possession *corporis* : *une possibilité de fait d'agir à son gré sur la chose corporelle dans l'un ou plusieurs de ses attributs, jointe à une intention correspondante.* C'est tout ce qui appartient à la notion générale ; la détermination plus précise résultera des règles sur l'acquisition et la perte de ce genre de possession.

La possession des servitudes ne consiste donc pas dans l'exercice, ni même dans la jouissance d'un droit que l'on exerce ; elle n'est pas une action, mais un état, une situation (Comp., art. 2228), de même que la possession *corporis*. Telle est la règle générale, et la loi française ne s'est pas placée en dehors de cette règle de raison.

On nous fera sans doute ici l'objection suivante, qui est fondamentale et qui mérite, par conséquent, que nous l'examinions de plus près, attendu qu'il est nécessaire de la repousser pour que nous puissions arriver aux règles que nous allons proposer sur l'acquisition et la perte de la possession des servitudes.

L'art. 2228, dira-t-on, ne place pas la possession des droits dans la possibilité de l'exercice, mais dans une jouissance exercée ; donc dans un exercice effectif, et, par conséquent, il n'y a pas de possession *juris* en dehors de cet exercice ; à plus forte raison la possession ne peut-elle donc naître sans un premier exercice. Tel est bien, ajoutera-t-on, l'esprit du Code civil, car,

1° Dans le droit romain déjà il était de principe que

la possession des servitudes, à la différence de celle des choses, n'est point continue, mais cesse après chaque exercice;

Servitutes prædiorum rusticorum tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem. Nemo enim tam perpetuo, tam continenter, ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur. (L. XIV de serv.)

Or, il est bien probable que l'art. 2228 a voulu reproduire cette théorie, d'autant plus que,

2° Pothier (V° *suprà* p. 170) plaçait également dans l'exercice, la possession du droit;

3° Les art. 706 et 707, et l'art. 617 viennent corroborer singulièrement cette manière de voir. Après trente ans dès le dernier exercice, le droit lui-même est éteint; donc la possession a dû cesser avec le dernier exercice. On convient bien que ces articles n'ont pas directement trait à la possession; mais, ajoute-t-on aussitôt, l'analogie est complète. De même que le droit de propriété interpelle toujours le droit qui en a été détaché, de même la pleine possession doit interpeller toujours la possession de l'un des attributs de la chose. Cette possession-ci est donc perpétuellement interrompue; elle ne subsiste que par l'exercice, et c'est ce qui la distingue de la possession des choses;

4° Enfin le rapprochement des articles 688, 2228 et 2229 prouve bien qu'il en doit être ainsi, au moins pour les servitudes discontinues.

Cette augmentation, qui peut paraître assez fondée,

est cependant bien affaiblie, même dans sa dernière déduction, par les considérations suivantes :

Les servitudes continues doivent bien être susceptibles d'une possession continue puisque d'après la loi elle-même (art. 688), elles sont réputées s'exercer perpétuellement par l'existence de l'ouvrage qui en permet l'exercice actif.

De plus, l'usufruit doit bien, à plus forte raison, être susceptible d'une semblable possession ; les lois romaines citées ne l'atteignent pas; même à Rome, il pouvait s'acquérir par la prescription ; et la possession de la propriété elle-même n'est pas plus énergiquement caractérisée en général, et supporte les mêmes interruptions de fait.

Enfin, les lois romaines citées sont critiquées avec raison par les romanistes. Elles sont un essai malheureux d'expliquer la non prescriptibilité des servitudes, bien plus que l'expression de l'opinion générale des jurisconsultes (*vide suprà*, p. 102).

Il suit nécessairement que l'article 2228 ne saurait être pris à la lettre, et que l'on ne peut pas davantage argumenter des articles 706, 707 et 710. C'est d'autant plus vrai pour ces derniers, qu'ils ne parlent que des effets du non-usage sur le droit lui-même, non sur la possession ; qu'ainsi ils nous laissent en présence des principes généraux en ce qui la concerne.

Reste le rapprochement des articles 688, 2228 et 2229, quant à la possession des servitudes discontinues. C'est ici le point surtout contesté. Ce qui donne lieu à la difficulté c'est l'absence dans notre Code de

toute disposition qui détermine à quel moment la possession de la servitude est censée perdue par le défaut d'usage. Cette époque est ainsi très-difficile à fixer; et, comme elle est très-importante, soit au point de vue de l'annalité nécessaire pour l'action possessoire, soit au point de vue du délai d'un an accordé pour agir depuis la perte de la possession, le besoin d'indiquer une époque certaine, l'appui trouvé dans le droit ancien et dans nos deux articles, l'identité de l'expression, « servitude discontinue, possession discontinue, » enfin, sous un certain point de vue, la nature même des choses, il faut le reconnaître, ont fait fixer, après chaque exercice, la fin de la possession. Les systèmes suivis en matière de possession des servitudes, se résument donc en traits généraux, à peu près comme suit :

On admet une possession continue pour les servitudes personnelles, au moins pour l'usufruit et l'habitation, et pour les servitudes réelles dites continues; on admet même que la possession en soit acquise dès qu'existe la possibilité d'en user, jointe sans doute à l'*animus sibi habendi*. Remarquez que l'on parle de la possibilité *d'user de la servitude*, non de la possibilité du simple exercice du droit, pour faire entendre que, dans les servitudes apparentes, l'établissement de l'ouvrage est absolument nécessaire à l'existence de la possession. Puis, l'on restreint aux servitudes discontinues la nécessité d'un premier exercice actif pour l'acquisition de la possession, ainsi que les effets de l'interpellation *corporis*. Enfin, pour éviter les conséquences trop énergiques de cette interpellation, on appelle à son secours

l'article 2243, C. c., et l'on affirme que la possession ressaisie dans l'année par un acte d'exercice est réputée n'avoir jamais été interrompue; aussi, ajoute-t-on, il se pourra très-bien qu'on ait conservé une servitude, que même on en ait fait souvent usage, quoiqu'à aucune époque on n'en ait eu la possession annale nécessaire pour les actions possessoires (v° 64', Appleton, p. 276, 278 et 282. — A peu près dans le même sens, Dalloz et Bélime, cités par Léon Wodon, p. 306. — Aubry et Rau, p. 179.)

Mais en réalité, l'article 2243 n'a absolument rien à faire dans la question qui nous occupe. Il a trait uniquement aux effets de l'interruption par la privation *réelle* de la chose, à la perte de la possession par *l'entreprise* d'un tiers; par conséquent, par *l'impossibilité de l'exercice arbitraire*. Il se réfère d'ailleurs principalement à la possession nécessaire pour prescrire; comment peut-on donc prétendre que cet article a pour effet de parer aux inconvénients de l'interpellation de la possession *corporis* dans les servitudes discontinues, alors précisément que celles-ci sont imprescriptibles? Enfin, admettre l'application de cet article, c'est admettre avec nous la continuité de la possession des servitudes discontinues, avec cette seule modification que deux actes d'exercice doivent au moins se succéder dans l'année, pour qu'il y ait continuité de possession (Arg. art. 23, C. pr.) Mais peut-on donc dire avec l'article 2243, que celui qui a usé de la servitude *itineris* le 1er janvier 1872 et le 3 janvier 1873, ait été privé pendant une année de sa jouissance par

le propriétaire ou par un tiers, tandis que celui qui aurait passé une seconde fois le 2 janvier 1873, n'aurait pas cessé de jouir, toutes choses égales d'ailleurs ?

Il faut donc ou admettre la continuité de la possession des servitudes continues par la continuation de la possibilité d'exercice, et repousser, par conséquent, ces prétendus effets de *l'interpellatio dominii*; ou dénier toute continuité, faire cesser la possession après chaque exercice, et refuser l'action possessoire pour les servitudes discontinues.

Ce second système se baserait surtout comme argument de texte sur le rapprochement des art. 688 et 2228. La possession des servitudes discontinues, assure-t-on, ne saurait être continue, parce qu'elles ont besoin du fait actuel de l'homme pour s'exercer; or l'art. 2228 demande une *jouissance exercée*. Dans les servitudes continues cette jouissance s'exerce nonobstant le non usage actuel (arg. art. 688. al. 1.); mais non dans les servitudes continues. Quand aux servitudes personnelles la possession en demeure continue, parce qu'elle ne sont pas touchées par le second alinéa de l'art. 680.

Mais qui ne voit, répondrons-nous, que la définition du deuxième alinéa de l'art. 688 n'est aucunement relative à l'existence de la possession, et ne se comprend que par l'opposition qu'elle présente avec la définition des servitudes continues. Cette division des servitudes réelles a simplement pour but d'arriver à une prohibition de l'acquisition par prescription, de servitudes dont l'exercice peut être facilement réputé de simple

tolérance (art. 691 et 2232). Aussi est-il admis par presque tous les interprètes que si cette présomption de tolérance tombe, la prescription sera possible.

D'ailleurs, est-il besoin de faire remarquer combien cette intermittence de la possession est peu rationnelle? Rigoureusement, la propriété elle-même a besoin du fait actuel de l'homme pour s'exercer; il en est de même des servitudes personnelles, et celles-ci se trouvent aussi en face de *l'interpellatio domini!*

Il faut donc admettre la *continuité* de la possession même dans les servitudes discontinues; et M. Léon Wodon, n° 285, pose ici le véritable principe. En tous cas, il n'y a pas de système plus illogique que celui qui invoque l'art. 2243 pour faire renaître une possession sans cesse interrompue, et qui accorde l'action possessoire comme si la possession avait été continue (en ce sens Dalloz, Belime, Appleton); surtout lorsque pour établir cette intermittence de la possession, on se base simplement sur l'art. 707, C. c. et non sur le rapprochement des art. 688 et 2228, qui fournissent, nous devons le reconnaître, un argument de texte énergique.

Nous voulons bien admettre qu'un législateur puisse trouver, dans l'interpellation de la *possessio corporis*, un motif au moins apparent de refuser toute continuité à la possession des servitudes discontinues; qu'il pourrait également, pour corriger les effets de cette discontinuité, dans une législation qui exige une possession annale pour l'exercice de l'action possessoire, admettre que la possession perdue est réputée ressaisie

par un second exercice dans l'année. Mais il nous semblerait bien plus rationnel encore qu'après avoir posé le véritable principe de la continuité de la possession en général par la simple possibilité de l'exercice, il appliquât ce principe, même aux servitudes des discontinues (comp. Bruns p. 305 art. 5). L'esprit et les textes du Code sont bien plutôt dans ce dernier sens.

Par ces considérations nous croyons devoir poser en principe dans le droit français : *La possession des servitudes, de même que celle des choses, ne consiste pas dans l'exercice, ni même dans la jouissance d'un droit que l'on exercice* (art. 2228) ; *elle n'est pas une action, mais une situation ; elle continue et persiste quant au corpus; tant que dure la possibilité de l'exercice arbitraire.*

Maintenant que la notion générale est posée, il nous sera facile d'examiner rapidement les principes qui président :

a) A l'acquisition de la possession ;

b) A la perte de la possession des servitudes.

Cet examen achèvera d'éclairer la notion.

a) *Acquisition.*

On peut remarquer en commençant l'étude de ce sujet, qui n'est pas sans difficulté, qu'on n'acquerra jamais, en fait, et d'une manière absolue, la possession originaire d'une servitude, en ce sens que la possession de la servitude aura toujours pour objet l'immeuble possédé par autrui, ou appartenant à autrui. Une propriété franche, ou une possession pleine de la

chose aura donc toujours précédé. Pour qu'il y eût une possession absolument originaire de la servitude, il faudrait supposer qu'on l'eût exercée sur un fonds n'ayant jamais appartenu à personne, et cependant à titre de servitude, par erreur. Mais alors nous serions en présence d'un état de fait qui ne serait pas la possession d'une servitude ; un tiers quelconque pourrait appréhender la pleine propriété de l'immeuble et la possession de la servitude n'existerait que dès cette appréhension.

Il y aura donc toujours dans l'acquisition de la possession d'une servitude, une diminution de la possession ou de la propriété d'autrui. La possession de la servitude sera ainsi toujours dérivée, et cela dans un double sens : *a*) il se peut qu'elle soit acquise au détriment de la propriété ou de la possession franche qui, dans sa pleine unité comprenait la servitude ; *b*) il se peut que la servitude étant déjà possédée par quelqu'un, la possession en passe à une autre personne, par l'effet de la volonté ou contre le gré de la première ; et avec la possession du fonds dominant, s'il s'agit d'une servitude réelle.

Ces observations nous conduiront-elles pour l'acquisition de la possession des servitudes à un principe différent que pour la possession des choses? Nous ne le croyons pas. L'acquisition de l'une et de l'autre sera régie par la même règle. Ainsi la possession de la servitude sera acquise, *soit en vertu d'un titre émané du possesseur* ; et, dans ce cas, un acte matériel sur la chose ne sera pas plus nécessaire que pour l'acquisition de

la possession *corporis*; soit en vertu d'une *véritable appréhension*, c'est-à-dire par l'exercice du droit à titre de servitude (art. 1607, C. c.).

Toutefois ce principe paraît souffrir quelques exceptions en ce qui concerne certaines servitudes.

La possession, consistant dans la possibilité de l'exercice arbitraire, suppose un état de fait qui permette cet exercice. Or, comme cet exercice n'est possible, pour certaines servitudes, que par l'établissement d'un certain état de choses préexistant, il suivrait que la possession ne s'en peut acquérir que par l'établissement de cet état de choses; et, comme cette nécessité se montre surtout dans les servitudes réelles continues et apparentes, l'on pose volontiers en règle, en visant l'art. 688 : *La possession de ce genre de servitudes s'acquiert par l'établissement d'un état de choses qui en permette l'exercice* (Comp. Aubry et Rau, p. 179, 2°).

Il y aurait là une véritable exception à notre principe, puisque la possession ne serait acquise que par un travail matériel. Le titre émané du possesseur ne suffirait donc pas; il ne suffirait même pas d'avoir entrepris l'ouvrage, il faudrait qu'il fût achevé au point de permettre au moins un usage normal et régulier de la servitude.

Mais cette règle est-elle bien exacte? Ceux qui le soutiennent affirment en même temps que la loi considère la persistance de l'ouvrage comme un exercice permanent de la servitude, et qu'ainsi, tant que l'ouvrage subsiste, la perte de la possession ne pourra ja-

mais résulter du non-usage effectif de la servitude ; en d'autres termes, que le non-usage effectif ne saurait jamais faire présumer l'abandon (art. 688 et 707). Or, c'est ce que nous ne saurions admettre. Nous avons repoussé l'application de ces articles à la possession des servitudes discontinues ; nous croyons également devoir les repousser ici. Autre chose est le droit, autre chose, la possession. L'art. 688 nous donne simplement une définition de la servitude qui n'a aucun rapport à la possession ; l'art. 707 statue seulement sur la perte du droit, et ne se réfère pas davantage à celle-ci. Tant que l'ouvrage subsiste, que la prescription extinctive du droit ne commence pas, c'est très bien. Mais cette disposition ne nous autorise pas du tout à sortir des principes généraux en matière de possession, et, suivant nous, l'absence de tout entretien et de tout exercice effectif pendant un long temps pourrait aussi, suivant les circonstances, faire présumer l'abandon, la perte de la possession *animo*.

Mais l'acquisition de la possession suppose-t-elle, au moins, nécessairement ici, la construction et même l'achèvement des travaux, contrairement à notre principe général?

La possession est acquise lorsque l'ouvrage est achevé; cela ne peut faire aucun doute. Mais ne pourrait-on pas voir un *premier exercice* dans l'entreprise seule de l'ouvrage, pourvu qu'elle soit réelle et sérieuse? Le droit de servitude, peut-on dire, en effet, comprend et le droit d'user de la servitude une fois l'ouvrage établi, et le droit de construire l'ouvrage néces-

saire à cet effet. Dans la construction même, il y aurait donc un premier exercico, et, puisque la possibilité de construire nous compète dès la date du titre consenti par le possesseur du fonds servant, ou dès l'échéance du terme, s'il fy a eu terme convenu, nous 'serions conduits à la distinction suivante :

Si la servitude se base sur un titre émané du possesseur du fonds servant, la possession en sera acquise immédiatement et avant tout travail entrepris. Co travail lui-mème serait un exercice de la servitude, et le titre, émané du possesseur, constitue une possibilité assez immédiate de l'entreprendre pour que l'acquisition de la possession en découle aussitôt. Si, au contraire, il s'agit d'un établissement entrepris sans titre, ou en vertu d'un titre émané d'un autre que le possesseur, la possibilité n'apparaît, et la volonté ne se manifeste d'une manière suffisante que lorsque l'état des choses permettra un exercice normal et réel de la servitude ; mais il ne sera pas nécessaire que les travaux soient paraclievés, ni qu'ils aient été réellement utilisés, par exemple, que l'eau ait coulé dans les canaux,

On voit qu'il y aurait donc ici, tout au plus une modification dans l'application de notre principe général sur l'acquisition, et non une véritable exception,

Une distinction semblable pourrait être faite pour la possession des servitudes discontinues et apparentes : Si l'acquisition se base sur un titre émané du possesseur, la possession sera acquise avant tout exercice ; sinon, elle le sera dès que la possibilité et la volonté

d'agir se seront manifestées dans un premier exercice suffisamment caractérisé.

