

Selosse, Louis. Faculté de droit de Douai. Thèse... Essai sur la possession précaire, par Louis Selosse,.... 1874.

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 DOUAI

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ESSAI

SUR LA

POSSESSION PRÉCAIRE

PAR

LOUIS SELOSSE

Avocat, Lauréat de la Faculté.

LILLE

IMPRIMERIE SIX-HOREMANS

1874

D. PÔTL
NOU
N° 323
18

FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



PAR
LOUIS SELOSSE
Avocat, Lauréat de la Faculté

EXAMEN DU JEUDI 28 MAI 1874

à trois heures de l'après-midi

Président : M. BLONDEL, Doyen.

Suffragants.	{	MM. MABIRE,	}	Professeurs.
		D. DE FOLLEVILLE,		
	{	TERRAT,	}	Agréés, chargés de cours.
		DRUMEL,		

LILLE

IMPRIMERIE SIX-HOREMANS

1874

©

F

444816

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE



A MA MÈRE

PROLÉGOMÈNES

Qu'est-ce que posséder ?] Voilà une question qui paraît bien simple. Il n'en est peut-être pas de plus difficile à résoudre.... Cependant ce n'est pas une vaine spéculation de métaphysique : tout ce qu'il y a de plus précieux à l'homme peut dépendre de cette question.

BENTHAM.

Lorsqu'en conversant avec vous sur un sujet attrayant, un ami s'empare machinalement d'un objet placé sur votre bureau, le manie, le retourne, le déplace, tandis que son esprit suit le cours de sa préoccupation, cette appréhension n'éveille pas en vous l'idée de possession ; vous ne direz pas à cet ami : laisse en place l'objet que tu possèdes. Vous direz encore moins que l'animal possède la place où il dort ou que le lierre possède le chêne qu'il enlace. Mais si vous saisissez derrière les actes matériels d'appréhension une volonté qui les coordonne et les dirige vers un but déterminé, si vous voyez un homme appliquer son activité à l'objet qu'il a saisi, en employer à son profit la force productive, instinctivement et sans autre secours que le langage vulgaire, vous caractérisez d'un mot cette relation entre une personne et un objet, vous dites : cet homme possède. Telle est la notion la plus simple de la possession qui, ainsi entendue, peut se définir : la puissance consciente et physique d'une personne sur une chose déterminée.

Elle comprend donc deux éléments, l'un matériel, l'autre intentionnel, l'appréhension et la volonté, le *corpus* et l'*animus*. Elle naît avec eux; quelle que soit la force de l'intention que j'ai de saisir un objet, aussi longtemps que je n'ai point réalisé mon désir, je ne possède pas: ma possession ne commence qu'à l'instant où la chose est à ma portée, en sorte qu'il ne dépend plus que de moi de l'appréhender. A l'inverse on n'appellera point possession l'acte de l'insensé qui s'empare d'un objet, hochet de sa folie. La perte de l'un ou de l'autre de ses éléments marque la fin de la possession. Il faut, en effet, un effort de l'intelligence, je dirais presque une concession faite à l'utilité pratique, pour attribuer à l'esprit de retour la force de suppléer le fait matériel de la détention perdue.

De ce que ce fait est de l'essence de la possession, il semble résulter que les objets corporels, *quæ tangi possunt*, sont seuls susceptibles d'être possédés. Aussi l'esprit écarte-t-il tout d'abord de cette matière les choses incorporelles, les droits. Mais à force d'analyses, après avoir monté du fait au droit de propriété par une suite de raisonnements que nous exposerons plus loin, descendant la même chaîne il conclut que la possession est le signe et l'exercice de ce droit. Or, tous les droits ne peuvent-ils pas se traduire en actes sensibles? Aussi, de même qu'il appelle possession l'exercice de la propriété qui est, malgré l'erreur du langage usuel, une chose incorporelle, il qualifie de ce nom l'exercice des droits d'usufruit, d'usage et de servitude, la prétention extérieure à l'hérédité considérée comme être abstrait et indépendant des objets qui le composent, les agissements par lesquels un créancier réel ou apparent poursuit l'exécution d'une obligation. Il peut alors parler de la possession des créances (1240 C. N.); que dis-je? l'état des personnes, chose incorporelle par excellence, se déclare par certaines manières d'être visibles; il appellera cet ensemble de manifestations *possessio libertatis* (*f, 10 de lib. causâ*), *possessio libertinitatis* (*14 de prob.*), possession d'état (320, 323, C. N.).

Telles sont les acceptions progressives du mot possession. Revenant à la notion la plus simple, à la possession des choses

corporelles, essayons d'en saisir les divers degrés ou les effets, en analysant le second élément, l'intention du possesseur.

L'homme primitif dut disputer aux éléments et aux animaux sa nourriture de chaque jour. Dans cet effort quotidien, je le vois appréhender du gibier, cueillir des fruits, s'installer sur un fonds et y essayer ses bras. Analysant sa volonté, je découvre que le lien intime qui coordonne tous les actes qu'il opère sur ces choses, c'est l'intention de se les approprier, de les faire siennes, en un mot la prétention à la propriété, l'*animus domini*. Alors, confondant le fait et le droit, ma raison légitime cette appréhension, parce que, maître de ses facultés, l'homme doit être maître des produits qui résultent de leur mise en oeuvre; parce que consacrant l'occupation par le travail, il fait la terre, suivant l'énergique expression de Michelet, parce qu'enfin, au grand avantage de l'utilité sociale, cette attribution définitive, faisant naître la sécurité, produit des richesses que l'incertitude de la possession eut laissées inconnues et constitue un aiguillon puissant pour l'industrie des autres hommes. C'est ainsi que de la possession nous tirons la notion du mode originaire d'acquisition de la propriété, l'occupation.

Mais, s'il est vrai, comme les philosophes et les économistes l'ont établi (1), que l'appropriation est une loi de l'humanité, un véritable instinct, il faut par cela même reconnaître que l'homme, force libre et intelligente, entend se rapporter à lui-même le bénéfice de l'activité qu'il exerce sur une chose. L'état d'obligation, dans lequel l'homme est soumis à autrui, est une exception au droit commun : on ne doit jamais le présumer. Par conséquent, toutes les fois que l'on verra une personne exercer sur un objet cette puissance que nous avons appelée possession, il faudra conclure qu'elle est maîtresse de la chose possédée et attendre la preuve contraire d'un droit étranger. Du fait vérifié on déduira l'existence du droit et l'on posera cette règle générale : la possession fait présumer la propriété. Vous apercevez dès lors les immenses avantages de cette situation. Maître d'une position qu'un triomphe ne rendrait pas meilleure, pourquoi le possesseur

(1) Thiers. De la propriété 1^{re} partie — Cousin — Justice et Charité.

affronterait-il les hasards d'une lutte judiciaire et les difficultés de la preuve, cet écueil du droit ? Pourquoi ambitionnerait-il la déclaration officielle d'une propriété que logiquement on doit lui reconnaître *à priori*, déclaration qui après tout n'aurait que l'autorité relative de la chose jugée et ne le mettrait pas à l'abri d'attaques ultérieures ? Qu'il conserve donc la défensive ; sa qualité lui donne pour ressource efficace la maxime générale : *ei qui dicit incumbit probatio*.

Mais il arrivera parfois que le possesseur, vaincu dans le procès en revendication, devra s'incliner devant la propriété reconnue du demandeur et que la présomption fléchira devant la proclamation du droit. Quel sera le sort des fruits perçus avant le débat ? Devront-ils s'ajouter au fonds pour grossir le prix du triomphe ? Non, cette restitution rétroactive serait une injustice : calculée sur des richesses consommées le plus souvent avec les revenus, elle ne pourrait s'opérer que par une brèche faite au capital. Ce serait donc préparer la ruine du possesseur, première victime de l'erreur reconnue par le jugement. Non pas que cette attribution définitive des fruits perçus soit une prime accordée à la bonne foi ; elle repose sur un véritable droit. Ces fruits ne sont pas les produits spontanés du fonds et toute production suppose, outre l'agent naturel, le concours de l'industrie humaine et d'un capital préexistant. Qui a exercé cette industrie dont le secours a dirigé et décuplé la fécondité de la nature ? Qui a fourni l'avance des instruments et de cette valeur que le travail quotidien incorpore insensiblement au fonds ? C'est le possesseur. Créateur des richesses dont on réclame la restitution, ne peut-il pas légitimement répondre : elles sont miennes ? Car, « à qui les produits » appartiendraient-ils à plus juste titre qu'à leurs producteurs ? « Qui a plus de droit sur une chose que le créateur de cette chose ? Et qui est plus incontestablement créateur d'un produit que ceux qui l'ont graduellement amené à l'existence ? » (1) — Ce raisonnement devrait logiquement s'appliquer au possesseur de mauvaise foi. Cependant, les législateurs de tous les temps et de tous les pays le condamnent à la restitution des fruits

(1) J.-B. Say. — Cours d'Econ. pol., IV, Chap. 2.

perçus. Pourquoi? C'est que la fraude fait exception à toutes les règles : *Fraus omnia corrumpit*. L'usurpation est un méfait social qu'il faut punir. Or, en assurant au possesseur les produits de sa déloyale activité, on violerait la justice et l'on préparerait la diminution de la richesse générale, puisque l'usurpateur, menacé à tout instant de l'éviction, s'efforcerait de tirer de la chose tout ce qu'elle peut donner et en épuiserait la fécondité au lieu de l'entretenir par une sage exploitation. Qu'on l'indemnise des frais qu'il a faits, rien de plus juste; mais la faute qu'il a commise ne peut être pour lui la cause d'un profit.

Ainsi, la possession, alors même qu'elle perd par l'issue de la revendication toute apparence de droit, produit encore un effet important. Est-ce à dire que la présomption de propriété qui en dérive, sera toujours exposée à tomber devant la preuve contraire? Faudra-t-il que le possesseur exhibe, non-seulement son titre, mais celui de tous ses auteurs et remonte la chaîne des âges jusqu'au premier occupant, scrutant les transmissions successives et condamné à réaliser cette preuve que nos anciens auteurs appelaient *probatio diabolica*? S'il en est ainsi, toute propriété est éphémère et incertaine, car à tout instant elle peut s'évanouir devant un droit rival ressuscité à l'aide de papiers enfouies sous la poussière de plusieurs siècles. Et quel bouleversement dans le monde économique! Quel coup mortel à la production de la richesse! « *Quis agrum colat, inserat, ædificet, si colligere incertò est, perpetuo impendente saxo* (1)? » Il est donc nécessaire de rendre la propriété inébranlable, et l'unique moyen est de déclarer irréfragable la présomption qui ressort de la possession. Si le titre du possesseur indique bien, d'une part, l'intention d'aliéner, de l'autre, celle d'acquérir; s'il a cru loyalement que son auteur était réellement propriétaire et capable d'aliéner; si avec cette croyance et sous la foi de ce titre, il a imprimé sur la chose le sceau de son activité pendant un temps suffisamment long, variable suivant les législations, mais susceptible de diminuer à mesure que les distances se rapprochent par la facilité des communications; — en présence

(1) D'Argentrée.

de cette situation la loi doit rompre avec le passé, et, sans remonter aux transmissions antérieures, assurer au possesseur le droit et le titre de propriétaire. Qu'importent les réclamations tardives du véritable maître! Il s'est renfermé dans une négligence coupable, il a laissé son bien à l'abandon et déserté le devoir social qui lui commandait de concourir, en l'exploitant, à l'utilité générale : *jura vigilantibus succurrunt*.

A côté de la possession assise sur un juste titre et justifiée par la bonne foi, il se rencontre des transmissions irrégulières et des usurpations consommées par la fraude ou la violence. A première vue, la raison est prête à regarder comme un axiome le dicton allemand : *Hundert Jahr Unrecht machen nicht ein Jahr Recht* (1). « L'âge de Nestor ne devrait pas suffire pour assurer à l'usurpateur les gages et le prix de son iniquité. Et pourquoi y aurait-il une époque où le malfaiteur deviendrait tranquille? Pourquoi jouirait-il des fruits de son crime sous la protection des lois qu'il a violées? » (2) Pourquoi? Un examen attentif va nous le dire. Lorsque la possession a duré pendant une longue suite d'années, n'est-il pas sage de présumer qu'un titre translatif a présidé à sa naissance? Ne doit-on pas considérer le long silence du propriétaire comme une renonciation à son droit? N'est-il pas juste de le punir de l'abandon qu'il a fait de son bien? Le possesseur, au contraire, a appliqué au champ délaissé l'énergie de ses efforts; il en a disputé la fécondité à l'inertie de la matière, car, « si l'homme s'arrêtait un instant dans son effort sur la nature, elle redeviendrait sauvage (3) »; en un mot, il n'est pas une molécule de cette terre qui n'ait été transformée par le travail du possesseur? N'y a-t-il pas là de quoi suppléer à l'absence de titre et effacer la mauvaise foi? Qui mérite mieux le titre de propriétaire que ce possesseur actif et intelligent, comparé au maître négligent qui condamnait la terre au dépérissement et à la stérilité? N'attribuons donc pas cet effet au temps : « *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris* (4) »; c'est le tra-

(1) Cent ans d'usurpation ne font pas un an de droit. HENZ. De l'Allemagne, p. 318.

(2) BENTHAM. — Principes du Code civil, II, chap. 1.

(3) THIERS. — De la propriété.

(4) VICO. — Science nouvelle, p. 352.

vail prolongé qui réhabilite la possession vicieuse à son origine.

La prescription est donc le fondement légitime et nécessaire de la propriété. Mais elle ne suffit pas à l'assurer contre toute incertitude. Supposez que le propriétaire apparent d'un fonds me le transmette, alors qu'il est seulement en voie de le prescrire; je le possède à mon tour, mais avant le terme légal de l'usucapion, le vrai propriétaire se présente. Dois-je succomber dans la revendication? Oui, rigoureusement. Et pourtant, si mon auteur avait continué à posséder, le temps qui m'est inutile lui aurait profité; il aurait parfait ce qui lui manquait et assuré la propriété pour lui et ses successeurs. N'y a-t-il pas un moyen de combler cette lacune et d'enlever aux transmissions de la richesse cette cause de bouleversement? Le moyen se présente naturellement: c'est de permettre au successeur de joindre à sa possession le temps utile déjà parcouru par son auteur. C'est ainsi que la jonction des possessions complète l'institution de la prescription (1)

Ces deux théories s'appliquent en principe aux meubles aussi bien qu'aux immeubles. Mais la facilité et la rapidité de leurs déplacements rendant plus difficile la preuve de leur identité et de la régularité de leurs transmissions, on conçoit qu'une possession moins prolongée suffise pour se convertir en présomption absolue de propriété. Bien plus, la question de temps

(1) Les jurisconsultes distinguent, à propos de la jonction des possessions, les successeurs universels des successeurs à titre particulier. Ces derniers peuvent, quand elle leur est utile, profiter de la possession de leur auteur; les autres, au contraire, continuateurs de la personne, doivent nécessairement endosser les qualités bonnes ou mauvaises de la possession originaire: il y a continuation de cette possession et non jonction des deux possessions. Cette théorie peut être critiquée. Elle semble oublier que le principe de l'immortalité de la personne juridique repose sur une fiction et que la fiction ne saurait prévaloir contre les faits. Or, quand une personne possède et qu'après son décès, l'héritier possède à son tour, il y a là deux faits distincts et l'on ne saurait y voir la continuation d'un même fait, sans contredire la réalité des choses. D'autre part, faire subir à l'héritier de bonne foi les effets de la mauvaise foi du défunt, ou à l'inverse faire profiter l'héritier de mauvaise foi de la bonne foi de l'auteur, est évidemment contraire à l'équité. Enfin nous verrons plus loin que la perpétuité de la précarité n'est guère plus justifiable.

n'offre plus que des inconvénients à mesure que le commerce se développe. Cette source si abondante de prospérité serait bientôt tarie si les marchandises qu'elle écoule pouvaient être arrêtées par l'effet d'une revendication. La possession actuelle d'un meuble suffira pour en faire présumer la propriété : elle vaudra titre. S'il en résulte quelques spoliations inévitables, ces injustices particulières seront largement compensées au point de vue général par les heureux effets de la rapidité et de la sécurité des transactions commerciales.

Si la possession produit de si importantes conséquences, la constatation de son existence doit donner lieu à de sérieux et fréquents débats. On se disputera cette position avantageuse dont dépendra souvent le gain de la lutte sur le fond du droit, et puisque l'issue incertaine de cette lutte maintient le *statu quo*, la question de savoir qui est propriétaire sera presque toujours précédée de cette autre question : qui est possesseur ? Il faut un moyen spécial de la trancher ; il faut que le possesseur reconnu soit protégé contre les spoliations : les effets attachés à sa situation seraient illusoires, la propriété elle-même ébranlée, et l'ordre public compromis, si la possession, règne éphémère, devenait la prime du plus fort ou du plus adroit. De là la nécessité d'actions spéciales destinées à reconnaître le possesseur et à le protéger en cette seule qualité, sans examiner si à l'apparence répond la réalité du droit. Cependant, il n'apparait pas que les législations aient dès le début ménagé à la possession cette indispensable protection. Identifiant le droit et son objet, on avait rangé la propriété dans la classe des choses corporelles ; sous l'empire d'une erreur analogue, on ne savait séparer le fait et le droit, et si on garantissait la propriété, on ne songeait pas à protéger la possession directement et pour elle-même. Comme on l'a dit (1), la séparation ne trouva sa place que chez les peuples qui avaient déjà une législation prévoyante et avancée. Alors naquirent les ressources judiciaires, que le droit romain appelle interdits et notre droit actions possessoires (2), ressources

(1) Troplong — Prescription N° 224.

(2) Il est intéressant de comparer l'action publicienne aux actions pos-

qui rassurent la possession, quand elle est troublée, et permettent de la ressaisir, quand elle est perdue. Elles remplissent un but d'ordre public et d'utilité sociale, bien plus qu'elles ne satisfont le prétendu besoin d'organiser l'instance en revendication et de distribuer les rôles de demandeur et de défendeur (ce qui, quoiqu'en dise Justinien (1), est l'effet et non la cause des voies possessoires) (2). Il est, du reste, bien entendu qu'elles ne sauraient avoir d'application en matière mobilière dans les législations qui proclament le principe qu'en fait de meubles, possession vaut titre. Dans ce cas, la preuve d'une possession revêtue des caractères requis emporte la solution sur le fond lui-même, en sorte que le possessoire se confond avec le pétitoire.

La considération de ces actions spéciales conduit à rechercher si la possession est un fait ou un droit. Il est d'abord bien certain que l'état d'une chose d'être à la portée d'une personne est un fait ; mais de cet état découlent des conséquences que la loi consacre par des actions : or n'est-ce point la reconnaissance et la sanction légales qui caractérisent les droits ? Direz-vous que ces secours judiciaires s'adressent, que ces effets appartiennent au droit de propriété supposé existant et non à un prétendu droit de possession ? C'est là une pure subtilité. Comment ! si le

possessoires. A première vue, elle semble, comme celles-ci, protéger directement la possession, car au moment du procès l'usucapion est encore en suspens. Mais il y a cette profonde différence que le demandeur dans l'action publicienne doit justifier, outre la possession, des autres conditions de l'usucapion. On ne lui fait grâce que du temps. La question à juger est celle-ci : le temps de l'usucapion étant supposé révolu, quel est le propriétaire ? C'est la propriété en germe, le *jus pro jam nato habitum* que l'on assure ; il s'agit donc bien d'une action pétitoire.

(1) Inst. P. 4 de interdictis

(2) L'art. 23 P. C. n'accorde les actions possessoires qu'au possesseur annal. On peut critiquer l'exigence de cette condition de temps inspirée au législateur par les traditions de l'ancien droit. Pour l'expliquer, on fait observer que la loi ne peut protéger une possession née d'hier, parce qu'un règne aussi éphémère ne saurait faire présumer la propriété (Boitard — Leçons de procédure - N° 629). Outre que ce raisonnement part d'un principe fort contestable, à savoir que la possession ne serait protégée que comme propriété présumée, ne vient-il pas se heurter contre la règle générale de l'art. 2280 C. N. d'après lequel on est toujours, c'est-à-dire, après un jour comme après un an, présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire ?

possesseur de bonne foi fait siens les fruits perçus, c'est uniquement à titre de propriétaire présumé, en sorte que le bénéfice naît au moment même où la présomption dont on le dit issu s'évanouit, non seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé en vertu de l'effet déclaratif du jugement ! Rien n'est plus bizarre assurément. Et si le possesseur mérite d'être protégé par des moyens spéciaux, parce qu'il est réputé propriétaire, ce n'est pas une raison pour confondre avec l'objet des actions possessoires un des motifs de leur institution. Sans doute la propriété retirera en grande partie le bénéfice de cette protection ; mais ce qui est reconnu et sanctionné, c'est bien la possession elle-même. En ce sens on peut dire qu'elle est un droit ; et puisqu'elle n'éveille en nous aucune idée d'obligation vis-à-vis d'une autre personne et qu'elle s'exerce immédiatement sur l'objet, nous la rangerons dans la catégorie des droits réels.

Jusqu'ici nous avons examiné l'élément intentionnel de la possession à son plus haut degré, lorsqu'il s'élève jusqu'à la prétention à la propriété. Il peut à l'inverse exclure cette prétention.

Lorsque la société se fonde et que de l'inégalité naturelle des facultés humaines sortit nécessairement l'inégalité des conditions et des fortunes, le moins favorisé dut mettre son activité au service du plus riche dont les seules forces ne suffisaient plus à l'exploitation de ses biens. Ces besoins réciproques amenèrent l'habitude des conventions dont les législateurs sanctionnèrent, en les décrivant, les conditions et les conséquences. Lorsque par l'effet d'une de ces conventions, d'un commodat, par exemple, je me dessaisis pour un temps de la jouissance de ma chose, l'étude des clauses du contrat m'éclairera sur les obligations corrélatives qui m'unissent au commodataire ; mais elle ne m'apprendra pas à elle seule le sort de la possession. Le dessaisissement me l'a-t-il fait perdre ? L'a-t-il transportée au commodataire ? Bentham, après avoir accumulé les hypothèses les plus compliquées, élude le problème au lieu de le trancher : « A la question très-épineuse de la possession, substituez, dit-il, celle de la bonne foi qui est plus simple. » Mais la bonne foi n'a rien

de commun avec la possession; eût-elle avec elle des rapports intimes, elle ne résoudrait pas la difficulté, lorsque les co-contractants sont tous de bonne foi, c'est-à-dire dans la plupart des cas. Cherchons donc la lumière dans d'autres principes. Il semble que j'aie cessé de posséder puisque j'ai perdu l'élément matériel de la possession; au contraire, le commodataire tient la chose en sa puissance et il l'occupe dans l'intention bien arrêtée d'en tirer profit. Les deux conditions que nous avons déduites de notre définition se réalisent donc en sa personne. Mais en examinant de plus près la situation, je découvre qu'en cessant de tenir matériellement le bien que j'ai prêté, j'ai conservé au même degré la volonté d'être propriétaire et de profiter à l'occasion du bénéfice de la prescription. D'un autre côté, le dessaisissement qu'on me reproche n'est point au fond un abandon, mais une simple délégation de l'élément physique de la possession; par le commodat je me suis constitué un représentant, un instrument, pour ainsi dire, de telle sorte que derrière lui apparaît ma personnalité et que je continue à détenir par lui. Enfin, remarquez que le commodataire exerce cette détention d'emprunt avec une intention bien différente de la mienne. S'il prétend employer la chose à son profit, ce n'est pas en vertu d'une relation directe, d'un droit réel; sa volonté, il la puise dans le contrat qui nous lie et la mesure aux obligations qui en résultent, tandis qu'en dehors de toute idée de rapport conventionnel, je vise immédiatement la chose et me l'identifiant, je dis: *hanc rem meam esse aio*.

Il y a là deux situations différentes, qu'on ne saurait désigner par le même mot. En vertu de la détention exercée par autrui en mon nom et de la persévérance de mon *animus domini*, je continue véritablement à posséder et puis prétendre à tous les avantages de la possession. A l'inverse pour distinguer la position du commodataire qui me rapporte tout le bénéfice de la puissance de fait qu'il a sur la chose, le mot possession devient impropre et peut amener la confusion. Il faut une autre dénomination qui fasse ressortir le côté matériel et le caractère d'emprunt de cette situation.

Dans ce but, les jurisconsultes ont imaginé diverses qualifica-

tions, mais leurs dissentiments n'ont pas peu contribué à obscurcir la notion même de la possession. En général, ils s'accordent à appeler civile la possession qui réunit toutes les conditions requises par l'usucapion, et naturelle celle qui, dépourvue de quelqu'une de ces conditions, n'en est pas moins vivifiée par l'*animus rem sibi habendi* et protégée par les moyens possessoires que le droit romain fournissait sous le nom d'interdits. Mais quelques-uns étendent la première qualification à celui qui possède sans titre ou de mauvaise foi ; d'autres emploient la seconde, lorsque le détenteur, comme le commodatataire, n'aspire pas à la propriété ou à quelqu'un de ses démembrements et réalise au profit d'un autre l'élément matériel de la possession. Ces dénominations qui manquent, on le voit, de précision, seraient dangereuses si on les prenait à la lettre. La possession *cum animo domini* n'est pas moins naturelle que le fait d'occuper la chose pour le compte d'autrui ; au contraire, elle a, comme la propriété elle-même, précédé la définition de la loi positive, et soutenir qu'elle n'est qu'une création civile, ce serait, suivant l'expression de Montesquieu, dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, les rayons n'étaient pas égaux. D'autre part, puisqu'on ne prétend pas écarter du domaine de la loi promulguée ce qu'on appelle possession naturelle, pourquoi conserver une dénomination qui semble exclure la protection légale ?

Nous préférons le langage plus clair de ceux qui réservent le nom simple de possesseur à celui qui détient *cum animo domini*, mais, lorsque l'intention implique l'idée d'obligation et la reconnaissance du droit d'autrui, qualifient la situation de possession corporelle, pure détention, possession pour autrui, possession précaire ou d'emprunt. Les premières expressions ont été employées par les jurisconsultes romains ; la dernière a été consacrée par la langue moderne. On la chercherait en vain avec son sens actuel dans le langage de Gaius, d'Ulpien, de Papinien, voire même, sauf une fois peut-être, dans le style des empereurs, si prompts à bouleverser les institutions du vieux droit. Au contraire ils rangeaient celui dont ils disaient : *precario possidet* dans la classe des possesseurs qui avaient droit à la

protection des interdits, tandis qu'ils refusaient ce secours aux simples détenteurs pour cette raison : *non possident sed tantùm sunt in possessione.*

Rechercher l'origine de la confusion actuelle, caractériser la possession précaire en droit romain en décrivant l'institution si originale du *precarium*; la suivre à travers les variations de notre ancien droit, et l'étudier enfin avec la signification que lui donnent le langage et la législation de nos jours, tel est le sujet de ce travail. Matière délicate qui, toute pleine du charme des hautes conceptions juridiques, fournirait l'heureuse occasion de déployer cette *elegantia juris* dont le secret a été transmis par les juriconsultes romains à nos Cujas et nos Pothier, leurs dignes émules ! Notre ambition est plus modeste : elle s'estimera satisfaite si notre ébauche peut inspirer à une main plus exercée et plus savante, le goût de reprendre le même sujet avec cette touche de maître qui donne aux pâles esquisses la lumière et la vie.

DROIT ROMAIN

DU PRECARIUM

La législation romaine fournit à la théorie de la possession des textes remarquables dont l'abondance prouve avec quelle ardeur les Prudents avaient tourné de ce côté l'éclat de leur génie et la patience de leurs investigations. A côté du Droit civil qui définit les caractères et les effets de l'usucapion se développe l'institution prétorienne des Interdits, destinés pour la plupart à protéger la possession pour elle-même. Or, les fragments de l'Édit qui ont échappé aux ravages du temps condensent généralement les conditions de recevabilité de ces moyens possessoires dans cette laconique formule : *qui nec vi nec clam nec precario possidet ab adversario*. Chacun saisit les caractères et comprend l'exclusion de la violence et de la clandestinité ; mais à quoi se réfère l'autre vice placé sur la même ligne ?

Imaginez-vous qu'une personne vienne solliciter de vous la concession d'un de vos biens, s'y établisse lorsque sa prière est écoutée, recueille tous les fruits, profite de tous les usages que la chose procure, sans pouvoir, comme le locataire, se plaindre d'une jouissance incomplète ou compromise, sans être redevable d'une prestation périodique ; puis au premier jour, le lendemain

même de la concession, s'il vous plait, doit restituer ce qu'elle a reçu ; telle est, au point de vue le plus général, la position créée par le *precarium* que l'on peut définir avec Cujas : *Concessio rei vel possessionis quàm precibus ita impetravimus ut uteremur quamdiù liberet concedenti, vel creditum utendi re aut jure alieno usque dùm licuerit nobis per eum qui credidit* (1).

Rien assurément n'est plus singulier que cette concession de jouissance révocable *ad nutum* et subordonnée par sa nature même au caprice du concédant. On serait même tenté de ne pas voir dans les textes qui retracent les caractères distinctifs et les effets du *precarium*, autre chose que les élaborations de juriconsultes à la piste des hypothèses curieuses et des problèmes, invraisemblables. Grave erreur pourtant ! Les Prudents étaient avant tout des praticiens. Pourquoi auraient-ils consacré tant de textes à dépeindre une situation qui n'eût eu que le mérite de l'originalité ? Si le *precarium* eut été dépourvu de toute utilité pratique, verrions-nous des écrivains étrangers à la science du droit le mettre sur la même ligne que les autres modes de transférer la possession ? A coup sûr il fallait que ce genre de concession fut usité, pour qu'Horace, déplorant dans une boutade la vanité des choses humaines et l'instabilité des fortunes, s'écriât :

..... tanquam
Sic proprium quidquam, puncto quod mobilis horæ,
Nunc *prece*, nunc *pretio*, nunc *vi*, nunc sorte *suprema*,
Permutet dominus (2) !

Tertullien exprime la même idée dans des termes analogues : *tribus modis aliena sumuntur, jure, beneficio, impetu, id est dominio, precario, vi, domino non suppetente* (3).

S'il est vrai que les institutions juridiques ne sont point dues aux caprices des temps et des mœurs, mais naissent de besoins sociaux, c'est à l'histoire que nous devons demander la raison d'être du *precarium*. Si l'explication qu'elle fournit ne brille

(1) Paratitla in lib. 43 Dig.

(2) Epist. II. 2.

(3) Adversus Hermogenem.

point de la pleine lumière de la certitude, elle suffit pour ne pas reléguer la question au nombre des problèmes insolubles et jettera quelque jour sur divers points que nous aurons à examiner ultérieurement. Nous verrons, en effet, le *precarium* sortir de sa sphère primitive et revêtir de nouvelles utilités; le saisissant alors dans son plein développement, nous pourrons en fixer les conditions et les effets et nous le suivrons ainsi depuis sa formation jusqu'à son extinction; à ce dernier moment, nous rechercherons quelles sont les causes qui le font cesser et par quels moyens s'effectue la restitution.

CHAPITRE I.

ORIGINE DU *PRECARIUM*.

Les documents historiques tendent à établir que le *Preca-rium* est né des rapports spéciaux du patronat et de la clientèle. Mais on se ferait une fausse idée de ces relations si l'on s'en tenait au tableau tracé par les écrivains des derniers siècles de l'Empire. Ce n'étaient point de vrais clients, ces applaudisseurs affamés qui, pour un repas, suivaient au tribunal les avocats avides de renommée, mais pauvres de savoir, pour leur décerner le brevet d'éloquence, ces *Laudicænt*, ces courtiers électoraux, ces marchands d'acclamations qui pour deux deniers faisaient la cour aux nouveaux magistrats (1). Ce n'étaient point de vrais patrons ces parvenus qui, au V^e siècle, d'après les écrits du prêtre Salvien, englobaient dans leurs *latifundia* l'héritage du pauvre, et courbaient sous leur tyrannique protection les petits propriétaires à qui il ne restait que ce moyen d'échapper à l'impôt. Le patronat eut d'autres devoirs que les *sportulæ*, la

(1) Comp. Pline le Jeune. Lib. II Ep. 14. Lib. X Ep. 117, 118.

clientèle d'autres obligations que ces vils applaudissements et cette triste subordination. C'est à leur berceau que nous devons remonter.

On sait que le premier soin de Romulus fut d'établir une aristocratie dont la prépondérance devait se perpétuer à travers les siècles; *in regium concilium delegit principes*, suivant l'expression de Cicéron (1). Ce conseil fut appelé sénat et les membres qui le composèrent prirent le nom de *patres* (2). Pour établir un lien intime entre les patriciens et le reste de la population, le législateur voulut que chaque plébeien s'attachât à un *pater* et établit entr'eux un contrat d'autorité et de protection d'une part, de dépendance et de services de l'autre (3).

Voilà un premier fait incontestable, il en est un autre aussi certain. C'est que les patriciens usurpèrent peu à peu l'*ager publicus* et reculèrent les limites de leurs possessions, à mesure que l'État agrandissait les siennes par la conquête. Recueillez les témoignages des historiens; compulsez Tite Live (4), Denys d'Halicarnasse (5), tous sont unanimes.... *Quicumque propter plebitatem agro publico ejeti sunt* (6).... *Servili imperio patres plebem exercere, de vitâ atque tergo regio more consulere : agro pellere et cæteris expertibus soli in imperio agere* (7).

Mais que fera l'opulent patricien de ces vastes domaines que la foule de ses esclaves ne suffirait pas à cultiver? Un emploi tout naturel se présente. Autour de lui s'agite un amas empressé de subordonnés dont le concours est précieux dans les procès, les élections, les guerres civiles. Ne faut-il pas reconnaître leurs services et s'en assurer la continuation? La concession d'une parcelle des biens volés sur l'*ager publicus* remplira le but et la facilité d'une révocation arbitraire, suspendue comme une menace perpétuelle sur la tête du client, fournira aux prérogatives

(1) De Republicâ II 8.

(2) Denys d'Halicarnasse II. 8. Tite Live I. 8.

(3) Id. Festus V° Patrocina.

(4) Tite Live II. 41, 61. — IV. 48, 51, 53. — VI. 3, 5, 14, 30.

