Étude sur la protection de la possession / par Ernest Stouls,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Stouls, Ernest (1847-1901). Étude sur la protection de la possession / par Ernest Stouls,.... 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.

ÉTUDE

SUR LA

PROTECTION DE LA

PAR

ERNEST STOULS

Ancien élève de l'École polytechnique et de l'École des Mines
Docteur en droit

PARIS

BRAY ET RETAUX, LIBRAIRES-ÉDITEURS

82, RUE BONAPARTE, 82

—

1874

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

ÉTUDE

SUR LA

PROTECTION DE LA POSSESSION

44

ABBEVILLE

IMPRIMERIE BRIEZ, C. PAILLART ET RETAUX.

223
74

ÉTUDE

SUR LA

PROTECTION DE LA POSSESSION

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F

PAR

ERNEST STOULS

Ancien élève de l'École polytechnique et de l'École des Mines
Docteur en droit

PARIS

BRAY ET RETAUX, LIBRAIRES-ÉDITEURS

82, RUE BONAPARTE, 82

—

1874

INTRODUCTION

1. — Les droits, émanation de la loi supérieure qui régit tous les êtres, prennent une existence subjective par certains faits matériels dépendant de la volonté de l'homme. C'est ainsi que s'acquièrent les droits de patrimoine, réels et personnels : c'est encore sous l'action de la volonté, quoique plus indirectement, qu'apparaissent les droits de famille et d'état.

Par leur origine même, les droits doivent être respectés dans leur existence et dans leurs manifestations. Or les manifestations d'un droit déterminé peuvent se résumer pour ainsi dire toutes dans une situation particulière qu'il crée en faveur de celui qui l'a acquis. Cette situation de fait correspondante au droit est ce que nous appelons la possession. A chaque droit correspond une possession spéciale.

Appuyée sur le droit qui lui a donné naissance, la possession doit être protégée comme lui. Bien plus, elle doit l'être, même isolée. Car toute manifestation extérieure d'un droit fait présumer son existence: à plus forte raison, la possession, cet ensemble de manifestations. Cette présomption doit garantir le possesseur contre toute atteinte, jusqu'à ce qu'elle soit détruite par une preuve contraire.

2. — La situation de fait qui constitue la possession est caractérisée par la possibilité d'agir conformément au droit pos-

sédé et n'a aucunement besoin pour exister de l'exercice même de ce droit. Elle se compose en outre d'un autre élément, sans lequel cette situation spéciale serait simplement une coïncidence fortuite qu'une influence étrangère pourrait modifier à sa fantaisie et qui ne pourrait jamais faire présumer le droit. Cet autre élément, c'est la volonté d'agir. Nous retrouvons encore ici comme point de départ la volonté. Volonté pleinement conforme à la loi supérieure, c'est le droit : volonté réalisée en fait, c'est la possession.

De cette analyse résulte un nouveau motif pour protéger la possession. L'homme est libre, et par suite toute attaque contre sa volonté et les actes qui en résultent est injuste et ne peut être tolérée, à moins que cette volonté ne soit en contradiction avec le droit ou la volonté générale : jusqu'à ce que cette contradiction soit prouvée, la volonté humaine peut agir librement et doit être protégée, soit que sa manifestation soit l'expression de droits innés ou acquis, soit qu'elle constitue simplement le fait de la possession. Certaines circonstances pourront cependant faire présumer cette volonté contraire à la justice. Les mêmes circonstances feront que la possession ne sera plus une présomption d'existence du droit possédé. Les deux motifs de protection de la possession conduiront donc à très-peu près aux mêmes résultats pratiques.

3. — Malgré ces motifs, tous les droits n'ont pas eu leur possession protégée sous les diverses législations qui se sont succédé. C'est que pour certains d'entre eux cette protection est d'une trop faible utilité pour mériter l'attention du législateur et lui faire créer une action spéciale. Afin d'arriver sur ce point à une détermination plus précise, nous allons passer en revue les différentes classes de droits et voir pour chacune d'elles les motifs spéciaux qui ont conduit à protéger plus efficacement leur possession.

4. — Mais auparavant il nous faut expliquer l'expression « possession d'un droit » dont nous nous sommes déjà servi à

plusieurs reprises. Dans son sens vulgaire, possession signifie puissance sur une chose (*posse*) : suivant le langage usuel on est en possession d'une chose et non du droit de propriété sur cette chose. Dire possession d'un droit, c'est donc détourner ce mot de son acception première et il serait plus exact de dire suivant les différentes classes de droits : possession d'une chose, d'une volonté, d'une personne correspondante à tel droit. Cependant, comme la première expression est souvent plus commode, et qu'elle a trouvé place dans la langue juridique, nous les emploierons l'une et l'autre.

5. — Parmi les droits réels vient en première ligne le droit de propriété. La possession de ce droit est la possession par excellence, la seule reconnue dans le principe. C'est qu'en effet la propriété est le droit le plus commun, le plus répandu, et celui qui se manifeste par les actes les mieux caractérisés. Cependant la notion d'une possession distincte de la propriété pénètre mal les civilisations peu avancées, où la guerre est le mode d'acquisition habituel, où le fait est facilement reconnu comme droit, et où le meilleur symbole de la propriété est précisément le symbole même de la force qui la fait conquérir. Ce n'est que plus tard, dans le calme d'une civilisation plus paisible, que les deux notions se séparent et que la possession est distinguée de la propriété.

La propriété étant le droit absolu et exclusif sur une chose, la possession sera la puissance de fait absolue et exclusive sur cette même chose. Or, la manifestation habituelle et presque unique du droit de propriété est précisément cette puissance de fait. La possession sera donc le signe habituel de la propriété et la fera nécessairement supposer. Cette présomption sera d'autant plus efficace que la preuve de la propriété est plus difficile à fournir. *Diabolica probatio*, disaient les auteurs du moyen âge.

Non-seulement la possession fait présumer la propriété : elle la fait même acquérir. En effet, la propriété individuelle tire

sa légitimité de l'occupation et du travail qui l'ont spécialisée. Une fois acquise, elle se conserve, il est vrai, et se transmet comme tous les droits par la volonté du premier acquéreur. Mais si le propriétaire actuel néglige sa propriété et qu'un autre vienne s'en emparer, l'occupation de ce dernier, son travail et ses labeurs, l'accomplissement des devoirs que cette occupation lui impose, lui créeront à la longue sur cette chose un droit qui va se trouver face à face avec le droit du propriétaire et qui finira par triompher de ce droit trop longtemps oublié par celui qui devait le faire valoir. C'est, du reste, une nécessité d'ordre social de fixer un terme au delà duquel on ne puisse demander compte de l'origine d'une fortune ; car les titres se perdent et se détruisent avec le temps, et une possession longtemps continuée doit être regardée comme une preuve irréfragable de la propriété.

Ajoutons que si cette possession a commencé de bonne foi, le propriétaire, coupable d'avoir laissé le possesseur consumer son temps et ses épargnes sur une terre qu'il voudrait ensuite lui ravir, lui doit une indemnité pour ce préjudice. Cette indemnité consistera dans les fruits que le possesseur a perçus et qu'il conservera, si la longue durée de sa possession ne lui a déjà fait acquérir la propriété de la terre elle-même.

Ainsi donc, présomption de propriété, acheminement vers la propriété, mode d'acquisition des fruits, voilà les principaux avantages de la possession. Ces avantages la rendent nécessairement l'objet d'une rivalité active dans la société et l'exposent aux atteintes des erreurs et des passions de l'homme (1). Il est donc dans la mission du législateur de la protéger.

En la protégeant, il protége en même temps la propriété. Car si les lois pénales répriment la violence, elles ne sauraient empêcher les agressions sourdes qui minent constamment le droit : avancement d'une borne, déplacement des haies, trans-

(1) De Parieu, *Études sur les actions possessoires*.

port d'un ruisseau. Ces usurpations sont difficiles à réprimer ; la preuve de la propriété des parcelles de terrain enlevées est souvent presque impossible à fournir, car les évaluations géométriques ne s'effectuent pas avec toute la précision que la science moderne permettrait désormais d'y apporter, et les termes employés dans les actes ne sont pas toujours très-clairs. Une présomption de propriété aussi importante que celle que donne la possession doit suffire pour repousser ces usurpations, sauf à l'adversaire à prouver ensuite, s'il le peut, qu'il agissait suivant son droit.

Enfin la protection de la possession intéresse l'ordre public, car les atteintes qui y sont portées donnent souvent lieu à des rixes et à des voies de fait.

Aussi, dans toutes les législations quelque peu avancées, voyons-nous cette possession former l'objet d'une protection spéciale.

-- Après la propriété viennent les autres droits réels. Ces droits ne correspondent plus à une idée de puissance absolue et exclusive sur la chose qui en est l'objet, mais à une puissance restreinte. Leur possession sera cette puissance existant en fait. Elle ne consiste donc pas dans l'exercice du droit, ainsi qu'on l'a dit souvent, pas plus que la possession proprement dite dans l'exercice du droit de propriété. Elle consiste dans la situation de fait correspondante au droit.

Cette possession restreinte est généralement moins nette et moins caractérisée que la possession entière et absolue. Mais les mêmes raisons, quoique singulièrement amoindries, conduisent à la protéger. Toutefois la difficulté de déterminer le véritable caractère de la possession de quelques droits réels, en particulier des servitudes discontinues et des servitudes non apparentes, pourront amener le législateur à édicter quelques dispositions spéciales concernant la possession de ces droits. Nous ne faisons qu'indiquer ici cette idée qui trouvera son développement dans le cours de cette étude.

7. — Après les droits réels, il nous reste à examiner les droits de créance; puis, en dehors des droits de patrimoine, les droits de famille ou d'état. Ici nous entrons dans un ordre d'idées complétement différent.

L'objet direct du droit de créance n'est plus une chose matérielle ; c'est la volonté du débiteur. Cette volonté a pu librement s'engager et contracter une obligation. A côté de la puissance de droit née de cette obligation, nous considérons la puissance de fait qui lui correspond ; de même qu'à côté de la propriété nous considérions la possession proprement dite : cette puissance de fait sera encore une possession. Mais si la propriété s'exerce à chaque instant au dehors et donne ainsi à sa possession une grande importance, il n'en est plus de même d'un droit de créance. Ce droit est rarement susceptible d'un exercice fréquent et répété : le plus souvent il s'éteint avec son exercice même. Ainsi le droit résultant d'une obligation s'éteint par le paiement effectué et ce paiement en sera le plus souvent le seul exercice : tout au plus, dans le cas d'un capital productif d'intérêts, pourrait-on considérer la réception des prestations successives comme autant d'actes d'exercice du droit. En outre, le droit de propriété subsiste éternellement : un droit de créance est destiné à s'éteindre ; et l'exercice antérieur, tout en constituant une présomption suffisante de l'existence du droit à ce moment, ne prouverait plus suffisamment son existence subséquente. Pour ces diverses raisons, la possession de ces droits, tout en produisant certains effets utiles que nous aurons l'occasion de rappeler, n'a pas droit à la même protection que la possession de la propriété. Elle pourrait toutefois lui être assimilée dans le cas où l'obligation personnelle serait concomitante d'un droit réel ou d'un droit d'état et participerait ainsi de sa durée.

8.—Les droits de famille ou d'état ont pour objet direct sa propre personne et la personne d'autrui, en ce sens qu'on a le droit d'être supérieur, l'égal, ou l'inférieur d'un autre, père, fils, souverain,

sujet, évêque, paroissien, justicier, justiciable, etc. On conçoit parfaitement une situation de fait durable correspondante à ces droits. Cette situation de fait sera la possession. Cette possession, extrêmement importante comme présomption du droit, n'a cependant donné lieu que sous une seule législation à des actions possessoires. La raison en est, croyons-nous, que les troubles à cette possession sont extrêmement rares aux époques de calme et de civilisation. A l'époque tourmentée du moyen-âge, avec la multiplicité des démembrements de la souveraineté éparpillée en tous les points de la France et de l'Europe, les usurpations de titres et de fonctions étaient plus fréquentes et moins facilement réprimées par l'autorité laïque ou ecclésiastique. C'est ce qui explique l'importance extraordinaire qu'a prise dans le Droit canon et dans la pratique du moyen âge la possession de ces droits. Mais cette importance a bien diminué de nos jours.

9. — En résumé, nous voyons que si la possession s'applique à tous les droits, elle ne mérite réellement une protection spéciale que lorsqu'elle porte sur le droit de propriété et sur quelques droits réels.

10. — Quels caractères doit-elle présenter pour mériter cette protection? Quels moyens le législateur emploiera-t-il pour la réaliser? Tel va être l'objet de cette étude. Nous examinerons quelle a été la solution donnée à ces deux questions en Droit romain d'abord, puis en Droit français, après avoir toutefois jeté un coup d'œil sur la législation intermédiaire et principalement sur le Droit canon et sur le Droit coutumier dont les innovations ont pénétré jusqu'à nous. Puis nous exposerons, en forme de conclusion, quels ont été selon nous les progrès réalisés en cette matière et dans quel sens il conviendrait de les accentuer.

DROIT ROMAIN

TITRE PREMIER

DE LA POSSESSION

PROTÉGÉE PAR DES ACTIONS

CHAPITRE PREMIER.

NOTION DE CETTE POSSESSION.

11. — Nous distinguerons avec les Romains la *possessio*, possession d'une chose corporelle, ou plus exactement, possession correspondante au droit de propriété, et la *juris possessio* ou *quasi-possessio*, possession d'une chose incorporelle, ou mieux, possession correspondante à tout autre droit.