Enfin, quant aux servitudes non-apparentes (servitudes négatives), la possession ne peut en être acquise que par l'abstention de la part du possesseur du fonds servant des actes de la nature de ceux que le titre constitutif lui interdit. Une pareille abstention rapprochée du titre émané, non du propriétaire, mais du possesseur, peut seule être considérée comme l'expression d'une possibilité assez caractérisée d'action, par prohibition, sur le fonds d'autrui (Aubry et Rau).

Cette théorie nous paraît simple et logique ; elle est parfaitement concordante avec notre théorie sur la possession des choses, et, pour achever de la démontrer, nous pourrions nous référer tout simplement à ce que nous avons dit alors. Cependant, comme elle n'est pas à l'abri d'objections, nous y reviendrons tout à l'heure, en traitant de la perte de la possession.

B) Perte.

La difficulté principale qui surgit ici, c'est de savoir, étant donnée l'existence de la possession d'une servitude, jusqu'à quel moment elle durera, spécialement dans les servitudes discontinues, nonobstant le non exercice effectif du droit.

Cet instant est très-important à déterminer; il eût été a désirer que le Code l'eût fixé à un terme précis par présomption générale. En l'absence de toute disposition de ce genre, nous nous voyons tenus d'appliquer ici le même principe qu'à la perte de la posses-

sion des choses. Ainsi, dans chaque cas particulier le juge aura à examiner à quel moment le non-usage devra être interprété comme un abandon ou une renonciation à la possession acquise (en ce sens Léon Wodon, n° 281).

Nous avons repoussé plus haut, d'une manière générale et spécialement dans son application aux servitudes discontinues, l'effet interruptif que l'on veut attribuer à l'interpellation de la possession *corporis*; nous avons admis une possession continue, même pour les servitudes discontinues. Mais il importe ici de bien rendre notre pensée. Tout en repoussant cette possession sans cesse perdue et renaissante ; tout en faisant régir les servitudes par les règles générales de raison qui gouvernent la possession, nous ne voulons cependant pas dire que, cette coexistence de la *possessio corporis*, soit absolument de nul effet, dans l'appréciation à faire par le juge.

Les différences entre la possession des choses, et celle des droits résultant de la nature des choses : 1° Celle-ci est toujours en face d'une possession ou, au moins d'une propriété s'étendant sur la chose toute entière, sauf la portion qui en a été détachée, de fait ou de droit ; 2° les faits matériels qui en sont l'exercice, surtout pour les servitudes discontinues, sont souvent peu importants, et revêtent facilement un caractère de précarité ou de tolérance.

Ces deux différences ont pour effet, non pas que la possession des servitudes soit discontinue, mais que l'abandon, par défaut d'exercice ou d'usage s'en pré-

sumera, facilement, et d'autant plus facilement que les faits qui l'ont fait acquérir ou qui en constituent l'exercice normal sont moins apparents et peuvent ainsi paraître plus facilement absorbés par la plénitude de la *possessio corporis*.

Une conséquence immédiate de cet abandon de par le *possessor juris*, ce retour au profit du *possessor corporis*, sans qu'il soit besoin de sa part d'un nouvel acte d'appréhension, car sa possession tend toujours à dominer l'ensemble, dès que l'obstacle venant de la possession d'autrui a cessé. Ce retour se comprendra d'autant plus facilement que la fraction détachée est moins importante. S'il s'agit d'une servitude de passage perdue par l'abandon, on comprend, en effet, que le *possessor corporis* ait dès la perte, la possession de la propriété franche; on concevrait difficilement qu'il pût en être autrement. Par contre on pourrait se demander si le possesseur de la nue propriété est, par le seul fait de l'abandon de la possession de l'usufruit, et sans nouvel acte d'appréhension ou même de volonté de sa part, devenu possesseur de la pleine propriété. Nous croyons devoir décider affirmativement, mais ce n'est pas sans quelqu'hésitation ; il nous paraît difficile de concevoir une possession de la nue propriété dès qu'une possession de l'usufruit ne vient plus, en fait, la restreindre.

Ces considérations générales nous guideront dans l'application des principes de la perte de la possession des choses, que nous croyons devoir faire à celles des servitudes.

Les règles sont donc ici les mêmes pour les deux sortes de possession ; il s'agit uniquement d'en faire sagement l'application en ayant égard spécialement aux deux circonstances que nous avons signalées.

Cette opinion ne soulève guère de contradicteurs ni de difficultés pour les servitudes personnelles. On pose généralement le même principe que pour la possession des choses (entr'autres Aubry et Rau, § 170, *a*). L'importance des servitudes personnelles l'explique suffisamment.

Mais il en est bien autrement soit pour l'acquisition soit pour la conservation de la possession des autres servitudes. Nous avons déjà (p. 210) renvoyé ici les objections que soulevait notre théorie sur l'acquisition de ce genre de possession ; ce sera aussi le lieu d'examiner celles que soulève notre théorie sur la perte de la possession. Mais auparavant achevons d'en faire l'expósition.

La possession est acquise avons-nous dit, soit pour la servitude apparente, soit pour la servitude non apparente, par l'effet du titre émané du possesseur, ou par l'exercice effectif, construction de l'ouvrage, fait de passer, ou de puiser de l'eau, etc., exercé comme un droit, non comme une simple faculté. Une fois acquise, ajoutons-nous, maintenant, elle se conserve, comme la possession des choses tant qu'une volonté contraire, ou une impossibilité d'agir n'est pas intervenue ; la possession *corporis* n'a pas par elle seule l'effet d'interrompre la possession, en cas de non usage. Si donc le non usage persiste, le juge du possessoire devra

apprécier en fait s'il a duré assez longtemps pour que l'abandon puisse être raisonnablement présumé, en ayant égard à toutes les circonstances de fait de la cause ; spécialement il se guidera pour faire cette appréciation par les considérations ci-dessus, mais sans qu'on puisse, en l'absence d'un texte, faire cesser la possession à une époque fixe moindre de 29 ans.

Occupons-nous ici du non usage seulement. S'il y a eu renonciation formelle, ou acte contraire à la servitude, il va de soi que la possession est dès lors perdue. Demandons-nous donc quel sera l'effet du non-usage sur la possession une fois acquise de la servitude et sur l'action possessoire.

Il faut d'abord poser en principe certain que le non-usage pendant 29 ans entraînera une présomption absolue d'abandon, lorsque ce non usage est tel, que, prolongé pendant trente ans, il entraîne la perte du droit lui-même. En effet, si après trente ans, le droit est perdu, à plus forte raison la possession. Mais il faut de plus que la possession ait été perdue dès la vingt-neuvième année, car sinon après les 30 ans, le possesseur de la servitude pourrait encore triompher au possessoire, alors que son droit lui-même s'est éteint par l'abandon présumé d'une manière absolue, ce qui serait absurde. — C'est le seul terme que nous puissions poser ; mais les circonstances permettront le plus souvent au juge de se contenter d'un terme bien plus court, et quelquefois même de moins d'une année.

Dès que le juge aura statué qu'il y a abandon par non usage, la possession sera réputée perdue dès le

dernier exercice, ou dès la date du titre, si il n'y a pas eu exercice effectif. L'action possessoire, si elle était acquise, durera un an dès cette époque (art. 23 C. pr.); dans l'impossibilité de fixer une autre époque, c'est dès cet instant que le possesseur est naturellement présumé avoir renoncé à sa possession. Mais il faut que le juge statue d'abord qu'il y a réellement abandon, car nous admettons pleinement avec Léon Wodon, n° 285, que le dernier exercice (et selon nous même le titre), quoique datant de plusieurs années puisse suffire pour justifier la possession annale et autoriser la complainte.

Les principes que nous posons ne sont certainement pas ceux généralement enseignés; mais ils nous paraissent simples et faciles à comprendre. La principale difficulté pour le juge sera d'apprécier s'il y a eu, oui ou non, abandon par non usage; mais en pratique les faits se présenteront rarement à lui, sans quelque circonstance déterminante.

En droit, le principe fondamental par lequel nous nous écartons des doctrines enseignées, c'est dans l'acquisition de la possession de la servitude par le seul effet du titre. Ce point reçu, ceux qui repoussent avec nous les effets interruptifs de l'interpellation de la *possessio corporis*, dans les servitudes discontinues (Demolombe, Léon Wodon) sont bien forcés d'admettre la continuation de la possession tant qu'un nouvel événement n'est pas survenu : changement de volonté, impossibilité d'agir. Mais ce premier principe lui-même nous paraît une conséquence nécessaire et logique des

deux principes reconnus par ces mêmes auteurs (Léon Wodon et Appleton lui-même) : 1° la possession est un état de fait; 2° elle ne consiste pas dans l'exercice, mais dans la possibilité de l'exercice.

Pourquoi un premier exercice serait-il donc nécessaire pour l'acquisition?

Si un texte l'exigeait à la bonne heure. Mais aucun texte n'en parle; nous avons vu que les art. 2228, 688, 617 et 707 ne peuvent être invoqués contre nous. L'art. 1138 est par contre un très-fort argument en notre faveur. Nous l'avons dit (§ 2) le titre émané du possesseur donne une certitude bien autrement grande de la possibilité de l'exercice, qu'un exercice effectif même plusieurs fois répété; le titre constitutif est la manifestation la plus énergique, et en même temps la plus ordinaire de la possibilité et de la volonté d'action; ceci est vrai tant pour la possession des choses que pour celle des droits. Pourquoi le titre suffirait-il pour la première comme le veulent Dalloz et Bélime, et non pour la seconde? Pourquoi pour les servitudes personnelles et non pour les servitudes réelles? Pourquoi pour les servitudes non apparentes, comme le reconnait Zachariæ, et non pour les servitudes apparentes? Ces distinctions n'ont aucune réalité intrinsèque, et aucun texte ne les autorise; sur quoi prétend-on donc les baser? Pour les servitudes continues et apparentes, nous comprenons le doute; mais pour elles seules; et nous avons essayé de démontrer plus haut, qu'on pouvait même très-bien arriver à les faire régir par la règle commune. — Peut-être nous

objectera-t-on l'art. 1607? Mais cette article n'est certainement pas limitatif. D'ailleurs, il admet la tradition par la délivrance des titres; donc un premier exercice n'est pas nécessaire; donc le titre constitutif suffit. Tout le monde sait très bien que la rédaction de cet article soulève les plus justes critiques.

Qu'on ne dise pas non plus que l'application de nos principes présenterait des conséquences dangereuses. Il suffit de la faire sainement pour être persuadé du contraire. — Par le titre, la possession est acquise; si le concédant avait une possession annale de l'ensemble l'annalité existera immédiatement au profit du concessionnaire; si donc celui-ci agit en conformité de son titre, il triomphera même au possessoire contre le premier, de même qu'un possesseur *corporis* qui se verrait troublé par son vendeur. Si, après avoir concédé la servitude, le possesseurvend l'immeuble servant sans réserver la servitude, l'acheteur du fonds ne triomphera au possessoire qu'après une année de jouissance paisible quand même la servitude n'aurait pas été transcrite par le concessionnaire. Mais, dans ce dernier cas, si l'acquéreur lui-même a fait transcrire, il triomphera immédiatement au possessoire; parce que tous deux tiennent leur titre de la même personne; qu'ainsi ils ne peuvent se reprocher l'un à l'autre le vice dont leur titre serait infecté; et que, entre deux personnes qui tiennent des droits réels, ou de prétendus droits réels incompatibles entr'eux de la même personne sur la même chose, la préférence se règle par la transcription (art. 3, l. de 1855).

Mais voyons maintenant si les systèmes opposés au

nôtre sont plus rationnels, et pour ne pas nous étendre trop longuement, examinons rapidement le système de M. Appleton qui suit ordinairement M. Belime, et celui de MM. Aubry et Rau.

M. Appleton pose aussi en principe que, pour les servitudes continues « la possession est acquise dès que la possibilité d'en user existo »; il ne distingue point entre les servitudes apparentes et non apparentes à cet égard; seulement pour celles-là, selon lui, la possibilité d'user n'existe que dès l'établissement de l'ouvrage (p. 273 et suiv.). Quant aux servitudes discontinues il paraît bien que l'exercice en est considéré par l'auteur comme nécessaire pour l'acquisition de la possession, quoiqu'il ne le dise pas très explicitement (p. 278). La possession une fois acquise, se maintient, même pour les servitudes discontinues, pourvu, en ce qui concerne celles-ci, que le fond servant porte le signe indiscutable de la servitude, comme par exemple un chemin apparent; sinon la possession de la servitude discontinue est sans cesse interpellée par la *possessio corporis*, et cesse après chaque exercice, sauf la règle de l'art. 2243, d'après lequel une possession ressaisie dans l'année est réputée n'avoir jamais été perdue (p. 271 et 277). — On pourrait d'abord observer que si la possibilité d'agir est suffisamment exprimée, par le titre donné au possesseur dans la servitude continue non apparente, on ne saurait pas pourquoi il n'en serait pas de même dans la servitude apparente, et dans la servitude discontinue. On peut ensuite se référer à ce que nous avons dit précédemment, sur cette pré-

tendue intermittence de la possession de la servitude discontinue et sur l'art. 2243. Mais voyons la solution pratique que l'auteur nous donne d'une question qui, il le reconnaît, embarrasse très fort M. Bélime, son guide :

Vous avez consenti à me laisser ouvrir des jours sur votre terrain ; je reste plus d'une année sans les ouvrir. Pourrez-vous vous prévaloir de mon inaction pour me citer au possessoire lorsque je voudrai plus tard prendre ces vues en exécution de mon titre? Oui, selon M. Bélime, car ce qui prouve que vous avez la possession libre de votre fonds, c'est que, au bout de trente ans, la servitude sera éteinte par non usage ; donc au bout d'un an, dès l'interruption résultant du titre, vous pourrez agir en complainte. Oui, aussi suivant M. Appleton ; mais le motif de Bélime est justement critiqué par ce dernier, car l'extinction par le non usage n'est pas le résultat d'une prescription acquisitive, et ne résulte donc pas de la libre possession du fonds. Toutefois M. Appleton reconnaît également cette libre possession dès l'instant de raison qui suit la concession, et il admet la même solution que M. Bélime : « Depuis cet instant, le maître du fonds servant ayant continué à jouir comme auparavant, sa possession s'étend forcément au droit de propriété tout entier ; toute possession est, en effet, de plein droit présumée exclusive tant qu'une autre possession n'est pas venue la limiter. » Le motif donné est le même que celui de M. Bélime, la pleine possession ; seulement cette pleine possession n'est pas démontrée par Appleton comme par ce dernier. Mais ce qui montre combien la doctrine

de M. Appleton lui-même manque de base, c'est l'étrange position qu'il fait aux parties dans l'année qui suit la concession : « Le maître de la servitude ne peut agir au possessoire parce qu'il n'a jamais eu la possession ; mais le cédant ne le peut pas davantage, parce que, par la concession, il a renoncé à la possession de son fonds en tant que cette possession ferait obstacle à l'exercice de la servitude. » Ni le concessionnaire qui serait empêché d'exercer la servitude, ni le concédant qui se prétendrait troublé par cet exercice même n'ont donc l'action possessoire; pendant un an la voie possessoire leur est fermée; et le concessionnaire est même dans l'impossibilité d'arriver à la complainte avant une année d'exercice paisible.

Cette théorie peut être subtile; assurément elle n'est pas rationnelle.