(5) Loc. cit. IV. 9. — VIII. 70 à 74.

(6) Nonius Marcellus II. 619. V° Plebitatem.

(7) Salluste. Frag. Hist. 1, 9

du patron une sanction qu'elles ne trouvent pas dans la loi. On appellera *precarium* cette combinaison qui permet de se faire des obligés sans se dépouiller et de s'assurer à soi-même le principal bénéfice d'un bienfait qu'on a l'air de faire à autrui. Les grands seigneurs ont de ces générosités.

Si le précaire s'adapte ainsi par lui-même aux rapports établis entre patrons et clients, plusieurs textes démontrent que ce fut bien là l'origine de notre institution. Cicéron, dans son discours contre Rullus (III-3) se demande si le projet qu'il combat doit s'appliquer aux possesseurs précaires et s'écrie: *Etiamsi si precario venit in possessionem* ? Or si l'on considère, d'une part, que la loi agraire de Rullus portait sur la possession de l'*ager publicus*, d'autre part que la majeure partie de ce territoire avait été envahi par les patriciens, on doit conclure que ceux-ci pratiquaient le mode de concession dont nous parlons. Au profit de quelles personnes, un texte plus topique va nous le dire. Festus donne comme trait caractéristique des *Patres* l'habitude qu'ils ont d'assigner des portions de terre à leurs inférieurs, à l'exemple des concessions faites par un père à ses enfants. « *Patres idem appellati sunt quia agrorum partes attribuebant tenuoribus, perinde ac liberis propriis.* » Quels sont ces inférieurs unis au chef de famille par des liens semblables à ceux de la puissance paternelle ? A coup sûr, ce ne sont ni les esclaves, ni les colons dont la condition se rapproche bien plus de l'esclavage que des rapports de filiation. Restent donc les clients à qui seuls peut s'appliquer l'expression de Festus.

Et ce qui prouve bien l'exactitude de sa comparaison, c'est qu'elle est répétée par d'autres auteurs. Denys d'Halicarnasse résume ainsi tous les devoirs du patron : *facientes quidquid liberorum causâ parentes facere solent*. Virgile, de son côté, met sur la même ligne la violation de la piété filiale et la trahison des intérêts du client :

Pulsatusve parens vel fraus innoxia clienti (1).

Enfin on aperçoit aisément une certaine analogie entre le précaire

(1) *Enéide* VI.

et le pécule qu'un père concède à son fils. Tous deux revêtent le caractère d'actes purement gracieux, tous deux sont essentiellement révocables. Si l'on rapproche le fr. 8 *in fine De peculio: simul atque noluit dominus peculium servi (aut filii: la proposition est vraie pour l'un et l'autre) desinit peculium esse*, du fr. 15 h. t. : *et habet precarium summam coequitatem ut eatenus quisque nostro utatur quatenus ei tribuere velimus*, on conviendra que l'analogie énoncée par Festus indique d'une manière satisfaisante l'origine probable du *precarium*.

Avec cette origine, les caractères singuliers de l'institution s'expliquent. Ce n'est point un *negotium contractum* qui suppose deux personnes débattant sur le pied de l'égalité les conditions d'une convention; il s'agit d'un pur acte de bienveillance (fr. 14 h. t.). — La concession est révocable *ad nutum*, parce que c'est la conséquence et la consécration des rapports de dépendance et de soumission qui rattachent le client au patron. Le concessionnaire ne répond que de son dol, parce que deux personnes, liées par une réciprocité de devoirs aussi sacrés que ceux de la parenté, à qui il est défendu *alteris alteros in judiciis accusare, aut testimonium adversum dicere, aut suffragium contrarium ferre, aut inter inimicos censer...* (1) ne peuvent être soumises aux relations rigoureuses de créancier à débiteur.

Nous ajouterons un dernier argument qui vient à l'appui de cette explication. Denys d'Halicarnasse rapporte que la clientèle existait chez les Athéniens, il est même probable que les Romains l'ont empruntée aux Sabins et aux Etrusques qui, eux, la tenaient de la Grèce. Or, dans la campagne attique, le système des concessions faites par les patrons ou Eupatrides à leurs clients ou Diacriens était devenu le régime à peu près général de la propriété. On voit en effet dans Solon (2) que « les hommes qui labouraient les flancs de la montagne (les diacriens) renfermaient une haine violente contre les Eupatrides, parce qu'ils s'indignaient de voir sur leurs champs la borne sacrée du maître et de sentir leur terre esclave. » — Et

(1) Denys d'Halicarnasse — loc. cit.

(2) Solon, — edit Bach. p. 104 et 105.

le Sage s'écrie : « C'était une œuvre désespérée ; je l'ai accomplie avec l'aide des Dieux. J'en atteste la déesse Mère, la Terre noire dont j'ai en maints endroits arraché les bornes, la Terre qui était esclave et qui maintenant est libre..... Ceux qui sur cette terre subissaient la cruelle servitude et tremblaient devant un maître, je les ai faits libres.... »

On objectera sans doute que si le précaire était né, comme nous le prétendons, de l'institution du patronat et de la clientèle, il serait disparu avec elle. Mais il est permis de penser que le *Pre-arium*, adapté bientôt à des hypothèses diverses, a survécu de cette façon à sa première utilité. Il n'est point rare de voir les Prudents ressusciter du passé une institution toute faite pour l'employer à des usages nouveaux. Nous allons voir comment ce procédé de généralisation leur sert dans notre matière.

CHAPITRE II.

EXTENSIONS PRATIQUES DU *PRECARIUM*.

Type des concessions de l'*ager publicus*, le *precarium* dut recevoir en matière immobilière sa première application en dehors de sa sphère primitive. Plus tard seulement on l'utilisa dans les négociations mobilières. C'est du moins ce qui semble résulter de l'insistance avec laquelle Ulpien fait remarquer que *in rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit* (1). Quoiqu'il en soit, le précaire fut étendu à la vente, au louage, au gage, aux servitudes et ces applications spéciales méritent d'attirer successivement notre attention.

(1) Toutefois ce n'est encore là qu'une conjecture, si, comme le prétend M. Vernet (*Textes choisis sur la théorie des obligations*, p. 73) quelques manuscrits des Pandectes portent *constitit* au lieu de *constitit* : ce qui changerait le sens du texte. En tout cas nous ne saurions approuver le même auteur lorsqu'il affirme que « le précaire des meubles fut toujours

I. — APPLICATION DU *precarium* A LA VENTE.

On sait qu'en droit romain la vente n'est point translatrice de propriété et constitue simplement un *titulus ad acquirendum*. La tradition, effectuée à la suite du contrat, n'a même pas pour effet immédiat de transporter de l'une des parties à l'autre la qualité de propriétaire, lorsqu'il s'agit de ventes au comptant dans lesquelles le vendeur n'a pas entendu suivre la foi de l'acheteur; il faut en outre le paiement du prix ou l'affectation d'une sûreté quelconque. Jusque là le vendeur reste propriétaire et peut par la revendication reprendre la possession de la chose par lui livrée. On voit combien ce moyen d'éviter l'insolvabilité de l'acheteur était lent, voire même périlleux, puisqu'il exigeait que le vendeur fit la preuve de son droit de propriété, preuve souvent délicate, même avec le secours de l'usucapion. La constitution d'un précaire fournit un procédé plus prompt, plus approprié aux exigences de la pratique. Sur les prières de l'acheteur, le vendeur lui livre la chose à la condition qu'elle lui sera restituée *primo nutu*; le *precarium* étant protégé par un interdit dans lequel on recherche uniquement quelle est la qualité de la possession de l'adversaire, le vendeur avait à sa disposition un moyen de restitution plus facile et plus sûr que la *rei vindicatio*.

La même clause était encore utile dans les ventes à terme. Toutes les fois, en effet, que le vendeur entend suivre la foi de l'acheteur, la simple tradition de la chose transfère la propriété; la concession d'un terme pour le paiement du prix est la preuve de cette intention du vendeur. Mais lorsque la tradition est effectuée en vertu d'une constitution de précaire, on ne peut plus dire que celui qui livre suit la foi de l'acheteur, de sorte que par

chose rare dans la pratique romaine. » Cette allégation nous semble contredire la doctrine d'Ulpien (fr. 6 *in fine* h. l.) qui cite comme une pratique quotidienne l'adjonction d'une clause de précaire au contrat de gage; or on sait que ce contrat s'applique surtout aux meubles, bien qu'il fut en droit romain applicable aux immeubles.

cette clause le transfert de la propriété est retardé. Cette solution est renfermée dans un rescrit de l'empereur Alexandre ainsi conçu : « Qui ea lege prædium vendidit ut, nisi reliquum
» pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se revertetur,
» si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito (Const. 3 de pact.
» inter vend. et empt.). » Ainsi la concession d'un terme même résolutoire donne à la tradition la vertu de transférer la propriété : le vendeur, simple créancier, n'a que l'action *ex vendito* ; mais si la tradition n'a été faite qu'à titre de précaire, il est demeuré propriétaire.

La constitution d'un *precarium* avait enfin une utilité commune aux ventes au comptant et aux ventes à terme : elle assurait le paiement du prix, puisque, jusqu'à ce paiement, l'acheteur était sous le coup d'une cause permanente d'éviction : « Ea quæ
» distracta sunt, dit Ulpien (*fr. 20 h. t.*) ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur,
» venditorem posse consequi. » Ce moyen, aussi efficace peut-être que notre action résolutoire, restituait au vendeur son droit de retention (*13 § 8 de act. empti*), replaçait les parties dans la situation qu'elles occupaient avant la tradition et offrait l'avantage de ne pas anéantir le contrat, tout en assurant l'exécution.

Voilà donc dans quelles vues pratiques le précaire a été étendu à la vente. Cependant cette application aurait eu, d'après M. Machelard (1) un autre but. L'acheteur sans terme à qui la chose est livrée sans qu'il ait payé son prix ni satisfait autrement le vendeur, ne devient pas propriétaire. « Mais, se demande le
» savant auteur, le vendeur est-il alors dépouillé de la possession qui aurait passé à l'acheteur ? Nous ne saurions le croire. Il
» n'y a là, en effet, qu'une tradition faite sous une condition tacite, restriction dont est susceptible ce mode de transmission
» de la propriété, suivant la loi 38 § 1 de *acq. poss.* Or, tant que la condition qui affecte un acte de droit est en suspens, les
» effets ordinaires de cet acte ne peuvent pas se produire. La tradition étant conditionnelle, la possession elle-même (car la

(1) Théorie des Interdits p. 266.

• tradition n'est que la remise de la possession) reste en suspen-
• au regard de l'acheteur qui ne l'a que *sub condicione*. • Dès lors
la constitution de précaire aurait pour utilité de transporter à
l'acheteur la possession *ad interdicta* et d'éviter l'intervention du
vendeur dans les débats possessoires.

Les préliminaires mêmes de cette explication nous semblent con-
testables. La possession *ad interdicta* exige deux conditions, le
corpus et l'*animus rem sibi habendi*. La tradition effectuée à la
suite de la vente a rempli la première; d'autre part, tant qu'une
volonté contraire n'a pas été exprimée, l'acheteur a l'intention
exigée: il entend bien posséder pour son compte et non pour le
compte du vendeur. Mais, dit M. Machelard, une volonté con-
traire a existé dès le début de l'opération, car la tradition a été
conditionnelle. Nous reconnaissons que la remise de la possession
peut s'effectuer sous condition; mais nous croyons que le texte
invoqué s'applique dans le cas où il est bien dans l'intention des
parties que le déplacement de la possession ne s'effectue qu'à
titre conditionnel; or dans l'espèce, si le vendeur, n'ayant pas
suivi la foi de l'acheteur, entend demeurer propriétaire, rien
n'indique qu'il ait voulu en même temps rester possesseur *ad
interdicta*. M. Machelard semble confondre ce double effet de la
tradition, remise de la possession, transfert de la propriété. Ce
qui est subordonné au paiement du prix, ce qui est conditionnel,
c'est uniquement le transfert de la propriété: *res venditio et
traditio non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pro-
tium solverit* (Inst. II. 2 § 41). Nous dirons donc avec M. Deman-
geat (1). • Si le vendeur n'a pas exprimé qu'il livrait la chose
• *quasi conductori vel depositario*, l'acheteur devra être considéré
• comme un véritable possesseur, comme pouvant exercer les
• interdicta. • Aucun texte ne tranche expressément la question;
mais sans prétendre être plus heureux que le savant professeur,
ne pouvons-nous pas tirer de graves inductions du fr. 11 § 9 *quod
vi aut clam*? Ce texte suppose que le vendeur intente l'interdit
quod vi aut clam contre celui qui, par violence ou dans l'ombre,
accomplit un travail nuisible au fonds vendu et l'auteur a soin de

(1) Cours de Droit romain, I p. 471.

faire remarquer que l'interdit n'appartient au vendeur que parce que la tradition n'a pas été faite, *quia nondum traditio facta est*. Ne peut-on pas conclure à contrario qu'une fois la tradition faite, le même droit n'appartient plus au vendeur, que la possession *ad interdicta* lui échappe, et que par conséquent l'adjonction d'une clause de précaire n'a point l'utilité indiquée par M. Machelard ?

Il importe de remarquer que cette façon de faire livraison ne pourrait compter au vendeur comme accomplissement de sa première obligation : *vacuam possessionem tradere* (fr. 1 *de rerum permut.*) Sur ce point, il n'y a point d'antinomie entre les fr. 11 § 13 *de act. empti*, et le fr. 13 § 21 *col. tit.* Ce dernier dit bien : *possessionem traditam accipere debemus, etsi precarii sit possessio*. Mais il faut l'entendre *secundum subjectam materiam*. Le jurisconsulte, s'occupant des effets de l'action *ex vendito*, se demande dans quel cas les intérêts du prix sont dus et répond qu'ils commencent à courir du jour de la tradition. Prévoyant l'objection, il résout affirmativement cette question : faut-il considérer comme tradition la remise de la possession à titre précaire ? Les intérêts courent dès le moment de cette remise, car, dit-il, « hoc tantum spectare debemus an habeat facultatem fructus percipiendi » en vertu du principe d'équité précédemment énoncé : « cum remptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pondere. »

II. — APPLICATION DU PRÉCAIRE AU LOUAGE.

Diverses combinaisons se présentent ici. La concession précaire précède-t-elle le louage, la seconde convention opère une sorte de novation, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas faite *nummo uno*. Le précaire est transformé en locataire et passe de la classe des possesseurs *ad interdicta* dans la classe des simples détenteurs ; la gratuité primitive se convertit en obligation de payer un loyer ; de son côté, le concédant doit remplir les devoirs d'un bailleur et, sans pouvoir révoquer le bail *ad nutum*, est obligé de faire jouir le preneur. Si l'on suppose, au contraire, que la concession précaire suit le louage, une transformation inverse se produit : *potius hoc procedere videtur quod novissime*

factum est. Enfin une troisième situation est possible. Qu'arrivera-t-il en effet si le bailleur ajoute à la convention de précaire cette clause : *non ut possideret, sed ut in possessione esset*, le concessionnaire n'aura pas la possession, mais la simple détention ? La question est délicate, il est, en effet, de la nature du précaire que le concessionnaire possède *ad interdicta*. Pomponius, comme dans l'hypothèse précédente, conclut à la transformation du louage en *precarium*. Ulpien, plus hardi, combine les deux choses, de telle sorte que le loyer sera dû comme si la concession précaire n'existait pas, mais d'autre part, la jouissance du preneur sera révocable au gré du bailleur, comme si le bail était non avenu (fr. 10 de acq. poss.) (1).

La convention de précaire ajoutée au louage ne paraît pas avoir joui d'un grand crédit dans la pratique, mais elle fut d'une utilité journalière dans le système des sûretés réelles concédées par les débiteurs aux créanciers.

III. — APPLICATION DU PRÉCAIRE AU GAGE.

Nous n'avons pas à étudier dans leurs détails les progrès successifs que la loi romaine dut faire avant d'arriver à un système qui, pour être parfait, n'avait plus besoin que de l'organisation de la publicité. Chacun sait que la Fiducie fut la première forme imaginée pour affecter la chose du débiteur à la sûreté de la dette. « *Fiduciam verò accipit cuicumque res aliqua mancipatur, » ut eam mancipanti remancipet.... Hæc mancipatio fiduciaria » nominatur idcirco quod restituendi fides interponitur (2). » Ce moyen imparfait violait la loi économique qui veut, pour qu'une sûreté réelle atteigne son but, c'est-à-dire assure le crédit, que le débiteur perde le plus tard possible la possession et surtout la propriété de la chose engagée; il compromettait le crédit au lieu de le sauvegarder. Pour obvier à cet inconvénient, la pra-*

(1) Cujas — Recit. sol. ad hanc legem.

(2) Boethius ad Ciceronis Top. IV.

tique eut recours au *precarium* qui permettait au débiteur de conserver, sinon la propriété, au moins la possession de la chose grevée. Remarquez, du reste, que cette reprise ne permettait pas au débiteur de garder l'objet définitivement après un an en vertu du bénéfice de l'*usureceptio* (*Gaius II 60*), à moins que le paiement n'ait été effectué.

Plus tard, lorsque le gage succède à la fiducia, le débiteur ne perd plus la propriété de la chose; il garde même la possession *ad usucapionem*, mais ce n'est qu'une fiction, *intelligitur possidere* (fr. 36 *de acq. poss.*); le bénéfice effectif, la possession *ad interdicta* reste au créancier (fr. 35 *de pign. act.* fr. 16 *de usurp.*). Sans doute celui-ci n'a point l'*animus domini*, « non eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse (fr. 13 § I *de publ. act.*); » « non opinione domini possidet (fr. 22 § I *de noxal. act.*); » mais nous n'irons pas jusqu'à dire, avec M. de Savigny, que le créancier n'a qu'une possession d'emprunt (*abgeleiteter Besitz*) et ne fait qu'exercer celle du débiteur. S'il n'a point l'intention de s'attribuer la propriété de la chose, il a au moins celle d'exercer pour son propre compte, en cas de non-paiement, la principale prérogative qui dérive de la propriété, ce qui modifie singulièrement le droit d'*abusus* du débiteur. Comme le fait fort bien remarquer Voët (1) : « Rem ex his causis tenentes (c'est-à-dire l'usufruitier, le créancier gagiste, etc.,) et si non eo animo nanciscuntur possessionem ut credant se dominos esse; tamen ea mente adipiscuntur ut ex rebus illis, non alteri, sed sibi, commodum acquirant. » — Quoiqu'il en soit, il reste certain que le débiteur est dessaisi par le contrat de gage. Ici encore le précaire fournit le moyen de remédier à cet inconvénient. Grâce à lui, le débiteur reprendra, non pas la possession *ad interdicta* (car on ne saurait présumer que le créancier abandonne tout le bénéfice de sa situation), mais la simple détention qui lui permettra de jouir de la chose (15 § 2 *qui satisdare cog*, 33 § 6 *de usurp.*). Cependant, cette application ne fut pas admise sans difficulté. Ne se heurtait-elle pas, en effet, contre la maxime : *Preca-rium rei suæ, consistere non potest*, puisque le débiteur reprend

(1) Comment. ad Pand.

ainsi la jouissance de sa propre chose? Mais la pratique quotidienne se chargea de dissiper les scrupules de la théorie et Ulpien trouva le moyen de tout concilier en faisant remarquer que, par cette ressource, le débiteur re-saisit un avantage dont il resterait privé sans elle; car il reprend ainsi la jouissance dont le contrat principal l'avait dépossédé au profit du créancier. Le *precarium* offre dès lors une utilité spéciale, indépendante du droit de propriété, qui suffit pour rejeter l'application de la maxime opposée (fr. 6 § 4 h. t.) — D'ailleurs, si la chose appartient à autrui, le débiteur ne perd pas la possession *ad usucapionem*; au contraire « plus juris in possessione habet qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet (36 de acq. poss.) »

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que de l'application du précaire aux choses corporelles, mais il s'est étendu aussi aux servitudes.

IV. — APPLICATION DU PRÉCAIRE AUX SERVITUDES.

Deux avantages principaux résultaient de cette nouvelle extension attestée par les fr. 15 § 2, 2 § 3, 3 h. t. On empêchait par là l'acquisition de la servitude par la *præscriptio longi temporis* admise par le Prêteur. En effet, celui qui avait exercé la servitude pendant un temps considérable ne pouvait prétendre à l'action utile qu'en se présentant exempt de tout vice de précarité, de violence et de clandestinité (fr. 10 si serv. vind. Const. 1, 2, de serv.). D'autre part, on sait que le Prêteur protégeait par des interdits l'exercice des servitudes (fr. 20 de serv.). La tolérance d'un propriétaire aurait pour effet de conférer au voisin le bénéfice de ces interdits et de renvoyer le premier à l'exercice de l'action négatoire et à toutes les difficultés de la preuve. On évitait ce résultat par une concession de précaire dont l'effet était d'empêcher l'exercice de l'interdit à l'encontre du concédant.

Les différentes hypothèses que nous venons de parcourir démontrent quelle fut l'utilité du *precarium* une fois dévié de son objet primitif. Ces avantages apparaîtront dans une plus vive lumière, quand nous aurons mis en relief les caractères distinctifs et les effets directs de cette institution.

CHAPITRE III

CARACTÈRES ET EFFETS DU *PRECARIUM*.

Primitivement le *precarium* était relégué au nombre des simples pactes et comme tel dépourvu d'action ; plus tard il subit l'influence des innovations des Proculiens dont les efforts progressifs fondèrent la classe des contrats innommés avec l'action *Præscriptis Verbis* pour sanction. Cependant il paraît qu'en notre matière les résistances furent plus vives et les tâtonnements plus longs. Paul qui dans ses Questions de droit (fr. 5 de *præscriptis verb*) reconnaissait le caractère de contrat aux formes *do ut des*, *do ut facias* et même, après quelques difficultés, au *negotium facio ut facias* dont se rapproche le précaire, semble hésiter en ce qui concerne celui-ci et dans son Commentaire sur Sabinus (fr. 14 h. t.) il dit encore : « magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. » Un peu plus hardi, lui donne le titre de contrat (fr. 23 de reg. juris). Nous verrons plus loin que les hésitations ne furent pas moins grandes, lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'action *præscriptis verbis*.

Après comme avant son élévation au rang de contrat, le *precarium* ne requiert aucune solennité. Il suffit du consentement des deux parties donné soit verbalement, *inter presentes*, soit par écrit, ou par l'intermédiaire d'un tiers (fr. 9 h. t.). Bien plus, des prières formelles adressées au propriétaire ne sont pas nécessaires. Si elles ont donné le nom à l'affaire, elles constituent simplement la forme la plus usitée. Le § 11 tit. 6 liv. V des Sentences de Paul lève tous les doutes sur ce point : « Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam vel quæcumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullò voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet. » Il est à peine besoin de faire remarquer qu'outre le concours des consentements,

il faut que la chose soit remise en la puissance du précariste : on ne saurait concevoir un précaire sans la possession effective.

D'autre part, c'est bien l'objet concédé qui doit être rendu *in specie* ; par conséquent le précaire ne saurait comprendre des choses qui sont destinées à se consommer par l'usage, par exemple de l'argent comptant. Mais il ne faudrait pas pousser cette solution à l'excès : l'intention des parties est ici le meilleur guide. Comme dit Cujas (1). « Pecuniæ non est usus. Ergò nec » commodatum vel precarium, nisi forte accipiatur quasi corpus, » non quasi quantitas, ut ea utamur, non abutamur ; quo casu » etiam in pecunia numeratâ commodatum precariumque » consistit. » Ainsi, si les pièces de monnaie ont été détachées d'une collection *ad pompam et ostentationem*, la convention produira son plein et entier effet.

Or, le premier effet du precarium est, nous le savons, de conférer à son titulaire la possession de la chose : *meminisse nos oportet eum qui precario habet etiam possidere* (4 pr. h. t.). Il faudrait une clause spéciale pour empêcher cette conséquence de se produire (6 § 2 h. t. 10 de acq. poss.). Ainsi, comme dans le gage, il y a séparation de la possession *ad interdicta* et de la possession *ad usucapionem* ; la première appartient au précariste, la seconde au concédant. Ce n'est pas que ce résultat contredise la règle : *plures in solidum eandem rem possidere non possunt*. Les deux situations ne se rencontrent ni dans leurs conditions ni dans leurs effets. Bien loin qu'il y ait identité, il y a partage des bénéfices de la possession : la règle ne serait vraiment contredite que si l'on admettait avec les Sabinieniens que le précariste et le concédant occupent concurremment le même degré, celui de la possession *ad interdicta* (3 § 5 de acq. poss. 13 § 4 h. t.). — Mais comment expliquer en la personne du précariste l'existence d'un *animus rem sibi habendi* suffisant pour justifier l'exercice des interdits ? A la différence du créancier gagiste, il ne se présente point revêtu d'un droit propre et distinct : au contraire, son titre implique nécessairement la reconnaissance du droit d'autrui ; il ne jouit qu'en vertu du bon vouloir du concédant et la menace

(1) Observations liv. II chap. 87.

perpétuelle de l'éviction fait que la concession est censée se renouveler à chaque instant. On devrait donc le considérer comme un simple détenteur. L'explication de M. de Savigny devient ici plus acceptable. De même que les parties peuvent déléguer au sequestre le bénéfice de la possession (17 § 1 *Depositum*), ainsi la loi, dans notre espèce, présume cette délégation. Le précariste profite par une sorte de dérivation de l'*animus rem sibi habendi* conçu par le concédant. Telle devait bien être l'intention des parties, si l'on se rappelle l'origine du *precarium*. N'était-il pas plus commode pour le patron, plus conforme même à sa dignité, de confier au client une fois pour toutes le soin de se protéger lui-même et s'épargner ainsi la peine d'intervenir dans chaque affaire pour prendre le fait et cause du concessionnaire ?

Ces préliminaires posés, nous pouvons étudier le rôle respectif des parties qui interviennent dans l'affaire.

I — DROITS ET OBLIGATIONS DU CONCESSIONNAIRE

1° Possesseur de la chose, le précariste peut l'appliquer à tous les usages dont elle est susceptible. Il garde tous les fruits, mais il doit joindre au capital les produits extraordinaires, comme la part de l'esclave, et les comprendre dans la restitution finale.

2° Cette jouissance occasionne certains frais dont il importe de fixer le règlement. Les dépenses d'entretien doivent s'imputer sur les fruits, les dépenses voluptuaires ne donnent lieu à aucune répétition. Quant aux frais de conservation et d'amélioration, aucun texte n'établit au profit du précariste une sorte d'action contraire qui lui en assurerait le recouvrement. Mais rien ne s'oppose à l'effet ordinaire de l'exception de dol opposée au concédant lorsqu'il mettra en jeu l'interdit de *precario* et sous-entendue dans l'action *praescriptis verbis* : pourquoi le précariste ne jouirait-il pas du droit de rétention qu'on reconnaît aux simples détenteurs (15 § 2 de *furtis*) ? S'il opère la restitution sans exiger

la déduction des dépenses, on devra, ce nous semble, lui accorder le moyen de répéter par la *condictio indebiti* la position favorable qu'il a perdue. Débiteur d'une quantité fixe, il paie plus qu'il ne doit s'il ne déduit pas le montant des frais qui ont conservé ou augmenté la valeur de cette quantité (fr. 40 § 1 de *cond. ind.* 19 § 1 de *donat. int. virum et ux.*).

3° Vis-à-vis des tiers, le précariste est protégé par les interdits *retinendae vel recuperandae possessionis* que le Prêteur met directement à sa disposition. Bien plus, de même que le créancier gagiste peut joindre à sa propre possession celle du débiteur pour exercer l'interdit *utrubi*, tel qu'il fonctionne à l'époque classique, ainsi rien ne s'oppose à ce que le précariste, placé dans une situation analogue, profite par voie d'accession du temps de la possession antérieure du propriétaire. Le fr. 16 de *usurp.* fournit sur ce point un argument de puissante analogie. — Privé de la possession *ad usucapionem*, le possesseur précaire ne peut intenter l'action publicienne, car elle repose sur la fiction de l'usucapion terminée (fr. 2 § 1 de *publ. act.*); il ne peut non plus provoquer le partage, lorsque la concession a été faite à plusieurs d'une façon indivise (7 § 4 *Com. divid.*). Enfin, l'action *furti*, s'il est volé, lui sera refusée : elle ne compète qu'à celui qui est directement constitué en perte, or cet intérêt manque au précariste (14 § 11 de *furtis*).

4° C'est qu'en effet l'unique obligation du précariste est de s'abstenir de tout dol et de la faute lourde qui équivaut au dol. (23 de *reg. juris* 8 § 3 h. t.) Cette responsabilité particulière se justifie par le caractère gratuit du *precarium* et par les rapports spéciaux qu'il suppose. Elle explique le refus de l'action *furti* : le vol, qui n'est point la conséquence d'un dol antérieur, ne peut être imputé au possesseur; donc, tant qu'il n'en répond pas, il n'est point constitué en perte et cherche à s'assurer un bénéfice; or « ejus interesse videtur qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset (71 de *furtis*). » — Tel's seraient bien, d'après M. Machelard, la règle générale et le *minimum* de la responsabilité du précariste. Mais ce taux cesserait de s'appliquer lorsque le précaire n'est plus qu'une clause d'un contrat à titre

onéreux, étranger par suite à toute idée de libéralité. « Comment » croire, dit cet auteur, que le débiteur gagiste, auquel le » créancier aurait consenti à confier *precario* la possession de la » *res pignorat*, ne fût tenu à la conservation de cette chose que » de son dol ou de sa faute lourde? Ne doit-on pas en dire au- » tant de l'acheteur qui, ne pouvant payer son prix, serait obligé » de restituer la chose vendue dont le vendeur lui aurait trans- » féré la possession *precario*? » D'où il conclut qu'en intentant l'action du contrat principal, le créancier ou le vendeur fera apprécier la responsabilité du précariste d'après les règles ordinaires du gage ou de la vente. En présence de la généralité du fr. 8 § 3 h. t., nous n'éprouvons pas les mêmes scrupules, d'autant plus qu'à l'époque d'Ulpien, le précaire devait surtout se rencontrer joint à un contrat et rarement dans sa simplicité primitive. Le renvoi que conseille M. Machelard laisse, d'ailleurs, la question indécise, car, si nous trouvons des textes qui déterminent l'appréciation des fautes du créancier gagiste ou du vendeur en possession de la chose, nous n'en connaissons aucun qui règle au même point de vue l'hypothèse toute différente et tout exceptionnelle où c'est le débiteur ou l'acheteur qui possède. Ne peut-on pas, même dans ces cas spéciaux, justifier la mesure peu rigoureuse de la responsabilité du précariste? Elle n'a pas seulement pour motif l'esprit de libéralité qui préside à la formation du pacte; elle forme comme le pendant du droit de révocation arbitraire qui appartient au concédant. On ne peut rationnellement traiter avec rigueur un détenteur dont la jouissance est subordonnée à une condition purement potestative de la part du concédant. Le vendeur, le créancier gagiste, sont protégés par le droit de révocation arbitraire qui leur compète; s'ils sont victimes de la négligence du possesseur, qu'ils s'imputent à eux-mêmes de n'avoir pas usé plus tôt du moyen mis à leur disposition.

II. — SITUATION DU CONCÉDANT.

En face du précariste se place le concédant qui, au point de vue de l'usucapion, est réputé posséder. Mais il ne peut

intenter les interdits à l'encontre des tiers. Cette séparation de la possession *ad usucapionem* et de la possession *ad interdicta* a fourni à quelques auteurs la conciliation des fr. fr. 15 § 4 h. t. et 3 § 3 *de acq. poss.*, le premier de ces textes disant que le concédant continue à posséder *animo*, le second condamnant d'une façon absolue le concours des deux possessions. On peut dire, en effet, que par rapport à l'usucapion, le concédant conserve *animo* le bénéfice de la possession, comme il est exact de prétendre que celui qui ne peut plus user des interdits ne possède plus; les deux textes se réfèrent à des hypothèses différentes. Mais il est plus probable que l'insertion du premier fragment a été le résultat d'une erreur, puisqu'il retrace une opinion des Sabinien formellement contredite par d'autres textes des Pandectes (fr. 19 h. t. 3 § 1 *commod*).

Lorsque le précaire est éteint et la chose restituée, les voies possessoires se rouvrent devant le concédant. Il peut même, pour user de l'interdit *utrubi*, joindre à sa possession celle du concessionnaire (13 § 7 *de acq. poss.*). On ne saurait voir là une exception au principe qui prohibe toute accession à une possession vicieuse. Le vice qui affecte la possession du précaire, n'existant que vis-à-vis du concédant, se purge par le retour de la chose entre ses mains, de telle sorte que l'exclusion renfermée dans les mots sacramentels, *precario ab adversario*, tombe complètement à néant.

Il importe d'insister sur cet effet tout relatif du vice de la précarité, d'où il résulte que les tiers peuvent se voir opposer efficacement la possession ainsi inficiée à l'égard d'une autre personne. Ce principe reçoit une application remarquable à propos de l'exercice des servitudes. Primus est grevé de la servitude de ne pas bâtir au profit des fonds de ses deux voisins, Secundus et Tertius. Il obtient de Secundus la permission révocable et toute précaire d'élever une construction et celle-ci donne à la fois sur les deux fonds dominants. Cette situation prolongée pendant le temps requis permettra à Primus d'invoquer la prescription libératoire à l'encontre de Tertius, sans que celui-ci puisse opposer la concession précaire émanée de Secundus (fr. 32 *de serv. præd. urb.*).

Ces explications mettent en lumière la situation créée par le *precarium*; mais rien n'est plus propre à la faire ressortir que l'opposition des caractères inverses du commodat. *Precarium est simile commodato*, lit-on au début de notre Titre (fr. 1 § 3 h. t.); dans les deux cas, il y a transmission temporaire de la jouissance d'une chose; dans les deux cas, la convention est gratuite; dans les deux cas enfin, c'est l'objet reçu qui doit être restitué *in specie*. Mais de nombreuses différences les distinguent:

1° Le commodat est un contrat; le précaire, au contraire, a d'abord été considéré comme un pacte et n'a été revêtu de *causa civilis* que lorsque la théorie des contrats innommés fut formée et précisée.

2° Le commodataire a une action contraire, ce bénéfice n'appartient point au précariste.