SECTION PREMIÈRE.

De la possession des choses.

12. — Le mot *possessio* est employé par les jurisconsultes romains dans différents sens. Cependant, isolé, il désigne en général la possession dont nous nous occupons, la possession juridique garantie par les interdits. C'est dans ce sens unique que, pour éviter toute équivoque, nous emploierons le mot *possession*.

§ Ier. — *Éléments de la possession.*

13. — Des textes nombreux exigent pour la possession la réunion de deux éléments : l'un, le *corpus*, détention de la chose ou plutôt possibilité physique exclusive d'agir sur elle ; l'autre, l'*animus*, volonté d'avoir la chose à titre de propriétaire. Nous préciserons la nature et le rôle de ces deux éléments en parlant de l'acquisition de la possession : nous signalons seulement ici la nécessité de leur existence.

14. — Personne ne conteste la nécessité du *corpus*. Celle de l'*animus* est au contraire controversée. Et, en effet, il résulte de textes explicites que la possession était reconnue, malgré l'absence de l'*animus domini*, au créancier gagiste et au précariste, tandis qu'après avoir été d'abord accordée au débiteur gagiste et au concédant dans le précaire, elle leur fut ensuite refusée malgré la présence de l'*animus domini*, ou plutôt ne leur fut reconnue que fictivement ; et enfin que les parties pouvaient transférer ou non la possession suivant leur volonté dans le cas du précaire et du séquestre (1).

Ces exceptions, que M. de Savigny a rangées dans une catégorie spéciale sous le nom de *possession dérivée*, peuvent s'expliquer par des raisons d'utilité.

L'ancien Droit romain ne connaissait que deux manières de donner des garanties sur les biens des débiteurs : la *mancipatio cum fiducia*, dangereuse pour le débiteur dont elle transférait la propriété ; et la simple remise au créancier, dangereuse pour ce dernier qui n'avait que la détention et ne pouvait la recouvrer, s'il la perdait, car l'action quasi-servienne n'était pas encore admise. La création des interdits possessoires, en donnant au débiteur un moyen de rentrer en possession de son gage,

(1) Nous ne parlons pas de l'emphytéote, car nous lui reconnaissons un véritable *animus domini*, ni du superficiaire qui, selon nous, n'a pas la possession de la chose, mais du droit de superficie.

rendait la position du créancier plus dangereuse encore (1). On y remédia en donnant au créancier ces interdits et par suite la possession (2). Dans les lois 16 *De usurp.*, 1, §§ 15 et 16 *De acq. poss.*; 35, § 1 et 37 *De pignor.*, nous voyons Javolénus partager la possession entre le créancier et le débiteur, Julien admettre une sorte de possession fictive au profit du débiteur, et enfin Paul et Florentin ne parler que de la possession du créancier. Ce transport de la possession, comme l'appelait M. de Savigny dans sa première édition, n'est cependant pas entier. Le débiteur continuera l'usucapion commencée, comme s'il possédait toujours; et même s'il est de bonne foi, il fera siens les fruits (3).

La même raison d'utilité fit admettre la possession du précariste. Les patriciens, abandonnant à leurs clients les terres publiques à titre de précaire, avaient tout avantage à leur transférer la possession; car ils évitaient ainsi l'obligation d'intervenir pour empêcher l'usurpation de ces terres et se mettaient à l'abri de tout recours, le précaire n'étant qu'un acte de bienfaisance entre clients et patrons. Le transport de la possession était facultatif, mais généralement supposé. Plus tard le précaire vit étendre son action et se pratiqua en particulier en cas de gage, afin de rendre au débiteur la détention de l'objet: seulement dans ce cas le transport de la possession n'était pas supposé. Le *rogans* avait la possession. Les Sabiniens l'accordaient aussi au *rogatus* (4) par une conséquence du principe de l'*animus domini*. Mais comme deux possessions *in solidum* ne peuvent coexister, ainsi que nous le verrons plus loin, les Proculiens la lui refusaient (5). Cependant le *ro-*

(1) L. 15, § 2, *Qui satis dare cogantur.*

(2) Les interdits possessoires étant la mise en action du droit d'être maintenu en possession, ne peuvent se concevoir indépendants de la possession elle-même. — *Contra Appleton.*

(3) L. 22, § 2, *De pign. act.*

(4) L. 3, § 5, fin., *De acq. poss.*

(5) L. 15, § 4, *De prec.*

gatus continuait l'usucapion commencée et pouvait même en commencer une dans le cas prévu par la loi 18, *De prec.* Il avait en outre pour recouvrer sa possession l'interdit possessoire *De precario.*

La possession du séquestre se justifie également en pratique par l'utilité d'interrompre une possession qui permettrait l'exercice de l'interdit *utrubi*, ou conduirait à l'usucapion.

Ces motifs, nous ne nous le dissimulons nullement, sont loin d'être complétement satisfaisants. Ils n'éclaircissent en aucune façon la question de principe. Trouvés par les commentateurs, ils ne sont pas même indiqués dans les textes qui ne signalent nulle part la cause de ces anomalies. Il n'est donc pas étonnant que nombre d'auteurs aient contesté le principe lui-même : mais on n'a pu trouver une formule qui ne présentât des exceptions dont la cause pût être indiquée d'une façon satisfaisante. La théorie que nous avons suivie d'après M. de Savigny nous paraît donc la plus probable. Elle est en outre conforme à la notion philosophique de la possession : volonté d'agir à titre de maître et possibilité de le faire.

Nous ne croyons pas qu'on puisse étendre ces exceptions à d'autres cas analogues. Aucun texte ne nous y autorise. Nous voyons au contraire que la détention de la chose par celui qui ne prétend pas à la propriété ne le rend pas possesseur. Tels sont les cas de servitude personnelle, bail, commodat, etc. (1). Nous n'admettons pas davantage que la volonté des parties puisse à elle seule transférer la possession, et nous démontrerons notre opinion dans le cours de cette étude. Mais dès maintenant nous pouvons donner à l'appui deux motifs tirés directement des textes. Les lois 10, *De poss.*, et 23, §6, *De usurp.*, nous apprennent qu'on ne permettait de joindre au bail un contrat de précaire qu'autant que par ce précaire la possession n'était pas transférée au preneur : et la loi 1, § 1, *De superf.*,

(1) L. 18 pr., 9, 10 § 1, 25 § 1, *De acq. poss.* L. 6, § 2, *De prec.*

nous donnant cette raison de la création d'un interdit spécial : *melius est possidere quam in personam experiri*, semble nous dire par là même que le propriétaire n'avait pu rendre possesseur le superficiaire.

§ II. — *La possession est un fait.*

15. — Cette proposition nous paraît ressortir si naturellement de tout l'ensemble du Droit romain et de la logique des choses que nous l'avons adoptée sans la moindre hésitation, malgré l'opposition dont elle est l'objet de la part d'auteurs de mérite. Voici du reste les principales preuves à l'appui.

De nombreux textes appellent la possession *res facti*; et, chose capitale, c'est précisément sur cette qualité que s'appuient les jurisconsultes pour justifier la solution donnée à leurs questions. Citons entr'autres la l. 1, §§ 3 et 4, et l. 29, *De acq. poss.*; l. 12, § 2, e l. 29, *De capt.*; l. 19, *ex quibus causis*, et la loi 13 pr. *De acq. poss.*, qui est incompréhensible si l'on n'admet pas que la possession est un fait. Quelques textes, il est vrai, semblent la considérer comme un droit (1). Mais l'expression *jus possessionis* s'explique parfaitement par les effets juridiques de la possession et les droits et avantages qui en découlent. Ainsi ceux qui ne peuvent avoir de droit ne peuvent posséder utilement : les choses *extra commercium* ne peuvent faire l'objet d'une possession efficace. Confondant dans le langage la possession avec les droits qui en résultent, les textes nous disent : *possessio non tantum corporis, sed et juris est :* plus justement, la possession est un fait qui reçoit ses règles du droit.

Un acte contraire à la justice ne peut engendrer un droit. Or la ruse, la violence nous sont indiquées comme cause originaire de la possession. Le possesseur violent a même un droit contre le propriétaire : car attaqué par lui à main armée, il

(1) L. 49 pr. et § 1 et l. 41, *De acq. poss.*; l. 2, § 38. *Ne quid in loco publico*; l. 5, *De lib. causa*; l. 5, § 1, *Ad legem Jul. de vi.*

aura l'interdit *De vi armata*, et sous Justinien l'*unde vi*. Un acte nul comme contraire à la loi ou pour vice de formes, par exemple, une donation de plus de 500 *solidi* non insinuée, fera acquérir la possession *quoniam res facti jure civili infirmari nequit.*

Tout droit peut se transmettre (1) : un fait ne se transmet pas. Or la possession ne passe point aux héritiers du défunt. Elle exclut même tellement toute succession que pour arriver à réunir deux possessions on a été obligé d'imaginer la théorie de l'accession des possessions, théorie qui, selon l'expression de Scævola, *sola in æquitate consistit* (2).

Enfin le droit de propriété naît de la possession prolongée pendant un certain temps avec les qualités voulues. Or tout droit vient d'un fait : un droit n'engendre pas un droit. La possession, élément générateur de ce droit de propriété, est donc un fait.

Mais c'est un fait correspondant à un droit. C'est une situation correspondante au droit de propriété.

§ III. — *Le droit d'être maintenu en possession est un droit réel.*

16. — Les actions possessoires, en droit romain, sont personnelles. Quelques auteurs en ont conclu que le droit qu'elles protégent est personnel. Mais les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliæ* sont personnelles et cependant elles protégent un droit réel, le droit de propriété. On ne peut donc conclure de la personnalité de l'action à celle du droit. M. de Savigny va même plus loin : il rattache ce droit aux obligations nées *ex delicto*, par suite d'une certaine similitude d'effets

(1) L'usufruit et l'usage font exception à cette règle, mais pour des raisons particulières qui ne concernent pas la possession.
(2) Voir Gaius IV, § 151.

entre les interdits et ces obligations (1), et arrive à en conclure que la possession est seulement une condition des interdits et ne donne aucun droit hors du trouble. Mais tout trouble n'est pas un délit. Quand, dans le cours d'une action en revendication, deux personnes de bonne foi se disputent la possession, sur quel délit fonderait-on l'interdit *uti possidetis*? La violence elle-même n'est pas toujours injuste : elle ne l'est que si elle porte atteinte à un droit (2). D'ailleurs, si la violation de la possession donnait seule un droit, l'action qui nait en même temps que ce droit ne pourrait en provenir et naîtrait par suite d'un fait, ce que nous ne pouvons admettre. Il y a donc un droit préexistant au trouble, et auquel ce trouble donne seulement l'occasion de se manifester.

D'après M. Molitor, qui a renouvelé l'opinion déjà très-vivement soutenue par Hubérus, ce droit ne serait ni réel, puisqu'il ne peut être poursuivi contre les tiers possesseurs (3), ni personnel en ce sens que, pour avoir la possession, il faille le fait d'une tierce personne obligée de la livrer ou fournir. Il formerait une classe à part. Hubérus appuyait aussi ce système sur la différence fondamentale des actions possessoires et pétitoires, ces dernières pouvant seules être réelles ou personnelles. Nous considérons aussi cette différence comme fondamentale : mais nous ne voyons pas pourquoi l'on se refuserait à appliquer au possessoire, malgré la difficulté de la matière, la distinction des droits réels et des droits personnels. Pour nous, en thèse générale, le droit d'être maintenu en possession est réel ou personnel, suivant que le droit possédé est lui-même réel ou personnel. En Droit romain en particulier où la *possessio* ne s'applique qu'au

(1) Refus de l'action contre les héritiers, ou du moins limitation de la *condemnatio* au montant de ce dont ils se sont enrichis ; rapprochement des lois 1, 3 et 19. *De vi* entre les interdits et les actions noxales, la *dejectio* et les délits *ex maleficiis*.

(2) Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt. (L. 45, § 4, *Ad leg. Aquil.*)

(3) L. 1, § 3, *De vi.*

droit de propriété, le droit d'être maintenu dans cette *possessio* est un droit réel. En effet, nous y trouvons les éléments qui constituent un droit réel : un objet du droit, la chose possédée ; un sujet actif, le possesseur ; un sujet passif du droit, la société obligée de le respecter et de s'abstenir de tout trouble. Et nous n'y trouvons pas le quatrième élément nécessaire pour constituer un droit personnel : une personne obligée comme la société à le respecter, mais obligée en outre particulièrement à un fait ou à une inaction, un débiteur, en un mot.

Il y a néanmoins une anomalie. En Droit romain, ce droit réel n'engendre que des actions personnelles. Cela tient à l'origine des interdits : s'ils sont personnels comme les actions pénales *furti*, *vi bonorum*, et *legis Aquiliæ*, c'est que lors de leur création on agissait le plus souvent *cum pœna*.

SECTION II.

De la possession des droits.

17. — Les Romains ne considéraient comme véritable possession que la possession des choses corporelles (1). Cependant les préteurs créèrent d'assez bonne heure des interdits pour la protection des servitudes. Ces interdits ne garantissent que l'exercice de ces droits et il n'y est aucunement fait mention d'une sorte de possession qui leur servirait de fondement. Il semble donc que le préteur n'ait accordé ces interdits que par une raison d'utilité et que plus tard seulement les jurisconsultes romains les aient rattachés à la possession.