Pourquoi le concédant aurait-il perdu la possession si elle n'est pas acquise au concessionnaire? il ne s'est cependant dévesti que sous cette seule condition. Comment soutenir que, dans toute servitude acquise par titre, il s'opère d'abord, contre la volonté des parties, une extinction *in parte qua* de la possession sans acquisition correspondante? Enfin, si la possession correspondante au droit de servitude est réellement vacante dans l'intérêt du concessionnaire qui l'a stipulée, comment prétendre que celui-ci n'a pas le *corpus*, qu'il n'a pas la possibilité physique d'agir sur la chose, en présence de laquelle il se trouve peut-être?

MM. Aubry et Rau (p. 170, 2) n'admettent aussi l'acquisition de la possession des servitudes continues et

apparentes que « par l'établissement de l'état de choses que supposent l'existence et l'exercice de la servitude »; celle des servitudes discontinues que par l'exercice; enfin, pour les servitudes négatives, ils se contentent de l'abstention conforme au titre. Mais, pour la perte par le non-usage de la possession des servitudes discontinues, ils ne se contentent pas précisément de cette espèce d'interpellation de la *possessio corporis;* il faut suivant les savants auteurs « la cessation volontaire des actes ou faits de l'homme qui la constituent. » Toutefois, même dans ce cas, ils rejettent la solution de MM. Bélime et Appleton dans l'espèce ci-dessus proposée; après un an de non-usage, le propriétaire du fonds servant n'aura point encore l'action possessoire, car, disent-ils, « si, par la cessation (volontaire de l'exercice de la servitude, le propriétaire de l'héritage dominant en perd la possession, et si, par suite, le propriétaire de l'héritage servant recouvre *en fait* la jouissance de la franchise de son héritage, cette jouissance ne constitue cependant pas en sa faveur une possession utile même pour fonder l'action possessoire).

Le principe que la possession des servitudes discontinues se perd par le fait même de la cessation volontaire des actes d'exercice, serait admissible si l'on voulait entendre par là, une cessation complète et durable exprimant l'abandon, parce qu'elle est volontaire, c'est-à-dire non causée par une force majeure. Mais nous ne saurions non plus l'admettre, s'il devait exprimer la perte de la possession par le seul fait du

non exercice, qui n'a pas sa justification dans une force majeure.

Quelle est vraiment l'idée des savants auteurs? J'avais d'abord pensé que c'était la première; une cessation volontaire est bien différente d'un simple non exercice. Mais une lecture plus attentive (note 23, p. 80) me laisse au moins quelque doute. La seconde opinion me paraîtrait d'ailleurs encore plus critiquable que celle de M. Appleton; si la possession cesse avec l'exercice, et ne consiste que dans l'exercice, qu'importe la raison pour laquelle cet exercice n'a pas lieu? En tous cas, où je ne comprends plus la doctrine de MM. Aubry et Rau, c'est lorsque s'appuyant sur l'art. 2228, ils nous enseignent que la non-acquisition, ou la perte de la possession par le non-usage, n'a pas pour effet de laisser, ou de faire retourner au *possessor corporis*, une possession franche, utile pour arriver à l'action possessoire elle-même. Pourquoi cette possession franche serait-elle ainsi dénuée de ses effets? Qu'importe que la prescription extinctive de la servitude ne puisse s'opérer que par trente ans? C'est là une règle spéciale qui résulte de l'art. 706, et qu'on peut appuyer sur les expressions de l'art. 2265; mais quelle influence une règle semblable peut-elle avoir en matière d'action possessoire? Et si j'ai la possession franche de fait, cette possession ne doit-elle pas jouir de tous les avantages ordinaires, sauf une disposition expresse de la loi?

Quant aux autres principes des savants auteurs sur la possession des servitudes, nous pouvons, ce nous

semble, nous référer à ce que nous avons dit précédemment. Qu'il nous suffise de dire que nous sommes étonnés de les voir exiger un exercice effectif pour l'acquisition de la possession des servitudes réelles, alors qu'ils n'exigent rien de semblable, et se contentent de la possibilité, actuelle et exclusive, il est vrai, d'agir matériellement sur la chose, pour la possession des choses, et pour celle des servitudes personnelles; alors qu'ils se contentent du titre et de l'abstention pour les servitudes non apparentes; alors surtout qu'ils posent en principe certain (§ 181), que la possession des choses héréditaires se transmet *ipso facto* aux successeurs universels, même à ceux qui n'ont pas la saisine légale (*V. infrà*).

§ IV. — VICES DE LA POSSESSION.

Nous n'aurions pas une notion complète de la nature de la possession si nous ne connaissions pas les vices dont elle peut être infectée.

L'on ne devrait entendre par cette expression, *vices de la possession*, que les défectuosités qui, tout en laissant subsister la possession, lui ôtent cependant une partie de son énergie et de ses effets. La possession vicieuse serait donc une véritable possession; le vice dont elle serait infecté n'atteindrait pas son existence elle-même, mais lui enlèverait seulement une partie de sa force. Tel devrait être le sens théorique précis de cette expression. Mais, par un abus de langage que les Romains n'avaient point commis, mais

qui nous vient cependant de leur théorie particulière en matière de précaire, nous donnons aussi le nom de *possession vicieuse* à un rapport qui n'est point une possession proprement dite. C'est ainsi que nous disons de la possession du fermier qu'elle est entachée du vice de précarité, alors même que le fermier ne prétendrait pas posséder pour son compte en usurpant le droit du propriétaire. Cette manière de parler est, sans doute, impropre; mais nous verrons qu'on peut encore parler dans notre droit, du vice de précarité dans la possession.

Quoi qu'il en soit, pour être exact, on ne doit pas dire que les vices de la possession sont certaines défectuosités qui tiennent à l'*animus habendi*; ces défectuosités sont suppressives de la possession. Les vices de la possession dérivent toujours de la nature des actes au moyen desquels la possession a été acquise ou continuée (Comp. Aubry et Rau, p. 182); ce sont la précarité, comme nous le verrons, même dans notre droit; la clandestinité et la violence (Comp. art. 2229, 2232, 2233, 2230, C. pr. art. 23).

A) De la précarité.

On sait ce qu'était le vice de précarité en droit romain. On sait aussi que, dans le droit français on appelle essentiellement possesseur précaire celui qui reconnaît la propriété d'autrui, comme le fermier, l'usufruitier, etc. (art. 2236); le droit romain ne les avait jamais qualifiés ainsi.

Par le fait que le caractère essentiel de la précarité

consiste, d'après cette manière de parler, dans l'absence de l'*animus domini*, le précariste romain se présentera aussi chez nous comme un possesseur précaire, et sera ainsi placé en ce qui concerne la possession sur la même ligne que le fermier ou l'usufruitier (art. 2232). Dans tous ces cas la précarité sera non pas un vice, mais une cause suppressive de la possession. La possession ne sera pas vicieuse ; elle n'existera pas, car il n'y en a pas sans l'*animus sibi habendi*.

Mais si, en principe, la précarité est exclusive de l'*animus domini*, il est cependant un cas où il n'en est point ainsi. Il suffit de supposer que le possesseur précaire, fermier ou dépositaire, quoique n'ayant pas en sa faveur une interversion de titre dans le sens de l'art. 2238, entende cependant posséder la chose pour lui-même, de bonne ou de mauvaise foi, peu importe. Il réunira aussitôt en lui les deux éléments de la possession, le *corpus* et *l'animus* ; il sera certainement possesseur ; au moins possesseur naturel. Sans doute, la loi paraît continuer à le considérer comme un possesseur précaire ordinaire et semble n'attacher aucun effet à cette interversion dans l'*animus*, à laquelle le fait correspondra nécessairement dans une certaine mesure, alors même qu'il ne réunirait pas les conditions de l'art. 2237, pourvu, ce que nous supposons, que cet *animus domini* soit sérieux. Mais il n'en sera pas moins vrai que nous rencontrerons ici une véritable possession, et qu'il nous sera permis de qualifier justement ce rapport de possession vicieuse, fût-il même vrai qu'au point de vue du droit positif, il dût

être placé complétement sur la même ligne que la détention du fermier.

Cependant l'on pourrait objecter : votre manière de parler, exacte en soi, ne l'est pas du tout au point de vue de la loi ; et ce sont les expressions de celle-ci que vous devez choisir et commenter : Votre possession vicieuse n'existe pas plus devant la loi positive que celle du fermier qui est resté dans les limites de son droit ; vous devez donc les placer sur la même ligne.

Ce reproche est-il absolument fondé ? Nous pourrions d'abord répliquer que la loi qualifie de possession toute détention précaire (art. 2236) ; que cette expression, inexacte en général, cesse de l'être dans notre cas, puisque nous avons certainement ici tous les éléments de la possession, alors même que l'on voudrait considérer le vice comme radical. Mais ne pourrions-nous pas d'ailleurs trouver une seule différence résultant du changement dans l'*animus* ; en d'autres termes, faut-il dire que même alors la précarité est toujours et partout un vice absolu que tout tiers peut opposer ? Nous devons avouer que telle est la théorie générale ; nous ne pouvons cependant nous résoudre à l'admettre. Il y a en effet des espèces éminemment favorables, et les principes nous paraissent commander une distinction.

Supposons en effet une espèce du genre de celles rapportées par Merlin d'après Dunod, v° Prescription Sect. 1, § 6, art. 2 : Les Jésuites de Dôle étaient depuis deux cents ans en possession d'une forêt, sur laquelle ils exerçaient des actes caractérisés de pro-

priété, mais sur la représentation du titre primitif, ils sont évincés par le concessionnaire, soit par ses ayants-droit. Cette décision se comprend encore dans le conflit entre le propriétaire et le possesseur précaire, et pourrait encore être donnée aujourd'hui (art. 2230). Mais croit-on donc qu'un tiers quelconque qui se serait emparé de l'immeuble, aurait pu se faire maintenir en alléguant la précarité du titre primitif, et que les possesseurs anciens n'auraient pu triompher en vertu de leur possession immémoriale, et certainement exercée à titre de propriétaire ? qu'ils n'auraient pas même pu invoquer la complainte basée sur la possession annale ? qu'ils n'auraient donc eu que la réintégrande pour dépossession violente, comme un détenteur de la veille ? C'est ce qui ne saurait être admis équitablement. Plusieurs auteurs l'ont si bien compris qu'ils ont élargi singulièrement la notion de l'interversion de titre, résultant « de la contradiction opposée au propriétaire (art. 2238). Ainsi MM. Aubry et Rau (p. 180) voient une interversion dans « des faits matériels assez caractérisés pour annoncer manifestement des prétentions de propriété, et assez graves pour constituer le propriétaire qui en a obtenu connaissance en demeure de s'y opposer, en faisant valoir ses droits. » Certainement, d'après cette théorie, les possesseurs, dans l'espèce citée, eussent été maintenus dans leur possession de deux cents ans contre le propriétaire lui-même. Nous ne voulons pas contester cette interprétation de l'art. 2238, mais nous nous demandons s'il ne peut pas se faire que la précarité soit

purgée en ce qui concerne les tiers tout en étant toujours opposable par le propriétaire ; en d'autres termes ; si la précarité ne peut pas devenir un vice purement relatif, et nous croyons pouvoir répondre affirmativement. L'équité qui veut que la longue possession soit protégée, surtout si elle est de bonne foi, est sans doute dans notre sens. Mais les principes du Code n'y sont pas contraires ; seulement nous ne pouvons pas ici distinguer entre la bonne et la mauvaise foi, car la protection de la possession est indépendante de cette circonstance. Examinons donc les articles du Code. Entre la précarité selon l'art. 2230, qui est suppressive de toute possession, et les conditions de l'interversion selon l'art. 2238, qui produisent une possession exempte de vices, n'y a-t-il absolument pas place pour un état intermédiaire, pour une possession infectée d'un vice relatif, semblable, dans ses effets, à celle du précariste romain, précaire vis-à-vis du propriétaire, pleine et complète vis-à-vis de tout autre.

Nous croyons bien que l'affirmative doive être adoptée. L'héritier du fermier qui se gère en maître a une possession qui réunit toutes les qualités des art. 23, C. pr., et 2220, C. c. Si donc sa possession est annale, aucun texte ne s'oppose à ce qu'il ait la complainte contre tout tiers usurpateur (Comp. Troplong, Traité de la Prescription, I, 369 et 370). Mais acquerra-t-il également la propriété de la chose par la possesion *animo domini*, propriété sans doute vicieuse à l'endroit de celui dont il tient la chose ? Les articles 2230, 2237 et 2238 sont trop directement contraires

pour que nous osions l'affirmer ; et les traditions anciennes s'y opposent encore plus fortement. Mais ceci importe moins dans notre question ; nous voulions seulement démontrer que la précarité peut être encore admise en droit français, comme un vice de la possession en matière d'action possessoire.

En matière de servitudes, la précarité présente de l'analogie avec le *precarium* romain, c'est-à-dire qu'elle désigne le fait que la servitude est exercée à titre de simple tolérance. MM. Aubry et Rau veulent voir ici un vice purement relatif de la possession, car disent-ils, « celui qui exerce une servitude à titre de simple tolérance, l'exerce pour son propre compte. Il en résulte que sa possession est efficace à l'égard de tous, à l'exception seulement du propriétaire ou possesseur dont émane la concession. » Nous ne saurions admettre cette doctrine. Il ne suffit pas d'exercer la servitude pour son compte ; il faut l'exercer comme un droit qui vous compète pour qu'il puisse y avoir possession. L'article 2232 est donc complétement dans le vrai et ne comporte pas ces distinctions. La possession existe ou n'existe pas ; si elle existe, c'est à l'égard de tous, sauf les vices dont elle peut être infectée. Or, on ne peut certainement dire qu'elle existe ici vis-à-vis du propriétaire qui souffre un acte de voisinage exercé à titre de tolérance ; donc elle n'existe vis-à-vis de personne, donc elle ne peut être vicieuse. La possession peut être infestée d'un vice soit relatif, soit absolu, mais alors même elle existe à l'égard de tous (Ch. Appleton en ce sens).

Aussi nous admettons parfaitement que la jouissance d'une servitude continue et apparente, ou même d'un immeuble puisse être concédée à titre de pure tolérance; ce serait une convention qui rappellerait le précaire romain; mais notre droit ne qualifie pas même ce rapport de possession précaire (art. 2232) comme il le fait pour la détention du fermier (art. 2236). Il nous paraît donc certain qu'une semblable jouissance ne saurait fonder la prescription, et ne tomberait pas sous le coup de l'art. 2220 aux termes duquel on ne peut renoncer d'avance à la prescription. Cette règle ne s'applique qu'à celui qui possède; or, celui qui ne jouit qu'à titre de tolérance ne possède pas (art. 2232). Cette jouissance ne fonderait pas davantage l'action possessoire. (d. art.)

B) De la clandestinité.

Le vice de la clandestinité est purement relatif. Il Il consiste dans l'absence de la publicité exigée par l'art. 2229. La possession est donc clandestine lorsque les actes par lesquels elle a été appréhendée ou continuée n'étaient pas de nature à être connus de ceux contre lesquels on voudrait s'en prévaloir.—Si ces actes avaient même étaient célés à tout le monde, le vice de clandestinité deviendrait absolu. — La possession clandestinement appréhendée peut devenir publique par des actes qui la révèlent suffisamment; nous ne suivons point ici la règle du droit romain.

La réciproque est également vraie: une possession publique peut très-bien devenir clandestine, si le possesseur prend des précautions pour la cacher.

Les actes de nature à rendre la possession publique, seront au reste diversement appréciés suivant l'objet de la possession.

Tous ces points ne font aucune difficulté dans la théorie.

C) De la violence.

Dans le vice de violence, il importe de distinguer deux époques : *a*) la violence par laquelle on s'efforce d'entrer en possession ; *b*) celle par laquelle on se maintient dans une possession acquise. Au premier cas, tant que la possession n'est pas assise ; tant que la lutte dure, ou que l'intimidation morale persiste, la possession ne saurait être acquise vis-à-vis de personne; la loi refuse de reconnaître ici une possession utile (art, 2233) ; le vice est donc absolu. Au second cas, il en est autrement ; il ne s'agit plus de fonder une possession, mais de maintenir celle qui est acquise, et, comme la dépossession elle-même, pourvu qu'elle n'ait pas duré une année, ne saurait être opposée ni par les tiers, ni même par l'ancien propriétaire (art. 2243), il suit qu'à plus forte raison les actes de violence par lesquels on s'est maintenu dans la possession ne pourront être opposés par les tiers, ou par l'ancien propriétaire, mais seulement par ceux qui y ont pris part (art. 2229), à moins que les contestations, suivant l'expression de M. Troplong, aient été « éclatantes et géminées », et qu'elles aient duré pendant une année, de telle sorte que toute possession ait été suprimée dans cette intervalle. Une violence annale semblable

ost au reste assez difficile à imaginer ; mais elle équivaudrait à une dépossession annale.