3° Le commodat ne peut avoir pour objet que des choses corporelles; il paraît même (fr. 1 § 1 *Commod.*) que dans le début il ne s'appliquait qu'aux meubles. Nous avons vu que les servitudes sont susceptibles de concession précaire et que les immeubles furent le premier objet de notre institution.

4° La responsabilité s'apprécie différemment dans les deux conventions: le commodataire est redevable envers la chose de tous les soins d'un bon père de famille, le précariste ne répond, avant la mise en demeure, que de son dol et de sa faute lourde.

5° Le commodataire détient la chose pour le compte du commodant, *non possidet, sed tantum est in possessione*. On a vu que le précariste est possesseur *ad interdicta*.

6° La chose prêtée doit demeurer entre les mains du commodataire pendant le temps fixé par la convention ou, à défaut de convention, jusqu'à ce qu'elle ait servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (17 § 3 *Commod. Comp. art. 1889 C. N.*); le commodant ne peut anticiper sur l'époque ainsi déterminée. Il est de l'essence du *precarium* d'être révocable au gré du concédant.

7° Il est certain que les obligations du commodataire passent à ses héritiers qui, comme lui, sont tenus de l'action *commodati directa*. Nous verrons plus loin qu'on a discuté le point de savoir

si les obligations du précariste sont transmissibles à ses successeurs universels.

8° Enfin, remarque Cujas (1) « est alia sane maxima differentia quæ inter hæc duo negotia intercedit, quam non animadvertunt. » Lorsqu'un pupille reçoit, *sine tutoris auctoritate*, un objet à titre de commodat, il n'est point tenu de l'action *commodati*, hormis le cas d'enrichissement. Au contraire, si non autorisé il obtient une concession précaire, il est soumis dans tous les cas à l'interdit de *precario*, pourvu qu'il ait la chose entre les mains (fr. 22 § 1 h. t.) Cette distinction, continue l'illustre maître, naît de la différence des formules : « Actionis commodati hæc est formula : »
» quod te mihi ex causâ commodati dare facere oportet, ex fide
» bonâ... id est, quod mihi eo nomine obligatus es. Verbum
» oportet significat obligationem. Hæc formula non cadit in pupil-
» lum, quia pupillus obligari non potest sine tutoris auctoritate.
» Formula autem interdicti hæc est : quod precario habes....
» Et ideò hæc formulâ hocve interdicto pupillus officio judicis
» tenetur, si rem habeat quam precario rogavit, quoniam recte
» ei dicitur, quod precario habes ; si non habeat, non tenetur.
» Neque enim quæritur in hoc interdicto aut spectatur an
» pupillus sit obligatus sed an rem habeat. » — Malgré la grande autorité qui l'appuie, on peut douter de la réalité de cette différence. Le fait d'avoir entre les mains la chose d'autrui constitue pour le pupille un enrichissement, dans la mesure duquel il serait tenu même de l'action *commodati*. La distinction ne serait exacte qu'en se plaçant à une époque antérieure à l'application du principe d'équité consacré par la Constitution d'Antonin le Pieux (fr. 5 pr. de auct. et cons.).

Quoi qu'il en soit, cette dernière différence, née de la dissemblance des moyens de sanction attribués aux deux conventions, nous amène à considérer le *precarium* à son dernier terme.

(1) (Recht. sol. ad leg. 2 commodati).

CHAPITRE IV

CAUSES D'EXTINCTION DU *PRECARIUM*

I — DE LA RÉVOCATION

La première cause qui met fin au précaire dérive de sa nature même. C'est la révocation de la concession, révocation qui n'exige aucune solennité. Cependant elle ne résulte pas nécessairement de l'aliénation de l'objet concédé, bien que ce fait semble rompre par le changement de personne les rapports particuliers de bienveillance sur lesquels repose le *precarium*. L'affaire juridique est censée se continuer avec l'acquéreur qui, pour y mettre fin, a de son chef l'interdit *de precario*. Cette continuation s'explique: sans elle, l'acheteur eut dû se tourner contre le vendeur pour le forcer à révoquer la concession ou obtenir la cession de ses moyens de révocation; avec elle, au contraire, on évite ces détours et l'on accorde à l'acheteur une ressource directe et expéditive pour entrer en possession (fr. 8 § 2 h. t.)

Rien ne doit entraver le droit de révocation du concédant: la convention d'un terme est considérée comme non avenue et ne procure pas une exception au précariste, si l'autre partie anticipe sur l'époque fixée (fr. 12 h. t.). D'autre part, l'arrivée du terme n'emporte pas de plein droit la révocation, à moins qu'à ce moment le concédant ne soit incapable de manifester une volonté quelconque, s'il est fou, par exemple (6 h. t.). Aussi, en général, le silence du concédant vaut comme constitution d'un nouveau précaire. Si le concessionnaire a, sans attendre l'arrivée du jour fixé, formulé de nouvelles prières, il n'y aura point une nouvelle concession, mais continuation, mais prolongation de la situation antérieure (ffr. 4 § 4, 5 h. t.).

Y a-t-il un intérêt à rechercher, comme le font les jurisconsultes, si le *precarium* originaire se continue ou s'il s'efface pour faire place à une nouvelle concession? Peut-être admettait-on qu'une concession nouvelle emportait de la part du concédant renonciation au droit de se prévaloir du dommage antérieur causé par le dol ou la faute lourde du précariste. Il y avait encore cet intérêt que les sûretés accessoires fournies par un tiers ne s'étendaient pas à la nouvelle convention. (Comp. *ffr. 13 in fine, 14 locati*). M. de Vangerow (1) place toute la raison de la distinction dans la différence du point de départ de la prescription. Assurément, il ne s'agit pas de la prescription acquisitive, car aucun laps de temps ne peut effacer le vice qui affecte la possession précaire. Le jurisconsulte veut parler de l'obligation qui incombe au concessionnaire de réparer le préjudice causé par le dol ou la faute lourde, et enseigne que la prescription libératoire de cette obligation date dans le premier cas de la convention primitive qui est continuée, dans le second cas du renouvellement qui a opéré novation. Cette opinion ne nous semble pas exacte. Sans doute, c'est bien en vertu de la concession que le concédant peut demander compte au concessionnaire du dol et de la faute lourde; mais son droit n'existe en réalité et ne naît véritablement que lorsque le dol a été commis. De ce jour seulement commence à courir la prescription libératoire des dommages-intérêts; lui assigner un point de départ antérieur, c'est violer la règle : *actioni non natae non praescribitur*. Dès lors le point initial de la prescription est le même, soit qu'on admette la continuation de l'ancienne concession, soit qu'on se trouve en présence d'une concession nouvelle.

II. — DU DÉCÈS DE L'UNE DES PARTIES.

Comme la révocation, le décès de l'une des parties semble amener la rupture des rapports de bienveillance qui existaient entre les personnes. Est-ce à dire qu'il marque toujours la fin du précaire?

(1) Lehrbuch, t. III § 691.

Il est certain que la mort du concédant ne change rien à la convention intervenue : on présume que les héritiers continuent le même bon vouloir à l'égard du précariste. Cette présomption est sans danger, puisqu'ils sont protégés par le droit absolu de révocation. Il en est autrement si l'on a inséré la clause : *quoad is qui dedisset vellet* (fr. 4 locati). Cette insistance particulière démontre l'intention des parties d'accentuer davantage le caractère restrictif de la convention et c'est l'interpréter sagement que de faire cesser le *precarium* à la mort du concédant.

Quel est l'effet du décès du concessionnaire ? Les jurisconsultes semblent s'être inspirés du raisonnement suivant : le concédant a entendu faire une libéralité au précariste, non à ses héritiers ; la cause de l'affaire juridique disparaissant avec le titulaire de la concession, celle-ci doit s'éteindre. « Les prières qui ont amené la concession, disent-ils à l'héritier, n'émanent point de vous, donc vis-à-vis de vous le précaire n'existe pas. Ad heredem autem ejus qui precario rogavit non transit; quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est (12 § 1 h. t.); nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ (Sent. Paul. V. Tit. 6 § 12). »

Le principe est donc nettement posé, mais deux hypothèses peuvent se présenter : ou l'héritier du précariste est au courant de la situation ou il l'ignore. Dans le premier cas, s'il conserve la chose, au lieu d'avertir le concédant et de se mettre en règle avec lui, il imprime, par une sorte de novation, un nouveau vice à sa possession induue, celui de clandestinité, *clam videtur possidere*, dit Paul (*loc. cit.*). Dès lors la voie pétitoire est ouverte au concédant sans prescription possible, *persecutio ejus rei semper manebit*. Est-ce l'unique ressource ? Le texte de Paul semble consacrer l'affirmative d'une façon formelle : *nec interdicto locus est*, il n'y a point place pour un interdit. Mais est-ce bien la pensée du jurisconsulte ? A-t-il réellement voulu traiter l'héritier en faute plus favorablement que son auteur, le précariste ? Non, le texte doit s'interpréter *secundum subjectam materiam*. Le jurisconsulte vient de s'occuper de l'interdit *de precario* et de ses divers cas d'application ; il est donc vraisemblable qu'il entend exclure uni-

quement ce recours spécial et non tout interdit d'une façon générale. Si cette explication n'est pas suffisante, il nous semble encore possible de restreindre la portée excessive de l'affirmation de Paul. On sait qu'avant Justinien on pouvait impunément chasser par la violence quiconque s'était attribué clandestinement la possession d'une chose. Ne peut-on pas présumer que Paul fait allusion à cette ressource expéditive? Dans ce sens n'est-il pas permis de dire comme le jurisconsulte : *persecutio ejus rei semper manebit nec interdicto locus est* pour exprimer, non pas l'exclusion absolue de l'intervention prétorienne, mais la possibilité d'arriver à la restitution de la chose en dehors de cette intervention? Aussi croyons-nous qu'à part cet emploi de la force, le concédant pouvait user de l'interdit de *clandestina possessione* au temps où il existait.

Dans l'autre hypothèse, lorsque l'héritier ignore l'existence du *precarium*, sa bonne foi ne peut lui permettre de commencer une possession utile pour l'usucapion, ni faire revivre à son profit la concession éteinte par la mort de son auteur. Il doit restituer. Sans contredit, la voie pétitoire est toujours ouverte au concédant; s'il s'y engage, la responsabilité de l'héritier ne s'appréciera plus d'après les règles du *precarium*, mais d'après le principe qui régit la situation du possesseur de bonne foi : *qui rem quasi suam neglexit, nulli querelæ subjectus est* (St § 3 de *hered. pet.*) Les fruits perçus demeureront définitivement à l'héritier. Nous ne pensons même pas, contrairement à l'affirmation de M. Machelard, qu'il doive les restituer jusqu'à concurrence de l'enrichissement. Le silence du texte nous impose le devoir d'appliquer les principes de la possession de bonne foi. Or, nous croyons qu'en cette matière et jusqu'à la constitution de Dioclétien (22 *C. de rei vind.*), le possesseur bénéficiait de tous les fruits, même non consommés. Mais la voie possessoire est rigoureusement fermée au concédant. L'affirmation de Papinien (fr. 11 de *div. temp. exc. nec interdicto heredem ignorantem rectè convenietur*) ne peut être prise que dans un sens absolu. En effet, il ne peut être question de l'interdit de *clandestina possessione* puisqu'il n'y a pas clandestinité, ni de l'interdit *uti possidetis*, puisque les rai-

sons qui nous le feront refuser contre le précariste s'appliquent à l'héritier. Mais, avant Justinien, le concédant peut se remettre en possession par la force. C'est qu'en effet, malgré l'extinction du précaire, la possession de l'héritier est entachée du même vice que celle de son auteur « cum heres in jus omne defuncti succedit ignoratione suâ defuncti vitia non excludit. » Et cette transmission s'explique. Le précaire n'est plus, parce que les rapports qui le soutenaient se sont rompus par le changement de personne, mais la possession, aux yeux des jurisconsultes, est un fait qui se continue avec les mêmes qualités et s'impose tel qu'il est, jusqu'à ce qu'il soit contrarié par un autre fait.

Ainsi, jusqu'ici la situation est claire : le précaire ne survit pas à la mort du précariste. Mais Ulpien ne partageait pas l'opinion des autres jurisconsultes. Il s'est dit sans doute : puisqu'on admet la persistance du vice de la précarité, pourquoi ne pas reconnaître comme possible la continuation, la transmission de la concession qui est la cause du vice ? Puisqu'on maintient les inconvénients de la situation, pourquoi ne pas conserver en regard les quelques avantages qu'elle peut procurer ? De ce raisonnement il a déduit cette règle : « hoc interdicto heres ejus qui precario rogavit tenetur quemadmodum ipse (8 § 7 h. t.). »

Cependant, des esprits judicieux, au lieu d'admettre une innovation qui au fond n'a rien d'illogique, ont voulu à tout prix concilier ce texte avec les décisions rapportées plus haut. Cujas et Voet (1) enseignent que l'héritier du précariste n'est point tenu de l'interdit de precario de son propre chef, *nomine proprio*, mais qu'il peut être poursuivi du chef de son auteur, *nomine hereditario*. Cette conciliation vient se briser contre la décision formelle d'Ulpien. Dire qu'une personne est tenue *sive habet sive dolo fecit quominus haberet*, c'est bien dire qu'elle est tenue personnellement, *proprio nomine*. Car le fait de détenir actuellement une chose, le dol commis par l'héritier sont deux choses indépendantes du décès du précariste et du titre héréditaire. Au reste, l'idée de Cujas est d'autant moins soutenable qu'Ulpien distingue avec soin la mesure de la responsabilité, suivant que l'héritier est

(1) Cujas ad tit. 9 lib. VIII Cod. — Voët — Comment. h. t.

poursuivi en son nom personnel ou en sa qualité : il est tenu de son dol *in solidum*, et du dol du défunt, jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'il en a retiré — Une autre conciliation a été proposée (1). Ulpien, dit-on, raisonne dans l'hypothèse où une concession tacite a été consentie au profit de l'héritier lui-même. Mais cette supposition est tout arbitraire ; bien plus, ces termes, *tenetur heres quemadmodum ipse qui rogavit*, impliquent l'idée d'une continuation de la concession faite au défunt, idée confirmée par ces autres expressions : *tenetur... sive dolo fecit... quominus ad se perveniret*. On ne peut supposer une convention tacite sans le consentement des deux parties, or, si l'héritier s'abstient par dol de recueillir l'objet concédé, sur quoi fondera-t-on la supposition qu'il y a eu des prières de sa part et une adhésion de la part du concédant ?

Sans prétendre adapter l'obscurité des textes à des conciliations ingénieuses, mais peu fondées, nous croyons qu'Ulpien professait une opinion particulière sur le point en litige. Sa doctrine a même été consacrée par la Const. 2 h. t. — Mais nous nous associons pleinement à l'observation de M. Vernet (2) à propos de la responsabilité de l'héritier en cas de dol commis par son auteur : Lorsqu'il existe une action née d'un contrat, » l'héritier peut être poursuivi *in solidum* pour le dol commis par » celui dont il continue la personne, tandis qu'il ne peut être » poursuivi que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité, lors- » qu'il s'agit d'une action née ex delicto ou quasi ex delicto. » Aussi la décision d'Ulpian que nous venons de citer nous » paraît-elle avoir dû être restreinte par ce jurisconsulte au cas » où l'héritier du concessionnaire était poursuivi à l'aide de l'in- » terdit de *precario* ; mais si le concédant avait préféré user de » l'action *praescriptis verbis*, Ulpian, ce nous semble, devait déci- » der que l'héritier du concessionnaire ainsi poursuivi était tenu » du dol du défunt *in solidum*. »

(1) M. de Vangerow, loc. cit. § 692.

(2) Loc. cit. p. 70.

III. — DE L'INTERVERSION.

Les deux causes d'extinction du précaire que nous venons d'étudier ont pour effet de remettre la chose entre les mains du concédant. Mais le précaire peut cesser en dehors de toute restitution. C'est l'effet de l'interversion, c'est-à-dire de tout événement qui fait que le possesseur ne doit plus en vertu de la concession originaire, mais en vertu d'une cause nouvelle.

Ainsi, lorsque le précaire transmet la chose à un tiers par un titre translatif, on aura bien à rechercher si la transmission n'est pas le résultat d'un dol; mais l'acquéreur n'est point tenu de l'interdit de *precario* et ne sera point repoussé par l'exception de précarité en intentant les interdits *uti possidetis* ou *utrubi* contre le concédant originaire qui l'aura troublé dans sa possession. Bien plus, il peut usucaper, s'il remplit les conditions ordinaires, mais il lui est interdit de joindre à sa possession celle de son auteur, car *ne vitiosæ quidem possessioni ulla potest accedere* (13 § 13 de acq. poss.). Il faut d'ailleurs que la possession ne soit pas équivoque (32 § 1 eod. tit.) et que la vente soit sérieuse (Const. 5 eod. tit.). Seulement, sous Justinien, le vice de l'aliénation consentie de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire ne se couvre plus que par la prescription de trente ans (Nov. 119 cap. 7.).

A l'inverse, le concessionnaire commencera une possession utile pour l'usucapion, si de bonne foi il traite avec un tiers de la propriété de la chose possédée. S'il est de mauvaise foi, rien ne s'oppose à ce qu'il repousse la demande du concédant par la prescription trentenaire (Const. 3 de pres. XXX ann.). A plus forte raison le vice de la précarité sera-t-il effacé si le possesseur acquiert l'objet concédé de l'auteur même de la concession (33 § 1 de usurp.).

Enfin, il semble bien résulter des fr. 20 de acq. poss., 12 et 18 *unde vi* invoqués par analogie, que la contradiction opposée aux droits du propriétaire opère une interversion efficace, si, par exemple, le possesseur chasse le concédant venant reprendre

possession du fonds. Mais le vice de violence remplacera souvent celui de précarité et l'usucapion sera toujours impossible, parce qu'il n'y aura jamais juste titre et rarement bonne foi.

Ces solutions ne contredisent pas la maxime : *nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest*. Il faut se défier de ce prétendu axiome qui ne fut formulé qu'à propos de la théorie tout exceptionnelle de l'usucapion *lucrativa pro hærede* dans laquelle elle signifiait à la fois qu'on ne pouvait par sa seule volonté monter de la simple détention à la possession civile, ni changer le titre en vertu duquel on possédait déjà civilement pour bénéficier du délai plus court de la prescription lucrative (fr. 2 § 1 *pro hærede*). Mais dans les hypothèses que nous avons parcourues, nous n'avons pas vu seulement une prétention nouvelle s'éveiller dans l'esprit du précariste, mais nous avons assisté à la substitution effective d'une nouvelle cause de possession à la cause originale : comme disait Marcellus (19 § 1 *de acq. poss.*) : « Quod » scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis » posse mutare, credibile est de eo cogitatum qui et corpore et » animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut aliâ ex » causâ id possideret; non si quis, dimissâ possessione primâ, » ejusdem rei denovo ex aliâ causâ possessionem nancisci velit. »

Rappelons ici que l'interversion peut se produire en sens inverse par la substitution de la simple détention à la possession *ad interdicta* (fr. 10 *de acq. poss.*). Enfin, remarquons que le précaire s'éteint par la perte de l'objet causée par un fait étranger au dol du précariste, et par l'acquiescement de la dette ou du prix, s'il est l'accessoire d'un gage ou d'une vente (ffr. 11, 20 h. t.)

Pour avoir énuméré les causes d'extinction du précaire, nous n'avons pas épuisé la matière, car à cette extrémité surgit une dernière question qu'il faut résoudre : quels sont les moyens dont le concédant dispose pour rentrer en possession ?

CHAPITRE V

MOYENS DE RESTITUTION

Les moyens de restitution mis à la disposition de l'auteur du *precarium* ont varié dans l'application.

Le premier s'exerce en dehors de toute intervention de l'autorité judiciaire : il suffit que le concédant reprenne de vive force la chose concédée. Pourvu, en effet, qu'il n'y ait pas eu usage d'armes, le précariste ne peut se plaindre de l'emploi de la violence « qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario impunè dejicitur. » (Gaius IV § 154). On lit une décision analogue dans un fragment de la *lex Thoria* rapporté par Cujas (1) : « Qui ex possessione vi ejectus est.... quod neque vi, neque clam, neque precario possederit ab eo qui eum ea possessione vi ejecerit, facito ut ei restituatur. » Ce procédé, quoique barbare, s'explique par l'origine du *precarium*. Le refus de restitution de la part du client ne constituait-il pas une grave atteinte aux obligations qui le liaient au patron et ne légitimait-il pas de la part de ce dernier l'exercice de son autorité violée ? Aussi ne comprit-on plus l'emploi de la violence lorsque le précaire reçut de plus larges applications. Désormais, le propriétaire impatient qui aura recours au procédé ancien devra restituer au possesseur, en vertu de l'interdit *unde vi* que Justinien accorde à tout *dejectus*, quelque vicieuse qu'ait été sa possession antérieure (*Inst. § 6 de Int.*), et ne pourra même pas triompher au pécitoire en vertu de la constitution de Valentinien qui punit de la perte du droit de propriété l'emploi de la violence (*Const. 7 de vi*). En vain objecterait-on que la résistance du précariste suppose un certain emploi de la force contre le concédant, de telle sorte que celui-ci peut se retrancher derrière la règle qu'il est permis *vim vi in*

(1) Paratitla in lib. IV Inst. de Int. § V.

ipso congressu repellere (fr. 17 de vi). Les termes formels des Institutes ne laissent place à aucun doute. « Dans quel cas en effet, » dit très-bien M. Machelard, appliquerait-on cette faculté d'invoquer l'interdit *unde vi* à celui qui, possédant *precarió*, a été expulsé par le *rogatus*? La chose serait impossible, car, ou bien le *rogans* a succombé dans sa tentative de résistance au *rogatus* et alors (si l'objection était vraie), il n'y aurait pas d'interdit *unde vi* en sa faveur; ou bien il n'a succombé qu'après avoir d'abord résisté victorieusement au *rogatus* et alors (le premier succès du précariste ayant interverti sa possession), c'est un possesseur *vi* qui a été *dejectus*, non un possesseur *precarió*.

On comprend que, même avant les innovations protectrices de Valentinien et de Justinien, le procédé expéditif que nous avons décrit était insuffisant dans la pratique, et qu'on avait dû fournir au concédant des moyens moins répugnants que la violence. Le droit civil n'offrait que le recours dangereux de la revendication; mais la législation prétorienne vint combler la lacune.

Est-ce à dire que le concédant ait à sa portée la ressource générale de l'interdit *uti possidetis*? On l'a prétendu. 1° Mettez-vous, dit-on, à la place du juge chargé d'examiner le bien fondé de l'interdit. D'une part se présente le concédant qui se prétend possesseur de l'objet en litige, d'autre part, vous avez le précariste qui ne peut renverser la prétention de l'adversaire qu'en prouvant à l'inverse qu'il est le vrai possesseur. Mais ce triomphe lui est impossible, car sa possession, entachée de précarité, ne peut être opposée au concédant, en sorte que vis-à-vis de lui, elle ne compte pour rien. Vous devez donc le renvoyer et tenir pour vraie la prétention de l'adversaire. 2° Ce résultat se concilie parfaitement avec les conditions de recevabilité de l'interdit; titulaire d'une exception sans cesse opposable au précariste, le concédant peut être considéré par une fiction fort équitable, comme n'ayant pas perdu à son égard le bénéfice de la possession.— 3° Telle est bien la pensée d'Ulpien lorsqu'il décide dans le fr. 3 *uti possid.* que le possesseur expulsé triomphera de l'auteur de la violence au moyen de l'interdit *uti possidetis*: « ego

possideo ex justâ causâ, tu vi aut clam ; si a me possides, superior sum interdicto. — 4° Enfin, c'est la seule manière d'expliquer le fr. 12 § 1 de *acq. poss.* Ce texte décide que le demandeur en revendication peut quitter la voie pétitoire pour recourir à l'interdit *uti possidetis* ; or le demandeur ne possède pas (*actio enim nunquam ultrò possessori competit, (1 § 6 uti possid.)*) ; c'est donc que l'interdit dont il s'agit peut être quelquefois intenté par un non possesseur. Sinon, l'hypothèse prévue par le fr. 12 ne pourra se réaliser qu'autant qu'il y aura chez le revendiquant une ignorance assez peu croyable, l'ignorance de ce fait que l'immeuble est occupé par lui ou en son nom.

Ce système, qui séduit au premier abord, n'est pourtant point conforme aux vrais principes de l'interdit *uti possidetis*. 1° L'unique question à examiner par le juge est celle-ci : qui possédait *interdicti tempore* (Inst. § 4 de *Int.*) ? Or, dans l'espèce, le concédant ne possède pas à cette époque, puisqu'il s'est dépouillé au profit du concessionnaire de la possession *ad interdicta* et que la chose ne lui a pas encore fait retour. Il doit succomber par conséquent. — 2° La possession du précariste n'est pas opposable à l'auteur du précaire, dites-vous. Je le veux bien, mais que ressort-il de là ? De ce fait négatif que l'un est réputé ne pas posséder vis-à-vis de l'autre, il ne suit pas que celui-ci soit dispensé de prouver sa prétention et qu'on doive lui en attribuer *de plano* le bénéfice. Les deux parties ont une situation égale, elles sont donc toutes deux soumises à l'obligation de la preuve. Elles se sont provoquées par des *sponsiones* réciproques (*Gaius IV § 106*) ; pour triompher, il ne suffit pas de combattre la *sponsio* de l'adversaire, mais il faut aussi établir que sa propre *sponsio* est fondée. J'admets que le précariste doive succomber dans sa prétention ainsi formulée : « Si adversus edictum Prætoris mihi Numerio Negidio possidenti vis à te Aulo Agerio facta est, spondesne centum ? » Mais la moitié seulement du procès est fixée : il faut encore trancher la seconde *sponsio*, celle du concédant conçue dans les mêmes termes : « Si adversus edictum Prætoris mihi Aulo Agerio possidenti vis a te Numerio Negidio facta est, spondesne centum ? » Or le concédant ne possédant pas au

moment de l'émission de l'interdit, la condition de la stipulation ne se réalise pas; il doit aussi succomber, de telle sorte que les deux condamnations se neutralisant, le *statu quo* doit être prononcé par le juge. — 3° Nous prétendons que le concédant ne possède pas. C'est qu'en effet du moment où l'on reconnaît au précariste la possession *ad interdicta*, on doit la refuser au concédant en vertu de la règle : *duo in solidum eandem rem possidere non possunt*. Et si les Sabinien admettaient en notre matière une exception à ce principe, on sait que leur opinion était repoussée par les autres jurisconsultes dont la théorie paraît bien avoir été adoptée par Justinien (fr. 3 § 5 *de acq. poss.*). — Rien n'est plus vrai, dit-on, à l'égard des tiers; mais dans ses rapports avec le précariste, le concédant est réputé posséder. — Nous comprenons ce raisonnement quand il s'agit de l'usucapion, matière de droit où les fictions préviennent les conséquences fâcheuses de l'interprétation stricte de la loi. Mais il est déplacé dans une question qui réside surtout en fait et à propos d'un secours prétorien dont le but principal est d'éviter les rixes, en prononçant le maintien de la situation existant au moment de sa mise en exercice. — 4° On invoque pourtant un texte d'Ulpien qu'on explique par cette fiction. Mais a-t-on songé que par cette interprétation on met le jurisconsulte en désaccord avec lui-même? Il résulte en effet du fr. 13 § 7 *de acq. poss.* que le concédant peut *rupto precario* joindre à sa possession celle du précariste; or s'il a besoin de la jonction des possessions, c'est donc que pendant la durée de la concession il ne possède ni réellement ni fictivement. D'ailleurs le fr. 3 *uti possidetis* n'a point le sens qu'on lui donne. Ulpien n'exprime point son opinion personnelle sur la question, mais adoptant pour un instant le système de Trebatius sur le concours simultané de deux possessions, l'une juste, l'autre injuste, il se demande ce qui se passerait, ce concours étant admis. C'est le sens naturel de la tournure hypothétique qu'il emploie : *si quis proponeret possessionem justam et injustam*. C'est ce qui ressort encore de la dernière partie du texte : « Si verò non a me possides, neuter nostrum vinceretur (1); nam et tu

(1) Quelques manuscrits portent *vincetur*, mais la leçon adoptée au texte d'après M. de Savigny correspond mieux à la phrase incidente qui précède et s'accorde avec le sens tout conditionnel du texte.

possides et ego. » On suppose que Primus, *justus possessor*, est expulsé par Secundus et que Secundus est expulsé à son tour par Tertius. Tertius, troublé par Primus, intente l'interdit *uti possidetis*. Qui l'emportera? Dans l'opinion de Trebatius, ni l'un ni l'autre, car le vice de la possession de Tertius n'est pas opposable par Primus, et, d'autre part, celui-ci est censé posséder encore. Or, ce qui prouve qu'Ulpien rapporte la conclusion sans l'approuver, c'est qu'il l'a condamnée lui-même au fr. 1 § 9 *cod. tit.* : « Si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio. » Rapportant à ce principe l'espèce sus-relatée, il aurait fait triompher Tertius. Par conséquent, il faut adopter la signification que nous proposons d'attribuer au texte invoqué, ou admettre qu'Ulpien s'est contredit dans le même livre du même ouvrage. — 5° Reste le fr. 12 § 1 *de acq. poss.*, qui n'est pas pour nous aussi inexplicable qu'on le prétend. Sans doute l'ignorance de ce fait qu'on occupe un immeuble est peu vraisemblable, mais il est une erreur plus fréquente et plus plausible. Le propriétaire troublé peut ignorer que des moyens spéciaux garantissent la possession pour elle-même. Comme il voit que le trouble implique la prétention à la propriété, son premier mouvement sera de répondre à l'attaque en demandant la reconnaissance judiciaire du droit menacé, et plus il sera convaincu de la certitude de son titre, plus il sera porté à prendre l'offensive. Ainsi tombe le dernier argument de la théorie qui accorde au concédant l'interdit *uti possidetis*.

En supposant même que cette ressource eut existé, elle n'aurait fourni qu'une protection insuffisante. Puisqu'elle suppose un débat sur la possession, elle n'aurait plus eu de raison d'être, lorsque la chose concédée ne se serait plus trouvée entre les mains du précariste : ce qui assurerait l'impunité à la dépossession résultant du dol ou de la faute lourde. Au point de vue de la procédure, l'interdit *uti possidetis* revêt à son début la forme d'une gageure réciproque qui soumet le perdant à une double peine pécuniaire (Gaius IV § 141). De plus, on règle le sort de la possession pendant le procès par une mise aux enchères ; celui qui offre la somme la plus forte est constitué possesseur provisoire ;

mais la *summa licitationis* est une nouvelle peine pour l'adjudicataire, s'il vient à perdre le procès, puisqu'elle ne le dispense pas de la restitution des fruits perçus pendant l'instance (id. §§ 166, 167). Le moyen était donc aussi compliqué que périlleux. Enfin, l'interdit *uti possidetis* doit être intenté dans l'année du trouble. Par conséquent le rogatus ne pourrait plus y avoir recours, lorsqu'il se serait écoulé plus d'une année depuis le jour de la concession (1), car dès ce moment le droit de révocation s'est ouvert à son profit, *experiendi potestatem habuit*.

Ainsi, que l'on admette ou non la recevabilité de l'interdit *uti possidetis*, il faut reconnaître combien il était nécessaire d'assurer au concédant un moyen spécial de rentrer en possession.

C'est ce qui amena le Préteur à créer l'interdit *de precario*. La nouvelle formule est ainsi conçue : *quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti quominus haberes, id illi restituas* (fr. 2 h. t.) On voit par là que le précariste est soumis à cet interdit, lorsque la dépossession qu'il a subie est le résultat de son dol. De plus, la recevabilité du recours n'est plus renfermée dans les limites étroites d'une année, mais devient perpétuelle, car, dit Ulpien : *cum nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum* (8 § 7 h. t.). D'autre part, l'interdit est restitutoire ; par suite l'emploi des *sponsiones pœnales* n'est que facultatif. On peut les éviter en sollicitant, dès le début de l'instance *in jure*, une formule arbitraire, c'est-à-dire une formule dans laquelle le juge ne doit qu'à

(1) Telle est l'opinion de Puchta (*Cursus der Inst.* t. II § 225) et de Vangerow (*Lehrbuch* III § 691). Elle est contestée par M. Machelard (*loc. cit.* p. 279) d'après lequel la limite d'une année n'est relative qu'à l'appréciation des dommages-intérêts dont la cause ne doit pas remonter à une date plus qu'annale. Mais ce système aboutit à un résultat inacceptable. On sait que l'interdit *uti possidetis* peut conduire à une restitution en nature obtenue *manu mittari*, lorsque le vainqueur n'est pas celui qui est resté adjudicataire de la possession interimaire (G. IV. 166-167). Dans ce cas, et en suivant la théorie de M. Machelard, la limitation d'une année ne serait plus applicable, sauf peut-être pour les dommages-intérêts accessoires. Ainsi, l'interdit serait annal, lorsque la condamnation serait pécuniaire, et perpétuel, lorsque la restitution en nature serait possible. Or, les jurisconsultes romains n'auraient point manqué de signaler ce caractère mixte au lieu de dire simplement : *interdictorum quædam annalia sunt, quædam perpetua* (1 § 4 de Interd.)

défaut de restitution en nature, condamner à payer la valeur de la chose au moment de l'émission de l'interdit (Gaius 162 et seq.) Si le demandeur néglige de requérir cette formule, il faut revenir devant le magistrat pour y conclure les *sponsiones* réciproques suivies de *restipulationes* et ainsi conçues : « si contra edictum prætoris non restitueris, tantum dare spondes ? » Le juge aura à décider quelle stipulation est commise. Le concédant, s'il triomphe, obtiendra le montant de la gageure; mais il devra pour le principal solliciter un nouveau *judicium* qui lui procurera, à défaut de satisfaction en nature, une condamnation pécuniaire. Remarquez enfin que l'émission de l'interdit produit l'effet d'une mise en demeure. Dès ce moment, les fruits sont dus et la responsabilité du précariste s'élève à la diligence du bon père de famille *in abstracto* (8 § § 4 et 6 h. t.). Le concédant obtiendra aussi par cet interdit la réparation du préjudice que le précariste a pu lui causer (fr. 81 de verb. sign.).