Les sources ne nous indiquent pas comment les Romains sont arrivés à la notion de la possession des droits. Peut-être, considérant les droits comme des choses incorporelles, en ont-ils

(1) Possideri... quæ sunt corporalia (l. 3, pr., *De acq. poss.*). Nec possideri intelligitur jus incorporale (l. 4, § 27, *De usurp.*). Voir aussi l. 1, § 8, *Quod leg.*

conclu qu'on ne pouvait en faire l'objet d'une possession pas plus que d'une tradition ; mais que cependant, comme l'on avait en fait le droit que l'on exerçait d'une manière analogue à la chose que l'on possédait, on pouvait admettre pour les droits une quasi-possession, comme une quasi-tradition. Peut-être aussi ont-ils été simplement frappés de ce que l'exercice de la servitude renferme en soi, de même que la possession corporelle, un rapport de puissance sur la chose. Mais ils ne paraissent pas avoir vu cette idée plus générale que la possession des choses n'est elle-même que la possession d'un droit, le droit de propriété.

Quoi qu'il en soit, l'extension des actions est, plutôt que l'extension de la notion, le but des textes qui nous sont parvenus : souvent même la dérogation au droit strict est indiquée par ces mots : *Utiliter dandum est interdictum*.

18. — De même que l'existence du droit de propriété n'est pas nécessaire pour la possession de la chose, l'existence du droit de servitude possédé au profit de quelqu'un n'est pas nécessaire pour la possession de ce droit (1). Il suffit que la chose qui ferait l'objet de ce droit, s'il existait, existe elle-même.

19. — La quasi-possession se compose des mêmes éléments que la possession : le *corpus* et l'*animus*. Le *corpus* est la possibilité physique d'exercer le droit de servitude ; l'*animus*, la volonté de l'exercer comme sien. Le rôle de ces éléments sera développé au chapitre de l'acquisition de la possession (2).

(1) L. 1, § 2, *De itinere*.
(2) L. 3, § 2 et 5, § 3, *De itinere* ; l. 2, *in fine*, et l. 20, *De serv* ; l. 3, *Si serv*.

CHAPITRE II.

20.— La possession étant l'état de fait correspondant au droit de propriété, droit exclusif par excellence, doit être elle-même exclusive : non en ce sens que plusieurs personnes ne pourraient posséder ensemble une chose, car elles pourraient en être co-propriétaires, mais en ce sens qu'elles ne pourraient la posséder à la fois pour le tout, *in solidum*.

La possession doit de plus, pour donner droit aux interdits, être exempte des vices de violence, de clandestinité, de précarité. Nous nous occuperons dans une première section de ces vices ; puis nous examinerons, dans une seconde, s'ils ne portent pas atteinte au principe de la possession exclusive.

SECTION PREMIÈRE.

La possession ne doit pas être vicieuse.

21. — *Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*, telle est la formule que nous rencontrons dans les textes. Ces mots *ab adversario* nous indiquent dès l'abord que ces vices de la possession sont purement relatifs. Celui qui possède injustement n'en est pas moins possesseur, et sa possession sera protégée contre tout autre que celui qu'il a dépouillé (1). Nous disons :

(1) L. 2, *Uti possid.*; l. 53, *De acq. pos.*

celui qu'il a dépouillé, car les textes nous enseignent en même temps que c'est l'origine de la possession qui seule la rend vicieuse. La possession acquise *vi*, *clam* ou *precario* est vicieuse, quelque paisible qu'elle puisse être ensuite ; celle qui a été acquise autrement ne peut pas le devenir, quels que soient les actes par lesquels on la trouble.

§ I. — *De la violence.*

22. — La violence est définie par la loi 2 *Quod metus : « Majoris rei impetus qui repelli non potest. »* Il faut compléter cette définition par les explications des jurisconsultes à propos de l'interdit *Unde vi*. La violence qui vicie la possession est en effet la même qui permet à l'ancien possesseur dépossédé d'intenter contre l'usurpateur l'interdit *Unde vi*.

Cette violence doit avoir été *atrox*, non pas qu'elle ait dû consister en coups et blessures : mais du moins elle a dû s'adresser directement à la personne du possesseur ou de ses représentants (1). Car cette violence ayant fait acquérir la possession à celui qui l'a employée a dû la faire perdre à celui contre lequel elle était dirigée, et une entreprise sur le fonds ne suffit pas pour en faire perdre la possession (2). Si l'ancien possesseur, sans attendre l'expulsion, s'était enfui, Labéon admettait qu'il y avait eu *vi dejectio ;* Julien (3) enseigne la même doctrine. Pomponius, au contraire, estimait *vim sine corporali vi locum non habere*. Ulpien, de son côté, pensait que si l'usurpateur entrait ensuite immédiatement en possession du terrain, mais alors seulement, il y avait une véritable *dejectio vi* (4), et son opinion paraît avoir prévalu. C'est une extension bien jus-

(1) L. 1, § 3, § 22 et § 26, *De vi*.
(2) Ces deux propositions sur lesquelles nous nous appuyons seront démontrées au chapitre de l'acquisition de la possession.
(3) L. 33, § 2, *De usurp*.
(4) L. 1, § 29, *De vi*.

tifiée ; car, si l'opinion de Pomponius eût triomphé, les gens les plus dangereux, qui, par suite, inspirent une plus grande terreur, auraient acquis avec une injuste facilité une possession non vicieuse.

Celui qui, s'emparant d'une terre, la fait cultiver par l'ancien possesseur qu'il détient comme esclave, possède cette terre *vi*, quoiqu'il n'ait pas expulsé l'ancien possesseur. De même le fermier qui refuse d'admettre sur la ferme celui à qui le possesseur l'a vendue est censé user de violence pour transformer sa détention en une possession que cette violence vicie.

23.—La possession acquise sans violence ne peut plus revêtir ce vice. Peu importe donc que l'on emploie la violence pour se maintenir en possession. On a d'ailleurs toujours le droit de repousser la force par la force. La loi 1, § 28, *De vi*, résume parfaitement ces principes.

§ II. — *De la clandestinité.*

24. — Est possesseur clandestin, nous dit la loi 6, *pr.* et § 1, *De acq. poss.*, celui qui, épiant l'éloignement du possesseur, profite du moment où il s'est absenté pour s'emparer de l'immeuble momentanément abandonné. D'après les principes rigoureux, cet usurpateur serait en effet devenu possesseur, et l'ancien possesseur ne le serait plus. Mais cette conséquence est bien dure, car il est impossible à un propriétaire de veiller d'une façon constante et continue à conserver sa domination exclusive sur un immeuble. Il y avait surtout en Italie de vastes pâturages dans lesquels on ne conduisait les troupeaux qu'à une certaine époque de l'année, *saltus hiberni vel æstivi*, et dont il était facile de s'emparer pendant l'absence du possesseur. Si l'usurpateur pouvait être expulsé, la possession n'en avait pas moins été perdue. Pour éviter cet inconvénient, on admit que la possession de ces immeubles se conservait jusqu'au moment où le possesseur apprenait l'usurpation. La possession de ces pâtu-

rages ne put dès lors être clandestine, car elle ne commençait qu'au moment où l'ancien possesseur, apprenant l'usurpation, ne cherchait pas à la faire cesser. S'il cherchait de suite à rentrer dans son domaine par les moyens juridiques, il était censé n'avoir jamais perdu la possession. S'il voulait y rentrer de force et que l'usurpateur le repoussât, la possession de ce dernier n'était pas clandestine, mais violente. Si enfin il s'abstenait de toute action, il était censé abandonner l'immeuble et l'usurpateur avait une possession non vicieuse. Cette théorie fut étendue par la suite à tous les immeubles.

25. — Les auteurs semblent considérer ce cas de clandestinité comme le seul qui pût se présenter. Il était en effet le plus commun, mais nous ne croyons pas qu'il fût le seul. On ne peut, il est vrai, donner comme exemple, en Droit romain, la possession clandestine de caves sous une maison : la règle *Superficies solo cedit* s'y oppose absolument. De plus les sources sont muettes à cet égard et un seul texte nous révèle l'existence de l'interdit de *clandestina possessione*. Cependant ce mot *clam* que nous voyons reproduit dans la formule des interdits devait avoir un sens et recevoir parfois une application. Paul dans ses *Sentences* (1) nous en révèle une qui concerne à la fois les meubles et les immeubles. D'après lui, l'héritier du précariste est vis-à-vis du concédant possesseur clandestin. Nous verrons que, dans le dernier état du droit, il fut considéré comme possédant *precario*. Cette application disparut donc : mais du moins elle nous indique que les Romains entendaient la clandestinité d'une façon plus générale. N'ayant pour nous guider que les textes que nous venons de citer, il nous est difficile de préciser davantage et d'affirmer avec certitude. Il nous semble pourtant qu'en combinant ces notions avec celles de l'acquisition et de la perte de la possession par un tiers que nous exposerons plus loin, on pourrait

(1) *Sent.* V, tit. 6 § 10.

dire avec grande probabilité qu'à Rome la possession était clandestine lorsqu'elle avait lieu à l'insu de l'ancien possesseur dépossédé ou de son représentant. Plus tard à cette règle fut apportée une exception qui annulait son application la plus fréquente et qui finit par la rendre à peu près inutile. C'est pourquoi nous ne la trouvons formulée nulle part au Digeste.

26. — La clandestinité se présente plus facilement en matière de servitudes. Nous remarquerons en particulier l'espèce suivante : Labéon nous dit que celui qui use d'une servitude malgré la défense du propriétaire du fonds *clam utitur* (1). Celui qui reste sous le coup d'une telle defense sans la faire réprimer, est censé reconnaître le droit du propriétaire et n'user que clandesdinement de sa servitude.

§ III. — *De la précarité.*

27. — La précarité est un vice de la possession résultant de la constitution du *precarium* : son étude se confond par suite avec celle de cette institution particulière au Droit romain.

Le *precarium* est une concession de l'usage d'une chose gratuite, essentiellement révocable, accordée à une personne sur ses instances. Il diffère de la donation en ce qu'il n'y a pas aliénation de la propriété, et du commodat en ce qu'il est toujours révocable à volonté et transfère au *rogans* la possession (2).

28. — L'origine de cette institution paraît être dans les concessions de l'*ager publicus*. Les patriciens abandonnèrent le soin et les embarras de l'administration de ces terrains à des plébéiens, leurs clients, dont ils s'assuraient les services en se réservant le droit de révoquer leur libéralité. Nous avons vu

(1) L. 3, pr., *De itin.*
(2) L. 1, *De prec.*

par quelle exception au principe de l'*animus domini*, ces clients eurent la possession que le concessionnaire leur abandonna ; mais pour que ce dernier ne fût pas désarmé contre une infidélité de leur part, cette possession fut toujours vicieuse à son égard et pour la recouvrer il eut un interdit et des actions.

Plus tard le précaire se généralisa et s'étendit aux meubles. Il eut surtout son application dans le contrat de gage. Le débiteur en donnant un objet en gage au créancier pouvait obtenir de conserver la jouissance de cet objet au moyen d'un précaire qui ne compromettait nullement le droit du créancier. En cas de vente également, l'acheteur obtenait ainsi une livraison immédiate de l'objet acheté, avant d'en avoir payé le prix et sans qu'on pût inférer de cette tradition que le vendeur avait suivi sa foi et abandonné la propriété avant entier paiement (1).

29. — Le précaire n'entraînait pas toujours transmission de la possession. Si cette transmission n'avait pas lieu, l'on rentrait alors dans l'application des principes généraux.

30. — Simple pacte et protégé seulement par le préteur, il devint un contrat innommé lorsque, malgré la résistance des Sabiniens, triompha la théorie proculienne qui rendait civilement obligatoire toute convention ayant reçu de l'une des parties son exécution. Il fut classé parmi les contrats *do ut des* et muni de l'action *præscriptis verbis* (2).

Il finissait par la révocation émanée du concédant. Si un terme avait été fixé et que la même situation persistât, un second précaire prenait naissance (3). Il ne finissait pas par la mort du concédant, à moins d'une convention expresse, convention qui résultait de la concession faite ainsi : *quoad qui dedisset, vellet* (4). Il finissait anciennement par la mort du

(1) Lois 4 et 20, *De prec.*
(2) Paul., *Sent.* V, 6, § 10.
(3) L. 4, § 4, *De prec.*
(4) L. 4, *Locati.*

concessionnaire (1), et l'héritier devenait possesseur clandestin. Mais plus tard, par une conséquence logique du lien contractuel que les Proculiens reconnaissaient au précaire, on admit qu'il se continuait dans la personne de l'héritier. Cette doctrine professée par Ulpien fut ensuite consacrée par les empereurs (2).

Nous n'entrerons pas dans plus de détails sur cette institution qui n'est qu'un accessoire de notre sujet. Nous avons exposé seulement ce qui était nécessaire pour la connaissance des interdits en général et de l'interdit *de precario* en particulier.

SECTION II.

La possession doit être exclusive.

31. — Ce principe, qui découle de la nature même de la possession, est très-bien exprimé par Paul (3). « *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt.* » Il était admis comme principe général par tous les jurisconsultes. Les Proculiens le posaient de la façon la plus absolue (4). Sabinus au contraire et quelques-uns de ses disciples y apportaient des exceptions dans les cas où la possession était affectée d'un des vices que nous venons d'étudier, *existimans posse alium juste, alium injuste possidere* (5).