La violence est donc, au second cas, un vice purement relatif. Il en serait également ainsi, s'il s'agissait d'une violence purement morale, d'une intimidation, alors même qu'elle aurait duré une année ; car cette violence n'a pas empêché le fait matériel d'une possession paisible.

— Au reste, si nous voulions essayer de réunir dans un seul mot les vices de la possesion en droit français, nous dirions qu'ils se résument dans cette expression : la possession est vicieuse lorsqu'elle est équivoque. En effet, la précarité comme vice proprement dit de la possession (*vide supra*) donne à celle-ci, quoiqu'elle réussisse d'ailleurs toutes les conditions élémentaires de la notion, un caractère équivoque vis-à-vis du concédant, tant qu'il n'y a pas eu interversion de titre en conformité de l'art. 2238. Cette interversion est seule réputée avoir un caractère d'authenticité suffisant pour purger vis-à-vis de lui l'équivoque résultant de la concession primitive. — La clandestinité, engendre encore plus manifestement l'équivoque: des actes qui se passent d'une manière intentionnellement occulte ne sauraient être l'expression externe de *l'animus domini*. — Enfin la violence elle-même, laisse planer un certain doute sur l'état de la qualité de la posession. On pourrait donc dire, ce semble : Il n'y a qu'un seul vice de la possession, c'est l'équivoque, il peut résulter de la précarité, de la clandestinité et de la violence. Mais l'équivoque peut même être telle qu'elle ne permette

pas à la possession d'exister ; c'est ce qui a lieu pour les actes de familiarité et de voisinage que la loi répute de plein droit pratiqués à titre de simple tolérance.

§ 5. — De la jonction des possessions.

La possession étant un état de fait, on en conclut généralement qu'elle n'est pas susceptible de passer en réalité d'une personne à une autre. Nous admettons la conséquence ; elle nous paraît découlée du principe. On ne succède pas à un fait ; la nouvelle situation, le rapport nouveau entre l'homme est la chose, est en lui-même, un fait nouveau quoique semblable au précédent. Mais faut-il dire que ce fait nouveau est sans lien avec ce dernier ? qu'il se trouve dans une indépendance absolue ? Ce serait aller trop loin, comme nous le verrons. Ce qui est vrai c'est seulement ceci : quelque soit la cause ou l'origine de la posession qui commence, usurpation ou volonté du précédent possesseur, la possession qui commence n'est jamais, en soi une continuation de l'ancienne possession, une persistance de la même possession au profit de personnes qui se suivraient, qui se succéderaient dans le même rapport ; c'est un rapport nouveau qui doit seulement à l'équité d'emprunter des avantages ou des inconvénients, à la cause qu'il l'a mis au lieu et place de l'ancien. — Faut-il dire d'ailleurs, que, à la différence des faits, les droits admettent une véritable succession ? C'est même douteux, et nombre d'auteurs pensent qu'une succession n'est pas davantage possible ici : le sujet du droit

appartient, dit-on, à l'essence du droit, et par conséquent, le changement du sujet emporte le changement du droit lui-même, ainsi lorsqu'une personne succède au droit d'une autre, il faudrait moins y voir une véritable succession, qu'un droit nouveau surgissant de la matière de l'ancien (*aus dem Stoffe des bisherigen*) V° les auteurs cités par Windtcheid P. 65. Not. 3. Ce dernier auteur ne partage pas cette opinion (1).

---

(1) Cette conséquence, que la possession étant un état de fait ne peut passer d'une personne à une autre, et n'admet pas de succession, quoiqu'on la lise partout, n'a cependant pas l'évidence d'un axiome. D'abord, il est certain que la langue juridique se sert à chaque instant des mots ; « translation, transmission, transfert de la possession. » Et ces expressions s'entendent parfaitement. On comprend en effet aussitôt par là que le nouveau possesseur entre dans tous les avantages de la possession ancienne, lorsque le précédent possesseur lui cède sa possession. L'identité parfaite des positions fait voir à l'esprit une sorte de translation, et l'esprit n'a pas absolument tort. Si la possession seule, isolée, et en soi, ne produit aucun droit, il en est autrement dès que des conditions de durée viennent s'y joindre ; en droit français, elle engendrera bientôt l'action réelle de complainte ; en droit romain, elle fera triompher dans l'interdit réel Utrubi, en droit germanique elle produira la *gewere* ; de plus, la durée de la possession rapproche toujours plus le possesseur du terme de l'usucapion. Ces avantages, ces droits, si l'on veut, peuvent se transférer aussi bien que tous autres droits. Lorsque l'on veut donc poser en principe que la possession ne se transmet pas, cela doit s'entendre de la notion originaire de la possession, indépendamment des avantages qu'elle procure ; cela doit s'entendre surtout de la faculté pour chaque nouveau possesseur de commencer une possession entièrement indépendante et de purger les vices de l'ancienne (Comp. Savigny, p. 44).

Mais, lorsque l'on a posé le principe : la possession est un fait, donc, pas de succession, une question qui s'impose aussitôt est celle-ci : les droits eux-mêmes admettent-ils une véritable succession ? On sait que les Romains n'avaient point reconnu la cession de créance, et que la *procuratio in rem suam* servit à éluder les inconvénients de ce principe rigoureux. Quant aux droits réels, il est

Quoiqu'il en soit, la possession elle-même n'est pas susceptible de transmission. Il suit, qu'en elle-même, la possession nouvelle ne doit subir l'influence ni des qualités ni des vices de l'ancienne. Mais la loi positive basée sur l'équité la plus manifeste en décide autre-

---

vrai, la transmission fut toujours admise ; mais cela répond-il à la notion elle-même du droit réel? Faudrait-il distinguer entre les obligations et les droits réels?

La solution de ces importantes questions dépendra, ce nous semble, de la théorie qu'on adoptera sur la notion du droit lui-même. Pour ceux qui nient l'existence objective des droits ; pour ceux qui refusent de voir dans le droit objectif le fondement du droit subjectif, et qui prétendent que le droit subjectif, dérivation de l'énergie du sujet intelligent, est à lui-même sa base et son propre fondement, la réponse ne peut être que négative. Pour eux, point de succession dans les droits. Le sujet du droit appartient, disent-ils, à l'essence du droit lui-même, et, par conséquent, le changement du sujet emporte le changement du droit. Ainsi, lorsqu'une personne succède, selon l'expression consacrée, au droit d'une autre, il faut moins y voir une véritable succession, qu'un droit nouveau surgissant de la matière, des cendres de l'ancien (*aus dem Stoffe des bisherigen*). — V° les auteurs, cités par Windscheid, P. 55, note 3. — Suivant Lenz, entre autres : Il est inexact de dire que les divers sujets qui entrent successivement dans un rapport de droit réel ne sont que les accidents de ce droit réel, dont l'essence objective persiste et se maintient. Même dans les cas d'acquisition dite dérivée, et à plus forte raison dans les cas d'acquisition originaire, le fondement unique du droit n'est pas dans la prétendue transmission du droit du prédécesseur, mais dans la volonté subjective du nouveau maître. Le maître antérieur ne fonde point le droit nouveau ; il abandonne simplement son droit; il *aliène* l'objet, c'est-à-dire qu'il le rend libre et vacant, aux fins de permettre à un droit nouveau de naître, à un maître nouveau d'établir sa domination. Une véritable transmission est donc aussi impossible en matière de droits réels qu'en matière d'obligation. L'acquéreur est toujours le seul créateur de son droit. (Lenz, p. 45 à 60.)

Pour ceux, au contraire, qui reconnaissent l'existence objective des droits, en même temps que leur existence subjective ; pour ceux qui ne voient dans le sujet du droit qu'un accident, entrant dans un

ment. Comme d'un côté la possession produit des droits importants et qu'il serait souverainement injuste de les faire périr alors qu'une personne abandonne sa possession pour en revêtir autrui, avec tous les avantages qui y étaient attachés, que, d'un autre côté, au point de vue pratique au moins, il est parfaitement

---

rapport donné dont l'existence est indépendante, on conçoit qu'ils admettent aussi une véritable succession dans les droits, pourvu qu'il y ait ; *a*) identité du rapport juridique ; *b*) liaison immédiate entre l'ancien et le nouveau droit ; *c*) dérivation de celui-ci du premier.

Du reste, les deux écoles paraissent arriver au même résultat pratique, en général, la première reconnaissant que le nouvel ayant-droit acquiert tous les droits réels que son auteur abandonne dans cette vue, et que, si le créancier ne peut pas, à la vérité, transporter sa créance, si une succession n'est pas possible dans le rapport d'obligation, une cession peut parfaitement avoir lieu, en ce sens que le créancier donne mission à un tiers d'exercer sa créance, d'être son organe, à l'effet de l'exiger ; qualité qu'il ne cesse d'avoir, alors même qu'il serait dispensé de rendre compte : *procurator in rem suam* (Lenz, p. 59, note).

Pour nous qui, tout en admettant l'existence objective du droit absolu, avons, nous devons l'avouer, quelque peine à admettre l'existence objective des droits civils sans un ayant-droit, la propriété sans un propriétaire, l'obligation sans un créancier, qui, par conséquent, considérons le sujet du droit comme étant essentiel à l'existence d'un droit civil donné ; et qui reconnaissons avec Savigny (cité par Lenz., p. 48), « *qu'il est plus simple et plus naturel de considérer les ayant-droit comme la substance durable du droit; le droit lui-même comme l'accident qui peut ou non, suivant les cas, être joint à la personne ;* » nous avouons cependant que, sous le bénéfice de ces observations, l'expression « *succeder* , » « *succession* , » dans ces droits, nous paraît parfaitement justifiée, et qu'elle est, avec raison, adoptée par toutes les lois positives, pour exprimer cette situation successive de deux personnes qu'un même accident, c'est-à-dire un même droit, vient modifier d'une manière parfaitement identique, l'une après l'autre, par l'abandon qu'en fait l'une au profit de l'autre.

Mais si dans les droits même il est difficile d'admettre une véritable succession, on conçoit maintenant que cette succession se rencontrera bien moins encore dans cet état de fait qu'on nomme la possession.

exact de parler de la transmission et de la succession des droits, et qu'enfin un état de fait n'est pris en considération qu'au point de vue des avantages qu'il procure, la langue juridique et la loi positive arrivent à reconnaître une succession dans la possession sous certaines conditions données; c'est ce que l'on nomme l'accession dans la possession (*accessio possessionis*).

Le principe qui domine cette succession impropre, c'est l'équité; le Jurisconsulte romain l'avait déjà reconnu : « *de accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt tuum in sola æquitate* (L. XIV pr. D, *de div. temp. prescript.*). L'équité demande en effet que les avantages attachés à la possession puisent se transmettre, à l'instar des autres droits, par la volonté du possesseur qui se dépouille. La transmission de la possession a donc sa base, son principe fondamental,

---

Il faut seulement bien entendre la règle. Elle ne fait pas obstacle, comme on se l'imagine trop souvent, à ce que les avantages et les inconvénients de l'ancienne possession passent à la nouvelle, parce que le nouveau possesseur peut vouloir acquérir tous les avantages que la possession donnait à l'ancien possesseur par la cause ou par la durée; celui-ci se retira et résigne sa possession pour que le nouveau possesseur entre complétement dans le même rapport; si donc l'ancien avait une possession annale, le nouveau entrera dans une même possession. Mais il importe de remarquer que le nouveau possesseur, a toujours le droit, s'il le veut de commencer une possession entièrement nouvelle; qu'ainsi le pourra toujours purger les vices de l'ancienne possession, s'il renonce à se prévaloir de ses avantages et à moins que la loi positive ne s'y oppose. Par la résignation de l'ancien possesseur la possession est rendue vacante; le nouveau s'en empare comme de celle d'une chose libre. Si donc nous trouvons des cas où le vice passe au successeur, nous aurons à les signaler, comme des exceptions aux principes théoriques, introduits *utilitatis causa*. (v° art. 2237. C. c)

dans la volonté réelle ou présumée du précédent possesseur. Outre que cette origine est conforme à la raison, on peut l'induire de divers textes romains, qui, en admettant l'accession dans des cas où la volonté présumée paraît difficile à reconnaître, s'empressent de dire qu'elle a lieu quoique la volonté du précédent possesseur soit contraire, du moins au moment ou l'accession se fait. La loi XIV § 5 *de diversis temp. prescript.*, qui est du jurisconsulte Scævola est surtout remarquable à ce point de vue. L'acheteur sur expropriation forcée peut-il joindre à sa possession celle du débiteur exproprié? La loi romaine repond affirmativement en ces termes : *Emptori accessio tui temporis dari debebit, licet* invitoto *pignora distracta sint. Jam enim in illo tempore quo contrahebas videri te consensisse venditioni si pecuniam non intullisses.* » Votre volonté est actuellement présumée parce que vous l'avez eue, ou dû l'avoir au moment où vous empruntiez les deniers.

Partant de cette base, le droit positif et la doctrine font la distinction suivante :

La possession est-elle acquise en conformité de la volonté réelle ou présumée du précédent possesseur? il y aura accession (art. 2235); sinon la possession ne tirera sa force que d'elle-même.

La volonté, reelle ou présumée forme un titre; ce titre est universel ou particulier. De là une sous-distinction de la loi positive.

Lorsque la possession s'acquiert en vertu d'un titre universel, la transmission des caractères de l'ancienne possession à la nouvelle est complète; elle comprend né-

cessairement les avantages et les inconvénients de l'ancienne; — dans le cas contraire, le possesseur peut repousser les avantages pour avoir le droit de purger les vices.

Ces distinctions fondamentales en matière d'accession dans la possession, sont pour ainsi dire aussi anciennes que la science juridique elle-même. Admises d'abord en droit romain, elles se sont maintenues dans notre ancienne jurisprudence, et ont passé presque sans changement dans notre Code, ainsi que dans la plupart des Codes modernes. Notre art. 2235 qui formule le principe a été adopté presque partout sans changement.

Le principe de la volonté réelle ou présumée du *tradens* explique très-bien les règles de la loi.

On comprend que ce soit un effet de ma volonté réelle ou présumée, de transmettre les avantages de ma possession; on conçoit également que les vices ne se transmettent pas en général, parce que le nouveau possesseur commence une possession indépendante, et purge par conséquent les vices de son auteur; ce n'est pas celui-ci qui lui transmet plus de droit qu'il n'en a; le nouveau possesseur puise en lui-même sa possession exempte de vices; les avantages lui sont transmis par le concours des volontés; quant aux vices, il les répudie, parce qu'il a toujours le droit de commencer une possession entièrement distincte. — On conçoit aussi que le successeur universel, continue, qu'il le veuille ou non, la possession de son auteur; ainsi sa possession demeurera nécessairement précaire comme celle de

son auteur, sauf une interversion de titre en conformité de l'art. 2238. On est parti du principe que l'héritier représente le défunt : *in vitia defuncti succedit*, et des considérations pratiques en justifient l'application à la possession. Ces points peuvent se passer de commentaires.

L'accession de la possession se base donc en principe sur la volonté réelle ou présumée du précédent possesseur. D'autres conditions sont, en outre, requises, et les auteurs en indiquent plusieurs (V° Troplong, n° 432 et ss.) :

1° Il faut, dit-on, que la possession dont on prétend s'appuyer soit bonne pour prescrire, et, de plus, que la possession actuelle, qu'on prétend compléter, soit exempte de vices. Cette condition n'a pas besoin d'être indiquée ; elle va de soi. Il est clair que l'on n'accède pas à ce qui n'existe pas, et que l'accession ne saurait purger les vices de la possession nouvelle.

2° Il faut que les deux possessions soient contiguës, c'est-à-dire qu'elles soient juxtaposées sans interruption civile ou naturelle. En ce qui concerne l'interruption civile, on n'avait pas besoin non plus d'en parler comme d'une condition. Quant à l'interruption naturelle par le fait d'un tiers, on pouvait se contenter de faire remarquer l'art. 2243, qui ne la prend en considération, en matière de prescription, qu'autant qu'elle a duré un an ; ce qu'on applique avec raison, par analogie, et même par *à fortiori*, aux actions possessoires La possession réelle, ou plutôt l'absence de tout possesseur pendant une année, produirait certainement

le même effet; seulement, il est inexact de considérer comme une possession vide, celle des choses d'une succession jacente (Comp., Troplong, *l. c.*), car l'hérédité représente la personne (Léon Wodon, N° 250). Enfin, il faut encore dire que la cessation de la possession, par la volonté du possesseur d'abandonner la chose, est une interruption naturelle qui produit instantanément tous les effets de l'interruption naturelle annale venant d'une autre cause, mais que la preuve d'une semblable interruption sera toujours extrêmement difficile.