Tel fut le moyen de restitution mis par le Préteur à la disposition du *rogatus*, tant que le *precarium* resta en dehors du domaine du droit civil. Mais lorsque l'affaire fut élevée au rang de contrat, une sanction nouvelle lui fut fournie par l'action *præscriptis verbis*.

L'application de cette action ne fut pourtant pas sans soulever des difficultés. Nous avons vu que Paul, dans son commentaire sur Sabinus (fr. 14 h. t.) refusait au *precarium* le caractère d'un *negotium contractum*. Cependant, dans ses Sentences, il semble avoir fixé ses hésitations et il enseigne (*lib. V. Tit. VI § 10*) que l'équité ne pouvant souffrir qu'un bienfaiteur soit constitué en perte par l'effet même de sa bienveillance, la restitution de l'objet concédé est assurée par une action civile. Mais quelle est cette action? D'après quelques auteurs, le jurisconsulte fait allusion à l'action *præscriptis verbis*. Car, dit-on, Paul ne fit jamais difficulté pour l'admettre dans les cas où l'affaire se rapprochait du type *do ut des* (fr. 5 § 1 de *præscriptis verbis*). Mais, est-il bien exact de ranger le *precarium* dans la catégorie *do ut des*? *Dare*, dans le sens technique du mot, signifie transférer la propriété et ne paraît pas avoir jamais désigné la translation de la possession. A nos yeux le type *facio ut facias* est celui dont le *precarium* se

rapproché le plus. Or, comme le fait remarquer M. Accarias (1), cette forme donna lieu à de plus longues divergences; les Sabinien s finirent bien par reconnaître l'existence d'un contrat, mais on se demandait encore quel contrat c'était et s'il ne fallait pas donner l'action du *negotium civile* offrant une plus grande analogie avec l'affaire en question. N'est-il point vraisemblable que Paul partageait dans notre hypothèse le sentiment des Sabinien s et, voyant les nombreuses ressemblances qui existent entre le *precarium* et le *commodat*, donnait, non pas l'action *præscriptis verbis*, mais l'action *commodati*? Cette vraisemblance ne devient-elle pas une certitude, lorsque l'on remarque dans le texte des Sentences, ces mots caractéristiques : « *civilis actio hujus rei sicut commodati competit*, » sur lesquels les auteurs que nous combattons ne paraissent point avoir suffisamment fixé leur attention ?

Quels que furent les tâtonnements, il est certain qu'à l'époque d'Ulpien la question ne fait plus de doute : « *Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam præscriptis verbis actione quæ ex fide boni oritur (fr. 2 h. t.)*. » Ces derniers mots ont soulevé une vive controverse qui divise les auteurs anciens et modernes. Nous devons d'autant moins la passer sous silence que les textes qui l'ont provoquée se trouvent à notre titre. Au reste, d'excellents commentaires l'ont assez élucidée pour qu'il nous soit permis d'être bref.

D'après Cujas (2), l'action *præscriptis verbis* ne serait de bonne foi que dans trois de ses applications : « *quæ competit ex permutatione et quæ de æstimate proponitur (Inst. § 29 de act.)* » et *tertia quæ de precario competit*. » Cette opinion est formellement contredite par le texte cité plus haut, dans lequel Ulpien affirme, d'une façon générale et abstraction faite de toute hypothèse particulière, le caractère de bonne foi de notre action. D'autre part, si les Institutes citent uniquement l'échange et le contrat estimatoire, c'est à titre d'exemples, à cause de l'usage fréquent de ces contrats et sans doute aussi à

(1) Théorie des contrats innommés p. 76.

(2) Recl. sol. ad tit. IX Cod lib. VIII.

cause de cette circonstance particulière que, malgré leur qualité de contrats innommés, le langage leur donne un nom spécial. Comment, du reste, ranger l'action *præscriptis verbis* parmi les actions de droit strict quand les quatre types qu'elle sanctionne se rapprochent de contrats analogues de bonne foi ? Comment croire que les jurisconsultes, poussés par des raisons d'équité à établir la nouvelle action, aient voulu grossir la classe déjà trop nombreuse des actions *stricti juris* ? Comment concilier de pareilles contradictions, surtout si l'on reconnaît que les contrats innommés sont synallagmatiques ? — A ces arguments on oppose le fr. 10 h. t. ainsi conçu : « Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est, præscriptis verbis.* » Si l'action *præscriptis verbis* est une *condictio*, elle est nécessairement de droit strict. Pour concilier cette affirmation avec notre opinion, M. de Savigny propose, sur la foi de plusieurs manuscrits, de lire *incerti actione* au lieu de *incerti condictione*. Mais il est peu vraisemblable que Julien, auteur du texte et Sabinien convaincu, ait admis l'action *præscriptis verbis* dans une hypothèse où, comme nous l'avons vu, les divergences furent plus accentuées, alors que dans d'autres cas moins controversés il avait prolongé la résistance et mérité ainsi les critiques des autres jurisconsultes (fr. 7 § 2 *de pactis*). Nous préférons de beaucoup l'opinion qui voit une interpolation dans la phrase incidente du texte cité. Comme dit M. Accarias, « il n'entre guère » dans les habitudes des jurisconsultes romains d'employer une « expression inexacte ou vague pour la corriger et l'expliquer » immédiatement par un *c'est-à-dire*. Ils ignorent ce procédé « artificiel d'un goût fort douteux et ils expriment droit et net » leur pensée. » Soit qu'en supprimant le *id est* on prétende, avec Haloander, que le jurisconsulte a eu en vue dans les mots *præscriptis verbis* la *præscriptio loco demonstrationis*, soit qu'il faille négliger complètement la phrase incidente ; le texte cité indique simplement une voie spéciale ouverte au concédant. Julien considérait que le précariste, en refusant de restituer la chose, s'enrichissait sans cause et accordait *quasi ex contractu* au concédant spolié la *condictio sine causâ*. Cette *condictio* est incertaine, parce

quo le concessionnaire, tenu de transférer la possession, est débiteur d'une obligation de faire, laquelle est *incerta* (78 § 7 de verb. obl.).

Remarquons en terminant, que la pratique n'avait pas attendu les innovations des jurisconsultes pour donner au *precarium* une sanction autre que les interdits. Pomponius parle d'une stipulation intervenant entre les parties pour régler les conditions de la restitution. Dans ce cas, l'interdit *de precario* devenait sans application. Car, dit Voët, « quasi remedio prætorio renunciasso videtur (rogatus), dum elegit civile. » Les termes stricts de la stipulation fixent la portée de l'action *ex stipulatu*, l'époque et le mode de la restitution (15 § 3 h. t.)

Ici s'achève notre étude sur le *Precairium*. Le trait caractéristique sur lequel nous ne saurions trop insister est qu'il confère au titulaire une possession qui se soutient et se défend par elle-même, sans qu'il ait besoin de recourir au concédant, comme le fermier au bailleur. En un mot, la possession précaire en droit romain est complètement distincte de la simple détention (1); elle suppose l'*animus rem sibi habendi* et donne directement droit à la protection des interdits. Au contraire dans son sens actuel la possession précaire exclut cet *animus* et ne s'exerce que pour le compte d'autrui, soit au point de vue de l'usucapion, soit au point de vue des actions possessoires. Puisqu'on a rompu avec les traditions romaines, demandons à l'ancienne Jurisprudence française le secret de la révolution qui s'est opérée dans notre matière.

(1) Un seul texte désigne les simples détenteurs sous le nom de *precariorum possidentes* et c'est une constitution impériale (2 C. de præscrip. trig. annor.).

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

On trouve dans les lois barbares et le droit canonique les traces d'une institution qui semble à première vue la reproduction exacte de la théorie romaine que nous venons de développer. Tenant au *precarium* par de notables ressemblances, et même par la similitude du nom, mais se rapprochant au fond de la simple détention, elle semble bien avoir préparé la confusion actuelle et mérite à ce titre d'être étudiée sous la dénomination générale de bénéfice. Après avoir recueilli ce premier indice, il nous faudra chercher dans les écrits de nos vieux auteurs, à travers l'obscurité de théories contradictoires, la lumière qui nous montrera comment la distinction entre la possession précaire et la simple détention s'est effacée peu à peu.

CHAPITRE I

DU BÉNÉFICE

Il est difficile de donner une définition exacte du bénéfice; il se présente avec des caractères si compliqués et sous des formes si différentes, qu'on en saisit avec peine le trait essentiel et com-

mun. Tout ce qu'on en peut dire d'une façon générale, c'est qu'il constitue une concession temporaire, mais rarement gratuite, de la jouissance d'une chose, et qu'à la différence d'un contrat ordinaire, il implique l'idée de bienfait, de faveur.

Le droit canonique fut le berceau du bénéfice et le siège de ses plus importants développements. Chose remarquable ! il lui donne le nom de *Precaria* : c'est même le titre officiel sous lequel le *Corpus Juris Canonici* lui a consacré quelques dispositions. On le voit, ici encore apparaît l'idée de prières suivies d'un bienfait ; il s'agit d'une grâce obtenue, et non d'une négociation conclue par des parties traitant sur le pied de l'égalité. Ce caractère est commun aux formes sous lesquelles ce genre de concession se présente le plus fréquemment, et que nous nous proposons d'indiquer et de comparer ensuite au *Precurium*.

I — PRINCIPALES FORMES DU BÉNÉFICE

I. — La plus ancienne paraît remonter à la constitution de Léon rendue en 470, rapportée au Code de Justinien (14 tit. II lib. I) et confirmée par les Nouvelles 7 et 120. On sait que les biens des Églises étaient inaliénables, sauf dans certains cas limitativement déterminés, mais il était permis d'en concéder la jouissance temporaire, *pro petitione, beneficii gratia*. Une clause spéciale était dans ce cas ajoutée au pacte : à l'expiration de la jouissance, soit au terme convenu, soit au jour de son décès, le concessionnaire devait restituer, non-seulement le bien qu'il avait reçu, mais par surcroît un autre immeuble d'un revenu équivalent qui appartenait désormais à l'Église en toute propriété. Ce genre de concession a survécu à la législation impériale du V^e siècle et s'est même accentué dans les décisions du droit canonique (1).

(1) Un concile, en effet, tenu en 845, édicta la disposition suivante : *Precuriæ a nemine de rebus ecclesiasticis fieri præsumantur ; nisi quantum de qualitate convenienti datur ex proprio ; duplum accipiatur ex rebus Ecclesiæ, in suo tantum qui dederit nomine, si res proprias et ecclesiasticas usufructuariò tenere voluerit. Si autem res proprias ad præsens dimiserit,*

Bien plus, on trouve des formules mérovingiennes (2) où l'une des parties s'exprime ainsi : « Je vous ai demandé, et votre bonté m'a accordé de tenir par votre bienfait cette terre qui est à vous; en échange de cette jouissance et aussi pour le salut de mon âme, je vous ai fait donation de telle terre qui était ma propriété par héritage. Tant que je vivrai, j'aurai la tenure et la jouissance de ces deux terres; je ne pourrai ni les aliéner, ni en diminuer la valeur, ni en tirer autre chose qu'un légitime usage; à ma mort, l'une et l'autre seront reprises par vous. » Tandis que le concédant répond : « D'après votre prière, notre bonté s'est résolue à vous faire le bienfait de notre terre; de votre côté, pour reconnaître notre bienfait, vous nous avez fait donation d'un bien qui était à vous par alleu; ce même bien, vous nous l'avez demandé et nous vous le concédons à titre de bienfait pour que vous en jouissiez pendant votre vie; à votre mort, l'une et l'autre terres rentreront en notre puissance. » Notons dès à présent que cette concession manque des deux traits caractéristiques du *precarium*, la révocabilité *ad nutum* et la gratuité.

II — La seconde forme est plus simple. Un donateur demande et obtient la jouissance, sa vie durant, de l'immeuble qu'il vient de donner à l'église. Ce n'est point une réserve ordinaire de l'usufruit, une condition de la donation. Celle-ci est parfaite et définitive; ce que le donateur obtient en retour est un bienfait indépendant et distinct du premier contrat, une faveur qu'il achète le plus souvent au prix d'une redevance annuelle. Les lois consacèrent cet usage : « Si quis liber, dit la *lex Alamanorum* tit. II
• res suas ad ecclesiam dederit... et posthœc a pastore ecclesiæ
• per beneficium suscepit ad victualem necessitatem conqui-
• rendam diebus vitæ suæ, et quod spondit persolvat ad ecclo-
• siam censum de illa terra. » La loi des Bavares (Tit I cap. I) fait allusion à ce genre de concession, lorsque, posant le principe

ex rebus ecclesiasticis triplum fructuario usu in suo tantum quisque nomine sumat : quia sic eas quemque tractare oportet ut rerum ecclesiasticorum dispensatorem, non ut proprietarium largitorem (*Decret Greg. pars II, Causa X, Quæstio 2.*)

(2) De Rozieres. — Recueil de formules usitées dans l'empire des Francs.

de l'actualité et de l'irrévocabilité de la donation, elle ajoute : « nisi defensor ecclesie illius per beneficium præstare voluerit ei. » Les formules qui retracent ce mode de procéder insistent sur la nécessité d'une redevance et menacent souvent de la révocation le non paiement du cens convenu (1).

Il ne faudrait pourtant pas croire que toutes les donations fussent suivies de pareilles concessions. On en trouve même avec cette clause expresse : ut nullius clerici aut laici aut alterius personæ beneficium unquam fiat, et si unquam factum fiat, nos jure hereditario prædictum locum accipiamus, vel successores nostri accipiant (2).

III Mais bientôt la concession temporaire des biens ecclésiastiques n'apparaît plus comme la suite et l'accessoire d'une donation, elle se soutient par elle-même, portant toujours le même caractère d'un bienfait du à des prières. On pourra en juger par la formule-type relatée ci-dessous (3). Il paraît que les rois eux-

(1) En voici un exemple facile à comprendre malgré son barbare latin : « In Christo fratribus Erimperto et Amalperto, nos fratres et monachi sancti Galluni Confessoris qui ad cellam suam sub usu seculari deservimus, Marcus et Stephanus et Wuolftramnus præpositus. — Cognitum est : villam sancti Galluni noncupantem Zozinullare, sitam in pago Durgavia, quicquid ibidem tu ipse et frater tuus per cartam traditionis ad monasterium sancti Galluni fecisti, ipsas res sub usufructuario tibi præstavimus (sic) Præterea sic nobis complacuit ut annis singulis de festivitate in festivitatem Natalis Domini, quod est in mense Decembri, *censum* ad ipsam ecclesiam sancti Galluni vel Rectores ejus persolvere debeas, id est ut triginta siclos cervisicæ et quaranta panos, etc.... sicut superius diximus absque ulla contradictione ad ecclesiam sancti Galluni vel rectores ejus annis singulis dare facias, quamdiu ipsas res habere voles et *quamdiu hoc feceris et nostra fuerit voluntas*, absque præjudicio sancti Galluni ipsam villam tenere et usare facias et nullum pontificium habeas de illa nec vendere nec donare, nec alienare, nec minuere, sed in qua possumus semper mellorare. *Et si de ipso censu negligenter feceris, tunc potestatem habeamus, et successores nostri de ipse villâ ejicendi et partibus sancti Galluni revocandi* Facta *precaria* sub die Lunis V, id. Majâs anno X regnante domno nostro Pipino, rege Francorum.

CANCIANI-Barbarorum leges antiquæ — (Venetiis 1785) Formulæ Goldastince N° 47.

(2) CANCIANI-Barbarorum leges antiquæ t. II p. 225 note 8.

(3) Domino venerabili illo, rectori Ecclesie illius vel omni congregationi ibidem consistenti. Ego enim ille. Ad meam petitionem *vestra decrevit voluntas* ut mihi villam vestram, sitam in pago illo, usufructuario ordine mihi conservare juberetis. Quod et ita fecistis. Eâ verò ratione ut

mêmes eurent recours à ces concessions. On lit, en effet, dans un capitulaire de Pépin, daté de 742, et qui, notons-le, qualifie de *precarium* l'acte en question : « ut sub precario et censu ali-
» quam partem Ecclesialis pecuniæ in adjutorium exercitûs nostri
» cum indulgentia Dei aliquanto tempore retineamus... et iterum,
» si necessitas cogat aut princeps jubeat, precarium renovetur et
» rescribatur novum. » Enfin, cette institution eut pour objet d'autres biens que ceux des églises. Une fois étendue aux rapports des simples particuliers, elle devint un mode fréquent de négociation, si l'on en juge par le nombre des formules qui ont été recueillies (1). On ne saurait, du reste, fixer l'époque où elle cessa d'être pratiquée. Cujas déclare que de son temps on en trouve encore de nombreux exemples en Italie : « et hoc negotii genus audio in Italia frequentari (2). »

IV. Peu à peu surgit une nouvelle transformation qui favorise l'absorption de la petite propriété dans la grande et prépare l'avènement du régime féodal. Les *precarie* tendent à disparaître pour faire place à ce qu'on appelle bénéfice dans un sens strict. Dans cette société barbare où la force est l'unique soutien du droit, le petit propriétaire, impuissant à se défendre lui-même, se sent porté à se placer sous l'égide du fort et du riche. Il a recours à cet engagement que les textes de l'époque désignent sous le nom d'*obligatio terræ*. Il dit au puissant qu'il implore : « Je donne et livre cette terre que je tiens d'héritage, que j'ai en alleu ; je la transmets en votre propriété perpétuelle, pour que vous en usiez en toutes choses, suivant votre volonté. » Puis, par un second acte, il demande la possession bénéficiaire de cette

mihî exindè non liceat aliubi nec vendere, nec donare, nec in ullo modo distrahere, sed sub vestro prætextu, quatenûs decretum vestrum manserit hoc tenere et usurpare faciam. Undè censivi me annis singulis ad festivitatem ipsius sancti partibus vestris reddere argentum tantum. Et post meum quoque discessum suprascriptam rem cum omni integritate et soliditate suâ, quidquid ibidem aspicere et pertinere videtur, cum omni supraposito vel quidquid ibidem transitus meus dereliquerit, absque ullius expectata traditione vel iudicium consignatione, aut heredum meorum repetitione, vos agentesque ipsius Ecclesiæ in eorum faciant revocare potestatem vel dominationem. (Canciani-loc. cit. t. III p. 436.

(1) De Rozières-loc. cit. N^o 320, 321, 327, 328 § 2, 329, 339, 340 § 3, 341.

(2) Observationes-IIb. IV Cap. VII.

même terre : « Je vous adresse une supplication, afin que votre bonté m'accorde de tenir cette même terre par votre bienfait. » Et le concédant répond : « Vous occuperez ma terre en vertu de mon bienfait; vous n'aurez le droit ni de la vendre ni de l'aliéner en aucune partie; vous m'en paierez un cens d'une telle somme; après votre mort, elle rentrera dans mes mains, sans que vos héritiers y puissent prétendre (1). » Alors, il naît entre les personnes des rapports d'autorité et de subordination; le concessionnaire promet fidélité et obéissance, et l'acte de concession porte, *ut subjectus esset, ut debitam subjectionem semper faceret* (2), *ut, sicut debemus regi et comiti servire, ita ipsam terram ad ipsum monasterium proserviamus* (3); on consent à être chassé de l'immeuble, si l'on refuse d'obéir à l'ordre du *dominus*, quel qu'il soit (4).

Arrivés à ce point, laissez faire le temps et les mœurs; ils auront bientôt défini les devoirs renfermés dans ces termes si vagues. Bientôt vous les verrez apparaître sous une forme plus précise, vous lirez dans le *Libellus de beneficiis* (5), la première charte du système naissant : « Homo domino suo certum faciat » juramento quod sibi adeò fidelis sit et amicus sicut homo est » domino suo debitus, quamdiu homo vivus sit et beneficia ab eo habuerit, » Ce n'est pas encore le système féodal et l'investiture, mais vous en saisissez le germe et la préparation.

II. — DIFFÉRENCES ENTRE LE BÉNÉFICE ET LE *Precarium*.

Déjà l'on a pu voir, par les explications qui précèdent, que si le bénéfice a quelques traits d'analogie avec le *precarium*, il s'en

(1) De Rozières-loc. cit. N° 331, 332, 339, 356.

(2) Pardessus-Diplomata I p. 130.

(3) Conciari-loc. cit. Formulæ Goldastinæ N° 77.

(4) De Rozières-loc. cit. N° 324.

(5) Le *libellus de beneficiis* dont l'auteur est inconnu parait remonter au règne de Conrad le Salique, successeur de Saint Henri (972-1024). Or Muratori dans ses savantes recherches n'a trouvé qu'en 1091, le mot *fief*, *feudum*, employé pour la première fois.

sépare profondément par d'autres points. Cependant on a cherché, sinon à nier, du moins à dissimuler ces différences. L'éminent auteur de la *Cité Antique*, M Fustel de Coulanges, a voulu employer à la recherche des origines du système féodal la méthode qui lui avait si bien servi pour décrire les institutions d'Athènes et de Rome (1). Sans prétendre que le *precarium* soit le berceau direct et unique du fief, il enseigne que le droit romain a fourni le type originaire et fait pressentir le nouveau système : « que l'alleu et le bénéfice n'ont pas surgi brusquement, qu'ils ne viennent pas de la conquête et de la violence, qu'ils n'ont pas apparu dans l'humanité comme des faits accidentels et bizarres, comme des monstruosité en dehors de la nature. » Pour établir cette continuité dans les institutions, il tend à assimiler le bénéfice au *precarium*, à démontrer tout au moins que le premier n'est que le développement normal du second.

Cette idée (2), environnée de tous les attraits du style et d'un certain art d'argumentation, ne laisse pas que d'être séduisante; mais s'il y a une analogie frappante entre les deux concessions, dues l'une et l'autre à des prières, présentant toutes deux l'aspect d'une faveur, elles se distinguent au fond par des différences capitales que n'a point saisies M. de Coulanges. Le précaire est gratuit et révocable *ad nutum*, le bénéfice est onéreux et fixe dans sa durée.

M. de Coulanges fait bon marché de la gratuité du *precarium*. « Il ne serait pas, dit-il, conforme à la nature humaine, que ces concessions eussent été gratuites. On voit, il est vrai, que la gratuité fut d'abord une condition du précaire romain; si un prix avait été stipulé dans l'acte, le précaire se fut transformé par cela seul en un contrat et c'était ce qu'on voulait éviter. Cependant, on peut bien croire que cette gratuité était dans la plupart des cas plus apparente que réelle; le bienfaiteur avait

(1) Revue des Deux Mondes. — 15 mai 1879.

(2) Elle n'est pourtant pas originale. Cujas avait déjà dit : *Hujus feudi et omnia genera pensionum... quoquo modo duxerunt originem ex jure civili Populi romani. nihilque est in his consuetudinibus quod non possit ad id jus referri vel bene vel male explicatum. Vasalli igitur... erant et quasi precarii possessores (ad tit. De jure emphyt. C.)*.

» toujours des moyens indirects de mettre un prix à son bien-
» fait. Une concession révocable à volonté ne peut être qu'une
» concession conditionnelle; le précaire était donc presque tou-
» jours un véritable marché et ressemblait en plusieurs points à
» la location. » — Ces allégations ne reposent sur aucun fonde-
ment. La gratuité, dit-on, est contraire à la nature humaine;
mais alors la donation l'est aussi et pourtant on la dit du droit
des gens! mais alors les jurisconsultes qui présentent le *preca-
rium* comme une libéralité (ffr. 8 § 3, 14, 1 § 1 h. t.), ont menti
à la réalité des faits et édicté, pour la satisfaction des théoriciens,
un principe contredit par la pratique et combattu par le bon
sens, par la nature humaine! mais alors, si l'usage des affaires a
pu modifier le caractère essentiel d'une convention sans laisser
aucune trace dans la loi, celle-ci a vécu à l'état de lettre morte
et le Digeste n'est plus qu'une sorte de musée ouvert aux curio-
sités juridiques échappées du cerveau de jurisconsultes rêveurs!
Oui, dans certains cas, la cupidité a pu faire dévier le précaire
du type légal; mais à part ces accidents dont rien ne révèle
d'ailleurs l'existence, le caractère essentiel de la concession est
la gratuité. — Au contraire, les *precariae* du droit canonique, le
bénéfice qui en fut l'application et le développement, sont à titre
onéreux. Tantôt la concession se paie par l'abandon de la nue
propriété d'une autre terre, tantôt par l'acquittement d'une rede-
vance annuelle, soit en argent, soit en nature. Toutes les for-
mules en font foi.

Le second attribut essentiel du *precarium*, la révocabilité, fait
aussi défaut au bénéfice. M. de Coulanges, pour prétendre le con-
traire, rapproche les *formulae precariae* d'un texte de Scévola (1)
et insiste sur les expressions analogues *meu decrevit voluntas, qua-
tenus decretum vestrum manserit, quamdiu nostra fuerit voluntas* (2).
Le rapprochement peut être contesté: il est, en effet, fort dou-
teux que Scévola fasse allusion à une constitution de précaire, si

(1) *Hospitio illo quamdiu volueris utaris superioribus dictis omnibus
gratuito; idque te ex voluntate mea facere epistola tibi notum facit* (fr. 32
liv. 39. tit. V).

(2) Comp. les formules ci-dessus citées.

l'on veut bien se reporter au fr. 15 § 1 h. t. (1). D'ailleurs, la pratique et la théorie s'accordent ici pour combattre l'analogie prétendue. Les formules, en effet, attribuent généralement à la jouissance concédée la durée de la vie du concessionnaire; à quoi bon cette limitation, si la concession est à chaque instant révocable? D'autres portent cette clause résolutoire *ut in mercede præstanda si moram fecisset, expelleretur* (2), ou encore *si de ipso censu negligenter feceris, tunc potestatem habeamus ejiciendi et revocandi*; pourquoi cette menace expresse, si la révocation peut arbitrairement frapper l'exécution fidèle, comme l'inexécution de la convention? Le Corpus Juris Canonici vient confirmer le langage des formules. Les *precaria* ne valent que pour cinq ans au bout desquels elles doivent être renouvelées; (3) comment concilier cette durée préfixe avec la révocabilité *ad nutum*? Une autre décrétale permet aux *rectores ecclesiarum* de révoquer la concession quand elle a été faite *irrationaliter* par leurs prédécesseurs; cela ne suppose-t-il pas que le droit de révocation n'existe pas d'une façon générale et absolue? Enfin, est-il encore possible de soutenir l'analogie quand on lit dans la 3^e décrétale *eod. tit.*:
« *Preclarium utendum quamdiu patitur qui concessit... Porro
» precaria quæ quandoque de ecclesiarum possessionibus fieri
» solent, non sunt pro voluntate concedentium revocanda.* »

Par conséquent, le bénéfice est loin d'être la reproduction, la continuation du *preclarium*. Nous pourrions faire ressortir une nouvelle différence entre les deux institutions, montrer que M. de Coulanges se trompe encore lorsqu'il dit: « Le précariste doit
» se soumettre à toutes les volontés de celui qui a toujours le droit
» de lui reprendre la chose. Sans être esclave, il dépend en
» toutes choses de celui dont il tient, il lui doit plus qu'un fermage, il lui doit le sacrifice de son indépendance et de sa personnalité, il lui doit sa foi. On l'appelle un client, on pourrait
» l'appeler un fidèle. » Aucun texte, en effet, n'attribue un tel

(1) *Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelliguntur precario habitare.*

(2) Cujas. — Observ. IV. Cap. VII.

(3) Capit. Charles-le-Chauve. Cap. IX. — Décret. Grég. lib. 3, Tit. 12 et 13.

effet au *precarium*. Sans doute, il est né à l'occasion de la clientèle, mais il ne l'établit pas. L'état de client existe en dehors et indépendamment de lui, tandis que c'est le bénéfice qui, dans sa dernière forme, fait naître les devoirs nouveaux dont naîtront bientôt les obligations du vassal envers le seigneur.

Mais cette réfutation nous entraînerait au-delà de notre plan. Il est temps de conclure. Nous sommes ici en présence d'une situation toute spéciale qui n'est pas ce que les Romains appelaient possession précaire, mais qui, touchant à l'emphytéose et au louage, suppose, comme eux, l'exclusion de l'*animus rem sibi habendi*. La possession devient une simple détention. Aussi, quand on voit plusieurs auteurs de notre ancienne jurisprudence donner d'une façon générale à la détention le nom de possession précaire, ne peut-on pas naturellement penser que la dénomination nouvelle leur a été inspirée par le souvenir des *precaria* du droit canonique? De telle sorte que celui-ci aurait marqué le premier pas d'une révolution dont nous allons maintenant suivre les développements.

CHAPITRE II

TRANSFORMATION DU PRÉCAIRE

Après avoir montré que le précaire du droit romain ne revêt pas dans le bénéfice, il faut rechercher ce qu'il est devenu et quelles vicissitudes il a subies. Problème aussi intéressant que délicat, que nous ne pourrions résoudre qu'en envisageant le précaire sous deux faces distinctes : 1^o comme convention, 2^o dans ses rapports avec la théorie de la possession.

I. — DE LA CONVENTION DE PRÉCAIRE.

Dans sa forme la plus simple, le précaire revêt la plupart des caractères que la jurisprudence romaine lui avait attribués et se désigne par la même définition : « C'est une convention, dit Pothier (1), par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous en servir tant que je voudrai bien le permettre et à la charge de me la rendre à ma réquisition. » Mais la plupart des jurisconsultes, partant de ce principe que toute convention, par laquelle l'une des parties promet à l'autre de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose, est un contrat, mettent à ce point de vue le précaire sur la même ligne que le commodat. Ils effacent, par suite, comme une subtilité inutile, une différence que le droit romain avait établie, et décident que le précairiste, ne répondant plus seulement du dol, endosse la responsabilité plus étendue du commodataire. Ce n'est pas à dire qu'il y ait identité entre les deux contrats. Tous les auteurs insistent encore sur la différence essentielle qui les sépare, c'est-à-dire sur le droit absolu de révocation qui appartient au concédant. « Ce qui ne doit pas s'étendre à la liberté indiscrète de retirer la chose sans aucun délai et dans un contre-temps qui causât du dommage à celui qui s'en servait, mais on doit donner le temps que demande la raison selon les circonstances (2). » Au reste, le concédant peut se faire indemniser du préjudice causé par le retard. D'autre part, « le précaire finit par la mort de celui qui a prêté et non le prêt à usage. Car le précaire ne dure qu'autant que veut celui qui a prêté et sa volonté cesse par sa mort (3). » Le décès du concessionnaire produit le même effet. « On croit que celui qui a fait cette libéralité n'a entendu la faire qu'en faveur de la seule personne à laquelle il faisait le bénéfice et non pas en faveur de ses héritiers qui peut-être lui étaient inconnus (4). »

(1) Traité du prêt à usage. — Chap. IV, art. 1.

(2) Domat. — Lois civiles, liv. 1, tit. V, sect. III, art. 2.

(3) Id. Id., id., sect. I, art. 13.

(4) D'Espéisses, — Tome I, part. I, tit. VIII.

Cependant le précaire, sous cette forme simple et dégagée de tout élément hétérogène, n'a eu qu'une sphère d'application fort restreinte. Il se présente surtout comme l'accessoire d'un autre contrat. C'est ainsi qu'ajouté au gage, il retarde le dessaisissement du débiteur. Mais c'est en matière de vente et de donation qu'il produit ses plus remarquables effets. En vertu de la règle : donner et retenir ne vaut, la donation n'est valable qu'autant que le donateur se dessaisit actuellement et irrévocablement ; mais la clause de précaire « par laquelle le donateur déclare qu'il n'entend plus tenir la chose donnée que précairement du donataire (1) » en évitant le dépouillement immédiat, procurait le moyen de concilier l'intérêt du bienfaiteur avec le respect de la règle, moyen légitime du reste et reconnu par de nombreuses coutumes (2). La même clause insérée dans une vente faisait considérer comme accomplie la première obligation du vendeur, celle de faire tradition. De là le brocard : constitution de précaire vaut délivrance. Cependant la possession acquise par ce moyen « n'a tel effet que celle qui est acquise par tradition de » fait quand la coutume veut ce qui est réelle et actuelle possession.... en laquelle a été jugé que de deux acheteurs, celui auquel la possession avait été faite réelle et de fait, encore qu'il ait acheté le dernier est préférable au premier acheteur, quelque feinte tradition qui lui ait été faite par le contract (3). » (Charondas le Caron).

Cette clause produisait un autre effet remarquable qui fait pressentir quelques traits de la théorie actuelle sur le privilège accordé au vendeur. Elle n'empêche pas le transfert de la propriété et ne confère pas au vendeur impayé un droit de reven-

(1) Pothier. — Propriété, n° 209.

(2) Paris, 275. — Sens, 230. — Valois, 130. — Châlons, 64. — Bourbonnais, 209.

(3) Ce dernier point était controversé. Guy Pape (*Décts.* 112) approuve la jurisprudence contraire du parlement de Dauphine. Pothier se range à cette seconde opinion avec cette restriction : « pourvu que la preuve de la tradition soit établie par un acte authentique ou, si l'acte est sous signature privée, pourvu que l'antériorité de la date à la tradition réelle faite au second acheteur ou à la saisie formée par les créanciers du vendeur soit suffisamment constatée (*Vente* n° 321). — Charondas le Caron. *Pandectes du droit français*, lib. II chap. XIX, lib. IV, chap. XXI.

dication (1) ; mais elle produit « une hypothèque spéciale et privilégiée en vertu de laquelle le vendeur a droit de faire vendre la chose sur laquelle il a ledit précaire séparément des autres biens de son débiteur, pour des deniers qui proviendront de cette vente judiciaire être payé de ce qui lui est dû (2). » Le parlement de Toulouse, suivi par le parlement d'Aix (3), généralisa cet effet en suppléant la cause de précaire dans toutes les ventes immobilières. « Mais ledit parlement ne supplée pas ladite clause *ès-ventes* de choses mobilières, mais seulement donne ladite préférence au vendeur, tandis que la chose se trouve *ès-mains* de son débiteur (4). »

Lorsqu'on eut ainsi admis en dehors d'elle ce qui constituait son principal avantage, la clause de précaire n'eut plus en pratique que de rares applications et se confondit avec les clauses de *constitut* et de *réserve de l'usufruit*. Aussi ne faut-il pas s'étonner si quelques auteurs la qualifient de clause imaginaire et de nul effet, bonne à embarrasser les esprits et à surcharger le style des notaires d'une façon impropre : « Il est certain que ces deux espèces de traditions feintes (*constitut, précaire*) ne sont plus en usage, bien que les notaires se servent ordinairement de ces termes dans les donations dans lesquelles les donateurs se réservent l'usufruit des choses données : ledit donateur s'est *réservé l'usufruit de..... sa vie durant seulement, pour en jouir viagèrement à titre de *constitut et précaire* sous le nom dudit sieur donataire.....* (5). »

II. — DU PRÉCAIRE DANS SES RAPPORTS AVEC LA THÉORIE DE LA POSSESSION.

Si l'on ne consultait que les œuvres de Pothier, on pourrait s'étonner de la confusion que le Code civil a faite entre la

(1) Bordeaux, 6 juillet 1580 — Toulouse, 2 juillet 1589.