En cas de violence, le *dejiciens* possède injustement. Les Sabiniens disaient : Le *dejectus* possède également et justement ; les Proculiens : Il ne possède plus. Ces derniers étaient dans le vrai, car l'interdit qui lui compète est l'interdit *unde vi*, interdit *recuperandæ possessionis*. On objecte que si le débat s'engage

(1) L. 12, § 1, *De prec.* ; l. 11, *De div. temp præsc.* ; Paul., *Sent.* V, 6, § 10.
(2) L. 8, § 8, *De prec.* ; Cod., l. 2, *De prec.*
(3) L. 3, § 5, *De acq. poss.*
(4) Paul, *loco citato*, et Ulpien, l. 5, § 15, *Commod.*
(5) *Loco citato*. Voir également l. 17, pr., *De acq. poss.*

par l'interdit *uti possidetis*, le *dejectus* triomphera. Nous ne le croyons pas et nous rejetons cette opinion ; mais pour ceux-là mêmes qui l'admettent, le caractère de duplicité de cet interdit, l'avantage d'éviter un circuit d'actions, expliqueraient ce résultat sans qu'il soit nécessaire de supposer une possession que des textes nombreux déclarent perdue.

Il devait en être de même en cas de possession clandestine (1).

En cas de précaire, si le précaire a été effectué avec abandon de la possession, cette possession est dès lors perdue pour le concédant (2). Sabinus et Trébatius la lui conservaient cependant, en considérant la possession du précariste comme injuste. Mais rien ne justifie cette exception au principe et les autres textes la condamnent. Le concédant a d'ailleurs un interdit *recuperandæ*, pour recouvrer la possession qu'il a perdue. Si le précaire s'est effectué sans abandon de possession, le *rogans* ne l'acquiert que par son refus de restituer et la fait perdre en même temps au *rogatus*.

En résumé, les Pandectes dans leur ensemble confirment le principe général si énergiquement exprimé par Paul. Quelques fragments, il est vrai, se réfèrent à l'opinion contraire ; mais ils ne sont pas les seuls exprimant une opinion rejetée par Justinien. Ces exceptions étaient d'ailleurs inutiles, car sans elles le résultat pratique est le même. L'on peut dire en effet en pratique avec Ulpien : « *Si quis vi dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.* » Et avec Javolénus : « *Non vide-*

(1) Ulpien semble abandonner cette doctrine dans la loi 3, pr., *Uti poss.*, qui suppose une possession ou violente ou clandestine. Mais si l'on considère sa manière de s'exprimer et le ridicule de sa conclusion, on adoptera facilement l'opinion de Cujas reproduite récemment par M. de Savigny et l'on verra dans cette loi une preuve par l'absurde de la doctrine constamment suivie par ce jurisconsulte.

(2) Ulpien, l. 13, § 7 et 9, *De acq. poss.* La loi 15, § 4, *De prec.*, de Pomponius, est assez peu claire.

tur possessionem adeptus is qui ita nanctus est, ut eam retinere non possit (1). »

32. — *Remarque.* — La règle que nous venons de poser s'appliquera également à la possession des servitudes personnelles. Le droit d'user, de jouir, comprenant en effet tout ce que peut donner la chose par l'usage et la jouissance, est, comme le droit de propriété, exclusif de tout droit pareil *in solidum*. Mais il n'en est pas de même des servitudes réelles. N'absorbant qu'une faible partie de l'utilité du fonds, elles ne sont nullement incompatibles avec l'existence d'une servitude pareille au profit d'un autre fonds. Leur possession ne peut donc pas être exclusive.

(1) L. 17 et l. 22, *De acq. poss.*

CHAPITRE III.

OBJET DE LA POSSESSION.

33. — La possession peut avoir pour objet le droit de propriété ou quelque autre droit. Les Romains réservent le mot *possessio* pour le premier cas et emploient le mot *quasi-possessio* ou *juris-possessio* dans le second.

SECTION PREMIÈRE.

Possession correspondante au droit de propriété.

34. — Toutes les choses qui peuvent être l'objet du droit de propriété peuvent en général être l'objet de la possession, les immeubles comme les meubles. Il y a cependant à ce principe une exception que nous allons étudier dans un premier paragraphe et qui concerne la possession des parties d'un tout. Nous passerons en revue dans un second paragraphe les différentes choses qui ne peuvent être l'objet d'une propriété particulière et par suite de la possession.

§ 1. — *Possession des parties d'un tout.*

35. — Cette possession peut se présenter de deux manières principales : ou la possession concerne exclusivement la partie, ou elle se combine avec la possession du tout.

36. — *Possession d'une partie indépendamment du tout.* — On peut posséder isolément la part divise d'une chose sans posséder la chose entière : seulement alors on la possède comme un tout et il est inexact de parler de la possession d'une part divise (1). Cette possession d'une partie comme tout indépendant se conçoit facilement pour les immeubles, difficilement pour les meubles. C'est ainsi que la loi 8 *De rei vind.* a pu dire avec raison : *Res mobiles nunquam pro diviso possideri possunt.* L'on pourrait concevoir que les divers possesseurs d'une fraction de l'objet convinssent de les réunir sans renoncer chacun à la possession de sa fraction. Mais pratiquement cela se réalisera difficilement. La raison en est qu'une fraction de meuble, surtout quand elle reste attachée à l'ensemble, ne présente le plus souvent en soi et isolément aucune utilité. De plus la règle *accessorium sequitur principale* et la règle de la spécification s'opposeraient généralement à une semblable possession. Dans un cas particulier, un principe du Droit romain viendrait encore y mettre obstacle. Un bâtiment ne peut être possédé sans le sol : *Superficies solo cedit.*

37. — La possession d'une part indivise de la chose se conçoit au contraire parfaitement et n'est contestée par personne. La co-possession est possible comme la co-propriété. Mais il faut que cette part indivise soit certaine et déterminée ; sans quoi la volonté n'apparaît pas suffisamment précise. Cependant la loi 32, § 2, *De usurp.* semble décider que dénier la possession à cause de cette ignorance serait une pure subtilité. Mais si l'on remarque que la règle générale se trouve reproduite en tête du paragraphe : « *Incertam partem possidere nemo potest* » et que l'expression *mera subtilitas* ne vise que l'espèce énoncée, on admettra facilement, ce nous semble, que Pomponius, loin de repousser le principe, blâme seulement l'extension exagérée de

(1) Ainsi une terre détachée d'un domaine peut être possédée comme un tout indépendant.

ses conséquences. Cette espèce est présentée d'une façon assez obscure; nous croyons y voir le cas où plusieurs personnes auraient pris possession d'un immeuble *pour la totalité*, mais en ignorant la part qui revient à chacun. Ce serait en effet une pure subtilité de leur refuser l'exercice en commun des interdits.

38. — *Possession de la partie par l'intermédiaire du tout.* — La question peut se poser ainsi : Lorsqu'on possède le tout, possède-t-on distinctement les parties? Cette question divise au plus haut point les interprètes et sur le principe lui-même et sur ses conséquences. Nous nous contenterons d'exposer le système qui nous paraît le mieux fondé.

Nous écartons d'abord le cas où la partie ne conserve pas une existence distincte. Il y a alors en effet accession ou spécification. L'objet considéré séparément, n'existant plus, ne peut donner lieu à la possession.

Ce cas écarté, nous croyons que la règle générale est que chaque partie d'un tout peut être possédée *ut singulares.*

Ainsi, si la possession d'une de ces parties est furtive, cette partie ne pourra être usucapée, mais les autres pourront l'être. Ce principe est énoncé formellement pour les meubles dans la loi 30, § 1, *De usurp.* et pour les immeubles dans les lois 4 et 7, § 1, *Pro empt.* Ces lois ne distinguent pas si les parties du tout avaient été ou non possédées séparément avant leur réunion par celui qui opère cette réunion, distinction dont les conséquences bizarres ne sont indiquées par aucun texte. Il suit de ce principe qu'en adaptant une roue volée à un char que je possède, j'usucaperai le char et non la roue. C'est, à notre avis, le sens de la loi 7, § 1, *ad exhib.* qu'on invoque contre notre système (1). Enfin la loi 2, § 6. *Pro empt.*, dont on se fait une

(1) Cette loi dit que je serai tenu *ad exhibendum*, quoique je ne possède pas *civiliter*, c'est-à-dire, selon nous, *ad usucapionem*. L'action *ad exhibendum* se donne en effet contre tout possesseur.

arme contre nous, ne concerne pas cette matière et consacre seulement ce principe, qu'en cas de vente, la *justa causa* nécessaire pour l'usucapion s'étend à tout ce qui est possédé en exécution de la vente, même en dehors des limites fixées par le titre.

39. — Notre principe reçoit cependant une exception lorsqu'il s'agit de matériaux unis à des constructions. Ils ne peuvent être possédés isolément, car *ædificium solo cedit*. Le laps d'un an ne fera donc pas acquérir la propriété isolée de ces matériaux. Mais bien plus, si les matériaux et le sol appartiennent à deux propriétaires différents, quoique l'usucapion de deux ans, faisant acquérir la propriété du tout, donne par là même sur chaque partie un droit non résoluble par la modification qu'elle pourra éprouver ensuite, les matériaux redevenus meubles par la démolition de la maison devront, pour appartenir à l'ancien possesseur de l'immeuble, être à partir de ce moment l'objet d'une seconde usucapion (1). Cette suspension d'usucapion pour les matériaux tient à ce que la loi des Douze Tables défendait de revendiquer les matériaux joints à une construction et accordait seulement l'action *in duplum de ligno juncto* et que par suite le propriétaire n'eût pu interrompre l'usucapion. Pomponius rapporte cependant une décision contraire de Labéon (2). Mais cette décision nous paraît devoir être considérée comme une décision d'espèce, une dérogation *utilitatis causa* à la stricte application du principe, motivée par le peu de temps qui restait pour parfaire l'usucapion et peut-être aussi par la nature des objets et leur mode d'application.

Les textes ne parlent pas du cas où le sol et les matériaux appartiendraient au même propriétaire. Dans ce cas, le motif de l'exception ne subsiste plus, puisque le propriétaire peut en

(1) L. 23, § 7, *De rei vind.*, et 23, § 2, *De usurp.*
(2) L. 30, *De usurp.*

revendiquant le tout, sol et superficie, revendiquer par là même ses matériaux. Nous croyons donc que ce cas rentre dans le droit commun.

§ II. — *Choses qui ne peuvent être l'objet de la possession.*

40. — Ce sont les choses qui ne peuvent être l'objet de la propriété. Les Romains les désignaient sous le nom de *res extra-commercium*, et les subdivisaient en *res communes*, *publicæ*, *universitatis*, et en *res divini juris*. Nous allons examiner rapidement ces diverses catégories, et nous en ajouterons une cinquième, l'homme, que les Romains considéraient comme susceptible de possession, quand il était esclave.

41. — *Res communes*. Ce sont celles qui par leur nature se refusent à l'appropriation, comme l'air, l'eau courante, la mer. Ne pouvant être l'objet d'aucun droit exclusif, ni pour un individu, ni pour un peuple, elles échappent à toute possession. Elles échappent même à toute détention. Les Romains y assimilent les rivages de la mer (1). Cependant deux jurisconsultes proculiens, Celsus et Nératius, les classent dans le domaine public (2). Ce point de vue est plus exact ; en effet le droit de construire sur ces rivages est soumis à une réglementation semblable à celles que comportent les choses publiques (3).

42. — *Res publicæ*. Ces choses forment la propriété de l'État. Elles sont de deux sortes. Les unes appartiennent au peuple considéré comme personne morale, *res in peunia*, *in bonis*, *in patrimonio populi* : elles sont susceptibles de propriété privée et par suite de possession (4). Les autres, au contraire, sont affectées à un usage public. La jouissance de cet usage est

(1) *Inst. Just.* II, 1, § 1.
(2) L. 14, § 1, *De acq. rer. dom.* ; l. 3. *Ne quid in loco pub.*
(3) L. 50, *De acq. rer. dom.* ; l. 3, § 1 et l. 4. *Ne quid in loco pub.*
(4) Sous l'Empire, les biens de l'Empereur furent mis hors du commerce et devinrent par suite insusceptibles de possession (l. 39, § 10, *De leg.*).

protégée par des interdits spéciaux et ne laisse place à aucune possession particulière. Cependant on peut construire avec l'autorisation du magistrat sur un lieu public ainsi que sur le rivage de la mer. La construction une fois faite appartient au constructeur et entraîne avec elle le domaine temporaire du sol ; mais si elle disparaît, le sol, par une sorte de *postlimi-nium*, reprend sa nature première (1). Il nous semble résulter de là que, tant que la construction subsiste, le possesseur aura pour protéger sa possession les interdits possessoires. S'il a construit sans l'autorisation du magistrat, ce dernier pourra ordonner la destruction, si l'intérêt public l'exige ; ou sinon imposer seulement au contrevenant une redevance (2). Dans ce dernier cas encore nous reconnaîtrions une possession protégée par les interdits.

43. — *Res universitatis.* Ce sont les choses qui appartiennent à une communauté, ville ou corporation. Ce que nous avons dit sur les choses publiques et leur division en deux classes, domaine public et domaine privé, leur est complétement applicable.

44. — *Res divini juris.* Mises hors du commerce par leur consécration, elles ne peuvent être l'objet d'une possession protégée par la loi, qui la considère et la punit comme sacrilége (3).