On voit ainsi que la perte de la possession « *animo solo* » a plus d'effets que la perte de la possession « *corpore solo* »; on peut dire que la raison de la différence est dans le principe « *volenti non fit injuria.* » — Au reste, il est bien clair que la possession tout entière se perd par la cessation de l'un de ses éléments; la différence dans les effets ne se puise que dans l'équité et le droit positif.

3° Il faut que les deux possessions soient uniformes quant à l'objet possédé. — Cette condition n'aurait pas eu davantage besoin d'être indiquée; elle résulte de la nature même de l'accession, qui n'est qu'une transmission des avantages d'un rapport donné entre une personne et une chose, à un nouveau rapport entre une autre personne et cette même chose. La seule observation qu'on eût pu faire en donnant la notion de l'accession, c'est que le moins doit être considéré comme contenu dans le plus : ainsi, l'acheteur qui détient comme usufruitier ce que son vendeur possédait

en pleine propriété prescrira au moins l'usufruit et pourra joindre à cet effet la possession de son auteur; et, réciproquement, si j'achète du possesseur d'un usufruit la pleine propriété de l'immeuble, le même avantage me sera accordé. La subtilité romaine aurait peut-être repoussé ces solutions, par le motif que, dans la possession de la pleine propriété, l'usufruit n'est pas possédé comme un droit distinct; mais elles nous paraissent trop conformes à la raison pour être rejetées de notre droit.

Ces trois conditions résultent donc, on le voit, de la notion même de l'accession, et ne donnent pas lieu à difficulté. Mais il est temps de revenir à la première, à la volonté réelle ou présumée du précédent possesseur, condition qui est fondamentale en cette matière de l'accession, et soulève des questions délicates et importantes, tant par l'autorité des lois romaines que parce qu'elle est directement formulée.

Suivant MM. Aubry et Rau (§ 181), l'accession s'opère au profit de tous ceux auxquels le possesseur est tenu « de remettre ou d'abandonner sa possession, soit par suite d'une obligation de délivrance qui lui incombe, soit à raison de la résolution de l'annulation, ou de la révision de son titre. » La formule est bien donnée; mais cependant peut-être un peu étroite. La volonté du précédent possesseur ne peut être présumée que sur un fondement sérieux, et dans les cas que nous venons de mentionner, ce fondement existe certainement. Si vous avez pris l'obligation de délivrer, votre

volonté, quoique changée, a réellement existé. Dans les cas de résolution, d'annulation, ou de rescision du titre, comme vous n'êtes entré en possession que dans les conditions de votre titre ; on peut dire que vous avez voulu la restitution qui en est la conséquence. Le légataire pourra donc joindre à sa possession, non-seulement celle du testateur, mais même celle que l'héritier a eue jusqu'au moment de la délivrance du legs. Le vendeur ou le donateur, après la résolution de la vente, joindra à sa propre possession celle de l'acquéreur ou du donataire. On peut dire, dans tous ces cas, avec la loi romaine déjà citée : « *Jam enim in illo tempore quo contrahebas videri te consensisse* (L. XIV, § 5, *de div. temp. prescript.*).

Au resto, les savants auteurs s'empressent d'ajouter (en note) qu'il est difficile de poser ici une règle précise, et que, de même qu'en droit romain, cette matière doit plutôt se régler par les notions de l'équité que par les principes rigoureux du droit. Nous souscrivons volontiers à cette doctrine; nous ne croyons pas non plus pouvoir formuler une règle plus précise; tout ce que nous croyons pouvoir dire, c'est que l'équité commande l'accession dans les cas seulement où, par un motif quelconque, la volonté du précédent possesseur, en vue de transférer la possession, existe au moment de la translation, a dû exister précédemment, ou peut être présumée, soit en vertu d'une cause juridique, soit sur un fondement légal. Ce fondement légal existera, par exemple, en cas de vente sur saisie; la volonté du débiteur est légalement présumée, car

celui qui s'oblige, répond naturellement de sa dette sur ses biens; il y va d'ailleurs de l'intérêt des créanciers que la chose soit vendue « *cum omni sua causa.* » Les actes d'exécution qu'il font faire ne doivent pas appauvrir le débiteur en pure perte. »

La vraie doctrine nous paraît donc avoir été bien formulée par MM. Aubry et Rau, et nous croyons que M. Troplong (n° 433) va trop loin, lorsqu'il se contente d'une *relation juridique quelconque* entre le possesseur actuel et le précédent. Aussi, M. Delebecque, dans ses notes sur le célèbre auteur, s'empresse-t-il de restreindre cette formule, en exigeant d'après Merlin : *a*) « que le titre d'acquisition vienne de l'auteur même dont on veut joindre la possession à la sienne ; *b*) que la possession que l'on veut joindre soit précisément celle que son auteur a eue jusqu'à la tradition, et dans les droits de laquelle il vous a subrogé. » Cette seconde restriction résulte purement et simplement de la notion de l'accession, qui exige une sorte d'identité dans les deux possessions. On peut même la trouver obscure ; cette subrogation dans ses droits, par le précédent possesseur, n'apparait pas toujours. Quant à la première restriction elle appartient bien ici. Mais elle manque d'exactitude. Si nous l'appliquions, en effet, nous ne pourrions accorder au légataire l'accession de la possession que l'héritier a eue depuis l'ouverture de la succession, car le titre du légataire ne vient certainement pas de l'héritier, et cependant l'accession est bien suffisamment justifiée et par l'obligation de délivrance qui incombe à l'héritier, et par les

traditions, romaine et française. (L. XIII, § 10, *de poss.*).

Nous disons cependant que la formule de M. Troplong nous paraît trop large, et, ici nous abordons la fameuse question de l'accession de la possession de l'usurpateur, au profit de celui qui triomphe contre lui, au pétitoire, après une dépossession annale. Nous croyons avec MM. Aubry et Rau et contre M. Troplong que l'accession ne doit pas avoir lieu. Notre intention n'est pas de discuter ce point à fond après les nombreux auteurs qui se sont prononcés avec tant de talent pour ou contre. Qu'il nous soit cependant permis d'exprimer les observations suivantes :

I. — Il est d'abord bien certain que, ni la lecture de l'art. 2235, ni la théorie générale du Code, ne nous invitent à une solution affirmative ; et lorsque, imbu des principes du droit moderne, nous lisons la fameuse L. XIII, § 9, D. *de poss.* « ce champ de bataille des partis opposés » (Troplong), nous en sommes étonnés comme d'une règle qui sort des notions générales que nous avons en matière de droit.

II. — Le texte vulgaire des Pandectes porte : « *Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem mihi esse dandam.* ». — Troplong, d'après Cujas et sur l'autorité des Basiliques, le fait précéder des mots : « *Praedone possidente* » qui, dans toutes les éditions des Digestes appartiennent au § précédent. Mais pourquoi

cette différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi? La loi III, § 5, *de poss.*, de nous dit-elle pas « *in summa possessionis non interest juste quis an injuste possideat ?* » Il importe d'ailleurs de rappeler que l'accession en droit romain se donne surtout au point de vue de l'usucapion, et que la possession initialement de mauvaise foi est impuissante à l'engendrer. Mais alors n'est-il pas excessivement bizarre que la possession subséquente profite des vices même de la précédente? Généralement c'est le contraire qui a lieu, et cela est parfaitement conforme à la logique ; la possession subséquente ne profite que des avantages attachés à celle qui la précédait, parce qu'on n'accède pas à ce qui n'existe pas. Aussi Cujus, à propos de l'interdit *utrubi*, exige-t-il formellement la *justa possessio* du prédécesseur (L. IV, § 15)... *Itaque si nostræ possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus... Nullam autem propriam habenti, accessio temporis nec datur nec dari potest nam ei quod nullum est, nihil accedere potest.* En renversant les derniers termes ne peut-on pas dire que des effets qui n'existaient pas ne peuvent pas non plus s'ajouter à de nouveaux effets? Cujas sentait parfaitement l'étrangeté de la loi XIII, §. 9, même avec la correction qu'il y introduisait : *Singularis vero est hic locus et casus*, dit-il dans le passage cité par Troplong lui-même, *quo possessio vitiosa, possessio prædonis accedere videtur non vitiosæ.* Il essaye de l'expliquer par l'effet de la sentence, de l'ordre du juge, de restituer : *Quia*

restituendi *verbum, quo judex usus est, plenam significationem habet, ut et mihi accedat et proficiat ad usucapionem* (*L. ult. § ult. D. de verbor. signif.*). *Potest judex facere ut possessio vitiosa meæ accedat tanquam non vitiosa, aut tanquam vitio soluta propter auctoritatem rei judicatæ*... Qui ne voit combien cette explication de Cujas satisfait peu la raison ? On ne restitue pas ce qui n'est pas ; on n'ajoute pas ce qui n'existe pas ; on ne peut transférer plus de droit que l'on en a ! comment le possesseur subséquent peut-il se prévaloir des droits que le *prædo* n'avait pas lui-même ? On comprendrait bien mieux l'accession dans le cas où le possesseur était de bonne foi ; dans ce cas l'on peut dire que l'accession aura lieu par l'effet tout-puissant de l'ordre du juge, parce que la précédente possession était au moins avantageuse et offrait une base pour l'accession. On peut même dire que, possesseur de bonne foi, il a la volonté de restituer à celui qui démontrera sa propriété. — L'explication de Cujas ne me satisfait donc nullement ; j'aimerais mieux en prendre le contre-pied et décider que la loi romaine ne visait qu'un possesseur de bonne foi évincé par jugement, car, en droit romain, la possession de bonne foi peut seule servir de base à l'accession en général. Quoi qu'il n'y ait aucun lien juridique entre les deux possessions et que nous soyons par conséquent en dehors de la maxime posée par Troplong lui-même, ce résultat peut alors se justifier, au moins jusqu'à un certain point, par le plein effet de la sentence du juge en droit romain : *Quia restituendi verbum plenam significationem habet* (*d. l.*

ull. de verb. signif.). Mais en somme la solution demeure toujours énygmatique.

III. Aussi ne saurions-nous l'accepter dans le droit français. Chez nous les jugements sont déclaratifs et non translatifs de droits. Rien ne saurait donc justifier l'accession : le propriétaire reprend sa chose en vertu du jugement telle qu'elle se comporte; si les fruits lui sont restitués, c'est en vertu de son droit de propriété, la mauvaise foi du possesseur ne permettant pas de les lui attribuer équitablement. Aucun lien, aucune succession n'existe entre l'évicteur et l'évincé; ce dernier ne remet que ce qu'il est forcé de remettre, c'est-à-dire la chose et les fruits s'il est de mauvaise foi. L'équité ne demande pas l'accession, car il n'existe de la part de l'évincé aucune volonté ni réelle ni présumée de transmettre des droits à l'évicteur. Bien au contraire, l'évincé a protesté de tout son pouvoir; possesseur de mauvaise foi, il s'est dressé contre le droit du propriétaire; il a possédé autant qu'il était en lui, au mépris du droit du propriétaire; sa possession était exempte de vice proprement dit, et sa volonté énergique, de garder la chose envers et contre tous, en violation du droit! La raison ne saurait donc approuver une accession qui ne peut reposer que sur la volonté réelle ou présumée du précédent possesseur.

IV. — Mais, de plus, le Code est formel; l'art. 2243 est on ne peut plus catégorique; il semble avoir été écrit spécialement pour le cas que nous examinons, et pour le résoudre contre M. Troplong. Supprimez cette ap-

plication, et l'importance de l'article diminuera de moitié. Comment donc M. Troplong qui recommande souvent de donner aux textes du Code toute leur souplesse et toute leur énergie en les dégageant des théories préconçues de l'ancien droit, et qui a fait fréquemment d'heureuses applications de cette idée, a-t-il pu ici, méconnaître à ce point son propre principe ?

V. — Mais M. Troplong, se laissant égarer sans doute par la chaleur de son argumentation va bien plus loin : « Quand le jugement a ordonné, » dit-il (§ 453), « que le possesseur de mauvaise foi se désistera et rendra les fruits de la chose, on peut avancer hardiment que le passé est effacé et que le propriétaire n'a pas cessé un instant de posséder de droit. » C'est en effet si hardi que c'est une erreur monstrueuse de droit et de raison. Nous ne nous arrêterons pas à la réfuter. Qu'il nous suffise de remarquer que dans cette opinion il ne saurait plus être question d'accession, puisque celle-ci suppose la jonction de deux possessions distinctes. M. Troplong aurait donc dû traiter cette matière au titre de la perte ou de la continuation de la possession. Il sort même complétement de la théorie de la l. XIII, § 9, qui est la pierre angulaire de son argumentation ; les expressions de celle-ci « *accessionem dandam esse placuit* » prouvent que le précédent possesseur, était le seul possesseur juridique.

Une autre question qui ne manque pas d'importance et qui nous paraît assez délicate est celle de savoir quel serait l'effet d'un legs fait à l'héritier, d'une chose

détenue précairement par le testateur. Nous n'avons pas trouvé cette question dans les auteurs. Ce qu'il s'agit ici de savoir, c'est le titre auquel l'héritier légataire détiendra la chose. La précarité passera à l'héritier, si son titre est universel, elle sera purgée dans le cas contraire.

Il faut d'abord distinguer entre le cas où il n'y a qu'un seul héritier, et le cas où il y en a plusieurs. Dans le premier cas, nous admettons sans distinction que la qualité de légataire est absorbée par celle de l'héritier, et que le titre est universel; héritier pour le tout, le successeur ne saurait purger les vices de son auteur. Dans le second cas, nous userons d'une sous-distinction; le legs est-il fait par préciput et hors part; ou au contraire est-il avec charge de rapport? On peut se demander, dans le cas du legs par préciput, s'il ne faut pas dire que le cohéritier légataire possédera précairement la chose en la part pour laquelle il représente le défunt; ainsi s'il y a deux héritiers, la moitié de la chose sera possédée à titre universel et par conséquent précairement; l'autre moitié le sera à titre particulier. La division, si bizarre qu'elle soit, paraît conforme aux principes, et nous ne voyons guère d'argument sérieux pour la rejeter (comp. art. 2237).— Cette première décision nous laissera moins de doute sur le cas où le legs est fait avec charge de rapport; ce point ne laisse cependant pas d'être aussi très-délicat. Faut-il donner la même décision que pour le legs hors part, et dire que le légataire ne détient précairement que pour la part réellement rapportée, je veux dire pour la

part de ses co-héritiers? Que, par contre, pour sa part, il possède à titre particulier, et partant non précaire? Remarquons-bien que la question, selon nous, ne paraît pouvoir faire doute qu'autant que le rapport se fait en moins prenant; s'il se fait en nature, la chose ne pourra être possédée qu'à titre universel. Eh bien! nous croyons qu'il en sera de même pour toute la chose, même dans le cas où le rapport se fait en moins prenant. Le légataire est dans tous les cas obligé de tenir compte à ses cohéritiers de toute la valeur de la chose; son legs à charge de rapport lui donne simplement la faculté du choix, la valeur, il la tient donc héréditairement, et, comme les choses ne sont principalement prises en considération dans le droit que par la valeur qu'elles ont, on peut très-bien dire que la chose elle-même est tenue à titre universel, donc précairement. — La raison de douter est cependant assez apparente, d'autant plus que des règles analogues devront être appliquées à la donation entre-vifs, à charge de rapport. On pourrait dire, en effet, lorsque le rapport se fait en moins prenant, que la donation ou le legs paraissent bien être la cause directe et immédiate de la transmission de la possession. Mais, c'est là une erreur : le rapport se rattache intimement au partage; il en est simplement une opération préparatoire, peu importe comment il se fait. La chose rapportée entre donc dans tous les cas en partage, et ce qui entre en partage on le détient héréditairement. — Mais *quid juris*, avant l'ouverture de la succession, en matière de donation entre-vifs grevée de rapport? On

ignore encore qu'elle sera la part héréditaire du donataire ; si même il succèdera au donateur ; l'inverse pourrait même se produire, le père donateur succédera par exemple à son enfant donataire ? Voici les distinctions qui nous paraissent devoir être adoptées : tant que le rapport n'a pas eu lieu, ou plutôt, vu les effets rétroactifs du partage (art. 883), tant que la succession n'est pas ouverte, le donataire est en voie de prescrire et a les actions possessoires. Le donateur vient-il à mourir? Si la prescription est déjà acquise elle sera définitive ; sinon elle ne cessera de courir que par le fait du rapport, et dès l'ouverture de la succession. Ces principes donnent les conséquences suivantes : Le donataire avec charge de rapport, d'un immeuble détenu précairement, possède à titre de propriétaire et prescrit par 10 et 20 ou par 30 ans; s'il meurt et que le donateur vienne à lui succéder, ce dernier possédera au même titre que le défunt, bien qu'il ait d'abord détenu précairement et nonobstant sa mauvaise foi (art. 2237 et 2239); enfin, si la succession du donataire lui-même s'ouvre avant que la prescription ne soit accomplie, et que le rapport ait lieu, la possession du donataire sera rétroactivement transformée, dès l'ouverture de la succession, en détention précaire.