(2) D'Espéisses. — De l'achat. Sect. VI, p. 87.

(3) Du Perrier. — Œuvres V^o Précaire.

(4) D'Espéisses. — Loc. cit. Sect. I, p. 29 et 80.

(5) Claude De Ferrière. — Corps et Compilation de tous les Com. sur la Cout. de Paris, III, p. 1264.

possession précaire et la simple détention ; car le guide de nos législateurs maintient clairement la distinction disparue aujourd'hui.

Il définit la possession : « la détention d'une chose corporelle » que nous tenons en notre puissance ou par nous-mêmes, ou » par quelqu'un qui la tient pour nous et en notre nom. » Il la divise ensuite en possession civile et possession naturelle. La première est « la possession de celui qui possède une chose » comme lui appartenant en propriété, soit qu'il en soit effectivement le propriétaire, soit qu'il ait seulement quelque sujet » de croire l'être : *possessio animo dominantis*. » La seconde comprend : 1° la possession destituée de titre, *possessio pro possessore* ; 2° celle qui procède d'un juste titre, mais est entachée de mauvaise foi ; 3° celle qui est née d'un titre nul ; 4° celle qui s'appuie sur un titre valable, mais insusceptible de transférer la propriété. Dans cette dernière catégorie rentre la possession d'une chose que quelqu'un a à titre de précaire. « Le » possesseur qui possède une chose à ce titre *possidet tanquam » rem ejus a quo eam precario rogavit* ; il ne la possède pas » *tanquam rem propriam* : sa possession ne peut donc être » qu'une possession naturelle. » Voilà la situation du précairiste ; voici maintenant celle du détenteur : « Il ne faut pas » confondre avec la possession naturelle la détention de ceux » qui détiennent une chose pour un autre et au nom d'un autre, » tels que sont les fermiers, les locataires, les dépositaires, les » emprunteurs ou commodataires. La détention qu'ont ces per- » sonnes de la chose qui leur a été louée, ou donnée en dépôt, » ou prêtée, n'est qu'une pure détention, *mera custodia*... c'est » celui qui a loué ou donné en dépôt qui possède par leur mi- » nistère... *eam non possident, sed sunt in possessione*... » Cette distinction ne réside pas seulement dans les mots : elle a des résultats pratiques. « Il n'y a que le possesseur d'un héritage, » c'est-à-dire celui qui la détient pour lui et en son nom qui soit » fondé à intenter l'action en complainte pour cet héritage, » lorsqu'il est troublé en sa possession... Il faut excepter les » possesseurs qui ont usurpé leur possession soit par violence,

» soit par des voies clandestines, ou dont la possession est précaire, lesquels ne sont pas fondés à former la complainte contre celui sur qui ils ont usurpé la possession par ces voies, ni contre celui de qui ils la tiennent précairement. *Mais ces possesseurs sont fondés à la former contre les tiers.... La complainte ne peut être formée par les détenteurs (1).*

En résumé, la théorie que nous venons d'analyser repose sur l'étendue de l'*animus* du possesseur : on distingue la possession précaire de la simple détention, parce que dans la première l'intention, sans s'élever jusqu'à l'absolutisme de l'*animus domini*, suppose néanmoins la volonté de jouir de la chose *proprio nomine*, indépendamment de toute obligation personnelle à l'égard du propriétaire, et que la seconde n'est que l'exercice du droit d'autrui, exercice garanti et sanctionné par le contrat spécial qui unit les parties. Mais cette distinction n'existait plus depuis longtemps aux yeux de la plupart des jurisconsultes qui furent amenés à l'effacer par les perturbations qu'avait subies le *precarium*, soit comme contrat principal, soit comme clause accessoire. En effet, quand on eut aboli la plupart des différences qui le séparaient du commodat, au point que, suivant l'expression de M. Bugnet, le précaire ne fut plus qu'un commodat modifié quant à la durée, pourquoi aurait-on considéré encore le précariste comme un possesseur et le commodataire comme un simple détenteur? D'un autre côté, lorsque les clauses de précaire et de constitut devinrent de style dans la plupart des actes de vente et de donation, et s'employèrent indifféremment l'une pour l'autre et quelquefois dans un bizarre accouplement, la pratique ne dut-elle pas traiter de pure subtilité la distinction ancienne indiquée dans ces termes : « Per simplex constitutum transfertur omnis possessio tam civilis quam naturalis in constitutarium, ita ut penes constituentem nihil remaneat præter nudam et simplicem detentionem. Per precarium civilis tantum possessio transfertur, non naturalis quæ apud constituentem remanet ? (2) »

(1) Traité de la possession, N^o 1, 13, 15, 95, 96, 100. — Introd. à la Cout. d'Orléans, tit. XXII, N^o 49, 50.

(2) Tiraqueau. — De jure constituti.

Aussi dans la théorie que nous allons maintenant exposer, l'*animus* n'est plus susceptible de plusieurs degrés : c'est dans toute sa rigueur la volonté de se comporter en propriétaire. Là où cette intention n'existe pas, on ne tient compte que du fait matériel, l'appréhension, le *corpus*.

Dès lors la situation est bien nette : d'un côté ceux qui détiennent *cum animo domini*; de l'autre ceux qui détiennent dans une autre intention; aux premiers la possession civile ou de droit, aux seconds la possession naturelle ou corporelle. « On fait la division » de la possession en celle qui consiste par le droit et celle » qui consiste par le corps. La possession consistant par droit » est appelée civile, parce qu'elle est maintenue par le droit » civil sur lequel elle est fondée, d'autant qu'outre la détention » corporelle, elle contient une juste cause pour acquérir la sei- » gneurie et propriété; et celle qui consiste seulement par corps » est appelée corporelle ou naturelle (1). » Cela s'écrivait en 1612. Un siècle plus tard, la même formule se retrouve : « La » possession naturelle n'est que la détention corporelle de la » chose... (2) »

Et quels sont ceux qui figurent dans la seconde classe de la distinction ? On va y voir à côté des simples détenteurs, le possesseur précaire : « La possession purement naturelle est une » simple détention de la chose, sans aucun dessein de la possé- » der en qualité de propriétaire. Telle est la position du fermier, » celle de l'usufruitier, de celui qui ne jouit que précairement, du » créancier auquel on a donné une terre en engagement et » autres semblables qui ne possèdent pas en leur nom, mais au » nom du propriétaire (3)... »

La confusion est donc flagrante ; elle va devenir plus complète encore par le refus de voir une véritable possession dans cette situation que l'on vient de qualifier de possession naturelle ou corporelle. « La simple détention, dit Domat (4) d'accord

(1) Charondas le Caron. — Notes sur la Somme rurale de Bouteiller, tit. 47.

(2) De Ferrière. — Loc. cit. III, p. 1264.

(3) Argou-Institution au Droit français Liv. II Chap. IX.

(4) Lois civiles Liv. III tit. VII, sect. I N^{os} 8 et 19.

» sur ce point avec Pothier, n'est pas proprement possession. »
Et plus loin il ajoute : « celle du vendeur (qui a conservé la
» chose à titre de précaire) ne consiste qu'en une simple déten-
» tion sans le droit de propriété et n'est pas une véritable
possession. » Ce n'est pas tout. Voici un autre témoignage aussi
remarquable. Après avoir défini la possession naturelle et décidé
qu'elle ne peut conduire le titulaire à la prescription, Claude de
Ferrière ajoute : « La raison en est que celui qui ne possède
» que naturellement ne possède pas à proprement parler, mais
» il est *in possessione*, or on ne peut prescrire sans posséder (1). »

Arrivées à ce point, la théorie et la pratique n'ont plus qu'un
pas à faire : elles vont consacrer la confusion par une expression
destinée à devenir technique et sous le nom de possession pré-
caire, désigner, non plus cette institution spéciale et restreinte
que nous avons étudiée plus haut, mais d'une façon générale ce
que d'autres appellent possession naturelle et simple détention.
Écoutons Charondas (2). Il se demande si le vassal peut pres-
crire contre le seigneur et répond négativement, pour quel motif ?
« parce que, dit-il, ceux qui possèdent précairement ou de garde,
» comme le créancier auquel son débiteur a baillé un héritage en
» gage, le dépositaire ou autres semblables, ou l'usufruitier et
» autres qui ne possèdent pas en seigneurs et vrais propriétaires,
» ains sous la seigneurie d'autrui, ne peuvent prescrire la chose
» qu'ils détiennent contre le vray seigneur et propriétaire d'icelle. »
Henrys tient le même langage à propos de la même question. (3)
« Il ne se peut donc aussi que celui qui ne jouit que précaire-
» ment, qui occupe l'héritage plutôt qu'il ne le possède, qui ne le
» tient pas *pro suo et titulo domini*, comme disent nos interprètes,
» change de lui-même et sans autre cause survenante, la cause
» de sa possession, et que *de gardien* il devienne propriétaire. »
Voyez quelle remarquable extension prend l'expression posses-
sion précaire et dans quel sens absolu elle désigne tous ceux qui
n'ont pas la possession civile ! Voulez-vous maintenant le témoi-

(1) Loc. cit. tome I p. 1507.

(2) Réponses du Droit français. Liv. II Quest. XVIII.

(3) Question 46 N° 2 Liv. III.

gnage de la pratique et du législateur ? Lisez Bourjon, l'interprète de la jurisprudence du Châtelet : « Le fermier, dit-il, ni le » séquestre, de telle durée que leur possession ait été, n'ont » point l'action en complainte.... la possession qu'ils ont, *étant* » à titre de précaire, exclut cette action (1).... » et il ajoute : « ce » que l'usage rend incontestable, c'est droit commun. » Lisez l'art. 1 du titre 18 de l'ordonnance de 1667, vous y verrez aussi que la voie possessoire n'est ouverte qu'à celui qui possède publiquement, sans violence, à autre titre que de *fermier ou possesseur précaire*.

C'est ainsi que des transformations progressives ont achevé ce que les innovations du droit canonique avaient fait pressentir, et préparé la théorie du Code civil que nous allons aborder avec l'espérance d'avoir écarté les principales difficultés par les explications qui précèdent.

(1) Droit commun de la France liv. IV, tit. VI sect. 8 N° 18.

CODE CIVIL

L'art. 2228 définit la possession, 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 renferme les deux éléments que la raison et la tradition historique s'accordent à regarder comme essentiels à la possession, l'élément matériel et l'élément intentionnel. Il importe, en les analysant, de fixer nettement la pensée du législateur et de circonscrire par avance le champ de notre étude.

Il faut, disons-nous, à la possession un élément physique. Le législateur de 1804, en embrassant dans l'objet défini la détention d'une chose et la jouissance d'un droit, s'est affranchi de l'antique scrupule sous l'influence duquel on regardait les choses incorporelles comme insusceptibles d'être possédées. Il a considéré avec raison que si les droits en eux-mêmes sont de pures abstractions, leur existence se manifeste par des actes extérieurs d'acquisition, de conservation ou d'exécution, et que, s'il s'agit de droits réels, ils s'attachent directement à un objet matériel et le modifient d'une façon visible ; que par conséquent, puisqu'on donne le nom de possession à l'ensemble de ces manifestations quand elles expriment la prétention à la propriété, chose incorporelle, on ne peut leur refuser la même dénomination, quand elles indiquent une intention plus modeste, comme celle de l'usufruitier. Cependant, en notre matière, la possession précaire des servitudes doit occuper une place distincte, parce qu'elle est régie par des principes différents de ceux qui règlent la possession précaire à l'égard du droit de propriété.

La seconde condition de la possession réside dans l'intention du possesseur. Mais, aux yeux du législateur actuel, quelle doit en être la portée? Doit-elle s'élever jusqu'à l'absolutisme de l'*animus domini*? ou bien faut-il donner le titre de possesseur à celui qui, s'inclinant devant le domaine d'autrui, et lié au propriétaire par un contrat, ne prétend aucun droit réel sur la chose et n'a sur elle qu'une puissance d'emprunt? Aux yeux de M. Troplong (1) cette seconde signification n'est pas douteuse, de sorte que pour lui le législateur a fait table rase de la tradition historique et tout confondu pour tout concilier. Mais ce système est encore une de ces étrangetés trop familières au savant magistrat. Comment! Les rédacteurs du Code ont copié textuellement dans Pothier la définition de la possession, en y ajoutant seulement celle que leur guide donne plus loin de la quasi-possession et les mêmes expressions revêtent aujourd'hui une signification absolument inverse! A-t-on oublié l'insistance avec laquelle le Jurisconsulte répétait: « *La détention de ceux qui détiennent une chose pour un autre et au nom d'un autre, ne peut être regardée comme une possession, même seulement naturelle.* » Et lorsque l'art. 2228 nous dit que la possession d'une chose ou d'un droit peut s'exercer par un autre qui la tient ou l'exerce en notre nom, n'est-il pas clair que cet autre n'est que l'instrument, les bras, suivant l'expression de Marcadé, par lesquels nous tenons la chose, qu'il ne possède pas, puisque c'est nous qui, cachés derrière sa personnalité, possédons en réalité? Les expressions qu'emploient les art. 2230, 2231, 2236 ne désignent pas autre chose que cette séparation des deux éléments de la possession, et s'il faut considérer comme réels possesseurs ceux qui possèdent pour autrui, du même coup, au mépris de l'exactitude du langage juridique, appelons vendeurs, appelons donateurs les mandataires qui vendent ou donnent pour autrui!

De ces explications se dégage avec netteté la théorie du Code civil. — Plus de distinction entre la possession civile et la possession naturelle; le législateur aurait pu inscrire au frontispice de son système ces mots: *unum genus est possidendi*. La véritable

(1) Traité de la prescription, N° 239.

possession est celle qui s'exerce *proprio nomine, animo rem sibi habendi*. La situation de celui qui tient une chose ou exerce un droit pour autrui ne mérite pas le nom pur et simple de possession ; c'est un simple contact avec la chose, une détention nue. Et ici consacrant la confusion que nous avons relevée dans les chapitres précédents, oubliant que du *precarium* naissait une véritable possession, incertaine dans sa durée, mais efficacement protégée contre les tiers, le législateur qualifie de détenteurs précaires (2236) ceux dont le droit romain disait : *non possident, sed sunt in possessione* (fr. 10 § 1 de acq. poss.).

L'étude de cette situation juridique, dégagée maintenant de tout élément étranger, nous occupera uniquement dans les chapitres qui vont suivre sous cette rubrique générale : de la possession précaire (1). Nous rechercherons : 1° quels sont les possesseurs précaires ; 2° quels sont les effets de la possession précaire ; 3° comment la précarité s'éteint ; enfin 4° nous ferons ressortir nos explications précédentes en mettant en opposition la théorie succincte de la précarité en matière de servitudes.

CHAPITRE I.

QUELS SONT LES POSSESSEURS PRÉCAIRES.

L'homme, force libre et intelligente, est instinctivement porté à exercer à son profit exclusif les organes qui le servent. Né pour la liberté, il défend avec un soin jaloux ce bien précieux, et s'il sait s'élever aux plus héroïques sacrifices, c'est toujours à regret qu'il aliène, au profit d'un autre et pour une durée

(1) Nous préférons cette expression à celle qui est employée par le Code : détention précaire nous paraît être un pléonasme, tandis que possession précaire exprime bien l'idée visée par la loi quand elle parle de personnes qui possèdent pour autrui.

préfixe, l'exercice de son activité. Telle est la loi naturelle, loi de conservation dont on flétrira l'exagération par le nom d'égoïsme, mais qui, tempérée par l'obligeance et la charité, donne l'élan au courage et enlève au travail quelque chose de son apreté. Comme nous le disions dans notre Introduction, l'état d'obligation et de dépendance est une exception que le législateur ne doit jamais présumer. Pénétrés de ce principe, les rédacteurs du Code l'ont traduit dans cette formule : « On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour autrui (2230). » La précarité ne se suppose donc pas ; mais à quels signes la reconnaître ?

On a défini le possesseur précaire : « celui qui, détenant une chose en vertu d'une convention ou d'une qualité d'après laquelle il est obligé de la restituer à l'expiration du terme fixé par la convention ou lors de la cessation de sa qualité, la possède pour le compte d'autrui (1). » De cette définition ressort le signalement de la précarité : 1° Détention physique ; 2° intention de rapporter à autrui le bénéfice de cette détention ; 3° manifestation de cette reconnaissance d'un droit supérieur et étranger par un fait juridique, tel qu'une convention ou une qualité personnelle du détenteur ; 4° durée de la détention expliquée par ce fait juridique. A ces traits nous reconnaitrons les possesseurs précaires et, pour rendre cette inspection plus facile, nous les diviserons en deux catégories, plaçant dans la première ceux qui occupent une position mixte, simple détention à un point de vue, possession *cum animo domini* sous un autre, et dans la seconde, ceux dont la précarité est entière et absolue.

I. — PREMIÈRE CATÉGORIE.

La détention de la chose a ici pour cause la constitution d'un droit réel (autre qu'une servitude dont nous nous occuperons

(1) Aubry et Rau. — Cours de Code civil, II, p. 92.

plus loin); tel est le signe caractéristique de cette première classe.

I. — Au premier rang se place l'*usufruitier*. En effet, si nous l'envisageons dans ses rapports avec le nu-propriétaire, abstraction faite de la réalité de son droit, ne nous apparaît-il pas revêtu des traits distinctifs de la précarité? Il détient matériellement l'objet, mais il n'en prétend pas la propriété, au contraire il la reconnaît entre les mains d'autrui, car il jouit en vertu d'un titre qui implique nécessairement cette reconnaissance et rend compte en même temps de la durée de la détention. Le nu-propriétaire l'a constitué son représentant, en sorte que chaque acte que l'usufruitier exerce dans les limites de son droit est au nom et se porte au compte d'autrui. Nous sommes donc en présence d'un détenteur précaire et c'est avec raison que la loi donne à l'usufruitier cette qualification dans l'article 2236. Mais ce n'est là qu'une face de la situation. L'usufruitier est investi d'un droit réel qui lui permet de tirer la plus grande partie de l'utilité de la chose; son titre le met en relation directe avec elle, en expliquant par lui-même la jouissance qu'il confère, sans qu'il soit besoin de recourir à l'idée d'une délégation sans cesse renouvelée du droit d'autrui. Dans la mesure de sa qualité, l'usufruitier entend s'adresser directement à la chose, l'exploiter à son profit exclusif, *proprio nomine*; dans cette mesure il a l'*animus rem sibi habendi* et mérite le nom de possesseur.

Cette coexistence de deux possessions *cum animo domini* paraît contredire la fameuse maxime : *plures in solidum eandem rem possidere non possunt*. Sans ressusciter les nombreuses controverses que le temps n'a point tranchées, on peut dire que les deux significations certaines qu'on a données à cette règle ne sauraient s'appliquer ici. Veut-on la prendre dans ce sens strict que deux personnes ne peuvent en même temps occuper le même point dans l'espace? notre hypothèse échappe à cette interprétation, puisque la détention matérielle est tout entière entre les mains de l'usufruitier. Il en sera de même si, embrassant les deux éléments de la possession, on traduit ainsi la règle : plusieurs personnes ne peuvent avoir en même temps, au même

titre et pour le tout la possession d'une même chose. En effet, si le nu-propriétaire et l'usufruitier ont tous deux l'*animus domini*, ils l'ont dans une mesure différente, ou pour mieux dire, à l'adresse d'objets différents. L'un vise la propriété, l'autre un des démembrements de ce droit. Dès lors vous êtes en présence de deux titres distincts, vous assistez à l'exercice de deux droits différents ; suivant la définition de l'article 2228, concluez l'existence de deux possessions.

II. — Ce que nous avons dit de l'usufruitier s'applique à l'*usager*. On a prétendu, il est vrai, que celui-ci n'avait jamais en sa puissance la chose soumise à son droit, qu'il pouvait seulement s'adresser au propriétaire pour *exiger*, aux termes de l'art. 630, la portion de fruits nécessaires à ses besoins et ceux de sa famille. Mais ce système, qui aboutit à donner à un droit réel les allures d'un droit de créance, contredit la notion originaire de l'usage qui, avant d'être considéré comme une sorte d'usufruit partiel, consistait uniquement dans le droit de se servir de la chose : ce qui comportait nécessairement un contact physique avec elle. Pourquoi d'ailleurs exiger la confection d'états et d'inventaires, si l'*usager* n'a jamais la chose à sa portée ? Pourquoi placer sur la même ligne l'usage et l'habitation, si l'un répugne à l'occupation du fonds, tandis que l'autre la suppose nécessairement ? On fait grand bruit des termes de l'art. 630 ; on insiste sur la contribution aux frais de culture que l'*usager* doit supporter d'après l'art. 635. Mais ce n'est point calomnier les rédacteurs du Code que de leur contester l'habitude de l'exactitude grammaticale (1). Les expressions dont on s'arme peuvent même s'interpréter dans un sens aussi naturel que favorable à notre opinion. Le législateur ne s'occupe de réglementer les conditions et les effets d'un droit qu'en prévision des débats qui peuvent s'élever. C'est donc au point de vue d'une réclamation

(1) Ce rigorisme de langage serait d'autant plus extraordinaire que le même art. emploie une autre expression fort inexacte ; il dit : Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds.... Or, le droit d'usage est un démembrement de la propriété et non de l'usufruit ; il porte sur le fonds lui-même et c'est par extension de sa portée originaire qu'on y a joint la faculté de percevoir une portion des fruits.

judiciaire qu'il se place dans nos articles. L'usager et le propriétaire s'étant partagé l'exploitation du fonds et se préparant à prendre la récolte chacun de son côté, des difficultés peuvent s'élever sur la question de savoir si le résultat effectif correspond ou non aux besoins de l'usager, et, par voie de conséquence, sur la répartition des dépenses. Dans ce sens n'est-il pas exact de dire à l'avance que l'usager ne pourra *exiger* que telle portion de fruits et qu'il devra contribuer aux frais de culture?

III. — De l'usufruitier et de l'usager se rapproche *le mari* qui occupe une position différente suivant le régime adopté dans le contrat de mariage. Sous le régime de communauté, il possède évidemment en maître les biens communs (1421 al. 2). D'après M. Troplong, il jouerait le même rôle à l'égard des biens propres de la femme : l'autorité de l'ancien droit en est pour lui une preuve suffisante. Mais comment le savant magistrat n'a-t-il pas vu qu'il y avait contradiction flagrante dans les termes de cette proposition : le mari possède *proprio nomine* les *propres* de sa femme? Pourquoi n'a-t-il point reconnu que quand Loyseau (1) et Pothier (2) qualifient le mari de seigneur des biens propres, ils entendent parler du titre politique et nobiliaire pour fixer l'attribution des droits honorifiques qui y sont attachés? Quelle preuve peut ressortir de ces souvenirs d'un régime heureusement disparu en présence des décisions si nettes de la loi qui considèrent le mari comme un administrateur comptable, n'ayant par conséquent qu'une possession d'emprunt?

Sous le régime exclusif de communauté, le mari joue à l'égard des biens de la femme le rôle de l'usufruitier, abstraction faite toutefois des meubles estimés dont il devient propriétaire (1532).

Sous le régime dotal, point de difficulté en ce qui concerne les paraphernaux : que si le mari en jouit, soit en vertu d'un mandat exprès, soit en vertu d'un mandat tacite résultant du défaut d'opposition de la femme, il est possesseur précaire comme tout mandataire. Mais que décider à l'égard des biens dotaux? Écartons tout d'abord l'immeuble estimé avec déclaration ex-

(1) Déguerpissement. Liv. 2, ch. 4, N° 7 et suiv.

(2) Cout. d'Orléans. Int. tit. X, N° 153.

presse que l'estimation vaut vente, les meubles fongibles ou estimés sans clause restrictive : le mari les possède à titre de propriétaire. En est-il autrement pour le reste de la dot? — Non, répond M. Troplong, les prudents de Rome et nos anciens auteurs couronnent le mari du titre de *dominus dotis*; et, si le législateur actuel lui donne des droits plus étendus que ceux d'un administrateur et d'un usufruitier (1849), c'est que, fidèle à la tradition, il le regarde comme propriétaire, tout en conservant à la femme la propriété naturelle. Mais l'éminent auteur parait s'être égaré encore une fois dans ce qu'il appelle ailleurs, avec quelque mépris, le dédale des antiquités romaines. Rien n'est plus bizarre, ni plus étranger à notre Code que cette coexistence sur le même objet de deux propriétés, l'une civile, l'autre naturelle. Deux personnes ne peuvent avoir en même temps et pour le tout la propriété d'une même chose. Or, quel est le propriétaire de la dot? Incontestablement, c'est la femme. Car, dans les cas exceptionnels où l'aliénation est permise, c'est elle qui vend ou donne; le mari n'intervient que pour l'autoriser, pour compléter sa capacité, comme il interviendrait sous le régime de séparation de biens, à titre de mari et non comme vendeur ou donateur (1855-1856). Qui, la loi lui donne des droits qui dépassent ceux de l'usufruitier et de l'administrateur; c'est un vestige du système romain, rien de plus. Il possède *animo domini* quant à la jouissance, mais au regard de la propriété considérez-le comme un possesseur précaire.

IV. — *Le créancier gagiste* a aussi entre les mains l'objet de son droit, mais son titre même prouve qu'il détient la chose d'autrui pour un temps limité à l'extinction de la dette : il possède donc pour autrui. Mais, d'autre part, il est investi d'un droit réel et prétend exercer *proprio nomine* la relation directe qui l'unit à la chose. Cet exercice constitue une véritable possession *cum animo rem sibi habendi*.

V. — Les mêmes principes règlent la situation de l'*antichrésiste*. Il est inutile de discuter le système qui considérerait l'antichrèse comme une cession ou délégation des fruits, partant comme une simple créance. La controverse nous semble défini-

tivement tranchée par la loi du 23 mars 1855 dont l'art. 2 assujettit à la transcription l'acte constitutif de l'antichrèse.

VI — Il résulte de l'art. 553 qui reconnaît la possibilité de l'acquisition séparée d'un bâtiment et de l'art. 664 d'après lequel la propriété de chaque étage d'une maison peut appartenir à des personnes différentes, que notre Code reconnaît encore l'existence du droit de *superficie*. Deux prétentions rivales sont alors en présence ; à l'un la propriété du sol, à l'autre la propriété des constructions ou des plantations qui y sont érigées ; les deux intentions s'élèvent, dans des directions différentes, à l'*animus rem sibi habendi*. Mais, d'autre part, comme il faut que la superficie touche par quelques points au fonds lui-même, ce contact physique du superficiaire avec le domaine du tréfoncier s'exerce précairement, car par cela même qu'il est superficiaire, il doit reconnaître que le sol appartient à autrui.

VII. — De la superficie on peut rapprocher le *bail à domaine congéable* ou bail à convenant, usité en Bretagne. Dégagée des clauses spéciales qui, sous le nom d'usements, en altèrent le caractère général, cette convention suppose qu'un propriétaire loue un immeuble et vend en même temps la superficie au locataire, en se réservant la faculté de congédier le preneur à telle époque convenue ou même quand il lui plaira. La légalité de ce contrat a été reconnue par la loi électorale du 19 avril 1831. Locataire, le preneur est bien un possesseur précaire ; propriétaire sous condition résolutoire des constructions, il possède pour son compte.

VIII. — Les auteurs qui, avec la Jurisprudence, admettent l'existence de l'*emphytéose* sous l'empire du Code actuel, doivent ranger le titulaire de ce droit dans la catégorie des possesseurs précaires dont nous nous occupons, puisqu'ils lui reconnaissent un véritable droit réel, domaine utile pour les uns, simple droit de jouissance pour les autres. Mais rien n'est plus vague que l'idée qu'on attache à ces expressions : domaine utile, domaine direct, quasi-domaine, souvenirs du système féodal ravivés pour les besoins de la cause, impliquant le témoignage d'une sorte de vassalité et de cette prééminence d'une propriété sur une autre

que condamne l'art. 639. Qu'est-ce que ce droit réel qui n'est ni la propriété, ni l'usufruit, moindre que la première, supérieur au second; permettant, suivant les uns, de changer la forme du fonds, d'ouvrir des carrières, d'abattre des bois de haute-futaie non aménagés, mais, suivant d'autres, ne légitimant pas ces actes de disposition; s'éteignant, d'après tel auteur, par le défaut de paiement de la redevance; survivant au contraire, aux yeux de tel autre, à ce non-paiement? La loi ne l'a défini ni même indiqué nulle part, elle n'en prononce pas le nom et son silence est d'autant plus significatif qu'aucune matière ne méritait à un plus haut degré une réglementation précise à cause des interminables controverses dont elle s'était embarrassée dans l'ancien droit. Introduire une institution compliquée dans une législation qui n'en dit pas un mot, n'est-ce pas quitter la voie sûre de l'interprétation pour courir l'aventure des innovations dangereuses? En vain prétendrait-on expliquer ces empiètements par cette raison que la loi du 30 ventôse an XII n'ayant abrogé que les lois sur les matières traitées par le nouveau Code, le silence de celui-ci doit être considéré comme un renvoi aux règles de l'ancien droit. Le Code civil traite des droits qu'on peut avoir sur les biens, des choses qui sont immeubles, des biens qui sont susceptibles d'hypothèque. L'emphytéose rentre évidemment dans ces matières. Le silence du législateur doit être considéré comme une abrogation et non comme un oubli. Tronchet, en effet, interpellé au Conseil d'État sur l'absence de l'emphytéose dans l'énumération des biens qui peuvent être hypothéqués, répondit : « Maintenant elle n'aurait plus d'objet, il est donc inutile de s'en occuper. » Était-ce une condamnation prononcée par entraînement et n'ayant pour raison que l'alliance de l'emphytéose avec les institutions féodales? Non encore. Car, au point de vue économique, on peut mettre en doute l'utilité actuelle de ce démembrement du droit de propriété. Il crée une sorte d'immobilité qui pouvait être favorable au temps où régnait la grande propriété, mais qui aujourd'hui n'est plus en rapport avec le mouvement de circulation qui emporte la terre à une division indéfinie. Il soustrait le fonds pendant un temps considérable à l'aug-

mentation progressive de valeur qui résulte de la concurrence entre fermiers, et, en exposant la plus-value aux chances d'un avenir incertain, il diminue d'autant le crédit actuel du propriétaire direct (1).

IX. — Puisque nous retranchons l'emphytéose du nombre des droits réels admis par le Code civil, nous ne pouvons qualifier de ce nom la situation des *Compagnies de Chemins de Fer*, concessionnaires de l'exploitation d'une ligne pour la durée maximum de 99 ans. Il y aurait, du reste, entre les deux hypothèses, cette notable différence que le concessionnaire ne peut, sans le consentement du concédant (2), transmettre à un tiers le bénéfice de son traité, tandis que l'on admet que l'emphytéote peut disposer librement de son droit. Quel est donc l'effet de la concession ? Elle n'engendre point un droit de propriété, puisque la loi du 15 Juillet 1848, mettant les Chemins de Fer dans la grande voirie, les considère comme faisant partie du domaine public. Ce n'est point non plus un droit d'usufruit, puisque l'art. 619 limite à 30 ans la durée de ce droit constitué au profit d'une personne morale et que le concessionnaire est soumis à des obligations que n'a point l'usufruitier, par exemple, aux grosses réparations. Mais d'autre part, c'est un droit réel immobilier, car plusieurs lois de concession, en autorisant des prêts aux Compagnies, ont réservé au prêteur une hypothèque sur la voie ferrée et l'art. 63 du décret du 27 Mai 1863, copié dans tous les cahiers de

(1) Les baux emphytéotiques dépouillent le propriétaire immédiat de la plupart des agréments de la propriété sans les transmettre au fermier. Qu'est-ce en effet pour le propriétaire auquel doit revenir le fonds, qu'un terrain transformé, pour ainsi dire, en une rente et dont la jouissance et la disposition lui sont interdites pour la vie ? M. de Sismondi remarque en outre que ces baux doivent entraîner des procès dont la décision devient d'autant plus difficile et même injuste que le droit de part et d'autre est plus ancien et que les parties contractantes n'existent plus. (J-B. Say. Cours d'économie politique II^e part. Chap. IV).

(2) Cass. 14 Fév. 1859. — On a même prétendu qu'une Compagnie ne pouvait permettre à un commerçant d'établir entre ses magasins et le Chemin de Fer un embranchement destiné aux transports de la maison de commerce, alors même que ces transports s'effectuaient avec le matériel de la C^{ie}. La Cour de Cassation a avec raison repoussé cette prétention le 14 Nov. 1860.

charges ultérieures, soumet à l'impôt foncier tout le terrain de l'exploitation. La vérité est qu'il s'agit ici d'un droit *sui generis* dont la singularité vient de ce double caractère d'appartenir à un particulier et de porter sur un bien du domaine public. La concession a opéré une simple subrogation dans le droit qu'aurait eu l'État de percevoir certains péages et le concessionnaire dans ses rapports avec lui doit être considéré comme un possesseur précaire, puisqu'il détient pour un temps une partie de son domaine ; mais dans ses rapports avec les tiers, on le traitera comme exerçant les droits que l'État a sur le domaine public, droits analogues à la propriété ; à leur égard, il détient *cum animo rem sibi habendi*. C'est, on le voit, la situation que créait le *precarium*.