45. — *Homme libre.* La liberté, comme tous les droits inhérents à l'homme, ne peut être complétement perdue et par suite possédée. Par une exception au droit naturel, les Romains avaient admis qu'on pût être propriétaire et possesseur d'esclaves. Mais ils avaient limité les causes d'esclavage et interdit la possession des hommes libres (4). Cependant le fait de détenir de bonne foi un homme libre comme esclave, sans constituer une possession protégée par les interdits, produisait

(1) L. 6, pr., *De div. rerum.*
(2) L. 2, § 17, *Ne quid in loco publ.*
(3) L. 30, § 1, *De acq. poss.*
(4) L. 23 et l. 30, § 1, *De acq. poss.*

des conséquences relativement à l'acquisition de la possession d'une chose par cet homme libre, conséquences que nous examinerons plus loin.

SECTION II.

Possession d'autres droits.

46. — A côté du droit de propriété vient se placer un autre droit qui a beaucoup d'analogie avec lui, et qui n'en forme pour ainsi dire qu'une variante, le droit d'emphytéose. Nous savons qu'à côté du *dominium*, seule propriété quiritaire, s'étaient établies successivement la propriété *in bonis* et la propriété provinciale. En même temps s'établissait ce que l'on pourrait appeler la propriété emphytéotique. Le peuple et plus tard le Sénat concédaient aux empereurs, aux municipes, aux colléges de pontifes, certaines parties de l'*ager publicus*, tout en se réservant le *dominium ex jure Quiritium*. Ceux-ci les concédaient à leur tour à perpétuité par le contrat d'emphytéose. L'emphytéote avait tous les droits du propriétaire provincial : action *in rem*, actions du *dominus* comme actions utiles, pouvoir de léguer son droit. La redevance, *vectigal*, est assimilable au *stipendium* ou *tributum* du propriétaire provincial. Qu'y a-t-il dès lors d'étonnant qu'on lui ait reconnu une possession comme celle du droit de propriété et qu'on lui ait accordé les interdits? Plus tard des particuliers firent des concessions semblables. Mais l'effet survécut à la cause et l'emphytéote fut toujours considéré comme possesseur, ayant une véritable *possessio* de la chose et non pas une *quasi-possessio* de son droit.

47. — Après ce droit d'emphytéose assimilable à la propriété, nous passons à d'autres droits dont la possession n'est plus considérée par les Romains que comme une *quasi-possessio*. Nous ne faisons que mentionner le droit de gage et celui qui résulte

du précaire, droits que, par une exception singulière, les Romains ont protégés en considérant le créancier gagiste et le précariste comme possesseurs de la chose même objet de leur droit, et nous arrivons de suite aux servitudes.

Les servitudes sont, nous l'avons dit, protégées pour la plupart par des interdits. Nous rangeons dans cette catégorie le droit de superficie. Ce droit qui, à l'origine, ne devait être qu'un pur droit de créance résultant d'un bail à long terme, fut protégé, à cause de la longueur du bail et par un motif d'utilité publique, par un interdit et une action réelle (1). La loi 84, § 6, *De legatis* l'appelle une servitude.

La possession des autres droits, par les raisons que nous avons données dans notre introduction, n'a pas besoin en pratique d'être aussi efficacement protégée. Il est donc peu probable que les Romains aient pensé à lui étendre la protection des interdits. Et en effet, les textes ne nous en parlent nullement. On trouve cependant le mot *possessio* employé à propos de certains droits. Ainsi dans le titre *De hereditatis petitione* on voit à chaque instant figurer les mots *possessio hereditatis*. Mais cette expression, reste de l'ancien Droit qui admettait réellement une *possessio* et même une *usucapio hereditatis*, désigne simplement les prétendants qui se mettent en possession des choses héréditaires : les conséquences produites par cette *possessio* reposent toujours sur la possession spéciale de chaque objet de la succession. On rencontre également, à propos de l'hérédité, l'expression *possessor juris* pour désigner le tiers qui s'est immiscé dans la succession et indiquer qu'il pourra être poursuivi par la *petitio hereditatis* comme s'il était en possession des choses héréditaires (2). Enfin d'autres textes (3) nous parlent d'une *possessio servitutis*, *libertatis*, *ingenuitatis* et *libertinitatis*, dans le sens d'une possession d'état. Mais ces cas

(1) L. 1, *De superf.*
(2) Lois 3, 13, § 15 ; 16, § 1 ; 18, § 1, *De pet. hered.*
(3) L. 1, l. 7, § 5 et l. 10, *De liberali causa* ; l. 11, *De probat.*

isolés n'ont pas été généralisés, et cette possession n'a reçu aucune protection.

48. — En résumé, en dehors du droit de propriété, la possession des servitudes fut seule protégée : et encore verrons-nous, en parlant de son acquisition, que toutes les servitudes ne jouirent pas de cette protection. L'esprit positif des Romains, ennemi de l'abstraction, avait peine à admettre une possession en dehors des choses corporelles.

CHAPITRE IV.

PERSONNES CAPABLES DE POSSÉDER.

49. — Pour pouvoir posséder, il faut pouvoir réunir les deux éléments de la possession : *corpus* et *animus*. Aucune autre condition n'est exigée. Tout le monde en général pourra posséder, et nous n'avons à nous occuper que des exceptions. Or la possibilité physique d'exercer un droit manque dans certains cas, quand on est prisonnier de guerre, par exemple : la volonté est sans existence légale, chez les personnes incapables de droits, comme les esclaves, et ne peut par suite fonder une possession susceptible d'effets juridiques.

L'*animus* manque également chez les incapables de volonté, comme les fous, les enfants. Cependant, comme ces personnes ont des droits et qu'en réalité l'on ne jouit que des choses que l'on possède, il semble conforme aux principes naturels que la volonté d'un représentant puisse remplacer celle de l'incapable. C'est ce qu'admettent en général les législateurs. Les Romains se sont placés à un point de vue plus étroit et ont hésité longtemps à reconnaître les cas de possession *animo alieno* que l'équité les a forcés enfin à admettre. Ajoutons que la possession, se conservant sans volonté active, est conservée par les incapables de volonté, indépendamment de toute idée de représentation.

SECTION PREMIÈRE.

Personnes incapables de droits ou privées de leur exercice.

50. — *Esclaves.* — L'esclave, absolument incapable de droit,

n'existant même pas comme personne juridique, ne peut rien posséder, pas même le pécule dont son maître lui a laissé l'administration (1).

L'homme libre, possédé, ou plutôt détenu comme esclave, ne peut rien posséder pour lui-même (2). Il peut cependant acquérir des droits et entre autres le droit de propriété (3). S'il ne peut posséder, ce n'est donc pas qu'il soit incapable de droit : mais c'est que sa situation le met dans l'impossibilité physique d'en exercer aucun. « *Quum possidcatur, possidere non videtur* » (4).

51. — *Prisonniers de guerre.* — Le citoyen romain tombant au pouvoir de l'ennemi est réputé mort. Tous ses droits s'éteignent faute de sujet actif : non-seulement il ne peut acquérir la possession, mais il perd celle qu'il avait, par l'impossibilité où il se trouve de l'exercer. Les fictions de la loi *Cornelia* et du *jus postliminii*, qui adoucirent la rigueur de cette situation en ce qui concerne les droits du prisonnier, ne s'étendent pas à la possession, situation de fait (5).

52. — *Fils de famille.* — Le fils de famille, incapable en principe de rien acquérir pour lui, ne peut non plus acquérir la possession. S'il l'acquiert, c'est pour celui sous la puissance de qui il se trouve. Mais quand, par la suite, on lui reconnut un droit de propriété sur les choses qui formaient son pécule *castrense* et *quasi-castrense*, il en résulta la reconnaissance légale de sa possession dans les limites des choses sur lesquelles il pouvait avoir le droit de propriété (6). Sous Justinien, sa capacité est devenue la règle générale. Il possède ses pécules *castrense*

(1) Lois 24 et 49, *De acq. poss.*
(2) L. 1, § 6, *De acq. poss.*
(3) Lois 19, 23, 59, *De acq. dom.*
(4) Ulp., l. 118, *De reg. juris.* Le mot *possideatur* s'applique ici, comme en d'autres textes, à une possession purement naturelle et non à une possession protégée par les interdits.
(5) L. 23, § 1, *De acq. poss.* ; l. 15, pr., *De usurp.* ; l. 19, *Ex quibus causis.*
(6) L. 4, § 1, *De usurp.*

et *quasi-castrense* par lui-même, son pécule adventice par son père qui en est usufruitier ; et s'il ne possède pas son pécule profectice, c'est qu'il ne le détient que comme administrateur d'une part de la fortune paternelle.

Les mêmes règles s'appliquaient aux personnes *in manu* et *in mancipio*.

Le fils de famille, ainsi que les personnes *in manu* ou *in mancipio*, n'est pas, comme l'esclave, la propriété de celui qui l'a sous sa puissance, et ne peut, par suite, être possédé. De plus, son impossibilité de disposer est moindre que celle de l'esclave. Aussi, l'homme libre *et sui juris* qui se croirait *alieni juris* pourrait acquérir pour lui, non-seulement des droits, mais aussi la possession (1).

SECTION II.

Personnes incapables de volonté.

53. — *Personnes morales.* — L'hérédité jacente ne peut avoir de volonté et par suite ne peut acquérir la possession (2).

Les corporations, les municipes, les colléges sacerdotaux, ne pouvaient pour la même raison acquérir la possession, et, n'ayant jamais pu l'acquérir, se trouvaient complétement incapables de posséder. Ils ne le pouvaient même pas par leurs esclaves, dans les cas où l'*animus* du maître n'est pas nécessaire, tant que fut exigée la possession de ceux par qui l'on acquérait. Mais les nécessités pratiques eurent raison de la théorie. Les personnes morales purent acquérir la possession, soit par leurs esclaves, soit par une personne libre (3). Les textes ne pa-

(1) L. 44, § 4, *De usurp.* — En vertu d'un raisonnement analogue, l'homme libre qui se croirait l'esclave d'autrui, mais ne serait possédé par personne pourrait acquérir pour lui la possession. Nous ne connaissons aucun texte prévoyant cette hypothèse bien rare.

(2) L. 1, § 15. *Si is qui test.*

(3) L. 1, § 22 et 2, *De acq. poss.*

raissent même pas exiger que la volonté de ces personnes morales soit remplacée par celle de leurs administrateurs.

54. — *Fous.* — Ayant perdu la raison, ils sont incapables de volonté. Mais ils avaient pu avant leur folie acquérir la possession de certaines choses et en particulier de leurs esclaves. Or, l'absence d'*animus* ne suffit pas à faire perdre la possession acquise (1). Ils pouvaient donc acquérir la possession par leurs esclaves dans les cas où l'*animus* du maître n'est pas nécessaire. Nous pensons même qu'ils pouvaient l'acquérir par leur curateur que la loi des XII Tables, par une exception remarquable, constituait représentant de leur personne (2).

55. — *Pupilles.* — Nous distinguerons ceux qui ont quelque intelligence, *qui ejus ætatis sunt ut intellectum capiant*, et ceux qui sont encore *infantes*.

Les premiers peuvent acquérir la possession, même sans l'*auctoritas* de leur tuteur (3). A plus forte raison pourront-ils acquérir *tutore auctore* ou par l'intermédiaire de leur tuteur : car, lorsque le tuteur accomplit pour eux l'acte d'appréhension de la possession, il ajoute en même temps son *auctoritas* à leur volonté présumée.

La question est plus difficile quand il s'agit d'enfants absolument incapables de volonté. On décida, par une raison d'utilité, que, dans ce cas, la volonté du tuteur remplacerait celle de l'enfant (4). La loi 3 au Code *De acq. poss.* permet même à l'*infans* d'acquérir sans l'*auctoritas* de son tuteur la possession des choses qui lui sont livrées à titre de donation, en réservant au tuteur le droit de faire cesser cette possession, s'il reconnaît que les conditions de la donation la rendent désavantageuse au pupille. Telle est du moins l'interprétation que nous donnons de cette loi, dont le sens est vivement controversé.

(1) L. 27, *De acq. poss.*
(2) Gaius, II, § 64.
(3) L. 1, § 3 et l. 32, § 2, *De acq. poss.*; l. 4, § 2, *De usurp.*
(4) L. 1, § 3 et l. 32, § 2, *De acq. poss.*

CHAPITRE V.

56. — La possession s'acquiert par la réunion des deux éléments qui la composent : l'*animus* et le *corpus;* volonté d'avoir la chose à soi, possibilité physique de le faire. Peu importe d'ailleurs l'ordre dans lequel se produisent ces deux éléments indispensables. Ils peuvent être caractérisés plus ou moins étroitement par la loi positive, et leur notion s'élargira avec l'avancement de la civilisation : mais leur existence est essentielle, et aujourd'hui encore nous pouvons dire comme Paul : *Adipiscimur possessionem corpore et animo; nec per se animo aut per se corpore* (1).

Ces deux éléments se rencontreront généralement dans celui qui veut acquérir. Mais dans certains cas ils pourront être réalisés par des tiers. Nous étudierons séparément ce mode d'acquisition dans une seconde section.

SECTION PREMIÈRE.

Acquisition par soi-même.

§ 1. — *De l'animus.*

57. — L'*animus* est la volonté d'agir comme propriétaire. Les auteurs donnent à cette volonté le nom d'*animus domini*.

(1) L. 3, § 1, *De acq. poss.*

Ce n'est pas l'expression des jurisconsultes romains : on n'en trouve l'équivalent que dans la paraphrase de Théophile : ψυχη δεσποζοντος κατεχειν. Les textes nous disent : *animus possidendi*.