En matière de donation de meubles corporels, l'effet sera même bien plus remarquable, puisque l'appréhension de la chose *animo domini*, par le donataire de bonne foi, lui vaudra titre de propriété instantanément (art. 2270), et par conséquent d'une manière incommutable. S'il venait à succéder au donateur, la revendi-

cation ne pourrait donc plus avoir lieu contre lui; mais il serait certainement tenu de l'obligation de délivrance ou de restitution qui incombait à son auteur.

Nous avons déjà fait la remarque que celui qui possède à titre de propriétaire, bien que l'immeuble soit grevé d'une servitude quelconque, et ne fût-il même que simple nu-propriétaire, possède la chose dans l'ensemble de ses attributs. Il ne faut pas considérer sa possession comme simplement juxta-posée à celle de l'usufruitier, de telle sorte que l'addition de ces deux possessions seule fasse une possession complète de la chose; celle du nu-propriétaire est en elle-même une possession pleine, une possession de l'ensemble, simplement restreinte momentanément par l'usufruit ou la servitude, et tendant perpétuellement à s'en affranchir. C'est pour cela que le non-usage, pendant trente ans, éteint la servitude au profit de la propriété; le possesseur de la nu-propriété finira toujours par avoir la possession de la chose, libérée de l'usufruit; jamais, par contre, la possession à titre d'usufruitier ne pourra faire prescrire la nu-propriété. On voit donc bien la différence; l'usufruitier a sans doute la possession de son droit, mais rien au-delà; le nu-propriétaire, par contre, a une possession non interrompue qui tend toujours à régner sur l'ensemble; qui se continue, et qui reprend toute sa force, comme si elle n'avait jamais été atteinte, dès que la possession de l'usufruit cesse. Aussi est-il très-vrai de dire, avec MM. Aubry et Rau (p. 181), qu'il ne saurait être question d'accession dans les cas où une personne, après avoir possédé par au-

trui, rentre personnellement en possession, comme par exemple, lorsque le nu-propriétaire reprend, après la cessation de l'usufruit, la chose qui s'y trouvait soumise. Dans ce cas, en effet, c'est en son propre nom, et comme s'il avait lui-même possédé, que le nu-propriétaire est autorisé à se prévaloir de la possession exercée pour son compte. Nous ne pouvons donc que nous joindre à la critique générale adressée à l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 mars 1822, décidant que le nu-propriétaire ne peut intenter l'action possessoire tant qu'il ne s'est pas écoulé une année au moins depuis l'extinction de l'usufruit.

Terminons cette importante matière par deux observations reconnues généralement : *a*) Bien que l'article 2237 ne parle que des héritiers, sa disposition s'applique à tout successeur universel; *b*) Dans notre droit, à la différence du droit romain, la possession se transmet, *ipso facto*, aux successeurs universels, même à ceux qui n'ont pas la saisine légale. Seulement, ces derniers sont tenus de demander l'envoi en possession, c'est-à-dire la délivrance. Ce n'est point là une exception au principe de la transmission des avantages de la possession; cela tient uniquement à la circonstance que, tant que le titre de ces personnes n'a pas été vérifié par la justice, ou par les héritiers intéressés à le contester, elles ne sont pas légalement investies, à l'égard des tiers, des qualités dont elles se prévalent (Aubry et Rau, p. 181).

§ 6. — Effets de la possession

Nous l'avons dit (*supra*, App. III) : la possession en soi ne produit aucun droit; elle n'est que la volonté réalisée en fait; le possesseur a le droit de n'être pas troublé d'autorité privée à cause des droits inhérents à la volonté libre.

Nous avons ajouté : la possession sans certaines conditions données, produit en droit romain, comme effets propres; les actions possessoires, l'usucapion, la propriété par l'occupation ou la tradition.

Nous trouvons les mêmes effets généraux dans le droit français; seulement les conditions ne sont pas absolument les mêmes; nous ne pouvons même plus dire que nous trouvions la même doctrine fondamentale. La possession seule demeure sans doute un fait; la loi française ne l'a pas élevée au rang d'un droit; mais, lorsque la possession de certaines choses, immeubles et servitudes, a duré une année, lorsqu'il y a possession annale, il se produit au profit du possesseur, par l'effet de la loi, une sorte d'*ensaisinement* qui constitue un droit réel *sui generis*, une propriété en germe, un premier degré d'usucapion (1). Cette possession an-

(1) Nous n'avions pas lu l'ouvrage de M. Bélime, lorsque nous écrivions cette phrase. Nous sommes heureux, de retrouver la même idée dans des termes presque aussi énergiques chez le savant auteur : « De même qu'après trente ans le possesseur est réputé propriétaire par une présomption irréfragable, de même aussi, il acquiert après un an le droit de possession annale comme par une sorte de petite prescription encore incomplète.

nale est de beaucoup la plus importante dans le droit français; le caractère achèvera de s'en montrer par l'étude que nous ferons de la nature des actions possessoires.

On a dit souvent : « le seul effet de la possession, immédiatement et par elle-même, c'est la présomption légale de l'existence du droit en faveur du possesseur » (Zachariæ, Troplong, Aubry et Rau). C'est peu exact. D'abord, il n'est pas juste de dire que la possession emporte présomption *légale* de propriété; aucun texte n'attache cette présomption au fait de la possession (comp. art. 1350; Bélime, n° 487). En second lieu, cette présomption, de l'homme seulement, peut être détruite, sans que la possession cesse d'exister; elle n'est donc point un effet général, absolu, de toute possession en soi; et, si c'est là le seul effet de la possession, on sera forcé de nous accorder que la possession, ne produit souvent aucun effet. Enfin, nous ne voyons point ici d'effet propre à la possession; dire que la possession fait présumer la propriété, nous paraît tout simplement une autre expression de la règle que, dans le combat sur la propriété, la préférence est donnée au possesseur *in pari causâ*, ce qui n'est, on le sait, qu'une application du principe bien plus large : *actore non probante reus absolvitur*.

Voyons maintenant les effets que produit la possession sous certaines conditions données :

1° Quelqu'en soit la durée, lorsqu'elle est arrachée violemment, elle donne lieu à la réintégrande. Telle est du moins notre opinion; nous reconnaissons qu'elle

est contestée par plusieurs. — En même temps la possession est toujours en voie d'engendrer.

a) Le droit réel de possession annale, l'action possessoire par excellence, la complainte; *b*) la prescription, à l'égard de tous ceux envers lesquels elle n'est pas vicieuse, c'est-à-dire violente, clandestine ou précaire. Il est seulement bon de rappeler que, dans notre droit, la précarité est un vice absolu en matière de prescription.

2° Prolongée pendant une année, elle donne vis-à-vis de tous ceux envers lesquels elle n'est pas vicieuse, une action réelle avec suite en main tierce, pour se faire maintenir en possession paisible, et même pour récupérer la possession dans l'année de la dépossession; c'est la complainte (art. 23, C. pr. c.). Nous avons admis (*suprà*) que la précarité est un vice relatif en matière d'action possessoire.

3° Prolongée pendant dix ou vingt ans, et moyennant titre et bonne foi, elle engendre la propriété. Ces deux conditions ne sont même pas nécessaires à cet effet, si la possession dure trente ans.

Ces trois premiers effets ne concernent que les immeubles corporels et les servitudes.

4° La possession engendre immédiatement la propriété par l'effet de l'occupation des meubles individuels qui n'appartiennent à personne (Comp. art. 713 et 539).

5° Bien mieux, moyennant titre et bonne foi, conditions d'ailleurs présumées, elle produit par elle-même, dans le droit français, une présomp-

tion de propriété, en général absolue et irréfragable, en matière de meubles individuels et corporels (art. 2279.) Seulement, cet effet ne se produira qu'autant qu'il y aura non-seulement acquisition de la possession, mais encore ce que la loi appelle *mise en possession réelle* (art. 1141). — Les effets énumérés sous les n^os^ 3, 4 et 5, se rattachent plutôt à la théorie de l'acquisition de la propriété qu'à celle de la possession. Cependant il nous paraît utile d'examiner ici, ce qu'il faut entendre par cette *mise en possession* réelle de l'art. 1141. — Les actions possessoires indiquées dans les numéros 1 et 2, appartiennent purement et simplement à la défense, à la protection de la possession; il est donc nécessaire d'en examiner le caractère dans notre droit, pour arriver à une détermination achevée de la nature de la poseession.

Pour terminer cette étude, nous examinerons donc,

A) Le caractère des actions possessoires dans le droit français).

B) Le rapprochement des articles 2270 et 1141.

A) *Caractère des actions possessoires en droit français.*

On range, en droit français, parmi les actions possoires, dans le sens large du mot, la *réintégrande*, la *complainte* et la *dénonciation de nouvel œuvre* (Comp. L., du 25 mai 1838, art. 6, n° 1. — C. c. art. 1428 et 2060; C. pr. c. art. 23 et suiv.).

Essayons d'analyser successivement le caractère de chacune de ces actions.

a) Réintégrande.

Admettre la réintégrande, comme action distincte de la complainte, c'est déjà résoudre une question controversée dans le droit français ; cette solution nous paraît devoir être donnée depuis la loi de 1838. Nulle part d'ailleurs dans nos codes, nous ne trouvons un texte qui nous donne les caractères de cette action; tout ce que nous savons c'est qu'elle est, dans la loi moderne, une action possessoire (arg. d'art. 6, l. de 1838) ; pour en connaître la nature nous sommes donc forcément rejetés dans le droit ancien.

Nous ne pouvons dès lors partir d'une base plus sûre que l'art. 2 de l'Ordonnance de 1807.

« Celui qui aura été dépossédé par violence ou voie de fait, pourra demander la réintégrande par action civile et ordinaire, ou extraordinairement par action criminelle. »

Il suit de cette disposition qu'il suffit d'avoir eu la possession un seul instant, et d'en avoir été dépouillé violemment pour avoir droit à la réintégrande. La condition de l'annalité n'est donc aucunement exigée, et cela est conforme, tout à la fois à la raison et à la tradition ancienne, romaine et française. Le rapprochement que fait l'ordonnance entre la complainte et la réintégrande en traitant de la première dans l'art. 1er sans mentionner expressément la condition de l'annalité, et de la seconde dans l'art. 2 cité, a sans doute con-

tribué à l'erreur. Mais la Cour de cassation ne s'y est pas trompée, et un auteur allemand lui-même (M. Bruns), dont l'ouvrage est de 1848, enseigne avec assurance la vraie doctrine, en signalant la cause de l'erreur (p. 367).

Nombre d'anciens auteurs ne nous laissent aucun doute à cet égard. Imbert, dans sa pratique judiciaire, Chap. XVII, s'exprime ainsi :

« Il n'est pas nécessaire que le demandeur (en réintégrande) prenne possession d'an et jour avant la spoliation, mais seulement qu'il ait *été possesseur au temps de la spoliation.* »

Denizart, dans son recueil de décisions nouvelles, n'est pas moins explicite (V. complainte, N^os^ 14 et 15) :

« Pour demander la réintégrande, la possession actuelle au temps où l'on a été dépossédé suffit. »

Pothier, il est vrai, est moins précis; il accorde bien la réintégrande, quelque vicieuse qu'ait été la possession (N° 114, i. f.), et, en cela, il est d'accord avec les autres auteurs et le dernier état du droit romain ; mais il ne s'ensuit pas, comme le veut M. Appleton (Thèse pour le D^t^, p. 370), que l'annalité ne soit pas exigée par Pothier. — On peut bien ajouter encore que Pothier assimile la réintégrande à l'interdit U. V. (N° 107); or, la condition d'annalité dans la possession n'est aucunement romaine, et surtout ne limitait pas cet interdit. Mais d'un autre côté, Pothier s'exprime ainsi au N° 84 :

« Notre Droit français donne aussi au possesseur, *quel qu'il soit*, pour l'un et l'autre cas (le trouble et la

violence) une action qu'on appelle *complainte*. Lorsque le possesseur l'intente pour le cas où il est troublé dans sa possession elle s'appelle complainte en cas de saisine et nouvelleté. Lorsqu'il l'intente pour le cas où il a été dépossédé par violence, elle s'appelle *complainte pour force* ou *pour dessaisine*, autrement *action de réintégrande*. »

La réintégrande nous est donc présentée comme une branche de la complainte. Les divisions du traité de Pothier correspondent parfaitement à cette idée. Le chapitre VI renferme trois sections; la première pour la complainte, la seconde pour la réintégrande, la troisième pour la complainte en matières de bénéfices (celle-ci n'existe plus dans notre droit). L'idée se trouve même formellement exprimée au § 108 : « Pareillement, dans notre droit, notre action en *réintégrande* étant une branche de l'action en *complainte*, n'a lieu que pour les immeubles... »

Aussi, M. Bruns (l. c.) reproche-t-il à Pothier, en citant à l'appui le n° 84, d'avoir exigé à tort l'annalité pour la réintégrande. En plaçant la réintégrande sur la même ligne que la complainte, Pothier paraît bien, en effet, mériter ce reproche, d'autant plus que nulle part, d'ailleurs, il ne signale cette importante différence entre les deux actions. Il n'en est rien, cependant, et une étude plus attentive du judicieux jurisconsulte nous le démontrera. La vérité, croyons-nous, c'est que Pothier n'exigeait, pas plus pour la complainte que pour la réintégrande, la condition de l'annalité. On peut trouver cette affirmation étrange; mais si imbu

qu'on soit de l'opinion contraire, la lecture du chapitre VI « Traité de la possession » ne laisse subsister aucun doute.

Il faut remarquer d'abord : *a*) que Pothier était pénétré des principes du droit romain, *b*) que l'Ordonnance de 1667, dans son art. 1er si connu, ni l'art. 96 de la coutume de Paris, n'exigaient formellement pour la complainte, l'annalité dans la possession. Sans doute, ces deux textes disent l'un et l'autre que la complainte s'intente « *en cas de saisine,* » et le commentateur de l'Ordonnance, Serpillon, ajoute immédiatement : « La *saisine est la possession paisible d'an et jour qui fait présumer le possesseur saisi légitimement de la chose.* » Mais un commentaire ne remplace pas le texte, et Pothier, qui a celui-ci sous les yeux, peut n'avoir pas le premier présent à la mémoire.

Et, maintenant, examinons ce que dit Pothier n° 84 : « Le possesseur, *quel qu'il soit,* doit avoir une action pour être maintenu dans sa possession lorsqu'il est troublé... » (la *complainte* v° de plus le passage cité *suprà.*) » — N° 85. « On peut définir la *complainte* (*en en cas de saisine et de nouvelleté*), une action possessoire que le *possesseur* d'un héritage... a contre celui qui le trouble... Cette action a un *grand rapport* avec l'interdit U. P... Le terme de *saisine* signifie la même chose que *possession*..., etc. (V. toute la suite du § 85.) — N° 05. *Il suffit donc que quelqu'un ait de fait la possession d'un héritage, quelle que soit la possession*, pour qu'il soit fondé à intenter la *complainte*... (L. u, ff. U. P.). »

Nous pourrions multiplier les citations; mais celles-ci, rapprochées du fait que nulle part, dans le chap. VI, il n'est parlé de la possession annale, suffisent à prouver ce que nous avançons. Bien loin donc que Pothier exigeât l'annalité pour la réintégrande, il ne la demandait pas même pour la complainte. Sa théorie était, pour ainsi dire, toute romaine, et son opinion était partagée par Ferrières.