Les mêmes principes s'appliquent à la concession d'un canal de navigation ; mais il en est autrement de la concession d'une mine qui produit *erga omnes* un droit de propriété perpétuel, immobilier et transmissible (loi du 21 avril 1810 art. 7), et de la concession pour le dessèchement d'un marais qui confère au titulaire le droit de se faire indemniser de ses dépenses de l'une de ces trois manières, au choix du propriétaire : 1° par l'abandon d'une partie des terrains desséchés ; 2° par le payement en argent de la partie de la plus-value attribuée au concessionnaire par le décret de concession ; 3° par la constitution d'une rente foncière au taux de 4 % (Loi du 16 Sept. 1807).

Là se termine la liste des détenteurs précaires de la première catégorie. Cependant, d'après quelques auteurs, il faudrait y ajouter le *communiste*, qui délient en tout ou en partie la chose indivise. Ce système se retranche derrière l'autorité de la maxime : *socius rem communem contra socium non præscribit*, appliquée dans l'ancien Droit (1), et dont la cour de Grenoble demandait l'insertion au titre de la prescription (2). De plus, on prétend trouver dans la position du communiste les caractères de la précarité. Sans doute, il est investi d'un droit réel ; mais chaque molécule de la chose porte inséparablement l'empreinte de sa propriété et de celle de ses associés, en sorte qu'en exer-

(1) Catalan, liv. 7 Chap. 8. — Dunod p. 100.

(2) Fenet t. III p. 599.

çant l'une, il manifeste l'autre du même coup. En vertu de son titre, de son nom même, il possède pour lui, mais il possède en même temps pour les autres co-propriétaires. — Telle est bien, ajoute-t-on, la règle consacrée par notre législateur. L'art. 816 décide que le partage ne peut plus être demandé, lorsque l'un des cohéritiers a joui séparément des biens de la succession, à cette condition expresse qu'il ait eu possession suffisante pour arriver à la prescription. Quel sens donner à ces expressions si elles ne se réfèrent pas à la nécessité d'une interversion de titre? Quelle possession est plus insuffisante que celle dont chaque acte rappelle le droit de ceux contre qui l'on veut prescrire? Enfin, en supposant même que d'après cet article le cohéritier pût prescrire sans interversion préalable, il n'y aurait là qu'une dérogation établie pour le cas spécial où ce cohéritier n'a possédé qu'une partie de la chose indivise, et explicable par la présomption qu'il y a eu au début de la possession un acte de partage. Mais en dehors de cette hypothèse, lorsque, par exemple, un des communistes a possédé séparément la totalité de la chose, la présomption tombe, et l'on rentre sous l'empire de la règle qui considère la possession précaire comme insuffisante pour prescrire.

La jurisprudence et les auteurs ont avec raison condamné ce système : 1° La maxime ancienne dont il s'arme n'avait pas la portée qu'il prétend lui donner. Si l'on n'admettait point la prescription dans les rapports des communistes, ce n'était pas à cause de la préten due précarité de la possession séparée de l'un d'eux, mais à cause du caractère équivoque de cette possession et de la difficulté d'apprécier si elle avait été exercée pour le compte de tous ou seulement dans l'intérêt exclusif du détenteur (1). — 2° Telle est aussi la pensée qui a présidé à la rédaction de l'art. 816. L'idée sur laquelle il insiste, c'est celle de la jouissance séparée, exclusive, *pro suo*, du cohéritier : voilà pour lui la qualité essentielle et intrinsèque que doit revêtir la possession, et s'il ajoute : possession suffisante pour prescrire, cette seconde con-

(1) Bordeaux et Toulouse, 3 sept. 1805. — Cout. de Lorraine, tit. 8, art. 8. — Pothier. Successions, chap. IV, art. 1 § 1.

dition fait simplement allusion à la durée de la jouissance. — 3° Mais, dit-on, avec ce système vous violez l'art. 2240. Nullement, le communiste qui possède une portion de la chose indivise au nom de la masse trouve la cause de sa possession dans le droit de propriété et délient *cum animo domini*; mais lorsqu'il entend posséder pour son compte exclusif, c'est encore à titre de propriétaire qu'il réalise cette intention. Il ne change donc pas la cause de sa possession, il l'étend seulement au delà de ses limites, il empiète sur un droit voisin, comme ferait l'acheteur de deux hectares de terrain taxativement limités, qui en prescrivait un troisième (fr. 2 § 6 *pro empt.*). — 4° La difficulté sera précisément de savoir quand il y aura jouissance séparée, mais une fois l'équivoque dissipée, pourquoi fermer les yeux à cette présomption si vraisemblable, si naturelle, de l'existence d'un partage au début de la possession exclusive? Et combien cette présomption devient puissante lorsqu'en dehors du cas prévu par l'art. 816, chacun des cohéritiers a joui séparément de parties distinctes des biens héréditaires! Sans doute, elle perd de sa force quand un des communistes possède la totalité de la chose indivise; mais elle ne fait pas absolument défaut: ne peut-on pas supposer que cette jouissance totale et exclusive a eu pour compensation le paiement d'une soulte considérable ou la dispense des rapports dont les autres copropriétaires étaient tenus? — 5° En tout cas, il reste toujours ce principe qu'il y a antinomie absolue entre ces deux situations: posséder pour soi et posséder pour autrui (2230). Sans doute, lorsqu'il y a jouissance commune de la chose indivise, les actes de possession exercés par chaque communiste se portent au compte de la communauté, mais pourquoi? C'est parce que leur droit résidant indivisément sur chaque molécule de la chose, il est matériellement impossible, tant que la jouissance reste commune, de distinguer la possession de chacun d'eux. Cette impossibilité de diviser les bénéfices de la possession impose la nécessité d'en faire profiter tous les copropriétaires, et c'est dans ce sens, tout différent de la précarité, que l'on peut dire que le communiste possède pour ses associés. Mais lorsque la jouissance est séparée et nettement

localisée, il n'y a plus de raison pour refuser à chacun le bénéfice exclusif des actes qu'il exerce. Vous êtes en présence des deux éléments de la possession, la détention et l'*animus domini*; reconnaissez que si la possession du communiste peut être équivoque, elle n'est point précaire (1).

II — SECONDE CATÉGORIE

I.—Le *locataire* peut être considéré comme le type des détenteurs dont la précarité est entière et absolue; il ne peut s'adresser à la chose que par l'intermédiaire du bailleur tenu à tout instant de le faire jouir (1709-2°), de le défendre contre les tiers (1727), de l'indemniser en cas de perte de la majeure partie des fruits (1769-1770). Sa jouissance est donc toute d'emprunt. Toutefois ceux qui partagent l'opinion étrange qui lui reconnaît un droit réel doivent le ranger dans la première classe.

Dans le louage d'industrie, l'ouvrier qui reçoit du maître la matière du travail est aussi un détenteur précaire, de même que le voiturier par terre ou par eau par rapport aux marchandises qu'il transporte.

II. — Après le locataire le *précariste*. En effet, quoiqu'oublié par le Code, le contrat de précaire est d'une certaine pratique, surtout dans les campagnes. Il a conservé le caractère essentiel d'être une concession arbitrairement révocable de la jouissance d'une chose. Mais quels sont ses effets? A quels principes faut-il recourir en l'absence de règles légales? D'après M. Pont (1), on doit appliquer les principes spéciaux auxquels il était soumis en droit romain. Cependant il est impossible de ne pas ranger le précariste dans la classe des simples détenteurs, tandis qu'à Rome on le traitait comme possesseur *ad interdicta*; d'autre part il est bien difficile d'admettre que celui qui recueille tout le bénéfice de la convention n'encoure que la responsabilité restreinte au dol et à la faute lourde. N'est-il pas plus logique de

(1) 14 nov. 1871. — Cass., 1871, SV, 1. 217.

(1) *Pélicis Contrats*, I, 59.

considérer le précaire comme une simple variété du prêt à usage, comme un commodat modifié quant à la durée, ce que d'ailleurs reconnaît M. Pont par une sorte de contradiction ? Et quant à l'extinction du contrat, nous n'irons pas avec le même auteur jusqu'à poser en principe que le précaire ne doit pas survivre à la mort de l'emprunteur. Sans doute il faut consulter l'intention des parties, mais qui prouve mieux l'intention du prêteur de ne pas accorder un bénéfice exclusivement attaché à la personne que le défaut de révocation lors du décès du précaire ? Mais, d'autre part, nous déciderons que si le contrat porte la clause expresse que le prêt sera révocable à la volonté du concédant, la concession finira à la mort de ce dernier.

Il faut, d'ailleurs, se garder de croire que cette convention ne soit applicable qu'aux meubles ; elle se présente en matière immobilière avec des caractères remarquables. Supposez qu'un possesseur en voie de prescrire signe au propriétaire un acte par lequel il déclare ne devoir jamais élever de prétentions à la propriété, notamment par le moyen de la prescription. Cette reconnaissance de la propriété d'autrui inficé par elle-même la possession du vice de précarité. En vain lui dénierait-on cet effet sous le prétexte qu'elle cache une véritable renonciation à la prescription et se trouve frappée de nullité en vertu de l'article 2222. La renonciation dont parle cet article suppose remplies toutes les conditions de la prescription ; c'est un simple refus de s'engager dans une voie tout ouverte. Dans l'espèce, il y a bien renonciation au bénéfice de la possession passée et pour cette partie l'acte est incontestablement valable ; mais de plus le possesseur avoue ne plus tenir la chose que de la faveur d'autrui, il répudie pour l'avenir l'*animus domini*. Les conditions nécessaires de la possession *ad usucapionem* font dès lors défaut : la voie de la prescription est fermée et, puisqu'il n'y a pas possibilité de s'y engager, il n'y a pas renonciation. Qu'un possesseur reconnaisse que le bien qu'il détient dépende du domaine public, on dira que l'idée de maîtrise fait défaut pour l'avenir, comme pour le passé, et que la possession devient inefficace, sans voir dans cette déclaration une renonciation à la prescription. Il doit

en être de même dans notre question. — Battu sur ce terrain, on se retranchera peut-être derrière l'article 2248. La position n'est pas meilleure. L'interruption de la prescription ressort de la reconnaissance du droit *actuel* du propriétaire, mais lorsqu'elle engage l'*avenir*, cette reconnaissance équivaut à la déclaration que désormais on ne détient plus la chose qu'en vertu d'une concession du propriétaire, c'est-à-dire que l'on possède pour lui et en son nom. — Si quelque doute subsiste, qu'on lise les Travaux Préparatoires : « S'il a été convenu, dit l'Exposé des motifs, que l'un possédera le fonds de l'autre sans pouvoir le prescrire, ce n'est point de la part du premier une simple renonciation à prescription ; c'est une reconnaissance qu'il ne possédera point à titre de propriétaire ; or nul autre que celui qui possède à ce titre ne peut prescrire (1). »

III. — Le *commodataire* est aussi un possesseur précaire.

IV. — Comme le *dépositaire*.

Et V. — Le *sequestre*. On ne concevrait plus dans notre droit l'hypothèse assez singulière que prévoyaient les Prudents (17 § 1 *depositi-39 de acq. poss.*) et dans laquelle les parties s'accordaient à conférer au sequestre la possession civile de l'objet déposé. L'intérêt que le demandeur avait à enlever à l'adversaire le moyen d'usucaper *inter moras litis*, pour obtenir la reprise effective de la chose revendiquée, au lieu d'une condamnation pécuniaire, n'existe plus aujourd'hui que nos jugements sont déclaratifs et s'exécutent en nature.

VI. — Ajoutons le *mandataire*, puisque par son titre même il est le représentant d'un autre auquel il doit compte, le commissionnaire ou mandataire commercial, le capitaine de navire (430 C. C.) dont la position tient à la fois du louage d'industrie et du mandat.

VII. — De même le *tuteur* et les autres mandataires légaux. Ainsi, le *maire* ne peut prescrire contre la commune (2) dont il est l'administrateur. De même la commune ne peut prescrire contre une de ses sections. En effet, il résulte de la loi du 18 Juillet

(1) Fenet. — XV, p. 577.

(2) Nancy, 18 Janv. 1868-1868 S. V. 2-92.

1837 que la section n'a une représentation spéciale que dans certains cas, notamment en cas de conflit avec la commune. En dehors de ces hypothèses, ses biens sont gérés par le conseil municipal commun. Celui-ci doit donc, comme tout administrateur du bien d'autrui, être considéré comme un possesseur précaire (1).

VIII. — Ces raisons s'appliquent à l'*envoyé en possession provisoire* des biens d'un absent. L'art. 125 le compare en effet au dépositaire et à l'administrateur comptable. Toutefois, il ne faudrait pas conclure de ce caractère que l'action par laquelle un parent collatéral ou ascendant de l'absent se prétendrait héritier présumé au jour des dernières nouvelles à l'exclusion de l'envoyé ou conjointement avec lui, serait recevable même après trente ans depuis l'envoi provisoire. Ce n'est pas à dire que l'envoyé ait acquis à l'encontre du demandeur la propriété des biens de l'absent. L'action du demandeur est née le jour même de l'envoi ; or il est de principe que toute action ne dure que trente ans depuis le moment où elle s'est ouverte. De plus, il ne s'agit pas d'une question de propriété ni par suite d'une action en revendication ; au contraire, les parties se disputent le rôle même de possesseur précaire. L'envoyé n'a donc rien à prescrire activement : l'extinction de la prétention rivale lui profite par la force même des choses, sans toucher à la qualité de sa détention.

Il n'en sera plus de même si l'on acquiert la preuve que l'absent est décédé pendant l'envoi provisoire : la pétition d'hérédité des héritiers à l'époque du décès ne se prescrira qu'à compter du jour de l'envoi en possession définitif. Il s'agit bien alors d'une question de propriété, et, puisque les héritiers continuent la personnalité du défunt, l'envoyé conserve à leur égard, comme à l'égard de leur auteur, la qualité de détenteur précaire pendant toute la durée de l'envoi possessoire. Il ne peut donc prescrire contre eux.

Quant à l'envoyé en possession définitif, il doit être considéré comme propriétaire incommutable vis-à-vis des tiers, propriétaire sous condition résolutoire vis-à-vis de l'absent, possesseur

(1) En sens cont. Montpellier, 9 Janv. 1872-1872 S. V. 2-305

ad usucapionem au regard des enfants et descendants directs de celui-ci.

IX. Il nous reste à parler du *vendeur* qui n'a pas encore effectué la livraison de la chose vendue. Si la vente est sous condition suspensive, il continue à posséder *animo domini*; mais il ne pourra prescrire libératoirement contre l'acheteur dont l'action n'est pas encore née (2257). S'il y a une clause de *constitut*, il sera évidemment considéré comme possesseur précaire. Enfin si un terme a été accordé pour la délivrance, l'obligation de livrer ne se prescrira qu'à partir du jour fixé, aux termes du même article 2257. Hors ces cas spéciaux, le vendeur, débiteur de la livraison, conserve une possession utile pour la prescription. Vous direz peut-être qu'obligé à la délivrance, il reconnaît par cela même le droit d'autrui et détient par suite pour le compte de l'acheteur; qu'autrement il prescrit contre son titre, au mépris de l'art. 2240. Mais les possesseurs précaires se reconnaissent à ces deux signes : 1° La cause de leur détention implique nécessairement la délégation du droit d'autrui; 2° cette même cause explique la durée de la détention. Or, si la vente implique le devoir de restituer, elle n'est point la cause de la détention du vendeur, et, loin d'expliquer la persistance de cette détention, elle la combat à chaque instant, puisque la possession continue malgré l'obligation de délivrance. Possesseur pour son compte avant la vente, le vendeur entend conserver la même qualité après le contrat; il ne change donc pas la cause de sa possession. — Le contrat a-t-il opéré *interversion*? Nullement, car l'*interversion* est incompatible avec l'inexécution de l'obligation de délivrance. En effet, si le vendeur était désormais constitué possesseur au nom et pour le compte de l'acheteur, cela supposerait nécessairement une délégation réelle ou fictive de la possession de celui-ci; or, pour déléguer la possession, on doit soi-même posséder; il faudrait donc supposer que l'acheteur eût été mis en possession, c'est-à-dire qu'il y eût eu délivrance, fictive si vous voulez, mais suffisante. Or, dans l'espèce il s'agit d'un vendeur qui n'a pas encore rempli son obligation de livrer. La vente n'opère donc pas *interversion*. On ne saurait, d'ailleurs, en pré-

sence de l'art. 2230, présumer la clause de constitut « par laquelle l'acheteur est censé prendre possession de la chose vendue par le ministère du vendeur qui dès lors est censé ne la plus posséder en son nom, mais la tenir au nom de l'acheteur (1) »

Les mêmes principes règlent la situation de l'héritier qui doit faire la délivrance d'un legs. Il pourra donc prescrire l'objet légué, tandis que les possesseurs précaires dont nous venons de clore la liste ne peuvent aspirer à la prescription, ainsi qu'on va le voir.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA POSSESSION PRÉCAIRE

La précarité est dans notre droit un vice *absolu*, tandis que le droit romain lui reconnaissait, avec le sens restreint que l'on sait, une influence purement relative. Elle peut par conséquent être invoquée, non-seulement par celui que représente le détenteur, mais encore par les tiers, étrangers pourtant au rapport établi par le fait juridique, cause de la détention. C'est la conséquence logique du nouveau sens attribué à la possession précaire. Celui qui possède pour autrui ne peut posséder la même chose en son nom et pour son compte; il y a incompatibilité absolue entre les deux notions. Puisque le détenteur est l'instrument d'un autre, à quel titre prétendrait-il profiter et disposer d'un bénéfice qui ne fait que passer par son intermédiaire pour s'arrêter définitivement au compte de celui qu'il représente? Pourquoi se plaindrait-il de troubles qui s'adressent à un droit qu'il ne peut prétendre? Car il n'y a pas à distinguer entre les actions possessoires et la prescription; rien n'indique que le Code de Procédure emploie le mot possession dans un autre sens que

(1) Pothier. — Vente n° 818.

le Code Civil, et, quand son article 23 condamne le titre précaire, il entend proscrire par là la possession dépourvue du titre de propriétaire et rappeler la condition finale de l'art. 2229. On est mal fondé à réveiller, comme le fait M. Troplong, le souvenir des Interdits dans une matière où le droit actuel a précisément rompu avec tous les principes du droit romain.

Vice absolu, la précarité porte un second caractère, *la perpétuité* : elle se transmet aux héritiers avec la même énergie et les mêmes effets (2037). Si l'on prenait le mot héritier dans son sens restreint et si l'on considérait cette transmission comme une conséquence de la saisine, on se rait conduit à n'appliquer cet article qu'aux successeurs réguliers. Cependant le droit romain qui ne connaissait pas la saisine consacrait la même règle (fr. 60 § 1 *loc.*). D'autre part, Pothier enseigne formellement (1) « qu'on doit » dire la même chose des autres successeurs à titre universel, » *qui sunt hæredi a loco.* » L'Exposé des motifs contient la même affirmation (2). Par conséquent, la précarité se transmet 1° aux héritiers légitimes, 2° aux successeurs irréguliers, 3° aux donataires et légataires à titre universel, 4° aux cessionnaires du titre universel par une subrogation sans réserve.

Ces deux observations fixent la portée des effets de la possession précaire, effets qui sont, les uns négatifs, les autres positifs, les premiers indépendants de la convention, les seconds souvent modifiés par elle.

I — EFFETS NÉGATIFS

La possession précaire exclut 1° l'application de l'art. 2279, 2° l'exercice des actions possessoires, 3° la prescription, 4° la jonction des possessions.

I. — L'irrecevabilité des possesseurs précaires à invoquer l'art. 2279 ne peut faire doute. L'exception ne peut avoir une autre portée que la règle. Or à qui appartient la revendication

(1) Cout. d'Orléans. — Int. au titre des prescriptions, N° 28 *in fine*.

(2) Locré, XVI, p. 565.



exceptionnelle d'un meuble perdu ou volé? Au propriétaire, dit l'art. 2280; c'est donc que la maxime de droit commun ne s'applique pas à celui qui détient pour le compte d'autrui. Rappelons toutefois que les possesseurs précaires de la première catégorie, titulaires d'un droit réel, détiennent, dans la mesure de ce droit, en leur propre nom et véritablement à titre de propriétaire; ils pourront donc invoquer l'art. 2279 contre les tiers. La loi consacre implicitement ce principe en décidant que le privilège du bailleur, titulaire d'un gage tacite, est opposable au propriétaire des objets garnissant la maison louée (2102-4^o). La revendication admise en cas de perte ou de vol appartiendra aussi à ces possesseurs, notamment au créancier gagiste et devra s'exercer dans les trois ans, puisqu'aucun texte ne restreint ou n'étend le terme de droit commun (Comp. 2102-1^o). Notons toutefois que l'art. 2280 ne s'appliquerait plus, si l'enlèvement du meuble avait été opéré par l'auteur même du titre précaire, par exemple, par le débiteur qui a constitué le gage. Il n'y a pas là un vol, puisque, d'après l'art. 379 C. P., le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui.

II. — Si les possesseurs précaires de meubles ne peuvent invoquer l'art. 2279, la ressource des actions possessoires leur est refusée en matière immobilière par l'art. 23 P. C. La jurisprudence pourtant établit une distinction constante entre la complainte, dans laquelle le demandeur se plaint d'un simple trouble qui ne lui a pas fait perdre la détention de la chose, et la réintégrande qui suppose un dessaisissement complet par voies de fait. Erigeant en principe absolu la maxime : *spoliatus antè omnia restitendus*, elle décide uniformément que « si la complainte » implique nécessairement la possession civile, il suffit, au contraire, pour la réintégrande, d'une possession matérielle, même » précaire et momentanée(1). » Cette doctrine fait valoir l'intérêt public qui, froissé par l'emploi de la force, réclame au plus tôt une réparation : c'est le satisfaire que de supprimer le recours du fermier au bailleur. On prétend ensuite trouver le germe de la distinction dans le Code civil et sa confirmation dans la loi du

(1) Cass, 25 avril 1865. — 1865, S V, 1, 223.

25 Mai 1838 et l'on raisonne ainsi : l'art. 2060 C. N. parle de l'action spéciale de réintégrande et l'art. 6 de la loi de 1838 comprend aussi cette même action dans l'énumération des moyens possessoires. La complainte et la réintégrande constituent donc deux actions distinctes. L'art. 23 P. C. parlant d'un simple trouble ne s'applique qu'à la première ; la seconde doit être soumise à d'autres règles. Mais quelles sont-elles ? Ici, la jurisprudence, en présence de la confusion constante que font les anciens auteurs en énonçant les conditions d'exercice des deux actions, est obligée de remonter jusqu'à l'ordonnance de 1270 pour trouver la base de son système. On voit, en effet, dans cette ordonnance que toute possession *bonne ou mauvaise, petite ou grande*, fut-elle même le résultat d'une violence *digne de la hart*, comme dit Beaumanoir, fournit au détenteur expulsé une action qui le réintègre dans l'immeuble à l'encontre même du propriétaire antérieurement spolié.

Ce système, malgré son triomphe dans la pratique, nous paraît en désaccord flagrant avec la théorie légale des actions possessoires. Relisez l'art. 23 P. C. et jugez s'il est possible d'échapper à ce syllogisme : Les actions possessoires ne sont recevables qu'autant qu'elles sont formées par ceux qui les détiennent à titre non précaire, or, la réintégrande est une action possessoire, donc, elle n'appartient qu'aux possesseurs à titre de propriétaire. — Mais le joint, dit-on, est tout trouvé ; le mot trouble exclut la réintégrande. — Ce scrupule grammatical est bien délicat pour étayer tout un système. La signification restreinte qu'on veut attribuer au mot trouble est combattue par la généralité du sujet même de la proposition : *les actions possessoires.....* Il est plus simple d'admettre que le législateur a employé ce mot dans un sens générique pour désigner d'un trait tous les faits qui nécessitent l'emploi d'une action possessoire et ne pas obscurcir sa disposition par une longue énumération. Cette déviation de langage ne s'explique-t-elle pas par cette idée que le possesseur spolié peut être considéré comme conservant la possession, puisqu'il a toujours à sa portée le moyen de se faire réintégrer, en sorte que le dessaisissement, ayant un effet éphémère, ne cons-

titue plus qu'un véritable trouble? N'est-elle pas, dans la bouche des rédacteurs du Code de Procédure, d'autant plus vraisemblable qu'elle se trouvait consacrée par une pratique séculaire et que ce conseil de Loisel : « Il faut bien se garder de dire » qu'on ait été spolié, mais simplement troublé, » était passé en style de procédure? — L'art. 2060 ne peut rien contre ces explications. Outre qu'il est antérieur à la confection du Code de Procédure et ne peut par conséquent prévaloir contre les dispositions réglementaires de ce dernier, il reproduit le N° 692 § 2 du Traité de Pothier sur la Contrainte par corps; or le jurisconsulte excluait de la réintégrande comme de la complainte les simples détenteurs (1). Reste la loi de 1838. Mais elle s'occupe de déterminer quel juge est compétent pour connaître des actions possessoires et non quelles sont les conditions d'exercice de ces actions. L'énumération qu'elle fait prouve uniquement qu'il y a plusieurs situations protégées, sans impliquer que cette protection s'exerce d'une manière différente (2).

Les arguments qu'invoque la jurisprudence tombent donc devant la généralité de l'art. 23 P. C. Et ce n'est pas à regretter. L'innovation consacrée par la pratique est dangereuse, car la perte du procès par le possesseur précaire constitue un préjugé défavorable pour l'action ultérieure de celui pour le compte de qui il possède. L'application de l'art. 1382 nous semble satisfaire les exigences de l'ordre public.

III. — La même raison qui fait refuser au possesseur précaire l'exercice des actions possessoires, le place aussi dans l'impossibilité de prescrire. Bien plus cette impossibilité est perpétuelle et revivifie à chaque instant la vertu de la revendication du propriétaire, qui triomphera même après mille ans de silence. Telle est la décision de l'art. 2237 et la conséquence du raisonnement

(1) Traité de la possession, N° 100 et 115.

(2) On ne saurait d'ailleurs attribuer au législateur de 1838 le mérite d'une telle exactitude technique. A quoi, en effet, peut se référer ce renvoi du même art. 6... et autres actions possessoires... qui termine l'énumération de la complainte, de la réintégrande et de la dénonciation de nouvel œuvre?

suisant : le successeur universel continue la personnalité du défunt et reste tenu, comme lui, de l'obligation de restituer qui résulte du titre précaire. L'homme est mort, mais l'être juridique survit, immortel, à la succession des individualités, il ne cesse donc pas de posséder au même titre, c'est-à-dire pour le compte d'autrui. « *Impræscriptibilitas tunc provenit ab agnitione domini quæ per se sufficiens est ad æternitatem interruptionis*, disait d'Argentrée. » Les vieux auteurs citent comme exemple un arrêt du Parlement de Paris du 21 août 1551, condamnant l'évêque de Clermont à restituer à Catherine de Médicis la seigneurie de cette ville; les représentants de l'évêché étaient en possession depuis plus de trois cents ans et s'étaient toujours comportés en propriétaires, mais on prouva que leur auteur ne détenait le bien qu'à titre de dépôt.

M. Marcadé trouve étrange et bizarre cette éternité de l'impossibilité de prescrire; nous allons plus loin et nous souhaitons l'abrogation de cette règle qui nous semble anormale, basée sur de fausses raisons et combattue par les données les plus simples de l'économie politique et de l'équité.

1° Notez-le, en effet, la précarité est le seul vice qui se perpétue ainsi. Plus facile que le droit romain, notre législation n'exige point, pour la purge de la violence, le retour de la chose entre les mains du propriétaire; la possession devient utile dès le moment où la contrainte cesse (2233). La détention du successeur universel n'hérite donc point nécessairement du vice de la violence. De même la clandestinité cesse, lorsque les actes de possession se montrent au grand jour. On ne voit pas *à priori* la raison de distinguer entre la précarité et les autres vices de la possession : les faits, en effet, peuvent faire ressortir l'*animus domini*, comme ils démontrent la cessation de la violence ou la publicité. La transmission de la précarité est donc une règle anormale. — 2° Elle s'explique, dit-on, par la perpétuité de la personne juridique, en sorte qu'il y a continuation d'une possession toujours identique, et aussi par la maxime : *nemo sibi causam possessionis mutare potest*. Mais le principe de l'immortalité de l'être juridique est une fiction; or une fiction ne peut pas

empêcher qu'il n'y ait une interruption matérielle et nécessaire entre la détention du défunt et celle de l'héritier, ni que celui-ci ne détienne avec une intention toute différente de celle de son auteur. Le *de cuius* a possédé précairement, l'héritier possède *animo domini* : voilà deux faits distincts et l'on ne saurait considérer la seconde possession comme la continuation de la première, puisqu'elle ne s'y rattache, ni par l'élément matériel, ni par l'élément intentionnel. Sans doute, le successeur universel succède aux obligations de son auteur; mais lorsque l'obligation de restituer s'est éteinte par la prescription, et que des faits ressort sans équivoque la volonté de posséder en son nom et pour son compte, pourquoi proclamer inutile la possession qui s'annonce comme étant à titre de propriétaire? Et si elle s'est prolongée pendant trente ans, pourquoi fermer les yeux à la présomption si rationnelle qu'un juste titre a opéré interversion et que le silence du propriétaire s'explique par la reconnaissance du droit du possesseur, en sorte qu'il n'est plus vrai de dire que celui-ci se change lui-même la cause de sa possession? Nous reviendrons, du reste, sur le prétendu axiome qu'on nous oppose. — 3° Le système du Code introduit un état d'incertitude dans la propriété; lorsque le possesseur actuel, investi après une suite de mutations à titre universel, ne peut retrouver la trace de la cause originaire de la possession patrimoniale : il doit s'attendre à la production d'un titre le condamnant à la restitution (1). Or « qui ne sait que la certitude de jouir du fruit de ses terres, de ses capitaux, de son labeur, ne soit le plus puissant encouragement qu'on puisse trouver à les faire valoir (2)? » et qu'à l'inverse l'éventualité de l'éviction détruit cet encouragement, au grand détriment de l'utilité sociale elle-même? — 4° Et qu'on ne crie pas à l'injustice, en nous accusant de revêtir l'héritier du possesseur précaire des dépouilles du véritable propriétaire. Comparez les deux situations : celui-ci a déserté son bien; l'autre,

(1) L'hypothèse n'est pas aussi invraisemblable qu'on pourrait le croire. Outre l'exemple cité ci-dessus, Marcadé parle d'une terre dont la propriété était incertaine depuis huit ou neuf cents ans (Prescription, p. 159).

(2) J.-B. Say. — Traité d'économie politique, p. 180.

au contraire, par son activité, par celle de ses auteurs, a profondément modifié le fonds. En effet, le travail incorpore dans la terre des richesses dont l'accumulation augmente peu à peu la somme des utilités qu'elle peut procurer, et, par suite, sa valeur. Supposez une valeur originaire de 100 remise à un possesseur précaire et une augmentation séculaire de 450 due au travail de ses successeurs universels (1) et appliquez cette base de calcul à l'exemple cité plus haut, au successeur expulsé après trois cents ans de possession. Sur le fonds en litige, le possesseur a créé une valeur de 450, le propriétaire ne peut prétendre que la valeur originaire, c'est-à-dire 100. Donc mathématiquement le premier a sur la chose trois fois et demie plus de droits. Et pourtant vous l'expulsez de cette richesse qui est bien à lui, puisqu'il l'a créée, vous remplacez le droit de propriété par une créance dont on contestera même l'étendue, les uns l'estimant au montant de la plus-value, les autres la réduisant au chiffre des dépenses faites. De quel côté se trouve l'injustice ?

Quoi qu'il en soit, l'art. 2237 est formel : le vice de la précarité se transmet aux successeurs à titre universel. En est-il de même pour les successeurs à titre particulier ?

IV. — L'art. 2239 résoud négativement cette question, en décidant que la voie de la prescription est ouverte aux tiers qui obtiennent du possesseur précaire un titre translatif de propriété, c'est-à-dire un titre impliquant respectivement chez les parties l'intention d'aliéner et celle d'acquérir. Le successeur particulier ne succède point, en effet, aux obligations personnelles de son auteur. On n'exigera pas que le titre ait été signifié au propriétaire ni que celui-ci ait eu effectivement connaissance de la transmission : rien dans la loi n'impose cette condition. Il n'y aura même pas à distinguer suivant la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur, si ce n'est pour fixer la durée de la prescription, suivant les règles ordinaires. Toutefois, l'existence d'un concert

(1) M Thiers (De la Propriété, p. 120) parle d'immeubles qui, valant 200,000 fr. en 1789, en valent en 1848 500 et 600. — J.-B. Say cite une terre achetée 65,000 fr. en 1767 et revendue 180,000 fr. en 1817, grâce au travail continu du possesseur. Notre supposition n'est donc pas exagérée.

frauduleux entre le vendeur et l'acheteur étant démontré, on devrait regarder le titre comme une vaine apparence absolument inefficace. Si le titre est valable, mais si le possesseur s'est réservé la détention de la chose en vertu d'une clause de constitut ou d'un bail, l'acquéreur ne pourra opposer la prescription au propriétaire ni intenter contre lui des actions possessoires. Ce n'est pas que sa possession devienne précaire, mais elle est inutile pour clandestinité. En vain opposerait-on la transcription du titre; ce que la loi exige, c'est la publicité de la possession elle-même. Il en est autrement dans le cas où le possesseur, le fermier, par exemple, ayant réellement transmis la chose à l'acquéreur, continue néanmoins à payer au propriétaire les fermages convenus. C'est la conséquence, regrettable peut-être, mais logique des principes. On ne peut considérer la réception des loyers comme une retenue effective de la possession, en présence d'un acquéreur qui, détenant matériellement, se gère en maître publiquement et sans équivoque. Le propriétaire, d'ailleurs, est en faute de n'avoir pas surveillé son bien plus exactement.

Si le successeur à titre particulier a de son chef une possession utile, il ne peut y joindre la détention antérieure de son auteur. La possession précaire, ne comptant pas pour la prescription, ni pour l'exercice des actions possessoires, est censée ne pas exister à ce point de vue; il serait aussi inutile de la joindre à la possession subséquente que de prétendre augmenter une valeur en l'additionnant avec rien.