Cette volonté, au lieu de s'appliquer au droit de propriété, peut s'appliquer à un droit de servitude : jointe au *corpus*, elle fera acquérir la possession de ce droit. Ainsi l'usufruitier, à qui l'immeuble a été remis, a la possession du droit d'usufruit ; car il a à la fois l'*animus domini* relatif à ce droit et la possibilité de l'exercer : mais il n'a pas la possession du droit de propriété ; car, s'il a la détention de la chose, il n'a pas l'*animus domini* correspondant au droit de propriété.

L'*animus* doit exister chez celui qui est le sujet actif de la possession. Cependant nous avons vu que, conformément aux principes naturels, la volonté des incapables pouvait être suppléée par celle de leur représentant. Nous trouverons aussi, à propos de l'acquisition par un tiers divers cas d'acquisition *animo alieno*.

L'*animus* doit concorder avec le *corpus*. Si, par suite d'une erreur, ma volonté se porte sur un objet, et que l'acte d'occupation s'accomplisse sur un autre, il n'y aura pas d'acquisition de possession (1).

§ II. — *Du corpus.*

58. — Le *corpus possessionis*, réalisation matérielle de l'*animus*, consiste dans la possibilité physique d'agir à titre de *dominus*. L'élément matériel d'acquisition de la possession, le *factum*, sera par suite tout fait donnant cette possibilité. La détermination pratique de ce *factum* sera donc variable avec le calme et la sécurité de la société, la facilité des communications, la garantie de la propriété. Les textes du Droit romain

(1) L. 34. *De acq. poss.*

nous fournissent à ce sujet les solutions d'un grand nombre d'hypothèses: mais la règle théorique qui les a dictées est difficile à formuler. Praticiens avant tout, les jurisconsultes de Rome ne nous l'ont pas donnée.

Le fait qui produit l'acquisition de la possession peut être accompli soit par celui qui devient possesseur, soit par un tiers. Ce principe naturel était admis par les Romains (1), non toutefois sans quelque hésitation.

ACQUISITION DE LA POSSESSION PROPREMENT DITE.

59. — Cette possession, comme nous l'avons vu, n'est autre que la possession correspondante au droit de propriété. Or la propriété présente comme caractère particulier l'exclusion de tout autre dans la jouissance de la chose. Le *corpus* consistera donc dans la possibilité physique et exclusive de jouir, user et abuser de l'objet de la possession.

Le fait par excellence qui donne cette possibilité, c'est l'appréhension matérielle et la garde (*custodia*). Ces deux conditions seront nécessaires pour acquérir une possession originaire, pour s'emparer d'une chose n'appartenant à personne. Leur réunion donne seule en effet la preuve suffisante d'un pouvoir sur cette chose. Ainsi le gibier, même blessé mortellement et suivi de près par le chasseur, n'est pas encore en sa possession (2). Le poisson mis dans un vivier est dans la possession du propriétaire du vivier : il n'y serait pas s'il était mis dans un étang à cause des chances de la pêche (3). Les pierres précieuses appartiennent à qui les ramasse et non à qui les voit le premier (4). L'île née dans la mer est la propriété de l'occupant (Gaius). Le trésor situé dans un fonds n'est pas en la possession du propriétaire

(1) Adipiscimur possessionem corpore et animo... animo utique nostro, corpore nostro vel alieno.
(2) *Inst. Just*, II, 1, 13.
(3) L. 3, § 14, *De acq. poss.*
(4) *Just. Inst.*, II, 1, 19.

du fonds, avant qu'il ne l'en ait retiré et mis en lieu sûr. (Nératius et Proculus étaient d'avis contraire ; mais leur opinion n'a pas prévalu) (1).

60. — Si la chose que l'on veut posséder appartient déjà à un autre et que ce dernier se refuse à la céder, il faut un fait matériel au moins aussi énergique que si la chose n'était possédée par personne : une appréhension *(contrectatio)* du meuble ou une expulsion de l'ancien possesseur de son immeuble *(vi dejectio)*. Nous indiquons seulement ici cette idée qui trouvera son développement au chapitre de la perte de la possession. Car on ne peut acquérir la possession d'une chose possédée par un autre qu'autant que ce dernier perd en même temps la sienne.

Mais si le tiers possesseur consent à céder la chose, son consentement et la possession paisible qu'il a eue jusque-là rendent plus facile pour le cessionnaire la possibilité physique et exclusive d'agir. Le Droit positif doit donc se montrer moins rigoureux dans l'appréciation du *factum* nécessaire ; il pourrait même considérer comme suffisant le consentement du cédant. Les Romains ne sont pas allés jusque-là. Il est même possible que, dans leur très-ancien Droit, ils aient exigé un contact matériel et aient déduit de cette idée l'impossibilité de la possession des choses incorporelles. Mais, à l'époque classique, leur point de vue s'était singulièrement élargi. Cette extension des cas d'acquisition de la possession était expliquée par les anciens commentateurs au moyen d'une appréhension ou d'une tradition symboliques. Cette doctrine, qui avait le tort de supposer une forme symbolique dans une institution de Droit naturel et des exceptions beaucoup plus nombreuses que la règle, est aujourd'hui abandonnée. Un texte de Paul la condamne formellement :

(1) L. 3, § 3, *De acq. poss.* — Il s'agit ici d'une valeur quelconque enfouie et non pas du trésor ainsi défini : *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat.* Car si le propriétaire ignore l'existence du trésor, il n'a pas l'*animus* et ne pourrait, pour cette raison seule, en être possesseur.

Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu (1). Nous n'admettons pas davantage une sorte de fiction juridique par laquelle le possesseur originaire ayant, pour acquérir sa possession, accompli le contact matériel, transmettrait aux nouveaux possesseurs de génération en génération les avantages de cet acte. Pour nous, le contact matériel n'est pas nécessaire pour l'acquisition de la possession transmise, tout simplement parce qu'il n'est pas nécessaire pour que le nouveau possesseur ait la possibilité physique et exclusive d'agir. Cette possibilité en Droit romain n'a pas besoin d'être immédiate (2); mais il faut qu'elle soit actuelle. C'est du moins ce qui nous semble ressortir des textes. Ainsi un fonds de terre est censé livré lorsqu'il est montré de la tour voisine par le vendeur (3). La tradition d'un amas de bois est effectuée par le fait d'y avoir mis un gardien (4). Des marchandises sont censées livrées par la remise des clefs du magasin, du grenier, ou de la cave qui les contient (5). La remise des titres emporte également tradition d'esclave (6). Enfin, la possession d'une chose est acquise par l'acheteur dès qu'elle est déposée dans sa maison (7) : nous croyons qu'elle le serait même par le seul ordre donné au vendeur de l'y déposer, car cet ordre constitue le vendeur mandataire à fin de posséder la chose.

ACQUISITION DE LA QUASI-POSSESSION D'UNE SERVITUDE.

61. — Nous appliquons à la possession de ces droits les principes que nous venons d'exposer relativement à la possession des choses. Le *corpus* sera la possibilité physique d'exercer le droit

(1) L. 1, § 21, *De acq. poss.*
(2) *Contrà*, Savigny.
(3) L. 18, § 2, *De acq. poss.*.
(4) L. 51, *De acq. poss.*
(5) L. 9, § 6, *De acq. rer. dom.*; l. 1, § 45, *De rer. div.*; l. 1 § 21 *in fine*, *De acq. poss.* Les lois 74, *De contrah. empt.* et 1, § 21, *De acq. poss.*, exigent en outre que la remise ait lieu auprès des magasins.
(6) L. 1, Cod., *De don.*
(7) L. 18, § 2, *De acq. poss.*

de servitude et le *factum* qui donnera cette possibilité sera le *factum* qui procurera l'acquisition du droit.

Était-ce bien là la théorie romaine ? Nous l'avons déjà dit : la pratique en cette matière avait précédé l'analyse philosophique. Et lorsqu'il est déjà si difficile, pour ne pas dire impossible, de savoir avec certitude la pensée de nos législateurs sur ce sujet hérissé de controverses, bien hardi serait celui qui, en l'absence de textes, prétendrait connaître sur ce point les idées peut-être bien divergentes des jurisconsultes de Rome. Quoi qu'il en soit, l'extension à la possession des servitudes des règles qui régissent la possession des choses nous paraît la méthode la plus rationnelle, et celle en somme qui nous permettra le mieux de grouper d'une façon logique les textes que les Romains nous ont laissés sur cette matière.

62. — L'acquisition originaire d'une servitude est impossible, puisque la possession de la servitude aura toujours pour objet l'immeuble d'autrui : la possession n'en sera donc acquise que soit au détriment de la propriété ou de la possession franche, qui comprenait en elle-même la servitude, soit par provenance d'un ancien possesseur de la servitude, et dans ce cas, s'il s'agit d'une servitude réelle, avec la possession du fonds dominant. Dans l'une et l'autre circonstance, si le possesseur précédent, possesseur de la servitude ou possesseur de la propriété dans laquelle la servitude est renfermée en quelque sorte à l'état latent, se refuse à cette acquisition, il faut une véritable appréhension. S'il y consent, alors, comme nous l'avons déjà exposé à propos de la possession des choses, la possibilité physique d'agir comme ayant droit à la servitude est rendue plus facile et le droit positif peut se montrer moins rigoureux. Les Romains exigent dans ce cas une tradition pour la possession des choses, une quasi-tradition pour la possession des servitudes. Voyons maintenant l'application de ces principes.

63. — Les servitudes personnelles offrent cette particularité remarquable que leur possession se combine avec la détention

de l'objet sur lequel elles s'exercent, et qu'elles sont, comme le droit de propriété, exclusives de tout droit pareil sur la chose qui en est l'objet. L'acquisition de leur possession aura donc lieu par les moyens qui font acquérir la possession des choses corporelles (1). Le *factum* sera le même ; l'*animus* seul différera et s'appliquera à la servitude au lieu de s'appliquer à la propriété.

64. — Les servitudes réelles présentent un caractère tout opposé. Les propriétaires de divers fonds dominants peuvent avoir à la fois la même servitude sur le même fonds servant, sans que la servitude de l'un soit en quelque façon diminuée par la servitude de l'autre. La possibilité physique d'agir, nécessaire pour constituer la possession, ne pourra par suite être exclusive.

Cependant la possession de ces servitudes pourra se transmettre comme la possession des choses corporelles dans le cas particulier où elle accompagne la transmission de la possession d'un fonds, et où la tradition du fonds entraîne avec elle tradition de la servitude. Ainsi le possesseur du fonds dominant, en faisant tradition de son immeuble, fait par le même acte tradition de la servitude qui s'y rattache (2). Ainsi encore, le propriétaire de deux fonds voisins peut, en vendant l'un deux, ou tous tous les deux ensemble, mais à des individus différents, imposer à l'un une servitude au profit de l'autre : et pourvu que la convention constitutive de la servitude soit intervenue avant la tradition du fonds, cette tradition même entraîne la quasi-tradition de la servitude (3).

Si nous laissons de côté ce cas particulier, l'acquisition de la possession des servitudes réelles demandera un acte d'ap-

(1) Voir l. 3, *De usuf.*

(2) Cela est évident pour les servitudes qui consistent en un ouvrage apparent, car la possession de cet ouvrage est liée intimement à la possession du fonds. La loi 5, § 2, *De itin. actuque priv.*, nous donne la même solution pour la servitude de passage et nous croyons que, par raison d'analogie, elle doit être étendue à toutes les autres servitudes.

(3) L. 3, 6. 8, *Comm. præd.*

préhension ou de quasi-tradition variable avec les différentes espèces de servitudes.

Les Romains divisaient les servitudes réelles en servitudes rurales et servitudes urbaines d'après la nature du fonds dominant (1). Cette classification est importante à différents égards et en particulier au point de vue de l'extinction par le non-usage (2) : mais pour en déduire une théorie logique de la possession, il faut remarquer qu'en général les servitudes rurales sont discontinues et les servitudes urbaines continues. Ce caractère de continuité ou de discontinuité influera nécessairement sur leur possession, et c'est lui surtout qui nous servira à la caractériser.

65. — Les servitudes discontinues, *quæ in faciendo consistunt*, exigent l'intervention de l'homme : leur usage consiste dans des faits successifs exercés par le propriétaire ou au nom de l'héritage dominant (3). Il ne s'ensuit pas, comme le dit la loi 14 *De servit.* (4), que leur possession ne puisse être continue : à ce titre, la possession des choses elle-même ne pourrait être continue, car on n'use pas constamment d'une chose dont on a la possession. Mais il en résulte cette conséquence importante que, tandis que la volonté d'avoir une chose à titre de propriétaire se manifeste par l'appréhension de cette chose, lors même qu'on n'en userait pas, la volonté d'avoir une servitude discontinue ne peut en général se manifester que par l'exercice même de cette servitude. En d'autres termes, prendre, détenir une

(1) Telle est du moins l'opinion que nous admettons et qui nous paraît seule conciliable avec les textes : l. 1, § 1, *De itin.* ; l. 14, *De acq. quot.* ; l. 11, § 1, *De Publ act.* ; l. 2, pr., *De serv. præd. rust.*

(2) L. 6, *De serv. præd. urb.*

(3) Comme la servitude est établie au profit d'un fonds, il suffit pour que l'acte d'exercice soit efficace, qu'il soit accompli *fundi nomine*, et il pourrait l'être par une tierce personne, même par un *præde*, indépendamment de toute idée de représentation. (L. 5, 6 pr., 20, 24, *Quemad. serv.* ; 1, § 7 et 3, § 1, *De itin.*)

(4) Cette loi n'est qu'un essai fâcheux d'interpréter théoriquement l'impossibilité d'usucaper les servitudes ; et rien ne démontre que cette explication inexacte ait été généralement admise par les jurisconsultes de Rome.

chose, est à soi seul un mode d'exercice du droit de propriété, sans, qu'il soit besoin de retirer de la chose un autre usage ; tandis qu'il n'y a que l'usage même d'une servitude discontinue qui puisse constituer l'exercice du droit que l'on veut posséder. Par suite, l'acte d'appréhension nécessaire pour acquérir la possession d'une telle servitude sans le consentement de l'ancien possesseur ne sera autre que l'exercice du droit de servitude, à titre de droit (1) ; et la quasi-tradition exigée par les Romains, quand intervient le consentement du propriétaire, consistera, sauf le cas déjà examiné, dans un commencement d'usage de ce droit (2). L'exigence de la quasi-tradition supprime ici toute différence entre les deux modes d'acquérir la possession.