En face de ces précédents, on est justement étonné en voyant M. Troplong (n° 290) soutenir que depuis Simon de Bucy († 1348) la réintégrande exigeait la possession annale. — Ce qu'il faut dire, c'est que des controverses nombreuses existaient entre les auteurs, sur les caractères de la réintégrande; mais que, cependant, dans le siècle dernier surtout, l'opinion qui triomphait était celle qui se contentait de la simple possession. Pothier, qui est évidemment de cette opinion, ne nous présente même pas ce point comme susceptible de controverse.

Mais que décider dans le droit actuel, en présence de l'art. 23, C. pr. c. Ne semble-t-il pas avoir été fait dans le but de faire cesser toutes les controverses, comme le dit M. Troplong? Ne parle-t-il pas de toutes les actions possessoires? Il faut le reconnaître, l'argument est pressa. Un texte général, absolu, est édicté en présence de controverses connues; tout porte à l'appliquer à la complainte et à la réintégrande. Je ne vois pas en effet qu'il soit possible de résister à cet argument, si étrange qu'il nous paraisse, de laisser la simple possession sans protection spéciale

contre les entreprises de la violence. On peut dire cependant que la jurisprudence constante de la Cour de cassation a modifié la loi peu rationnelle, et que ce changement a été implicitement approuvé par la loi de 1838.

La simple possession, quelqu'en soit d'ailleurs les vices, suffit donc dans la loi moderne pour fonder la réintégrande ; mais au moins faut-il la possession ; nous ne saurions partager l'opinion des auteurs qui se contentent de la détention. Quelques-uns parmi les anciens ont pu l'enseigner; mais nombre d'autres et Pothier, notamment (N° 115), repoussaient cette doctrine. Cette circonstance, jointe aux traditions romaines et rapprochée de l'art. 23 C. pr. nous paraît déterminante. Le législateur de 1838 a sans doute considéré la réintégrande comme une action possessoire distincte ; mais précisément, il est dans la nature de l'action possessoire d'avoir une autre base que la simple détention. Si donc un fermier est dépossédé par la violence, la réintégrande n'appartiendra qu'à son bailleur. Il est complètement inutile d'aller au-delà.

La réintégrande se donne pour récupérer la possession ; il faut donc qu'il y ait eu dépossession. Cette dépossession même ne suffit pas, les arrêts demandent qu'elle ait eu lieu par *violence ou voie de fait exercées contre les personnes ou les choses*. C'est un souvenir de l'art. 2 de l'ordonnance de 1667. L'expression *voie de fait* est très-générale ; il est difficile de la déterminer avec précision. Aussi a-t-on fait remarquer que

la jurisprudence arrive à ce résultat, que la complainte est accordée sous le nom de réintégrande à tout possesseur même non annal, toutes les fois qu'il y a dépossession. C'est comme un retour forcé à la théorie romaine, et si l'innovation n'est guère légale, nous ne pouvons nous empêcher de l'appeler heureuse (V° 64, Appleton, thèse, et Aubry et Rau, p. 189). Remarquons encore que la réintégrande ne se donne pas contre les tiers.

B) Complainte.

La complainte de notre droit actuel est la reproduction de l'action connue dans le droit ancien sous le titre de « *complainte en cas de saisine et de nouvelleté* ; » il faut bien se garder de la confondre avec l'interdit *uti possidetis*. Pour triompher par l'interdit U. P., il fallait posséder *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario;* la complainte est sans doute soumise à cette condition, sauf les modifications que les vices possessoires ont reçues dans le Code. Mais la différence entre ces deux voies d'action, si elle n'est pas essentielle, puisque toutes deux se basent sur la possession et la protégent, n'en est pas moins considérable :

a) On ne peut former la complainte qu'en vertu d'une possession annale; elle se donne, même lorsque l'on a perdu la possession et dans l'année de la dépossession; elle constitue une action réelle qui fait triompher contre quiconque ne peut invoquer une possession annale ;

b) Au contraire, l'interdit a sa cause dans la simple possession, même momentanée; il n'est accordé qu'au possesseur actuel; il est purement personnel.

La possession annale, pour engendrer la complainte, doit réunir, en général, les mêmes conditions que la possession à l'effet de prescrire. Elle doit donc être paisible, publique, non interrompue et non précaire (Comp. art. 2229 et 23, 6, pr.). Telle est la théorie généralement admise.

Ce n'est point ici le lieu d'étudier en détail ces qualités. Nous avons vu quels étaient les vices de la possession et leurs effets. Qu'il nous suffise d'ajouter que l'interruption naturelle doit être annale, de même qu'en matière de prescription, pour produire un effet (article 2243, C. c. et arg. de cet article).

Ce qu'il y a d'éminemment remarquable dans la théorie française ancienne ou moderne, c'est cette condition de l'*annalité* dans la possession, cette espèce d'*ensaisinement* qui en résulte et qui produit entre l'homme et la chose un rapport qui est un véritable droit réel. Le point de vue est ici complétement différent du droit romain. Ce n'est plus la possession seule et indépendante, cet état de fait, pris en considération par la seule valeur de la personnalité humaine, qui engendre l'action contre l'auteur du trouble; c'est la propriété présumée qui se manifeste dans l'annalité: c'est le droit qui apparaît comme éminemment probable, et qui fonde, non plus une action personnelle mais une action réelle; c'est, jusqu'à un certain point, dans la cause de l'action, sinon dans les effets ou dans l'ob-

jet, une confusion du possessoire et du pétitoire analogue à celle qui se rencontrait dans l'unique action réelle germanique. La *saisine*, en ce sens, n'est pas simplement une possession, comme le dit Pothier, ni un simple état de fait; de même que la « *rechte gewere* » germanique, elle constitue un droit de posséder et le trouble apporté à la *saisine*, n'est autre chose que le trouble apporté au *droit de posséder* (v° Bruns, p. 364). Le demandeur en complainte n'affirme pas seulement sa possession, mais en même temps l'annalité de celle-ci. Sans doute, dans l'objet de sa demande, ce à quoi il tend, c'est la possession seulement; il ne revendique pas la chose comme sienne, ce qui avait lieu dans l'action réelle du Droit germanique; il n'est pas tenu, comme la plupart du temps dans celle-ci, d'affirmer un titre légitime; il lui est même défendu sévèrement de cumuler le possessoire et le pétitoire (art 25 et 26, C. pr.); par la complainte, il ne conclut qu'à la possession et il n'aboutit qu'à la possession; mais il n'en est pas moins vrai que son action lui est donnée avant tout, à cause de la présomption de propriété qui s'attache à une possession annale sans vice, et qu'ainsi la cause, le fondement de son action, c'est un droit de possession, une possession revêtue des couleurs de la propriété, une propriété en germe (Comp. Troplong, n° 226).

On peut trouver quelque analogie lointaine entre cette saisine, et la possession *majore porte anni* de l'interdit *Utrubi*, de même dans la possession de certaines servitudes, en droit romain. Mais ce n'est cer-

tainement pas là qu'il en faut rechercher la véritable origine ; c'est, nous l'avons dit, dans le droit germanique.

Dans certaines législations du Nord, en effet, le défendeur n'était pas tenu d'affirmer un titre indépendant ou d'évoquer son auteur, comme dans le reste des coutumes germaines, lorsqu'il avait en sa faveur ce qu'on appelait la « *laghahaeft* » (de *lagh.* loi, et *haeft*, possession) et qu'il s'agissait d'immeubles. Cette loghohaeft, qui est l'origine de la *vraie saisine* germanique (*rechte gewere*), et partant de notre possession annale, s'acquérait d'abord par une possession de trois ans ; plus tard, par une possession d'un an ; et alors on posait en principe : *celui qui a prescrit, se défend lui-même* ; c'est-à-dire celui qui a la possession triennale, ou annale plustard, n'est pas tenu d'évoquer son auteur.

Cette *vraie saisine* n'était pas seulement utile au défendeur pour repousser l'acteur ; mais aussi au demandeur qui n'avait plus la détention, pour fonder son action. C'est là la plus grande analogie avec la loi française. Mais, ce qui demeure tout particulier au droit germanique, c'est que, par le fait de la confusion du pétitoire et du possessoire dans son unique action réelle, et dans l'administration de la preuve, la position du défendeur, en matière immobilière était parfaitement semblable à celle du demandeur (V. *supra* app. II).

On a souvent indiqué comme origine de la condition d'annalité, la cause historique suivante : Lorsque

l'ordre établi par la civilisation romaine eut disparu sous le flot de l'invasion germanique, il ne fut plus possible de protéger le possesseur actuel, qui souvent n'était qu'un usurpateur. L'on accorda donc le titre de possesseur légitime à celui dont la possession avait duré un certain temps, et ce temps fut fixé à un an (Charles Appleton, thèse). C'est présenter l'origine de la saisine sous un jour faux. Le besoin de protéger une possession momentanée doit se faire bien plus vivement sentir au milieu d'une société troublée qu'en des temps calmes; les développements du droit canon, passés dans le droit civil au Moyen-Age, en sont la preuve. De nos jours, par contre, étant admis le principe de la jonction des possessions, il est bien rare de voir appliquer aux immeubles corporels la protection d'une possession seulement momentanée; le principe de l'annalité même appliqué à la réintégrande présenterait bien moins d'inconvénients. Si, ce nonobstant, la saisine possessoire doit son origine aux peuples germaniques et aux temps troublés du Moyen-Age, c'est bien plutôt, il nous semble, parce que ces peuples barbares l'avaient admis comme un moyen pétitoire, à une époque où leur civilisation trop peu avancée ne leur avait pas encore permis de distinguer le possessoire du pétitoire. Si l'on réfléchit que l'usucapion s'opérait à Rome par un et deux ans, on comprendra mieux encore que la « laghahaeft » germanique produisait un droit réel, bien plus qu'une simple possession.— Nos actions possessoires nous viennent donc des Romains, sans doute; c'est d'eux que nous avons appris à distinguer

nettement la possession de la propriété; mais cos actions ont subi l'influence des lois barbares, et des coutumes germaines, et la condition de l'annalité leur a été empruntée. C'est en ce sens que paraît bien se prononcer M. Troplong (n° 293 et 295); cependant l'on peut dire aussi qu'il se contente d'indiquer l'importante innovation apportée au droit romain par la condition de l'annalité, sans en rechercher l'origine; et même qu'il l'appelle peu exactement une innovation du droit français (dit n° 95).

La complainte suppose un trouble de possession ; il faut remarquer que cette expression s'entend largement. Il y a trouble alors même qu'aucun dommage n'aurait encore été causé à celui qui veut former la complainte. Et même lorsque l'acte n'est pas de nature à lui porter un préjudice matériel. L'intérêt qu'a le possesseur de faire reconnaître ou respecter sa possession, suffit à lui seul et indépendamment de tout dommage éprouvé, pour motiver la complainte (Aubry et Rau, p. 187).

c) Dénonciation de nouvel œuvre.

Cette action n'est pas toujours possessoire et lorsqu'elle l'est, elle ne nous apparaît que comme une variété de la complainte. On pourrait même y voir une variété de la réintégrande, si les travaux avaient été entrepris après une expulsion violente. Mais alors, ce qui servirait de base à la réintégrande ce ne serait pas le travail entrepris; ce serait la violence.

Dans la règle, disons-nous, la dénonciation de nouvel œuvre, comme action possessoire se rapprochera

de la complainte. Une possession annale devra donc lui servire de base. C'est ce qui aura lieu par exemple si des travaux sont entrepris par autrui sur le fonds que je possède; et que je fonde mon action sur le trouble de ma possession; en réalité il y aura là une demande possessoire pour nouvelleté. Si même il n'y a eu encore aucun travail sur mon fonds, mais que l'intention de le commencer sous peu soit imminente, comme, par exemple, dans le cas où mon voisin réunit des matériaux sur son propre fonds, pour bâtir sur le mien, je pourrai déjà demander que les travaux n'aient pas lieu, en me basant sur ma possession annale. C'est encore là, une véritable complainte basée sur le trouble, car j'ai toujours intérêt à faire constater ma possession, vis à vis d'un adversaire qui élève contre elle des prétentions manifestes.

Mais la dénonciation de nouvel œuvre, pourra très-bien aussi s'exercer par la voie pétitoire. Il suffit, à cet effet, qu'au lieu de fonder mon action sur une possession d'an et jour qui peut me manquer, je la fonde sur un droit de propriété et sur des titres. Je pourrai m'adresser au président du tribunal, pour qu'il ordonne provisoirement et par voie de référé, la suspension du nouvel œuvre, sans préjudice du fonds. C'est ce qu'a jugé avec grande raison la Cour de Rouen, par un arrêt du 25 avril 1826.

En résumé, la dénonciation de nouvel œuvre, prise dans son véritable sens, est une mesure de précaution, une inhibition de construire qui, tantôt se lie à la possession, tantôt à une question de propriété, et qui,

suivant l'exigence des cas, peut être portée soit devant le juge du possessoire, soit devant le juge du pétitoire. La complainte pourra être appelée dénonciation de nouvel œuvre toutes les fois que, se basant sur la possession, on demande, que des travaux, quelque soit d'ailleurs le lieu où ils se préparent ou se commencent, soient arrêtés, ou même ne soient pas entrepris, parce qu'ils forment un trouble à la possession. C'est ainsi que les Romains entendaient cette action, que nous leur avons empruntée en la modifiant suivant nos principes.

d) Récréance.

La récréance, quoi qu'on en ait douté, paraît bien avoir été admise en France sous le nom de provision, même en matière possessoire profane. C'était une sorte de mesure provisoire, un incident dans l'action possessoire, en vertu duquel la chose était remise à l'un des contendants, généralement à celui dont le droit paraissait le plus apparent, en attendant la solution du débat sur la possession. En Allemagne elle était très-connue et très-appliquée sous le nom de *possessorium summarium* ou *summarissimum*, par opposition au *possessorium ordinarium*, c'est-à-dire au véritable débat sur la possession.

Cet incident doit son origine au temps troublé du Moyen-Age, à la crainte des conflits armés (*si timor est armarum*); et, quoique les premières traces s'en trouvent chez les canonistes, il paraît bien qu'il faille en rechercher la vraie source dans le droit profane.

Au XIII^e^ siècle, nous ne rencontrons encore qu'une intervention d'office par le juge, dans la crainte des rixes entre deux parties se disputant la possession, à l'effet de défendre à chacune tout acte possessoire ultérieur, et de connaître extraordinairement à laquelle des deux parties la possession doit être attribuée. Il n'y a point encore là de distinction entre l'*ordinarium* et le *summarium*. Cette distinction ne se montre qu'au siècle suivant. L'intervention d'office par le juge fut peu à peu considérée comme un retrait et un séquestre de la possession, et, en même temps, il fut de règle que le juge ne devait pas prononcer ce séquestre immédiatement, mais prendre d'abord une connaissance sommaire de la cause pour examiner si la possession n'appartenait pas à l'une des parties plutôt qu'à l'autre. Dans le cas de l'affirmative, la partie à laquelle la possession paraissait appartenir était maintenue; si la possession demeurait au contraire douteuse après cet examen, le juge séquestrait. Ce mode de procéder engendra une sorte d'instruction sommaire sur la possession, et plus tard le juge, au lieu de séquestrer lorsque la possession demeurait douteuse après cet examen rapide, confia provisoirement la possession à l'une des parties, en attendant que la décision sur la possession, elle-même pût être rendue (Bruns, p. 232 et 261).

On comprend au reste que ce que le juge pouvait faire d'office, il pût le faire, à plus forte raison, sur la demande des parties. C'est ce qui ne tarda pas, en effet, à avoir lieu ; et depuis Paul de Castre (—1441), la

crainte d'un conflit armé ne fut même plus nécessaire pour autoriser le *summarium* (eod. p. 245 et suiv.).

De nos jours, les motifs qui ont fait établir la récréance n'existent plus; nulle part, d'ailleurs, nos lois n'y font allusion, et les Codes modernes ont généralement suivi cet exemple; il nous paraît donc certain, qu'elle ne doit plus avoir lieu dans notre droit (art. 1041, 6, pr. c.) Le juge du possessoire ne peut pas laisser indécise les questions qui lui sont posées ; il rejette ou il admet la demande de celui ou de ceux qui se prétendent possesseurs. (art. 4, du Code civil). Tout au plus pourrait-il, en s'appuyant sur l'art. 1961, C. c. prononcer le séquestre de la chose durant l'instance au possessoire, et ce séquestre pourrait certainement, selon nous, être accordé à l'une des parties (Aubry et Rau, p. 187, note 62). Une mesure analogue pourrait être prise incidentellement par le juge du pétitoire. Ce qui peut cependant étonner, c'est de voir la Cour de cassation, autoriser encore par ses arrêts le juge de paix à prononcer la récréance pour avoir effet même pendant l'instance au pétitoire.