Remarquons, d'un autre côté, que si la possession précaire profite à celui pour le compte de qui elle s'exerce, ce n'est point par voie de jonction. L'auteur du titre précaire possède réellement par l'intermédiaire du détenteur, en sorte qu'au moment de la restitution, c'est la même possession qui se continue. L'instrument change, mais la même personnalité reste en relation avec la chose. Toutefois, lorsqu'il s'agit des détenteurs de la première catégorie, il y a continuation de la possession du maître jusqu'à concurrence, pour ainsi dire, de la précarité; mais c'est vraiment par voie de jonction, qu'il profite de la mesure de la possession qui s'est exercée *animo domini*.

II. — EFFETS POSITIFS

On vient de voir les conséquences négatives qui découlent directement de la notion de la possession précaire. Les autres traits de cette situation seront, pour la plupart, décrits par la convention qui lie les parties ; mais on peut, abstraction faite du contrat, poser les règles fondamentales qui, les unes au cours de la détention, les autres au moment de la restitution, déterminent la responsabilité du détenteur le sort des améliorations qu'il a faites, le règlement de ses dépenses.

I. — Il est certain que la perte de la chose par cas fortuit, en dehors de toute faute antérieure et de la mise en demeure, éteint l'obligation de restituer. Mais comment apprécier les relations du possesseur avec l'objet de la détention et la mesure générale de sa responsabilité ? Quelle fut sur ce point la théorie de l'ancien droit, chacun le sait : prestation de la faute lourde, minimum de la diligence équivalant au dol, quand le contrat profite uniquement au créancier de la restitution ; responsabilité appréciée suivant la diligence commune d'un bon père de famille ordinaire (*culpa levis*), quand la convention vise à la fois l'intérêt du créancier et celui du débiteur ; soins du type abstrait du meilleur père de famille (*culpa levissima*), lorsque le débiteur bénéficie seul de la délégation de la possession. Le Code a formellement abrogé cette fameuse théorie. L'art. 1137, en effet, décide qu'il n'y a plus à distinguer si la convention a pour objet l'utilité de l'une des parties ou leur avantage commun, et l'art. 1927 consacre cette abrogation, en mesurant la diligence du dépositaire aux soins qu'il apporte à ses propres affaires, tandis qu'il n'était tenu autrefois que de la faute lourde. Ce n'est pas à dire qu'aujourd'hui la responsabilité du possesseur précaire doive être considérée comme une pure question de fait, soumise à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux. Non, la loi fixe un type unique, étalon de toutes les comparaisons. Le point de fait consistera seulement dans l'application de la mesure légale aux cas particuliers ; il ne saurait dépendre du juge de changer, pour

ainsi dire, le plan des oscillations, en déplaçant la normale fixée par la loi, en prenant, par exemple, comme point unique de comparaison, la diligence particulière que la partie apporte à ses propres affaires. C'est qu'en effet le taux légal se calcule sur les soins qu'apporte un bon père de famille ordinaire, *in concreto*. Voilà le principe général auquel il faut se référer en l'absence d'un texte d'exception et que la loi applique elle-même au tuteur (450), à l'usufruitier (601), au gérant d'affaires (1374), au vendeur, débiteur de la livraison (1624), au locataire (1728), au preneur à cheptel (1806), au dépositaire irrégulier (1928), au créancier gagiste (2080). La question à résoudre sera donc celle-ci : dans le cas en litige comment eut agi un administrateur de capacité commune, abstraction faite de cette perfection idéale qu'on peut se figurer sans l'atteindre? Il faudra, par suite, condamner le possesseur précaire, s'il a détourné la chose de l'usage auquel elle était destinée, ou encore si pouvant la sauver de la ruine, il a préféré la sienne (1880), pourvu toutefois que les deux objets fussent d'une valeur équivalente. Car, en cas d'inégalité, un bon administrateur n'hésite pas à préférer la chose la plus précieuse.

Cependant la loi s'écarte quelquefois de la mesure ordinaire. C'est ainsi que l'héritier sous bénéfice d'inventaire ne répond que des fautes graves (804) et que le dépositaire n'est redevable que des soins qu'il apporte à ses propres affaires; c'est ainsi, d'autre part, que la responsabilité du mandataire doit être plus sévèrement appréciée, si le mandat est salarié. Par là s'explique la seconde partie de l'art. 1137 qui contient un renvoi à ces règles exceptionnelles sans être, comme on l'a prétendu, en contradiction avec le premier alinéa.

II. — L'étude de la responsabilité du possesseur précaire, lorsque l'oubli de ses devoirs amène la perte ou la détérioration de la chose, éveille naturellement l'attention sur l'hypothèse inverse. *Quid* si ce même possesseur a amélioré l'objet possédé? La question devient surtout intéressante, lorsqu'il s'agit de constructions effectuées sur un immeuble. Quelle est la nature du droit du constructeur? Est-ce un droit de propriété? Est-ce une créance mobilière?

Tout ce qui s'incorpore ou s'unit à la chose appartient au propriétaire; tel est le principe général. Loin d'y déroger en faveur des constructions, la loi l'applique expressément dans les art. 554 et 555. On ne saurait donc regarder le constructeur comme propriétaire, puisque, dès le jour où les matériaux ont été unis au sol, ils ont passé dans le domaine d'autrui. Dès ce jour aussi, et malgré sa mauvaise foi, est née à son profit une créance qui, suivant le bon plaisir du propriétaire, aura pour objet soit l'enlèvement des constructions, soit le paiement d'une indemnité égale à la plus-value, déduction faite des dommages-intérêts pour le préjudice que la construction a pu causer au fonds. Or une somme d'argent est évidemment mobilière; d'autre part, les matériaux sont revêtus du même caractère, puisqu'on les considère au moment de leur séparation, c'est-à-dire au moment où ils perdent précisément cette cohésion qui les faisait considérer comme des immeubles. La créance dont ils sont l'objet est donc aussi mobilière.

Il en est de même lorsque le titre précaire, le bail par exemple, porte que le preneur pourra édifier telles constructions, mais que le bailleur les reprendra à l'expiration de la location moyennant une indemnité. Cependant la Cour de Cassation (1) considère alors le locataire comme propriétaire sous condition résolutoire, parce que, dit-elle, le principe de l'accession est une présomption susceptible de tomber devant la preuve contraire et cette preuve résulte de la clause précitée; elle décide, d'autre part, que ce droit portant sur un bâtiment, immeuble aux termes de l'art. 518, est aussi immobilier. Mais la clause en litige n'a rien qui ressemble à une vente de la superficie. Permettre au preneur de tirer une plus grande utilité de la chose louée, lui déléguer le droit de construire qui appartient au propriétaire et lui louer à l'avance les constructions, fixer la base d'évaluation de l'indemnité, enfin écarter la déduction des dommages-intérêts dont parle le second alinéa de l'art. 555, tel est son objet. On reste donc en présence du principe général. Dès

(1) Cass. 18 Fév. 1872-1872. D. P. 1-256-Comp. trib. Seine 17 Fév. 1870-1870-D. P. 3. 39.

le jour de la construction, le bâtiment appartient au propriétaire ; le locataire devient simplement titulaire d'une créance mobilière qui a pour objet non pas le bâtiment, mais quelquefois les matériaux désagrégés, c'est-à-dire redevenus meubles, et le plus souvent une somme d'argent. La solution ne change pas lorsque la clause est ainsi modifiée : le locataire n'aura droit à l'expiration du bail à aucune indemnité pour les constructions effectuées. Ici encore, la convention empêche le propriétaire de profiter de l'alternative énoncée dans l'art. 555 et de demander la démolition aux frais du constructeur ; elle enlève, d'autre part, au locataire, la créance conditionnelle de l'indemnité qui sera compensée le plus souvent par la diminution du loyer, ou l'augmentation de jouissance résultant des constructions. Mais elle n'implique nullement je ne sais quelle renonciation au droit d'accession avec stipulation de retour au propriétaire.

En somme, dans les deux cas, la convention revient à ceci : le bailleur délègue au locataire le droit qu'il a de construire et, loin de céder son droit de propriété sur les constructions, il l'affirme, en louant à l'avance le bâtiment à édifier. Le constructeur possède dès lors la construction au même titre que le sol lui-même, c'est-à-dire à titre de louage. Or, le louage engendre un droit purement mobilier, et s'il y a stipulation d'une indemnité, celle-ci, étant mobilière, ne fait que confirmer la nature du droit du possesseur précaire. En conséquence, les bâtiments ne pourront être hypothéqués par le constructeur ni saisis immobilièrement par ses créanciers.

Ces principes s'appliquent à tout possesseur précaire, à l'exception toutefois de l'usufruitier : l'art. 599 qui lui refuse la répétition des améliorations qu'il a faites, nous parait, conformément à la tradition historique, s'appliquer aux constructions.

III. — Mais le possesseur précaire a pu appliquer son activité à des travaux autres que des constructions : a-t-il le moyen de se faire indemniser ? Les dépenses d'entretien ne sont que l'accomplissement du devoir de surveillance et de garde qui lui incombe dans une mesure plus ou moins grande ; le possesseur ne pourra en réclamer le remboursement. Les dépenses néces-

saires, en préservant la chose de la ruine, font naître le droit à la répétition intégrale. Quant au règlement des dépenses utiles, on se partage. Les uns, généralisant le principe de l'art. 553-3°, n'admettent la réclamation qu'à concurrence de la dépense faite. Mais est-ce bien la pensée de la loi? La limitation de l'art. 553 est toute spéciale et se comprend à cause de l'importance des dépenses que nécessite une construction et de la plus-value considérable qui en résulte le plus souvent. D'autre part, il est d'autres articles (862-2175) qui mesurent à la plus-value la répétition des dépenses utiles. Cette indécision de la loi nous impose le devoir de revenir au principe du droit romain : *bonus iudex variè ex personis causisque constituet* (38 de rei vind.). Le juge appréciera suivant la situation respective des parties, de façon à satisfaire les intérêts légitimes du possesseur précaire, sans ruiner le propriétaire par des remboursements exorbitants. Quant aux dépenses voluptuaires, elles ne peuvent donner lieu à aucune réclamation. Leur auteur a seulement le droit d'enlever les embellissements, à charge de remettre les choses dans leur premier état. Ce droit emporte celui de détruire l'effet de la dépense, de gratter les peintures d'art, par exemple. Sans doute la conscience proteste contre cette prérogative sauvage, mais à quel titre le propriétaire agirait-il pour empêcher ces actes de vandalisme, puisqu'il n'a aucun intérêt?

Pour obtenir sûrement le remboursement des dépenses, le possesseur précaire n'a point, d'une façon générale, le droit de rétention. Ce droit en effet constitue une véritable cause de préférence, or toute situation qui rompt l'égalité entre les créanciers doit être établie par un texte formel (2092, 2093). En second lieu, on ne voit pas pourquoi la loi aurait pris le soin d'accorder expressément ce bénéfice dans certains cas spéciaux, si tel était le droit commun. L'équité, nous ne le nions pas, réclame la généralisation du droit de rétention, mais nous devons imposer silence à nos sympathies devant le langage sagement interprété de la loi.

Le règlement des dépenses s'effectue, sauf convention contraire, au moment où la chose revient entre les mains de l'auteur du titre précaire. La restitution est en effet le but normal, la

fin naturelle de la possession que nous étudions. Préciser le moment où elle s'opère et les règles qui y président dépend de l'étude spéciale de chacun des faits juridiques qui engendrent la précarité. Mais il rentre dans notre plan de saisir la possession précaire à son dernier moment, et surtout à cet instant où, sans se déplacer, elle se purge, au profit de la même personne, du vice qui l'inficiait.

CHAPITRE III

COMMENT CESSE LA PRÉCARITÉ.

La possession précaire implique l'intention de rapporter à autrui le bénéfice de la détention : en regard apparaît la véritable possession, comportant l'idée absolue de maîtrise. Il n'y a pas de milieu entre ces deux situations, de telle sorte que de l'exclusion de l'une se déduit nécessairement l'existence de l'autre. La précarité cesse, par conséquent, lorsque le détenteur entend désormais posséder en son nom et pour son compte. Il s'opère alors ce que la langue du droit appelle une interversion. Or l'intervention, dans un sens général, désigne à la fois la novation du titre originaire de la possession et l'effacement d'un vice dont elle était inficiée par la substitution de la qualité contraire. Ainsi elle se produit quand le légataire, institué *a non domino*, achète l'objet légué du véritable propriétaire : il possédait auparavant *pro legato*, il possède maintenant *pro emptore* ; de même lorsque la possession cesse d'être violente ou clandestine, pour devenir paisible ou publique. Mais dans un sens restreint qui doit seul nous préoccuper ici, l'intervention désigne la purge de la précarité.

Cependant il ne faudrait pas attribuer une portée absolue à cette dernière signification et désigner par elle toutes les causes qui font cesser la possession précaire. Car toute substitution

d'une possession *animo domini* à une détention pour le compte d'autrui ne vient pas proprement d'une interversion. Celle-ci suppose que l'extinction du vice originaire profite à la même personnalité qui précédemment en subissait l'influence. C'est, pour ainsi dire, une situation qui se retourne sur place, un changement de front, la transition de l'état de dépendance à l'état de liberté. Au contraire, soit que le possesseur précaire restitue la chose au propriétaire, soit qu'il la transmette à un tiers à titre particulier et translatif, ainsi que nous l'avons vu plus haut, il n'y a pas interversion proprement dite. Dans le premier cas, il ne naît pas une possession nouvelle, puisque le créancier de la restitution continue à posséder pour son compte, comme il possédait déjà par l'intermédiaire du détenteur; dans le second cas, s'il y a deux possessions, l'une viciée, l'autre utile, la seconde ne tient par aucun lien à la première, en sorte qu'elle n'en peut être considérée comme la modification. Sans doute l'ex-possesseur précaire profitera indirectement de l'extinction de la précarité, parce qu'en aliénant l'objet, il se soumet à l'obligation d'en payer la valeur, obligation évidemment prescriptible; mais les bénéfices de la possession *animo domini* appartiendront à l'acquéreur. Il y a déplacement, succession, plutôt qu'interversión. Aussi ne mentionnons-nous que pour mémoire ces deux causes d'extinction de la précarité.

Mais toute interversion n'est pas légalement efficace. Sans nier qu'elle ne se produise dans tous les cas où l'idée de maîtrise succède à l'idée de dépendance, la loi ne sanctionne que 1° la cause venant d'un tiers, 2° la contradiction opposée aux droits du propriétaire.

1. — CAUSE VENANT D'UN TIERS.

Le premier mode d'interversión suppose qu'un tiers conclut avec le possesseur précaire un acte dont l'effet ordinaire est de transférer la propriété, un juste titre en un mot, une vente, une donation par exemple. Le titre putatif ne suffirait pas. La loi

entend parler d'une cause réelle, or le titre putatif n'existe que dans la pensée du possesseur. Mais lorsque la réalité répond à l'apparence, la possession est intervertie par le seul effet de l'acte. Il ne faut exiger ni la signification au propriétaire, ni une contradiction extrinsèque opposée à ses droits. La loi est muette sur la première de ces prétendues conditions et repousse formellement la seconde, puisqu'elle exige la cause venant d'un tiers et la contradiction, non pas cumulativement, mais sous une alternative. La mauvaise foi du détenteur n'est même pas une entrave à l'interversion. Ce n'est pas à dire que le propriétaire soit à sa merci. La nouvelle possession qui naît doit porter les caractères requis par l'art. 2229 et s'exercer publiquement et sans équivoque. Si, par exemple, l'usufruitier continue, après la conclusion de l'acte translatif, à jouir comme auparavant, sa détention ne sera pas opposable au propriétaire, parce qu'elle est ambiguë. De même si le fermier, malgré la cause venant d'un tiers, ne cesse pas de payer le loyer, ces prestations périodiques constituent une reconnaissance du droit du bailleur, et, contredisant l'acte translatif, empêchent la prescription. Enfin l'efficacité de l'interversion s'évanouit devant la preuve d'une sorte de compérage, d'un concert frauduleux entre le tiers et le détenteur. Mais lorsque le titre n'est pas un vain simulacre et que la nouvelle possession s'est manifestée au grand jour et par des actes de maître, ces empiètements publics sont pour le propriétaire une provocation, une mise en demeure de faire respecter son droit. Son silence prolongé ne peut plus dès lors être considéré que comme une reconnaissance du nouveau titre prétendu par le détenteur ou comme une négligence trop grossière pour mériter encore la protection de la loi.

Puisque le titre translatif émané d'un étranger a la vertu de rendre la possession utile, il est clair *a fortiori* que le même transfert opéré par l'auteur même du titre précaire doit produire le même effet. C'est ainsi que le bailleur, en vendant la chose louée à son locataire, intervertit la possession de celui-ci. La même conséquence résulte du second fait prévu par l'art. 2238.

II — CONTRADICTION OPPOSÉE AU PROPRIÉTAIRE

S'il fallait prendre ces expressions dans leur sens rigoureux et isolé, toute manifestation publique et non ambiguë de l'intention de posséder désormais à titre de propriétaire produirait une interversion efficace. Car, puisqu'il est impossible que deux personnes aient en même temps et pour le tout la propriété d'une chose, il est clair que du moment où, possesseur précaire, j'aspire publiquement à la propriété, je m'insurge contre les droits de celui que je représente et les contredis. Mais la portée de la seconde partie de l'art. 2238 est singulièrement modifiée par la maxime consacrée par l'art. 2240 : nul ne peut se changer lui-même la cause et le principe de sa possession.

On a déjà remarqué que ce prétendu axiome prend sa source dans le droit romain, mais qu'il y avait été établi en vue du cas tout exceptionnel de l'*usucapio lucrativa pro hærede*, véritable spoliation légale qui permettait à tout individu d'occuper sans titre et sans bonne foi une hérédité jacente et de l'usucaper après un an. Il se comprenait dans une matière si exorbitante contre laquelle protestaient l'équité et le langage du droit lui-même; il y avait même une extension plus grande qu'aujourd'hui, puisqu'il s'appliquait à la possession civile aussi bien qu'à la simple détention (fr. 2 § 1 *pro herede*). On a vu aussi qu'en produisant la perpétuité de la précarité, il aboutissait à créer un état fâcheux d'incertitude pour les propriétés patrimoniales dont les titres originaux sont perdus. Qu'on le considère maintenant en lui-même et l'on se convaincra que le législateur eût bien fait de le laisser dans la poussière de tant de vieux brocards, qui affectent les allures de principes incontestés et s'évanouissent au premier examen.

Ce n'est en effet qu'une formule particulière du principe général qu'on ne peut se faire un titre à soi-même. Or si l'on appliquait ce principe dans toute sa rigueur, il faudrait exclure et condamner la prescription trentenaire qui s'opère sans titre. On

ne le fait point, et l'on cherche à concilier la prescription avec le principe, en disant qu'une fois accomplie, elle fait présumer l'existence à son début d'un titre émané du propriétaire et expliquant son silence prolongé. Mais cette même présomption ne ressort-elle pas aussi des actes de maître exercés pendant longtemps par le possesseur précaire ? Dès lors, pas plus que l'usurpateur, il ne se crée lui-même un titre. On répondra peut-être qu'à la différence du premier, le second est lié par une qualité dont la vertu se prolonge jusqu'à ce qu'une cause nouvelle de possession l'ait remplacée. C'est le brocard : *ad primordium tituli posterior semper refertur eventus*, qui ne fait que représenter la même question sous une autre forme. Comme le premier, il vient se briser contre la même présomption, au lieu de la renverser. Car, du silence prolongé du maître et de l'habitude du possesseur de traiter la chose en propriétaire résulte naturellement l'idée d'une interversion efficace consentie par le premier au second et expliquant la manière d'être de tous les deux. — Nullement, direz-vous, car l'inaction du maître s'explique par le droit à la restitution qu'il puise dans le titre précaire. L'objection tombe lorsque ce droit à la restitution est éteint par la prescription : dès ce moment, la présomption n'est plus combattue. De plus, si ce droit constituait une égide aussi inébranlable qu'on le prétend, pendant toute sa durée l'interversión serait impossible : ce qui contredirait l'art. 2238, dont le texte général n'exige pas l'extinction préalable de l'obligation personnelle, et la raison elle-même qui ne conçoit pas un propriétaire spectateur impassible des empiètements les plus manifestes, laissant le preneur usurper son titre et traiter la chose en maître absolu, comptant en retour sur une restitution éventuelle, déjà compromise par la façon d'agir de son représentant. Une pareille négligence est tellement contre nature, qu'il est logique de l'interpréter dans le sens d'une acceptation de la nouvelle situation. — Et s'il en est ainsi, à quoi bon la maxime de l'art. 2240, malgré toutes les précautions et les atténuations dont le législateur l'entoure ? N'est-elle pas incompatible avec l'admission de la contradiction comme cause efficace d'interversión ? Supposez la contradiction la plus

formelle, imaginez-vous qu'un fermier réponde à la demande en paiement du loyer par une signification portant qu'il n'en doit pas, attendu qu'il est propriétaire, cet acte n'est-il pas purement unilatéral? Ne peut-on pas soutenir que le fermier veut se changer lui-même la cause de sa possession? Et si vous dites que le silence du propriétaire vaut acquiescement et que dès lors l'acte n'est plus unilatéral, ne suis-je pas fondé à répondre qu'il en sera de même. lorsque le même propriétaire ne proteste pas contre toute autre manifestation éclatante et continue de la volonté de posséder pour soi? — Bref, la maxime *nemo sibi causam...* est inutile, si elle ne veut qu'exprimer cette vérité banale que le fait du possesseur précaire de concevoir *in petto* l'intention d'abdiquer sa qualité et de posséder désormais à titre de propriétaire, n'est pas une interversion valable; elle est contraire à la notion même de la prescription, si elle condamne à l'inefficacité la traduction de cette intention en faits publics et non équivoques; elle est illogique, si elle admet tel mode de contradiction et non tel autre. Aussi pour notre part, nous en voterions l'effacement par acclamation et nous verrions une interversion suffisante dans tous les actes de maître qui, remplissant les conditions de l'art. 2229, mettent le propriétaire en demeure de faire valoir son droit.

Quoiqu'il en soit, l'art. 2240, si peu rationnel qu'il soit, existe, et le devoir de l'interprète est de lui donner un sens pratiquement utile. L'intention du législateur paraît être de n'admettre comme contradiction efficace que celle qui, s'adressant directement et immédiatement à la personne même du propriétaire, le met dans l'impossibilité d'ignorer l'intervention et par suite de rester impassible. Tant que le possesseur ne s'adresse qu'à la chose et que le propriétaire n'entre point personnellement en scène, la loi, ne voyant, pour ainsi dire, qu'un acteur et faisant abstraction (à tort, selon nous) de la publicité et de la continuité des actes de maître, ne considère ces actes que comme des faits unilatéraux condamnés par la maxime précitée. Mais lorsque cessant cette sorte de monologue, le possesseur appelle le propriétaire, le prend à partie et lui jette ce défi: Votre droit n'est qu'un mensonge, c'est moi qui suis propriétaire,

la situation change aux yeux de la loi. Si l'autre ne relève pas le gant, son silence est un aveu qui le condamne, et, comme il y a deux parties en scène, une affirmation d'un côté, un acquiescement tacite de l'autre, on ne peut plus rigoureusement dire que l'interversion ressort de l'initiative isolée du possesseur et qu'il veut à lui seul changer son titre.

En conséquence, la contradiction se produira dans le sens légal tantôt judiciairement, tantôt extrajudiciairement. Tel sera l'effet d'une assignation en revendication ou d'une citation en conciliation pour le même objet. Et peu importe que le tribunal soit incompetent, que l'exploit soit nul en la forme, que les poursuites s'éteignent par la péremption, ou que la citation ne soit pas suivie dans le mois d'un ajournement. Ces différents vices ne peuvent détruire le simple fait de la contradiction, ce fait qu'à la connaissance du propriétaire le possesseur précaire a abdiqué sa qualité originaire pour se poser comme prétendant à la propriété. La loi d'ailleurs n'a point minutieusement réglé les conditions de la contradiction, comme celles de l'interruption. Aussi ne faut-il point exiger dans tous les cas une preuve écrite. Voyez une interversion efficace dans la signification déclarant au propriétaire la volonté de posséder désormais *animo domini*; mais attribuez le même effet à l'expulsion du propriétaire venant reprendre possession de l'immeuble, ou au refus de payer les redevances stipulées dans le titre précaire, lorsque ces faits sont accompagnés de la déclaration expresse que le possesseur se regarde désormais comme seul maître de la chose détenue. Une simple déclaration verbale ne suffira pas, parce qu'elle ne sera le plus souvent qu'une menace. Toutefois il est bien difficile de ne pas la considérer comme une véritable contradiction lorsqu'elle est suivie d'actes de disposition qui la rappellent et la confirment. En un mot il s'agit ici de purs faits susceptibles d'être prouvés par témoins.

A l'inverse, les abus de jouissance les plus caractérisés ne constituent point à eux seuls une cause légale d'interversion. On n'assiste plus à un débat direct avec le propriétaire, on n'aperçoit que le possesseur en relation avec l'objet; seul sur la scène,

il paraît bien vouloir se changer lui-même la cause de sa jouissance. Appliquons alors l'art. 2240, puisqu'il faut bien donner à cette disposition un sens utile (1).

En tout cas la contradiction exige un fait positif. Le non-paiement prolongé des redevances mises à la charge du possesseur précaire ne produit point une interversion régulière. Comme il peut facilement s'expliquer par la bienveillance du propriétaire et qu'il ne suppose pas par lui-même la prétention à la propriété, il manque des caractères essentiels de cette provocation, de ce défi que la loi appelle contradiction.

De ce fait négatif à la cessation pure et simple du titre ou de la qualité, cause de la détention précaire, la transition est toute naturelle. L'usufruit s'est éteint par la mort du titulaire ou l'expiration du terme fixé, le temps de la restitution de la chose louée, prêtée, déposée, est arrivé, la majorité du pupille a mis fin à la tutelle, en un mot une cause quelconque a marqué le terme du fait juridique qui fondait et expliquait la possession précaire. La détention ultérieure ne s'exerce plus en vertu du titre originaire, puisque ce titre n'existe plus; le possesseur entend bien jouir désormais pour son compte, puisque, s'il se reconnaissait encore le représentant d'autrui, la restitution serait son premier devoir. Il y a donc substitution de l'*animus domini* à l'idée de dépendance, c'est-à-dire interversion. Mais a-t-elle le pouvoir d'effacer le vice originaire? Non, la loi la considère comme non-avenue. Pour le prouver, le raisonnement est bien simple. 1° La précarité est censée subsister jusqu'à preuve contraire, tel est le principe général (2231); la preuve contraire résulte de deux faits, la cause venant d'un tiers ou la contradiction opposée aux droits du propriétaire, voilà l'exception formellement limitative. Or la cessation du titre précaire est supposée s'opérer en dehors de toute intervention d'un tiers et n'est point par elle-même une contradiction. Il y a là une simple abstention, et, comme disait d'Argentrée : *nec a simplici abnutivo inchoari potest præscriptio*. 2° La loi confirme elle-même ce raisonnement par l'application qu'elle en fait dans l'art. 2237. L'usufruit s'éteint par la mort de

(1) Cass. 28 déc. 1857. — 1858. S. V. - I. - 741.

l'usufruitier ; si la cessation de la qualité originaire valait légalement interversion, les héritiers commenceraient de leur chef une possession utile. Au contraire, le vice originaire survit au décès de l'usufruitier et suit le sort de la succession. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que l'extinction de l'usufruit ne purge point la précarité ? Et s'il en est ainsi de l'usufruit, pourquoi en serait-il autrement des autres causes de la possession précaire ?

Aussi le tuteur et le mandataire ne pourront commencer une possession utile à partir de l'expiration de leurs fonctions. La reddition de compte ne suffit même pas pour effacer le vice de leur qualité disparue, et, bien que la raison nous sollicite à la considérer comme une véritable interversion, le texte formel nous la fait repousser. Car elle ne constitue, ni une contradiction opposée aux droits du propriétaire, ni ce que la loi appelle la cause venant d'un tiers ; elle ne suppose pas par elle-même l'intention d'aliéner d'une part et celle d'acquérir de l'autre, mais elle éteint simplement la responsabilité personnelle de la mauvaise gestion. *A fortiori* refuserons-nous à la prescription de l'action en reddition de compte la force d'éteindre la précarité. La présomption que le compte a été rendu ne peut avoir plus d'efficacité que la décharge effective. D'ailleurs, si l'on admet que la prescription de l'obligation personnelle de restituer fait présumer l'existence d'une cause efficace d'intervention, il n'y a pas de raison pour restreindre l'application de ce principe au tuteur et au mandataire ; il faut l'étendre à tous les possesseurs précaires. Mais prenez garde, cette présomption est comme le levier qui permet, en écartant les dispositions limitatives des art. 2238 et 2240, de renverser de fond en comble le système actuel de la loi, qu'on peut critiquer, mais qu'il faut bien appliquer.

La même raison de texte nous empêche de voir une intervention efficace dans le fait du créancier gagiste qui conserve le gage après le paiement de la dette. Comme le remarque M. Pont, (1) « le paiement fait par le débiteur lui-même ne constitue pas une cause venant d'un tiers... et le fait de rester en possession du gage, même après le paiement de la dette

(1) — Petits contrats. II n° 1100.

« garantie, ne constitue pas, d'une manière suffisante, une contradiction aux droits du propriétaire. » La solution ne change pas, lorsqu'une clause spéciale porte qu'à défaut de paiement au terme convenu, le créancier deviendra propriétaire de l'objet engagé ou de l'immeuble donné en antichrèse. Le pacte comissoire est nul aux yeux de la loi; on ne saurait faire sortir d'une cause, qui juridiquement n'existe pas, un effet aussi important que la purge de la précarité. Mais on a jugé avec raison (1) que si le créancier, assigné en revendication par le débiteur, est condamné à restituer les biens par lui détenus, à la charge par le débiteur de régler la créance dans un délai déterminé à peine de forclusion, la possession est intervertie du jour du jugement. Non seulement il y a alors extinction de la qualité de créancier gagiste, mais on la remplace par une attribution de la propriété sous une condition dont la défaillance dépend du débiteur-propriétaire. C'est une interversion aussi topique que la cause venant d'un tiers dont parle l'art. 2238.

En résumé, la possession précaire cesse : 1° lorsque la restitution est effectuée entre les mains de l'auteur de la concession; 2° lorsque le possesseur transmet la chose à un tiers par un titre translatif; 3° lorsqu'il la reçoit au même titre de l'auteur du titre précaire, ou même d'un tiers; 4° s'il contredit les droits du propriétaire. Enfin il est une dernière cause d'extinction qui se produit lorsqu'un tiers s'empare de la chose, chasse le détenteur précaire et se maintient en possession par des actes personnels de maîtrise. Dès qu'il n'y a plus simple voie de fait, le devoir du possesseur est d'avertir celui qu'il représente (1768); il ne peut agir lui-même pour répondre à l'usurpation. Mais un simple trouble de droit adressé au détenteur, une sommation, par exemple, de délaisser la chose, attendu qu'elle appartient au requérant, ne met point fin à la possession précaire.

Après avoir ainsi étudié cette possession à son berceau, dans ses développements et à son terme final, il semble que notre tâche soit accomplie. Mais nous n'avons encore envisagé qu'une face de la question et le côté qui doit maintenant attirer notre

(1) — Cass. 18 Déc. 1855. 1856 S V I. 107.

attention n'est pas le moins intéressant. Nous avons jusqu'ici considéré la possession précaire par opposition au droit de propriété, il nous reste maintenant à examiner les cas où les servitudes s'exercent *sine animo domini*, c'est-à-dire précairement.

CHAPITRE IV

DE LA POSSESSION PRÉCAIRE DES SERVITUDES

L'exercice d'une charge établie sur un fonds au profit d'un autre fonds, mérite le nom de possession, lorsqu'il implique l'intention d'user en maître du démembrement de la propriété. On possède donc, d'après le langage de la loi, les servitudes continues, car leur caractère de permanence fait présumer qu'elles constituent une atteinte à la propriété du fonds servant et une augmentation constante d'utilité pour le fonds dominant, en un mot, un véritable droit réel. On possède aussi les servitudes discontinues, lorsqu'un titre démontre l'intention du concédant de démembrement son droit au profit du concessionnaire. On peut même considérer comme susceptibles de possession les servitudes négatives, *non ædificandi*, *non altius tollendi* par exemple, lorsqu'il résulte d'un titre que l'abstention n'est plus l'effet du non-exercice d'une pure faculté. Elles constituent alors au profit du propriétaire du fonds dominant un droit dont la jouissance telle quelle consiste précisément dans la permanence de l'état négatif du fonds servant. Or aux termes de l'art. 2228, la jouissance d'un droit s'appelle possession (1). Par conséquent les servitudes négatives participeront à la protection des actions possessoires; mais, si le titre constitutif n'émane pas du propriétaire du fonds servant, il ne pourra lui être opposé, quelque

(1) Metz, 6 juin 1866. — 1867. S. V. 2. 147.

longue qu'ait été l'abstention, ce genre de possession n'étant pas assez public pour conduire à la prescription (1).

Mais celui qui exerce une servitude est parfois dépourvu de l'intention de s'en approprier *jure proprio* le bénéfice. Si, par exemple, le fonds dominant est donné en usufruit, l'usufruitier profitera des servitudes qui y sont attachées, mais il ne fera qu'exercer les droits du propriétaire et possédera pour lui. Mais c'est la conséquence de la possession précaire du fonds lui-même, plutôt que l'exercice séparé et distinct de la servitude. On ne saurait, d'autre part, concevoir une servitude s'exerçant au nom et pour le compte du propriétaire du fonds servant: *nemini res sua servit*. Il faut donc chercher la notion de la précarité en matière de servitudes ailleurs que dans l'idée d'une possession exercée pour autrui.

I — SES CARACTÈRES

Le voisinage établit entre les propriétaires une réciprocité nécessaire de services dont l'étendue échappe le plus souvent à la réglementation de la loi. « *Quidquid sine detrimento possit commo-
di modari, id trihuatur vel ignoto; ex quo sunt illa communia,
non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si
quis velit... quæ sunt iis utilia qui accipiunt, danti non mo-
lestia* (2). » Ces paroles de l'orateur romain expliquent les tolérances respectives dont les voisins assaisonnent leurs rapports et qui, nées d'une relation de fait, n'impliquent, ni d'un côté, ni de l'autre, l'intention de les convertir en droits absolus; elles donnent de plus le véritable sens de la précarité en matière de servitudes. Possession précaire désigne bien, en effet, l'exercice de ces concessions bénévoles et révocables qui n'ont que l'apparence d'un démembrement de la propriété, et, s'expliquant au fond par les rapports de bon voisinage, ne peuvent par la pres-

(1) Cass., 5 août 1862. — 1869, SV, 1, 84.