Un acte d'exercice isolé ne suffira pas toujours. Celui au détriment de qui il s'est produit a pu le supporter par tolérance, par esprit de bon voisinage, surtout s'il ne lui causait pas grand dommage et procurait grand avantage à autrui. En outre, ce mode d'acquisition de la possession ne garantit pas autant la possibilité future de l'exercice que le fait de détention pour le droit de propriété. Aussi, pour accorder à une pareille possession la protection des interdits, les préteurs ont-ils exigé d'autres conditions, le plus souvent la répétition des actes d'exercice un certain nombre de fois pendant un certain délai. Nous verrons, en parlant des interdits, quelles sont les servitudes ainsi protégées et quelles conditions nouvelles ont été imposées à leur possession.

66. — Les servitudes continues n'exigent pas le fait actuel de l'homme et s'exercent par elles-mêmes dès que l'état respectif des deux fonds est établi tel qu'elles le supposent. Elles sont positives si elles autorisent un travail du propriétaire du fonds dominant sur le fonds servant ; négatives quand elles enlèvent à ce dernier le droit de faire certains actes de propriété.

L'acte d'appréhension d'une servitude continue positive, *quæ*

(1) L. 25, *Quemadm. serv.* ; l. 7, *De itin.*
(2) L. 20, *De servit.*

in habendo consistit, sera la construction de l'ouvrage établissant l'état respectif des deux fonds. La possession n'en sera pas acquise cependant dès que la première pierre sera posée : mais elle le sera très-souvent, croyons-nous, avant que l'ouvrage ne soit complètement terminé. En effet, le droit d'exercer la servitude s'analyse en dernier ressort dans le droit d'avoir l'ouvrage qui le constitue, si cet ouvrage est construit, ou de le construire et de l'avoir, s'il n'est pas encore construit. Les premiers travaux de construction forment donc un premier exercice du droit : et si la possession n'est pas acquise dès le premier acte, c'est qu'il faut que l'ouvrage soit assez caractérisé pour enlever toute idée de tolérance et de clandestinité ; dès que ce résultat sera atteint, la possession utile aura commencé (1). La quasi-tradition d'une telle servitude se fera différemment, suivant qu'elle sera concédée par le propriétaire du fonds servant ou par le possesseur du fonds dominant. Faite par le propriétaire du fonds servant, elle consistera dans l'exercice du droit, c'est-à-dire dans la construction de l'ouvrage. Faite par le possesseur du fonds dominant, elle ne se comprend pas isolément et sera une conséquence de la tradition du fonds dominant lui-même.

La possession d'une servitude négative, *quæ in prohibendo consistit*, est plus difficile à réaliser. Quelle sera en effet la manifestation apparente de la volonté d'avoir la servitude *altius non tollendi*, par exemple? Sera-ce la prohibition faite au propriétaire du fonds servant d'avoir à élever plus haut sa maison ? ou l'acquiescement par écrit de ce propriétaire ? Au point de vue du Droit pur, nous ne nous refuserions nullement à voir dans ces actes une manifestation de la volonté d'exercer le droit de servitude et par suite un fondement de la possession. Mais nous ne croyons pas qu'en Droit romain, ces actes puissent suffire. Il faut toujours, avons-nous vu, une appréhension ou une tradition. La tradition des servitudes négatives ne peut avoir

(1) Nous ne connaissons aucun texte pour ni contre.

lieu que conjointement avec celle du fonds dominant ou servant ; on ne peut la concevoir indépendamment de ce fonds, pas plus qu'on ne peut en concevoir l'appréhension. Ces servitudes seront donc très-rarement possédées, et nous ne trouvons dans les textes aucun interdit pour protéger cette possession.

§ III. — *Exceptions.*

67. — Outre les exceptions relatives à l'acquisition par un tiers dont nous allons nous occuper, nous devons rappeler ici les trois cas déjà signalés d'acquisition de la possession malgré l'absence d'*animus domini* : le gage, le séquestre et le précaire.

SECTION II.

Acquisition par un tiers.

68. — *Personnes en puissance.* — L'esclave, avons-nous vu, ne peut rien posséder pour lui, pas même son pécule. Mais le maître, qui a la jouissance exclusive de l'esclave et de tout ce qu'il détient, peut acquérir, par le fait de ce dernier, la possibilité physique et exclusive d'agir sur une chose et par suite la possession. C'est ainsi que nous croyons devoir envisager l'acquisition de la possession par l'intermédiaire des esclaves. Nous ne doutons pas cependant que telle ait été à l'origine la pensée des jurisconsultes romains. Julien et Paul paraissent encore faire dériver l'acquisition de la possession du principe de l'acquisition des droits par l'intermédiaire des esclaves : du moins ce n'est qu'ainsi que nous pouvons expliquer leurs solutions dans le cas de possession de l'esclave d'autrui ou d'un homme libre considéré comme esclave. Ulpien seul donne dans ces cas une solution parfaitement conforme aux notions théoriques.

69. — La première condition pour l'acquisition de la posses-

sion, c'est que le maître possède son esclave. Cette condition est exigée par nombre de textes ; elle est en effet indispensable pour que le maître puisse acquérir par l'esclave la possibilité d'agir sur la chose.

Le *factum* qui produira cette acquisition sera celui qui eût fait acquérir la possession à l'esclave si ce dernier eût eu l'*animus* et eût été libre. Il n'y a donc qu'à appliquer les principes que nous avons exposés plus haut, et les conclusions que nous en avons tirées, tant pour la possession des choses que pour la possession des droits.

L'*animus* doit exister chez le maître. Il existe par cela seul que l'esclave est autorisé à acquérir la possession et subsiste à partir de ce moment : par suite, quand le *factum* est accompli par l'esclave, les deux éléments de la possession sont réunis et la possession est acquise. Peu importe dès lors que le maître connaisse ou non le moment précis de l'acquisition (1). En matière de pécule, on est même allé plus loin. On admit, *utilitatis causa*, afin que le maître n'eût pas à s'occuper de l'administration du pécule, administration dont il a voulu se débarrasser, que l'autorisation donnée à l'esclave pour tout ce qui concerne le péculo implique la volonté du maître d'acquérir la possession (2) : c'est là une véritable exception à la nécessité de l'*animus*. Cette exception en entraîna une autre plus remarquable encore, car l'*animus* disparaît complétement. Les personnes incapables d'avoir une volonté purent acquérir par leurs esclaves *ex causa peculiari* (3).

Il faut en outre que l'esclave comprenne ce qu'il fait, qu'il ne soit par suite ni fou, ni *infans*, et qu'il n'ait pas l'intention d'acquérir pour un autre que pour son maître (4). S'il voulait

(1) L. 49, § 2, *De acq. poss.* ; l. 1, Cod., *De acq. poss.* Il en est autrement pour l'usucapion : elle ne commence qu'à partir de la connaissance de la possession, sauf dans l'hypothèse d'une acquisition faite *peculiariter*.

(2) L. 41. *De acq. poss.*

(3) L. 1, § 5, *De acq. poss.*

(4) L. 1, §§ 9, 10 et 19, *De acq. poss.*

acquérir pour lui-même, il ne le pourrait pas et acquerrait quand même pour son *dominus* : car, dit Gaïus, il ne pourrait même pas se soustraire lui-même par la fuite à la possession de son maître (1). Mais s'il voulait acquérir pour Titius, Paul nous dit (2) que ni Titius ni le maître de l'esclave n'auraient la possession. Et en effet ni l'un ni l'autre n'auraient la libre disposition de la chose. Julien donne une solution identique (3), même dans le cas où l'ancien possesseur, faisant tradition, voudrait faire acquérir au *dominus*. Dans ce dernier cas pourtant, Ulpien estime que le maître de l'esclave acquerra la possession, conformément à la volonté du *tradens*, et malgré la volonté de l'esclave (4). Nous croyons l'opinion de Julien plus conforme aux principes ; cependant comme la volonté du *tradens*, nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, facilite singulièrement l'acquisition de la possession, et que la solution d'Ulpien conduit en pratique à ce résultat fort équitable que si l'esclave remettait la chose à Titius, le *dominus* aurait un interdit pour recouvrer sa possession, nous admettrions volontiers avec MM. Molitor et de Savigny que cette dernière solution dût prévaloir dans la pratique romaine.

70. — Si le maître a donné son esclave en gage, il ne le possède plus. Le créancier gagiste le possède, mais n'a pas le droit de s'en servir. Paul, après Julien, en tire cette conséquence que le maître de l'esclave n'acquerra pas la possession, car il ne possède pas l'esclave : le créancier gagiste ne l'acquerra pas non plus ; *quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum acquirat* (5). Cette conséquence est bizarre et peu justifiée ; mais la possession du gagiste est une possession tout exceptionnelle.

D'une façon générale, le maître qui a perdu la possession d'un

(1) L. 15 et l. 40, pr., *De acq. poss.*
(2) L. 1, § 19, *De acq. poss.*
(3) L. 37, §§ 4 et 6, *De acq. dom.*
(4) L. 13, *De donat.*
(5) L. 1, § 15, *De acq. poss.*

esclave perd la faculté d'acquérir par lui la possession en sa qualité de maître. Mais si cet esclave n'est possédé par personne, son maître comme tout autre pourra acquérir par lui comme mandataire. On peut en effet acquérir par l'esclave d'autrui qui n'est possédé par personne (1).

Il résulte de là qu'*a fortiori* l'on acquiert la possession par l'esclave d'autrui que l'on possède. C'est en effet ce qu'enseigne Ulpien (2), et avec raison, car les conditions de l'acquisition de la possession sont complétement réalisées. Cependant Paul pense que l'on n'acquerrait pas la possession par l'esclave qui serait possédé de mauvaise foi (3). Gaius (II, 94) et Pomponius dans la loi 21, *De acq. rer. dom.*, semblent restreindre cette acquisition à ce qui provient du travail de l'esclave ou du patrimoine du possesseur. Ces restrictions produites par une fâcheuse assimilation de l'acquisition de la possession à l'acquisition des droits ne nous semblent pas admissibles.

Nous donnerions la même solution dans le cas d'un homme libre détenu comme esclave. Paul lui applique la même théorie qu'à l'esclave d'autrui.

71. — L'usufruitier peut posséder par l'esclave objet de son droit (4), et il acquerra nécessairement par lui la possession de tout ce qui provient *ex re sua vel ex operibus servi*. En effet, l'usufruitier, quoique détenant simplement l'esclave au nom du nu-propriétaire, a la possession du droit d'usufruit sur cet esclave et acquiert par lui la possession des choses, objet de son droit, tandis que le nu-propriétaire acquiert la possession des autres. Pour acquérir par l'esclave tout genre de possession, il faudrait que l'usufruitier intervertisse son titre.

Les mêmes principes s'appliquent à l'usager en ce qui concerne son droit.

(1) Paul, l. 31, § 2, *De usurp.*
(2) L. 32, § 4, *De acq. poss.*
(3) L. 1, § 6, *De acq. poss.*
(4) L. 1, § 8, *De acq. poss.*

72. — L'acquisition par les fils de famille suit les mêmes règles avec les modifications nécessitées par l'introduction des divers pécules. En outre, n'étant pas l'objet d'un droit de propriété, ils ne peuvent ni être possédés, ni être donnés en usufruit ou en gage. Pour acquérir par eux, il faut avoir le droit de puissance. La possession de ce droit, possession d'état, n'était pas reconnue, et Hermogénien nous dit formellement (1) qu'on ne peut acquérir la possession par celui que l'on croit son fils. Nous croyons cependant que, s'il était *sui juris*, on pourrait acquérir par lui comme mandataire.

La possession s'acquiert également par les personnes *in manu* et *in mancipio*. Gaïus (II, 90) hésite, car nous ne les possédons pas. Mais Paul, réfutant la même objection à propos de l'usufruitier, nous fournit la réponse : *nec filium possidemus*.

73. — *Personnes hors de la puissance.* — L'acquisition de la possession par une personne libre ne fut pas toujours admise. Gaïus (II, 95) enseigne que la question est controversée. Un rescrit de Sévère et Antonin trancha la difficulté. Les textes du Digeste ne laissent plus sur ce point aucun doute (2).

Le *factum* sera évidemment le même que pour acquérir la possession sans intermédiaire. Comme la possession réside dans la possibilité physique d'agir, il faut et il suffit que le mandataire accomplisse l'acte qui fait acquérir au mandant cette possibilité. Il n'a donc besoin d'aucun fait juridique pour constituer sa mission.