B. *Possession dans le sens des art.* 2279 *et* 1141.

En fait de meubles, la possession vaut titre, c'est-à-dire qu'elle engendre instantanément, et par elle-même, en faveur du possesseur d'un meuble corporel, une présomption de propriété, irréfragable, sauf les cas de vol et de perte, à l'aide de laquelle il peut repousser l'action en revendication du propriétaire. Mais ce principe ne s'oppose pas à ce que le possesseur puisse être tenu de restituer la chose, en vertu d'une obli a-

tion personnelle résultant d'un contrat, d'un quasi contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. (Troplong, Aubry et Rau). Ces mots résument assez bien la portée de l'art. 2279 ; mais ce n'est pas là ce que nous voulons approfondir ici.

Le seul point qui se rattache directement à notre sujet, c'est de savoir quels caractères distinctifs la possession doit réunir pour valoir titre en conformité de l'article 2279, et ce qu'il faut entendre par la mise en possession *réelle* de l'art. 1141. Ces deux questions n'en font qu'une seule, comme nous le verrons.

Selon nous, la possession des meubles, en général, se transmet par le seul effet de l'acte translatif de propriété, en d'autres termes, par la seule convention des parties ; le Code est même plus explicite pour les meubles que pour les immeubles (comp. art. 1605 et 1606) ; la propriété est d'ailleurs transmise par l'effet du contrat, non-seulement à l'égard du vendeur mais à l'égard de tous (art. 711 et 1138) ; on sait que la transcription ne s'applique qu'aux immeubles, — et que l'art. 1583, est une pierre d'attente, une réserve faite pour le cas où l'on aurait fini par l'admettre. (V. Demolombe, T. 24, n^os^ 467 et ss.).

Mais l'art. 2279 ne se contente pas d'une possession ainsi acquise, pour lui attribuer l'important effet qu'il indique. Pour que la possession seule, vaille titre de propriété, il faut qu'elle soit *réelle*, suivant l'expression de l'art. 1141, c'est-à-dire matérielle, éclatante. J'en trouve la preuve dans les arguments suivants :

a) Le principe de l'art. 2279 a probablement son ori-

gine dans les sources germaniques et spécialement dans les adages connus : « *Hand muss, hand wahren* » — *wo man seinen Glauben gelassen, da muss man ihn wieder suchen* » (Aubry et Rau).

Si donc j'achète d'un détenteur précaire la chose d'autrui, et que je lui en laisse la détention matérielle, j'ai suivi sa foi (*seinen Glauben*), aussi bien que le propriétaire, et par conséquent ma bonne foi même ne me donne aucune raison d'être préféré ; nous sommes *in pari causa* sous ce point de vue ; il paraît donc plus équitable de donner préférence au titre primitif, à la propriété. De plus, tant qu'il n'y a pas eu déplacement ou prise de possession réelle, ma possession sera toujours entachée d'un caractère de clandestinité vis-à-vis du propriétaire. — Si, par contre la chose m'a été livrée, je n'ai pas suivi la foi de mon vendeur ; on ne peut me faire le même reproche qu'au propriétaire ; à lui seul s'applique l'adage : « *wo man seinen Glauben*, etc. ; » pour moi je me suis assuré la puissance directe et immédiate sur la chose.

b) Les systèmes suivis dans l'ancienne France sur l'usucapion et les effets de la possession en matière de meubles étaient très-divers ; il paraît même difficile de dire lequel était le système dominant ; la variété des usages et des opinions était infinie (Troplong, n° 1041). Mais ce qui est au moins certain c'est que les rédacteurs du Code ont voulu reproduire la théorie si formellement exprimée par Bourjon et par Pothier lui-même quoique moins explicitement. C'est au premier surtout que la maxime a été empruntée, pour le bien et

pour la sécurité du commerce des meubles. Or d'après l'ancien droit, la possession ne s'acquérait qu'en vertu d'une tradition réelle ou feinte ; bien plus Bourjon exigeait davantage encore pour l'application de sa maxime ; il parle formellement du « déplacement de la chose » et permet aux créanciers du vendeur de la saisir sur lui, au préjudice de l'acquéreur, tant que le déplacement n'a pas eu lieu (V° Troplong, n° 1042). Mais cette expression doit sans doute s'entendre dans le sens d'une tradition suffisante pour transférer la propriété ; car les créanciers ne peuvent certainement pas s'emparer de la chose d'autrui par le seul motif qu'elle est matériellement détenue par leur débiteur. C'est aussi ce qu'enseignait Pothier (*De la vente*, n° 321), et comme, de nos jours la propriété est transmise par le seul effet du contrat, il est certain que dès la vente et en l'absence même de toute tradition, le meuble vendu ne pourra plus être saisi par les créanciers du vendeur (Troplong, 1047. — Demolombe, n° 472, t. 24).

c) Enfin l'art. 1141 est évidemment une application de l'art. 2279 ; il peut donc servir à l'interpréter ; or, nous voyons que c'est la mise en possession réelle qui seule produit la présomption irréfragable de propriété indiquée dans l'art. 2279.

Cette possession réelle, s'entend surtout vis-à-vis du détenteur qui vous transmet la chose ; il ne faut pas qu'on lui en ait laissé la détention matérielle, qu'il ait conservé une puissance directe sur la chose ; une semblable possession demeurerait clandestine à l'égard du propriétaire,

et l'on aurait, comme lui, suivi la foi du vendeur. Mais il n'est pas nécessaire non plus, que l'acquéreur ait lui-même la détention matérielle de la chose ; on peut avoir une possession réelle par soi ou les siens, par exemple par un fermier, un mandataire. Ce qu'on ne peut pas avoir, du moins immédiatement, c'est une possession suffisamment réelle par l'intermédiaire de son vendeur ; c'est une sorte d'incapacité qui empêche ce dernier de nous représenter de prime abord dans cette possession réelle, parce que la loi la frappe alors d'une présomption irréfragable de clandestinité. Si donc vous me vendez le meuble d'autrui, dont vous êtes détenteur, et que je vous en laisse la détention, alors même que nous serions expressément convenus que la possession m'en est transmise, et que vous ne possédez plus que comme un dépositaire ; bien que, par le fait je devienne possesseur juridique, je ne suis point encore possesseur réel dans le sens de l'art. 2279 et 1141, et dans le conflit qui s'élèvera entre moi et le premier propriétaire, les choses demeurant en l'état, c'est lui qui me sera préféré.

La possession réelle pourra d'ailleurs résulter d'une tradition quelconque, pourvu que la puissance la plus directe sur la chose cesse d'appartenir au *tradens*. Il y aura très-souvent une appréciation à faire par les magistrats. Suivant les circonstances, la possession réelle pourra résulter de la remise des clefs, de l'apposition d'un sceau, même en certain cas de la remise des titres, etc. Un déplacement de la chose n'est pas absolument nécessaire.

L'art. 2279 méritait de nous occuper ici, parce que, à côté de la possession ordinaire des meubles, il reconnaît une possession caractérisée résultant d'une tradition caractérisée, et présentant cette particularité remarquable de n'exister et de ne produire ses importants effets, qu'autant que le possesseur précédent a été dépouillé, non-seulement de la possession en général, mais même de la détention matérielle de la chose, du pouvoir physique direct sur celle-ci. C'est une impossibilité absolue pour l'acquéreur, d'acquérir ce genre de possession par l'intermédiaire de son vendeur. On sait, au reste, que l'art. 2279 ayant été édicté dans l'intérêt de la libre circulation des meubles, et pour protéger la bonne foi de l'acquéreur qui a pu croire à l'efficacité de son titre, cette bonne foi est une condition *sine qua non* de l'application de la maxime : en fait de meubles, etc. Mais la bonne foi se présume toujours.

POSITIONS

—

PHILOSOPHIE DU DROIT

I. La possession, en général, n'est que la domination de fait, du sujet juridique sur l'objet juridique. La possibilité d'agir à son gré d'une manière correspondante au droit, jointe à la volonté d'avoir le droit à soi, sont les seuls éléments qui la constituent. Il ne faut pas faire entrer dans la notion même la simple possibilité d'exclure l'action d'autrui ; elle est suffisamment comprise dans la volonté d'avoir le droit à soi jointe à la possibilité d'agir à son gré. Exiger une possibilité physique d'exclusion ou une impossibilité de l'action d'autrui, serait un non-sens. (Append. III.)

II. Pour l'acquisition de la possession, il faut nécessairement un acte externe qui soit la manifestation de la possibilité d'action. Mais, jointe à la volonté, cette condition suffit. Il appartient au droit positif de déterminer quand la possibilité d'action sera suffisamment actuelle ou certaine, pour que la possession soit acquise. Tout ce qu'on peut dire en théorie, c'est que cette possibilité doit être plus actuelle pour l'acqui-

sition que pour la conservation de la possession. (App. III.)

III. Le *corpus possessionis* comprend toujours : *a*) un acte physique qui est la manifestation de la volonté et de la possibilité d'agir; *b*) une possibilité abstraite d'action qui en est comme le résultat. (App. III.)

III *bis*. Le *corpus possessionis* ne consiste pas dans l'exercice, mais dans la possibilité de l'exercice arbitraire; même pour l'acquisition de la possession des servitudes, un premier exercice n'est pas nécessaire. (App. III.)

IV. La possession en elle-même est un pur fait; elle n'engendre réellement aucun droit, pas même celui de n'être pas troublé d'autorité privée, car ce droit est inhérent à la volonté, même en dehors de toute possession. Le principe de la protection de la possession n'est donc pas dans la création d'un droit par la volonté dont elle est la réalisation externe, droit qui prendrait simplement place à côté des droits réels ou des obligations, mais dans la nature même de la volonté, dans le droit qui lui est inhérent de n'être pas troublée d'autorité privée. (App. III.)

DROIT ROMAIN

V. Dans le droit des Pandectes, la possession doit être définie la possibilité physique d'agir à son gré sur

la chose corporelle jointe à l'*animus domini*; les cas de possession dite *dérivée* forment des exceptions (§. 1 et 2).

VI. La *possessio juris* consiste dans la possibilité physique d'agir à son gré sur la chose corporelle d'une manière correspondante au droit de servitude, jointe à l'intention de l'avoir à soi (§. 10).

VII. Cependant nous commençons à trouver des traces de la notion de la possession appliquée aux questions d'État ; le droit ancien nous présentait même la possession d'un tout fictif, l'hérédité (§. 10).

VIII. On ne saurait exiger d'une manière absolue pour l'acquisition de la possession *corporis* une possibilité actuelle d'action; la doctrine de la *presentia rei* n'est pas suffisamment établie par les textes. Demander de plus une possibilité immédiate, c'est au moins prêter à l'équivoque (§. 6).

IX. La possession des servitudes ne s'acquiert que par un premier exercice (§. 10).

X. La possession des servitudes réelles est continue (§. 10).

XI. La possession *civilis* n'est pas dans un rapport direct avec l'usucapion (§. 3).

XII. La règle *nemo sibi causam possessionis* est encore appliquée dans le droit des Pandectes (§. 8).

HISTOIRE DU DROIT.

XIV. La possession annale est d'origine germanique.

DROIT FRANÇAIS.

XIV *bis*. La possession demeure un fait devant l'ensemble du droit français. Seulement, l'on peut dire que la possession annale protégée par la complainte constitue, par l'effet de la loi, un droit réel *sui generis*, une propriété en germe, en quelque sorte un premier degré d'usucapion (§ 1er).

XV. La notion de la possession donnée dans l'article 2228 est trop étroite et inexacte (§ 1er).

XVI. La possession, dans le droit français, correspond aux droits les plus divers; les créances même purement personnelles peuvent être possédées avec effet. Elle ne saurait donc être définie, devant l'ensemble du droit français, que par la notion abstraite et générale : la possession est la domination de fait d'un sujet juridique sur un objet juridique (§ 1er).

XVII. La possibilité d'agir à son gré sur la chose corporelle, d'une manière correspondante au droit, qui est un des éléments de cette domination (*corpus possessionis*), est plus caractérisée pour l'acquisition

PARIS

de la possession que pour sa conservation; une détermination plus précise appartient à l'étude des différents cas d'acquisition (§ 2).

XVIII. Cette possibilité sera suffisamment caractérisée même pour les servitudes continues et apparentes, et par conséquent la possession sera acquise quant au *corpus*, par le seul effet du titre translatif, soit du droit, soit de la possession elle-même, émané du possesseur (§ 2 et § 3).

XIX. Le vice de précarité n'est pas absolu en matière d'actions possessoires (§ 4).

XX. La possession des servitudes discontinues est continue; par conséquent, elle peut engendrer l'action possessoire pourvu qu'elle ne soit pas équivoque; un titre n'est pas absolument nécessaire à cet effet (§ 3).

XXI. Il n'est pas nécessaire d'avoir une possession annale pour agir en réintégrande (§ 4).

XXII. La jouissance d'un immeuble ou d'une servitude continue et apparente à titre de simple tolérance, ne fonde ni possession, ni prescription, au moins au regard du concédant. *Non obstat*, art. 2220.

XXIII. Puis-je joindre à ma possession celle de celui qui a été condamné à me restituer sur l'action en revendication? Non.

DROIT PÉNAL.

XXIV. L'homicide commis du consentement de l'homicidé, et dans le but de le soustraire à un danger qu'il redoute plus que la mort, est non seulement punissable dans nos lois, mais doit être même puni dans tout pays policé. Pour que l'homicide cessât d'être punissable, il faudrait que le danger fût en soi, réellement plus redoutable que la mort.

XXV. Les actes qui constituent la tentative légale ne sont pas simplement des actes d'exécution de la résolution de commettre un crime (*sc.* un délit); mais des actes d'exécution du crime lui-même. Ils doivent de plus être en connexion intime de temps, de lieu et d'effet avec le crime. Celui donc qui, armé, s'introduit dans une maison avec l'intention de tuer aussitôt une personne qu'il y sait présente, est coupable de tentative d'assassinat; mais celui qui, armé, arriverait dans une ville avec cette même intention, ne tomberait point encore sous le coup de l'art. 2, C. p.

DROIT DES GENS

XXVI. Pour acquérir la souveraineté dans un pays non constitué en État, il faut avoir réellement pris

possession du pouvoir suprême. La seule volonté de posséder, ni l'expression explicite ou symbolique de cette volonté, ni même une occupation passagère ne suffisent.

XXVII. La force obligatoire des traités internationaux, condition essentielle de l'ordre et de la paix entre les nations, a sa base dans la conscience de l'humanité. Les traités qui vont contre la conscience de l'humanité violent les lois obligatoires du droit des gens, et sont par le fait non valables.

Vu par le Doyen,
J. COLMET-DAAGE.

Vu par le Président de la Thèse,
E. LABBÉ.

Permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie,
MOURIER.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

§ 1er. — Notion de la possession.
§ 2. — Possession anomale.
§ 3. — De quelques expressions romaines en matière de possession. *Civilis possessio, possessio, possessio naturalis.*
§ 4. — Caractère juridique de la possession.
§ 5. — Effet de la possession.
§ 6. — Acquisition et perte de la possession.
A. Acquisition.
a) *Corpus possessionis.*
b) *De l'animus* — possession des parties d'un tout.
B. Perte de la possession.
§ 7. — I. De la *possessio plurium in solidum.*
II. De la règle qu'on ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession.
§ 8. — Protection de la possession en dehors des interdits.
§ 9. — Possession des droits.
Appendice.
I. — Droit canon.
II. — Droit germanique.
III. — Généralisation.

DROIT FRANÇAIS

§ 1er. — Notion de la possession.
§ 2. — Possession des choses. { *a*) Acquisition. *b*) Perte.
§ 3. — Possession des servitudes. { *a*) Acquisition. *b*) Perte.
§ 4. — Vices de la possession.
A. Précarité.
B. Clandestinité.
C. Violence.
§ 5. — Jonction des possessions.
§ 6. — Effets de la possession.

1169. 5-73. — Boulogne (Seine). — Imp. JULES BOYER et Cie.