(2) Cicéron — De officiis lib. I, cap. 16.

cription devenir définitives (2332). Remarquable retour des choses juridiques ! La familiarité est une espèce de précaire tacite, disait Merlin (1) et en effet nous retrouvons ici les caractères distinctifs du *precarium* : la bienveillance et la révocabilité. Nous verrons plus loin l'analogie s'accroître encore.

Mais si le point de départ est certain, la difficulté commence dans l'application, alors qu'il s'agit de distinguer l'exercice d'une véritable servitude d'un acte de tolérance.

Ecartons tout d'abord les servitudes discontinues, c'est-à-dire celles qui s'exercent par intervalle au moyen du fait actuel de l'homme. La loi les déclare insusceptibles de s'établir par prescription, parce que, n'entravant que fort peu l'exercice du droit de propriété, elles s'expliquent facilement par l'idée d'un bon office : l'état de précarité est ici présumé (691). Par voie de conséquence, on devra décider que la prescription ne pourrait modifier l'assignation du temps et du lieu de la servitude discontinue. Titulaire du droit de puiser à tel puits de votre cour, je prends pendant trente ans l'eau d'un autre puits ; j'ai perdu par le non-usage la servitude originaire et n'ai point acquis l'usage du second puits, sauf à examiner en fait si l'intention des parties n'était pas de concéder la servitude sur tous les puits de la cour et si l'assignation n'a pas eu simplement pour but de faciliter le puisage en le réglementant (2). Mais il ne faudrait pas assimiler aux servitudes discontinues les droits d'usage des bois et forêts, tels que droit de pâturage, droit de panage ou de glandée, etc. Si quelques textes du droit romain (fr. 6 § 1 de *serv. præd. rust.*) en font des servitudes réelles, le législateur du Code manifeste bien l'intention contraire, en plaçant dans le titre de l'usufruit, l'usage et l'habitation, l'art. 636 qui renvoie la réglementation des droits forestiers aux lois spéciales. Ils diffèrent, d'ailleurs, des servitudes réelles, puisque le propriétaire peut s'en affranchir par le cantonnement (63 C. F.) et racheter ceux qui n'en sont pas susceptibles. Enfin leur exercice, qui absorbe une portion notable des produits de la forêt, porte

(1) Répertoire. V° Prescription, I § VI, art. 5.

(2) Cass. 6 déc. 1864. — 1865. — S. V. I. — 79.

une trop grave atteinte à la propriété, pour qu'on puisse le considérer comme un acte de tolérance.

Ainsi, en dehors des servitudes discontinues, la présomption doit toujours être en faveur du droit plutôt qu'en faveur de la familiarité. Ce principe s'applique notamment aux servitudes continues dont la permanence et la rigueur dépassent le plus souvent les concessions de voisinage. Mais disparaîtra-t-il lorsqu'un écrit constate que la charge imposée au fonds servant n'existe qu'à titre de simple tolérance et que le propriétaire s'est réservé la faculté de s'en affranchir à volonté ?

Un premier système n'attache aucun effet à cette reconnaissance et enseigne qu'après trente ans la servitude est définitivement établie. 1° Il n'est point permis de renoncer d'avance à la prescription ; or l'acte opposé contient une renonciation anticipée à ce bénéfice (2220). 2° Si cet acte intervient au cours de l'exercice de la servitude, on doit le considérer comme une simple interruption de la prescription commencée, interruption opérant dans le passé et non pour l'avenir (2248).

Nous avons déjà rencontré cette doctrine à propos d'une question analogue et nous l'avons réfutée. Ici encore nous ne pouvons la partager ; à nos yeux le titre produit efface la présomption de droit pour imprimer aux actes accomplis le caractère de tolérance qui les rend incapables de fonder la prescription. — 1° Est-il besoin de remarquer que le système que nous combattons serait désastreux dans ses conséquences pratiques ? Comment ! Pour rendre service à mon voisin, je lui permets d'ouvrir une fenêtre sur mon fonds, en prenant soin d'insister sur la volonté que j'ai de ne concéder aucun droit, en me réservant la faculté de faire boucher l'ouverture à tout instant ; me fiant à cette précaution, je continue mon bon office pendant trente ans, et tout-à-coup le voisin pourra m'opposer la prescription, violant ainsi, par une trahison sûre de l'impunité, le pacte qui nous unissait ! Voilà tous les propriétaires, exposés à devenir victimes de leur condescendance, se retranchant dès lors derrière leurs susceptibilités jalouses ! Voilà les heureux effets de la tolérance réciproque remplacés par un état de paix armée pire que l'état de guerre ! — 2° La pos-

session utile pour la prescription exige l'*animus domini* ; or l'intention de s'approprier tout ou partie de l'utilité d'une chose en vertu d'un droit propre, sans être sous la dépendance d'autrui, est incompatible avec le pouvoir arbitraire de révocation que s'est réservé le propriétaire du fonds dominant. Dès le jour de la concession, la jouissance est dépendante et toute d'emprunt ; elle conserve ce caractère pendant toute sa durée, car elle ne se continue qu'en vertu d'une permission du concédant renouvelée à chaque instant. Quoi de plus précaire que cette situation ? — 3^o Mais l'on nous menace de l'art. 2220. Le coup est facile à parer. Il ne s'agit nullement d'une renonciation à la prescription, mais bien plutôt d'une exclusion de la faculté de prescrire elle-même. Le propriétaire du fonds dominant offre au voisin une situation toute faite de précarité ; en l'acceptant, l'autre ne renonce pas à un bénéfice qui n'est pas à sa portée. Autrement, pour être logique, il faut dire que le fermier, qui en cette qualité ne peut prescrire, renonce d'avance à la prescription en concluant le bail ! Et il n'y a pas plus interruption que renonciation. Car l'interruption n'opère que dans le passé. Or en signant l'acte en litige, le propriétaire du fonds servant ne dit pas : je reconnais n'avoir usé *jusqu'ici* que d'un bénéfice d'emprunt ; mais il reconnaît *ne devoir* jamais jouir qu'en vertu de la permission révocable du voisin (1).

Il importe toutefois de remarquer que la reconnaissance de celui au profit de qui une concession de ce genre a été faite, ne peut être opposée à ses successeurs à titre particulier, s'ils ont de leur chef une possession suffisante pour acquérir la servitude par prescription. Mais la jouissance de leur auteur ne leur profitera pas par voie de jonction : s'ils ne succèdent pas aux obligations du concessionnaire originaire, ils ne peuvent compter sa possession qu'à la condition de trouver en elle les caractères requis pour l'usucapion.

Lorsqu'une déclaration expresse fait défaut, la question de savoir si la prétendue servitude n'est qu'un effet transitoire des relations de voisinage, rentre dans le pouvoir discrétionnaire des

(1) Dijon, 20 déc. 1871. — 1872, D P Table V^o Servitude, n^o 27.

tribunaux. Il est même impossible de poser un criterium absolu, destiné à guider infailliblement le juge dans cette appréciation toute de fait. On peut seulement dire que les actes de tolérance finissent là où commence une gêne sérieuse, une entrave réelle pour l'exploitation ou la jouissance de l'héritage assujetti. Abandonnons à autrui ce qui nous est peu utile, disait Cicéron, mais il ajoutait, pourvu que cette charge nous soit légère; laissons prendre du feu à notre foyer, mais de manière qu'il brûle encore pour nous : « vulgaris liberalitas referenda est ad illum Ennii » finem ; nihilominus ipsi luceat. » Ainsi, par exemple, les cultivateurs sont dans l'usage de passer sur le champ voisin pour faire tourner leur charrue; on ne saurait considérer le tour de charrue comme une servitude, mais plutôt comme une concession réciproque pour la commodité de la culture. Il en est de même des jours qui, établis en dehors des conditions prescrites par les art. 676 et 677, donnent sur le toit ou le mur plein de la maison voisine. Le propriétaire de cette maison n'a pas d'intérêt à se plaindre de leur existence jusqu'au jour où il veut exhausser sa construction: on doit donc considérer son silence comme un acte de bienveillance (1). De même encore lorsqu'un propriétaire se sert d'un arbre situé sur le fonds contigu pour appuyer sa barrière; il n'est pas fondé à demander le remplacement de l'arbre abattu par le voisin (2). On pourrait multiplier les exemples, mais ceux qui précèdent suffisent pour caractériser les actes de tolérance et en faire comprendre les effets.

II. — SES EFFETS.

L'exercice précaire d'une servitude, excluant l'*animus domini*, ne peut fonder la prescription, ni légitimer l'emploi de la complainte, ni donner lieu à la jonction des possessions. Le vice qui inficte la jouissance de l'auteur se transmet à ses successeurs à

(1) Pau 20 Nov. 1865-1866 D P. 2-285.

(2) Cass. 6 Avril 1841-1841-S. Y. 1 414.

titre universel, sans que le temps puisse l'effacer, mais il épargne ses successeurs à titre particulier, qui, pour prescrire, doivent avoir de leur chef une possession utile. Nous arrivons donc ici aux mêmes conséquences négatives que nous avons notées en décrivant les effets de la possession précaire au regard de la propriété.

Cependant, il importe d'insister sur la différence essentielle qui sépare les deux situations. L'une, nous l'avons vu, est entachée d'un vice absolu qui empêche la prescription et les actions possessoires *ergà omnes*. Ici, au contraire, celui qui exerce par tolérance une quasi-servitude, n'est réputé possesseur précaire que dans ses rapports avec l'auteur de la concession. En vain objecterait-on la disposition générale de l'art. 691 qui déclare que les servitudes discontinues ne peuvent s'établir par prescription. Cette décision vient à l'appui du principe : la servitude discontinue suppose nécessairement la tolérance de chacun de ceux qui la subissent, en sorte qu'à l'égard de tous elle s'exerce précairement. Mais la possession des servitudes continues, portant une grave atteinte à la propriété du fonds servant, tombe naturellement sous l'empire de la présomption établie par l'art. 2230 : elle est censée s'exercer à titre de droit. Cette présomption tombe devant la preuve contraire, émanée d'un acte ou de faits qui impliquent la tolérance du propriétaire du fonds grevé. Mais cette sorte de pacte ne peut avoir d'effet qu'entre les parties qui l'ont contracté ; les tiers ne sauraient s'en prévaloir. Ils ne peuvent, d'autre part, repousser la prescription ou la plainte sous le prétexte que la possession s'étant exercée pour le compte d'autrui, le propriétaire du fonds dominant est sans intérêt et qu'ils doivent avoir affaire à celui qu'il représente ; à la différence, en effet, du possesseur précaire ordinaire, celui qui exerce une servitude par tolérance entend en profiter en son nom et pour son compte.

La jurisprudence a fait une remarquable application de ces principes aux concessions de certaines parties du domaine public. On sait, par exemple, que les permissions accordées aux usiniers de prendre de l'eau dans les rivières navigables ou flot-

tables sont essentiellement révocables (1). Mais ce vice de précarité ne peut être invoqué par les tiers. Ainsi le propriétaire dont les prairies sont arrosées au moyen des eaux qu'il prend dans la cunette entourant les remparts d'une ville, peut intenter la complainte contre le voisin qui absorberait les eaux par une rigole aboutissant au fossé arrosoir (2). La même action compète contre celui qui troublerait l'occupation annuelle par un dépôt de sable ou autres matières d'un terrain dépendant du domaine public (3). Ainsi reparait un autre caractère du précaire romain. L'antique formule s'adapte à la possession des servitudes et l'on peut dire que celui qui l'exerce *nec precario ab adversario* peut intenter les actions possessoires et parvenir à la prescription, si d'ailleurs le droit possédé est susceptible de ce mode d'acquisition.

Et pour mettre dans une pleine lumière tous les caractères des actes de tolérance complétés par ce dernier trait, l'effet relatif, il ne manque plus que d'y opposer une esquisse rapide de ce que la loi appelle, dans le même article 2232, actes de pure faculté.

« Les actes de pure faculté sont ceux dont la réalisation rentre dans le domaine souverain de la liberté humaine, de telle sorte qu'ils peuvent être d'une manière indifférente mis en mouvement ou omis, exercés par plusieurs personnes ou par une seule.... Ils peuvent dériver de trois sources : 1° Ils peuvent avoir leur origine dans la nature même des choses, 2° Ils peuvent dériver de la loi, 3° ils peuvent avoir pour cause un droit appartenant à tous les membres d'une certaine communauté d'habitants (4) » Les premiers résultent du développement normal de nos aptitudes physiques ou morales : pouvoir se marier, pouvoir changer de domicile, pouvoir passer tel contrat dont on est capable, sont des facultés de cette catégorie. Les

(1) A l'exception toutefois de celles antérieures à l'édit du 1^{er} avril 1566, qui pour la première fois posa le principe de l'inaliénabilité du domaine public ou à l'ordonnance de 1693 qui consacra définitivement les concessions de prise d'eau accordées dans l'intervalle à titre onéreux.

(2) Cass., 6 mars 1855. — 1855, SV, 1, 507.

(3) Cass., 18 déc. 1865. — 1866, SV, 1, 865.

(4) M. de Folleville, — Jonction des possessions. p. 56.

facultés légales sont établies dans le but d'intérêt général de créer certains avantages pour l'exploitation des propriétés, de prévenir des abus désastreux au point de vue social, d'assurer enfin un champ utile et sûr à l'activité des membres de la société. Tellés sont les facultés de demander à tout instant la sortie d'indivision, de contraindre son voisin au bornage, etc. (815-646-Comp. 647, 644, 641, 661). La troisième catégorie comprend les droits d'usage concédés, non pas à tel particulier, mais à une commune, et profitant à tous les habitants.

Les actes de pure faculté se rapprochent des actes de tolérance par ce caractère commun qu'ils ne peuvent fonder ni possession ni prescription (1), mais à d'autres points de vue ils s'en séparent absolument : 1° Les seconds supposent entre celui qui les exerce et celui qui les souffre un rapport de bienveillance et de bon voisinage, rapport de fait, il est vrai, mais certain. Les premiers se développent d'une façon indépendante, sans rien devoir à autrui, tenant directement leur efficacité de la nature, de la loi ou du droit de la communauté. 2° L'impossibilité de prescrire qui fait leur ressemblance dérive de causes toute différentes. Celui qui exerce un acte de tolérance est dépourvu d'une possession utile, parce qu'elle est essentiellement dépendante et manque, à l'égard du concédant, de l'*animus domini*. Au contraire le jeu d'une faculté suppose, *erga omnes*, l'intention de s'en approprier directement le bénéfice. La prescription est alors impossible dans le sens extinctif, parce que la faculté constitue une offre que la loi ou la nature renouvelle à chaque instant, qui toujours est à notre portée, en sorte qu'on ne peut jamais présumer la renonciation ; parce que, d'autre part, la prescription libératoire implique le conflit de deux intérêts rivaux dont l'un tend à rentrer dans le droit commun dont il est éloigné par l'état d'obligation ; or les facultés ne se combattent pas et leur exercice

(1) Merlin cite une espèce curieuse sur laquelle on s'étonne que des difficultés aient pu s'élever. Le Chapitre de Saintes prétendait que l'évêque était assujéti à lui donner quatre repas par an ou à lui payer en argent la valeur représentative ; il soutenait que tel était l'usage depuis plus de cent ans et que la prescription l'avait converti en droit absolu. Un arrêt du Parlement de Bordeaux du 18 juillet 1775 le débouta de sa prétention,

ou leur négligence ne met personne au-dessus ou en dehors du droit commun. Une raison analogue empêche la prescription acquisitive : puisque les facultés dont je jouis sont indépendantes de celles de mon voisin, en les exerçant, je n'empiète nullement sur son droit, et dès lors, n'ayant rien possédé, je ne puis rien prescrire. — 3° Une dernière différence apparaît au point de vue de l'interversion. Les actes de pure faculté ne perdent point leur caractère par la simple contradiction. Si, par exemple, je signifie à mon voisin défense d'élever des constructions sur son terrain, cette simple notification ne modifie pas le caractère de son abstention. Restât-il trente ans sans construire, la servitude *non œdificandi* ne sera pas établie à mon profit. Outre que je n'ai rien possédé sur son fonds, on ne peut raisonnablement interpréter son silence comme un acquiescement à ma prétention. N'est-il point vraisemblable qu'il n'a point tenu compte de l'avertissement, qu'il l'a rejeté avec dédain, en entendant conserver la faculté de bâtir ou de ne pas bâtir ? Et quelle perturbation dans les rapports de voisinage si l'on admet qu'un simple acte unilatéral change en servitudes les abstentions qui ne sont que la conséquence du droit de propriété ! D'ailleurs les servitudes non apparentes ne peuvent s'établir que par titre, c'est-à-dire par une constitution formelle émanant du propriétaire du fonds servant ; d'un titre seul peut donc résulter la conversion des actes de pure faculté en servitudes. Au contraire, nous allons voir que la contradiction suffit pour intervertir les actes de tolérance et éteindre la précarité.

III. — SES CAUSES D'EXTINCTION.

Nous venons d'annoncer la contradiction opposée aux droits du propriétaire du fonds servant comme la première cause qui éteint la précarité. En effet elle restitue aux servitudes continues positives leur caractère de droit commun d'être des charges perpétuelles de la propriété, en combattant le caractère exceptionnel

qu'un acte ou que des circonstances de fait leur avaient attribué. Pour les servitudes discontinues, comme pour les servitudes négatives, le silence du propriétaire du fonds prétendu servant peut s'expliquer autrement que par une renonciation à la plénitude de la propriété, aussi longtemps que la contradiction n'est point suivie d'actes matériels d'emplètements sur son héritage. Mais lorsque l'opposition est suivie de faits d'occupation, la tolérance ne devient-elle pas trop contraire aux susceptibilités naturelles des propriétaires, pour qu'on puisse encore en présumer la continuation ? La contradiction se renouvelle à chaque acte d'exercice de la servitude et combat chaque fois l'idée de familiarité. Il y a donc interversion, donnant au propriétaire du fonds dominant la ressource des actions possessoires sous les conditions ordinaires. Mais la voie de la prescription lui sera encore fermée, résultat illogique sans doute, mais commandé par l'article 691 qui exige un titre pour l'établissement des servitudes discontinues.

Est-ce l'unique moyen d'effacer la précarité ? Il est certain qu'un titre émanant du propriétaire du fonds dominant confère une possession utile, même s'il s'agit d'une servitude discontinue dont on pourra par conséquent défendre l'exercice par les actions possessoires. Ce n'est point violer la règle qui prohibe le cumul du possessoire et du pétitoire. Car le Juge de paix ne consultera le titre qu'à l'effet d'examiner si la possession réunit les conditions exigées par l'article 23 P. C. (1).

En est-il de même de la cause venant d'un tiers dont parle l'art. 2238 ? Non, par elle-même, elle est impuissante. Si en effet le titre émané à *non domino* détruit le rapport de familiarité à l'égard de son auteur, il ne saurait avoir la même vertu à l'égard du véritable propriétaire, puisqu'il ne lui est point opposable. Suivant l'énergique expression de Marcadé, le propriétaire du fonds dominant n'accomplissait pas ses actes de passage ou autres avec le titre écrit en grosses lettres sur son chapeau. Rien ne permet de supposer que le propriétaire du fonds servant ait renoncé à l'intégrité de son droit, rien n'enlève aux faits leur

(1) Cass. 1 août 1872. — 1872. S. V. 1. 315.

caractère apparent de simple tolérance, car les rapports de bon voisinage sont relatifs : de ce qu'ils cessent à l'égard de l'un, on ne peut conclure qu'il n'existent plus à l'égard de l'autre. Il en sera autrement si le titre a été signifié au propriétaire : cette signification suivie de l'exercice de la servitude vaut contradiction, et permettra, d'après les principes énoncés ci-dessus, d'intenter la complainte. Mais le concours du titre coloré et de la contradiction ne saurait fonder l'usucapion des servitudes discontinues qui encore une fois ne peuvent s'établir que par un titre émané du propriétaire. Il y a sans doute une certaine anomalie dans ces solutions. La recevabilité des actions possessoires marche ordinairement de front avec la possibilité de prescrire. Mais ici, l'art. 691 étant formel, on peut regretter l'inadvertance du législateur, mais le devoir de l'interprète est de s'incliner devant la lettre de la loi.

Arrivés à ce point, nous pouvons mettre en relief les points principaux qui distinguent la possession précaire des servitudes de la possession précaire à l'égard de la propriété :

1° Celle-ci ressort d'un contrat ou de la qualité du détenteur, la première se montre le plus souvent dans les faits mêmes qui constituent son exercice ;

2° La précarité ordinaire ne se présume jamais (2230) ; au contraire, les servitudes discontinues sont présumées s'exercer à titre de tolérance ;

3° De l'une naît un vice absolu ; la précarité des servitudes est purement relative ;

4° La précarité ordinaire disparaît devant une cause venant d'un tiers ; ce genre d'interversion n'existe pas pour les servitudes s'exerçant précairement ;

5° L'une profite à autrui et le bénéfice en est recueilli par celui dont le possesseur reconnaît le droit supérieur. « Au contraire, les actes de simple tolérance sont, par eux-mêmes, absolument réfractaires à toute espèce de prescription au profit de qui que ce soit ; ils ne constituent jamais ni pour autrui ni pour celui qui les pose une possession efficace, soit à l'effet d'acquérir par le laps de temps, soit même à l'effet

» d'obtenir la saisine possessoire et les actions qui en découlent (1). » Mais sans donner à cette proposition un sens trop absolu, il importe de la combiner avec l'effet relatif de la précarité des servitudes, en remarquant qu'elle ne s'applique quelquefois plus lorsqu'il s'agit des rapports de l'auteur de la concession avec les tiers. Primus, par exemple, titulaire d'une servitude sur le fonds de Secundus, en permet par tolérance l'exercice à Tertius : la possession précaire de celui-ci profitera à Primus, puisque dans les rapports de ce dernier avec Secundus elle empêchera l'extinction de la servitude par le non usage. C'est ainsi encore que M. Rau faisait remarquer à la Cour de cassation que l'habitude qu'ont les habitants d'une commune de faire stationner leurs chariots sur un terrain prétendu public, alors même qu'on la considère comme le résultat de la tolérance de l'autorité municipale, constitue au profit de la commune une possession digne d'être protégée par les actions possessoires contre le propriétaire voisin qui prétendrait élever des constructions sur ce terrain (2).

Le parallèle que nous venons de tracer achève le tableau de la possession précaire que nous nous sommes proposé de décrire.

CONCLUSION

Bien souvent, dans le cours de ce travail, nous avons rencontré des difficultés que le législateur n'avait ni réglées ni même prévues. C'est la conséquence du défaut d'une théorie nettement définie sur la Possession. Douze articles seulement prétendent résumer toutes les règles sur une matière qui occupe une si grande place dans les lois romaines et a essayé la sagacité des jurisconsultes de tous les temps ! Avouons-le, c'est bien peu pour expliquer la nature de la

(1) M. de Folleville, loc. cit. p. 58.

(2) Cass. 9 janv. 1872. — 1872. S. V. 1. 225.

possession, ses espèces, ses caractères, les principes de la jonction et la situation si délicate de la précarité. Pourquoi s'est-on montré si avare, après avoir déployé dans la matière des obligations une richesse qui va parfois jusqu'à la profusion? Sans doute, il n'appartient pas au législateur d'étaler le savoir pédant d'un rhéteur, mais il ne doit pas oublier que quelques principes clairement établis sont le fil conducteur qui guide le jurisconsulte et le magistrat en leur permettant de suppléer aux lacunes et aux obscurités. Et certes, s'il est un sujet qui mérite cette attention, c'est bien la matière de la possession dont les manières d'être tiennent par des liens si intimes à l'existence même de la propriété.

C'est au nom de cette propriété que nous protestons contre la perpétuité de la précarité. Tandis que le temps fauche autour d'elle les droits les plus certains, on la voit conserver son efficacité des premiers jours, et, immortelle comme la personne juridique, la poursuivre sans relâche, pareille à ce mal dont parle le poète :

Comes atra premit sequiturque fugacem (1)!

Chose étrange! il est plus difficile d'effacer ce vice pour l'héritier de bonne foi que pour celui qui ne craint pas de briser les liens d'une convention connue et librement consentie. Qui songe à demander la guérison d'un mal dont on ne soupçonne pas l'existence? Ira-t-on réclamer d'un tiers le moyen de vivifier un droit dont on se croit le titulaire certain, ou jeter une contradiction à un propriétaire qu'on ne connaît pas? Résultat désastreux! De cette perpétuité sort l'incertitude de toutes les propriétés patrimoniales dont les titres originaux sont perdus. Pour la faire cesser, le possesseur n'a qu'un moyen : se dépouiller d'un bien auquel mille souvenirs de famille l'attachent peut-être, pour le transférer à un étranger qui, plus heureux, arrivera à la prescription!

La loi semble ne considérer que le propriétaire; le possesseur précaire, pour elle, ne compte pas; c'est un instrument qu'on envisage seulement pour reconnaître celui qui le manie. Or, rien n'est moins exact. Examinez la situation du fermier, son but est de tirer du fonds une certaine somme d'utilités; mais à ce grand acte de la production ne faut-il pas le concours de trois éléments,

(1) Horace, satires II 7. V. 89

l'agent naturel ou le fonds, le capital ou l'instrument, et l'industrie qui dirige le tout? Le propriétaire fournit le premier, quelquefois le second, mais qui fournit le reste, qui joue le rôle le plus actif, si ce n'est le fermier? Bien plus, l'exercice continu de son activité ajoute au fonds de nouveaux capitaux qui en augmentent la fécondité, en sorte qu'après quelques années, la terre est transformée, et le service productif de l'agent naturel peut être attribué au fermier, autant qu'au propriétaire. Et ce qui est vrai du fermier, s'applique aux autres possesseurs précaires, quoique d'une façon moins saisissante. Puisque tous doivent, dans une mesure plus ou moins grande, leurs soins à la chose, ils en conservent ou en augmentent les utilités par leur industrie persévérante. On ne doit donc point les considérer comme identifiés, pour ainsi dire, avec la personne du propriétaire, mais il faut tenir compte du service distinct qu'ils rendent.

Assurez dès lors au possesseur précaire le remboursement des dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites en lui accordant d'une façon générale le droit de rétention : la concurrence des créanciers sur une plus-value qu'un seul a créée est une injustice. Ce n'est pas tout. Considérez que l'activité du possesseur transforme par un exercice prolongé la chose qui en est l'objet, de manière que bientôt il l'a faite véritablement sienne; effacez de la précarité le caractère de perpétuité que la loi actuelle lui imprime et ouvrez la voie de la prescription.

Dieu nous garde de prêcher ici le mépris des conventions ! Nous n'entendons pas affranchir le possesseur précaire de l'obligation personnelle de restituer ni lui permettre d'anticiper sur le temps ordinaire de la prescription libératoire. On pourrait même, pour faire taire tous les scrupules, fixer le point de départ de la prescription acquisitive au moment de l'extinction de cette obligation. Mais au moins, lorsque le possesseur a secoué le joug qui lui est imposé et que, pendant trente ans, tous ses actes annoncent clairement la prétention à la propriété, pourquoi ne pas voir dans le silence du propriétaire un acquiescement à cette mise en demeure permanente ? Les facilités de communication rendent son ignorance, sinon impossible, du moins injustifiable. Son intérêt, que dis-je ?

son devoir est de surveiller l'exploitation de son bien et de préparer les améliorations utiles. S'il s'endort dans une confiante nonchalance, qu'il en porte la peine ! C'est rendre un mauvais service aux particuliers et à la société elle-même que de mettre les droits en lisères : cet amas de protections attentives finit par étouffer l'initiative individuelle. Aussi sous une apparence égoïste une profonde vérité sociale se cache dans la maxime banale : *Jura vigilantibus succurrunt !*

Qu'on revienne donc au droit commun en permettant au possesseur précaire de prescrire, lorsque ses prétentions à la propriété se manifestent d'une manière continue, non équivoque et publique à l'égard du propriétaire ! Et qu'on tarisse la source des difficultés en effaçant de notre Code la vieille maxime : on ne peut se changer soi-même la cause de sa possession ! Puisse-t-il venir bientôt le jour où ces vœux deviendront des réalités, où le législateur comprendra que la réforme du Code civil est une tâche, obscure peut-être, mais digne de lui, et la préférera aux discussions oiseuses et irritantes qui aboutissent à embarrasser la législation de dispositions forcément transitoires dont on pourrait dire

Panduntur inanes

Suspensæ ad ventos (1).

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1. — L'interdit *uti possidetis* suppose une *controversia de possessione* et ne peut être intenté à l'occasion d'une simple voie de fait en dehors de toute prétention à la possession (Nec obst. fr. 3 § 3 *uti possidetis*).

2. — Le simple détenteur ne peut intenter l'interdit *unde vi* (Nec obstat. fr. 1 § 9 *de vi*).

(1) Virgile. — *Enéide* VI, — 740.

3. — La faculté de réclamer une formule arbitraire dans les interdits restitutoires ou exhibitoires appartient dans tous les cas au demandeur comme au défendeur (Frag. Vindob. § 8).

4. — Le possesseur de bonne foi n'est pas tenu, avant la const. de Dioclétien, de restituer les fruits qu'il n'a pas consommés (Nec obstant. ff. 48 de acq. rer. dom. 4 § 19 de usurp.).

5. — Dans les actions *stricti juris*, les intérêts ne commencent pas à courir à partir de la *litis contestatio* (Nec obstant. ff. 34 et 35 de usuris).

6. — L'arrivée du terme ne produit pas l'effet de la mise en demeure et l'on ne connaît pas en droit romain la prétendue règle: *dies interpellat pro homine* (Nec obstant. ff. 5 de reb. cred., 114 de verb. obl., Const. 12 de cont. stip.)

7. — Conciliari possunt ff. 18 de reb. cred. et 36 de acq. rer. dom.

8. — Conciliari non possunt ff. 95 § 6 et 38 de sol.

9. — Les pactes nus unilatéraux engendrent une obligation naturelle, mais non les pactes synallagmatiques.

CODE CIVIL

1. — La prescription de dix ou vingt ans ne s'applique pas aux servitudes continues et apparentes.

2. — La prescription court contre les appelés majeurs à une substitution au profit du tiers acquéreur qui ne tient pas ses droits du grevé.

3. — L'art. 2277 ne s'applique pas à la restitution des fruits dûs par le possesseur de mauvaise foi.

4. — Le possesseur de bonne foi fait siens les fruits civils par la perception et non jour par jour.

5. — L'art. 2279 al. 2 ne s'applique pas aux cas d'escroquerie ou d'abus de confiance.

6. — Le possesseur qui est réintégré en vertu d'un jugement dans la possession d'un fonds que l'usurpateur a détenu pendant

plus d'une année, peut joindre à sa possession ultérieure celle de l'usurpateur.

7. — L'adjudicataire sur expropriation forcée doit, en cas d'éviction, exercer l'action en garantie contre le saisi, et non contre le saisissant.

8. — La subrogation est une opération *sui generis* qui, différente du transport-cession, éteint la dette primitive et reporte les sûretés accessoires de cette dette sur la nouvelle créance née de la gestion d'affaires accomplie par celui qui paie.

9. — L'action en résolution de la vente pour non-paiement du prix est indivisible en ce sens qu'elle doit être intentée par tous les héritiers du vendeur.

10. — La promesse de vente ne produit pas les effets de la vente.

11. — L'acquéreur d'un immeuble doit faire transcrire non-seulement son titre, mais ceux non transcrits de ses auteurs.

PROCÉDURE CIVILE.

1. — Les actions possessoires s'appliquent aux universalités de meubles.

2. — Soit que dans une action possessoire les parties ne puissent faire ni d'un côté ni de l'autre preuve de la possession, soit qu'en fait les preuves de possession soient égales de chaque côté, le juge de paix doit rejeter la prétention du demandeur et le condamner.

3. — La surenchère est recevable après une adjudication sur folle enchère.

DROIT CRIMINEL.

1. — Le ministère public ne peut poursuivre du chef de délit celui qui a été acquitté du chef de crime en changeant simplement la qualification du fait.

2. — Le juge criminel est incompétent pour statuer sur la fin de non-recevoir opposée par un accusé de bigamie, lequel prétendrait que le premier mariage est nul.

DROIT COMMERCIAL.

1. — La surenchère de l'art. 573 C. C., n'exclut pas celle de l'art. 2185 C. N.

2. — L'acceptation par le vendeur d'effets souscrits ou passés à son ordre par l'acheteur ne rend pas le premier irrecevable à sa prévaloir de l'art. 576-al. 1. C. C.

DROIT ADMINISTRATIF.

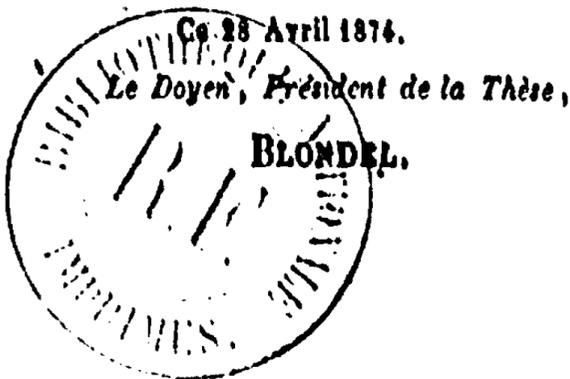
1. — Lorsqu'un particulier, se prétendant diffamé par une délibération d'un conseil municipal, porte son action devant le tribunal correctionnel, l'administration peut élever le conflit.

2. — Le concessionnaire d'une mine est responsable du tarissement des sources qui jaillissent sur une propriété de la surface, tarissement produit par les travaux souterrains.

DROIT INTERNATIONAL.

Le jugement déclaratif de faillite, émanant d'un tribunal étranger, est un titre suffisant pour autoriser le syndic étranger à former en France une saisie-arrêt, mais il faut que l'exequatur soit obtenu avant le jugement en validité.

Vu :



Permis d'imprimer :
Co 28 Avril 1874.

Le Recteur,

FLEURY.

Little, Imp. Six-Horemans.