L'*animus* doit exister dans la personne du représenté ; mais ce dernier n'a pas besoin de connaître le moment précis de l'acquisition ; il acquiert la possession de suite s'il a donné mandat ; s'il n'avait pas donné de mandat, il ne l'acquiert que du jour de la ratification. L'exception relative au pécule, que nous avons rencontrée en parlant de l'acquisition par l'esclave,

(1) L. 50, pr., *De acq. poss.*
(2) Lois 1 et 51, *De acq. poss.*; 41, *De usurp.*; 13, *De acq. dom.*; 11, *De pign. act.*

est étendue par M. Molitor au mandataire général ; mais ses preuves ne nous semblent pas concluantes. L'autre exception au contraire est établie par des textes. Les personnes incapables de volonté peuvent acquérir la possession par mandataire. La volonté de leurs administrateurs, tuteurs ou curateurs, supplée la leur (1).

Le représentant doit avoir en outre l'intention d'acquérir la possession pour le représenté : sans quoi ce dernier n'aurait pas la possibilité physique d'agir sur la chose. Cependant, dans le cas d'acquisition par tradition, si la volonté du *tradens* est de faire acquérir la possession au représenté, cette volonté l'emporte sur la volonté du représentant, nous dit Ulpien. Julien est d'avis opposé : mais comme nous l'avons dit plus haut, nous croyons que la solution d'Ulpien fut suivie par les Romains. Il n'est pas nécessaire que le représentant soit capable d'avoir civilement une volonté : il suffit qu'il l'ait naturellement. Ainsi l'esclave qui n'est possédé par personne, le pupille sans autorisation de son tuteur, peuvent acquérir pour autrui. Celui qui ne pourrait avoir même naturellement aucune volonté serait incapable d'acquérir (2).

74. — Un cas particulier d'acquisition par un tiers a été désigné par les commentateurs sous le nom de *constitut possessoire*. Il a lieu en ma faveur quand le possesseur d'une chose consent à la détenir en mon nom (3). On y a vu longtemps une fiction singulière : on reconnaît aujourd'hui qu'il n'y a là qu'un fait d'appréhension antérieur à l'*animus*, ce qui se rencontre également dans les traditions *brevi manu*. Il n'a donc rien de fictif et n'a besoin pour exister que de la volonté certaine du constituant. Cette volonté peut n'être pas expresse. Voici trois cas où elle existe tacitement : si l'ancien possesseur

(1) L. 1, §§ 20 et 22 ; l. 2 ; l. 42, § 1, *De acq. poss.* ; l. 11, § 6, *De pign. act.*
(2) Lois 32 et 34 ; l. 1, §§ 9 et 10, *De acq. poss.*
(3) L. 18, *De poss.*

devient locataire (1) ou commodataire ou dépositaire de la chose; s'il la donne ou la vend en s'en réservant l'usufruit ; s'il la met en communauté universelle de biens, car au moment de la conclusion du contrat la tradition est supposée parfaite et chacun est possesseur pour tous (2).

Le constitut possessoire fit fortune dans l'ancien droit français, appliqué aux actes d'aliénation sous le nom de clause de dessaisine-saisine. Il est devenu inutile depuis que les contrats transfèrent la propriété sans qu'il soit besoin de tradition.

(1) L. 77, *De rei vind.*
(2) Lois 1 et 2, *Pro socio.*

CHAPITRE VI.

75. — La possession une fois acquise se conserve tant que subsistent les deux éléments qui l'ont fait acquérir. Seulement ces deux éléments ne sont plus exigés d'une façon active : l'effort qui a changé l'état antérieur des choses en produisant l'acquisition est remplacé par le repos ; et la possession se conservera tant qu'un acte contraire ne viendra pas détruire l'un ou l'autre de ces éléments. C'est ce qu'exprime Paul dans la loi 153, *De reg. juris* (1), et ce que viennent confirmer nombre de textes, entreautres la loi 44 § 2, *De acq. poss.*, disant en propres termes : « *Possessio amittitur vel animo vel etiam corpore.* »

SECTION PREMIÈRE.

Perte de la possession exercée directement.

§ I. — *Perte* animo.

76. — Il n'est pas nécessaire pour conserver la possession de maintenir constamment la volonté de posséder : ce serait d'ailleurs impossible. La possession ne se perd que par un acte contraire : elle se perdra par la volonté de ne plus posséder. Peu importe le motif qui inspire cet *animus non possidendi* ; dès qu'il existe,

(1) Le sens de cette loi avait été détourné par une fausse traduction du mot *utrumque*.

la possession est perdue (1). Il suit de là que les personnes incapables de volonté ne pourront perdre la possession *animo* (2). Elles sont par suite dans l'impossibilité de perdre toute possession qui se conserve *animo solo*.

Cette renonciation ne se présume pas. Ainsi celui qui intente une action en revendication n'est pas supposé renoncer au bénéfice de la possession. Mais elle peut résulter de certains actes, du constitut possessoire par exemple, de la négligence ou de l'absence prolongée du possesseur (3).

§ II. — *Perte* corpore.

PERTE DE LA POSSESSION PROPREMENT DITE.

77. — Le *corpus* étant la possibilité physique et exclusive de disposer de la chose, la possession est perdue *corpore*, quand cette possibilité disparaît, par exemple : par la destruction de l'objet, sa spécification, sa mise hors du commerce; son approche rendue inaccessible ; par la mort ou la captivité du possesseur. Appliquons ce principe successivement aux meubles et aux immeubles.

78. — *Meubles.* — La perte ou le vol d'un objet mobilier en fait perdre la possession (4). Mais l'objet n'est pas considéré comme perdu par cela seul qu'on ne peut le retrouver de suite, du moment qu'il reste *sub custodia nostra* (5). Si l'on a caché une somme d'argent en terre, même dans la propriété d'autrui, la possession en est également conservée, lors même que l'on aurait oublié la place du dépôt, tant qu'un autre ne s'en est pas emparé (6). Le secret du dépôt ou la garde de la chose mettent en effet l'objet en question à l'abri de l'action d'un tiers et per-

(1) L. 19 et l. 3, § 6, *De acq. poss.*
(2) L. 29, *De acq. poss.*
(3) Cod., l. 4, *De acq. poss.*
(4) L. 15, 24 et 25, *De acq. poss.*
(5) L. 3, § 13, *Eod.*
(6) L. 44, pr., *Eod.*

mettent par suite au possesseur d'en reprendre à un moment donné la disposition. Le *corpus*, comme l'*animus*, se conserve plus facilement qu'il ne s'acquiert.

Les animaux peuvent se soustraire eux-mêmes à la possession de leur maître. Les animaux domestiques cessent d'être possédés quand ils se sont égarés ; les animaux sauvages, quand ils ont recouvré leur liberté naturelle, à moins qu'étant apprivoisés, ils n'aient conservé l'habitude de revenir à l'endroit où leur maître les garde (1).

L'esclave qui s'enfuit se vole lui-même à son maître. Cependant des motifs d'utilité pratique le firent considérer comme restant quand même au pouvoir et en la possession de ce dernier (2). C'est une exception remarquable à la règle.

79. — *Immeubles.* — Si un tiers expulse le possesseur, cette *dejectio* fait perdre la possession à l'expulsé pour la faire acquérir au *dejiciens*. La nouvelle possession sera vicieuse, mais l'ancienne n'en sera pas moins perdue. A la *dejectio* sont assimilés le refus par un fermier d'admettre sur la ferme celui à qui le possesseur l'a vendue, et la captivité du possesseur sur son ancien domaine, qu'il est réduit à cultiver comme esclave (3). Si, sans attendre l'expulsion, le possesseur abandonne l'immeuble par crainte de son adversaire, il en perd également la possession (4), *animo* ou *corpore*, suivant les cas, comme nous le verrons à propos de l'interdit *unde vi*. Mais si, expulsé un moment, il revient de suite *incontinenti* et repousse l'usurpateur, il est censé toujours continuer sa première possession et ne l'avoir jamais perdue.

L'éloignement momentané ne fait pas perdre la possession de l'immeuble ; car il n'en fait pas perdre la disposition. Cette possession serait perdue cependant si, dans l'intervalle, un tiers

(1) L. 3, §§ 13, 14 et 16, *De acq. poss.* ; l. 3, § 2, l. 4 et l. 5, *De acq. rer. dom.*
(2) L. 1, § 14, *De acq. poss.*
(3) L. 1, § 47, 12 et 18, *De vi.*
(4) L. 33, § 2, *De usurp.* ; l. 1, § 29, et 3, § 6 et 7, *De vi.*

s'en était emparé. C'est ainsi en effet que le décidaient les anciens jurisconsultes, et ils accordaient à l'ancien possesseur l'interdit récupératoire *de clandestina possessione*. Mais ensuite on admit que la possession se conservait jusqu'au moment où l'ancien possesseur avait connaissance de l'intrusion du tiers dans son immeuble. Cette théorie prit naissance, comme nous l'avons vu, n° 24, à propos des *saltus hiberni vel æstivi* abandonnés par une conséquence de leur mode d'exploitation pendant une partie de l'année. La règle exceptionnelle qui les concerne nous est donnée au troisième siècle par Papinien. Plus tard Paul et Ulpien généralisent cette exception en l'étendant à tous les immeubles ; et nous trouvons consacré par les Institutes de Justinien le principe de la conservation de de la possession des immeubles *animo solo* (1). Dès lors, si l'absent revient et chasse l'intrus, il est censé n'avoir jamais perdu la possession ; s'il est repoussé ou s'il s'abstient, il la perd à partir du moment où il a connu l'usurpation.

Comme deux possessions ne peuvent exister simultanément, il résulte de cette règle une exception au principe de l'acquisition de la possession par la réunion de l'*animus* et du *corpus*. L'usurpateur n'acquiert la possession qu'à partir du moment où l'ancien possesseur a eu connaissance de cette nouvelle possession et ne l'a pas troublée.

PERTE DE LA QUASI-POSSESSION D'UNE SERVITUDE.

80. — Les principes qui régissent la perte de cette quasi-possession découlent de ceux que nous avons posés pour son acquisition.

La possession des servitudes personnelles se conserve et se perd comme la possession des choses. Mais elle est soumise en outre à une autre cause de perte qui est en même temps une

(1) L. 6, § 1 ; 7 ; 3, § 7 et 8 ; 18, § 3 et 4 ; 25, § 2 ; 16, *De acq. poss.* ; 17, *De vi.*

cause d'extinction du droit lui-même, le non-usage (1). De cette cause d'extinction M. de Savigny déduit que pendant le non-usage la possession est en suspens et que la reprise de l'usage ou l'expiration du délai détermineront seuls si elle a existé ou non. Cette théorie anomale est repoussée par les textes. Les lois 9 et 10, *Uti poss.*, nous enseignent que l'usufruitier qui, à la suite d'une expulsion, aurait perdu son droit par non-usage, obtiendrait par l'interdit *unde vi* la réparation de ce préjudice, que le non-usage ait commencé avant ou après la *dejectio*. Or l'interdit *unde vi* ne se donne qu'à celui qui était possesseur au moment de l'expulsion.

Nous n'admettons pas davantage une autre théorie de M. de Savigny sur la possession de l'usufruit. D'après lui, celui qui cède ou vend l'exercice de son droit d'usufruit ne fait en réalité que le louer et en conserve la possession. Mais la loi 12 § 2, *De usuf.*, sur laquelle il s'appuie, n'a pas pour but de déterminer la qualité du possesseur : elle indique seulement les actes qui doivent être considérés comme un mode d'usage de l'usufruit et empêchent ainsi son extinction. Au fond, comme le droit est incessible, l'objet même de la donation ou de la vente est précisément l'exercice de ce droit, ce qui entraîne le transport de la quasi-possession. D'ailleurs, pourquoi refuser la possession à l'acheteur à qui les interdits seraient utiles, pour la conserver exceptionnellement au vendeur qui n'en a que faire? Enfin l'usufruitier qui aurait cédé l'exercice de son droit à titre de précaire aurait, sur le refus du concessionnaire, l'interdit *de precario*, interdit *recuperandæ possessionis* (2); il avait donc perdu la possession puisqu'on lui donne un interdit récupératoire.

81. — La possession des servitudes réelles se perd quand la possibilité physique d'exercer le droit de servitude est anéantie:

(1) Le délai d'extinction par non-usage qui était d'abord de deux ans fut porté ensuite à dix ou vingt ans.
(2) L. 3, § 2, *De prec.*, et l. 12, § 2, *De usuf.*

mais elle se perd aussi en vertu de dispositions spéciales dans lesquelles on peut voir une présomption légale de renonciation à la possession. Ainsi la possession des servitudes discontinues se perd avec la cessation de leur exercice sous certaines conditions dépendant de celles qui la font acquérir et que nous étudierons avec elles en parlant des interdits qui les protégent. Les servitudes rurales s'éteignent en outre par le non-usage, et leur possession se perd en même temps si le défaut d'exercice ne l'a déjà fait perdre par un délai moindre. La possession des servitudes continues se perd avec la possession du fonds dominant, ou isolément par tout acte qui, changeant l'état des lieux, en rend l'exercice impossible, par exemple la démolition de l'ouvrage qui la constitue, si c'est une servitude positive, l'établissement de l'état de choses défendu, si c'est une servitude négative.

SECTION II.

Perte de la possession exercée par un intermédiaire.

82. — Celui qui possède par un intermédiaire peut perdre la possession *animo*, comme s'il possédait par lui-même. Mais il ne peut perdre la possession *corpore* par un fait qui agirait personnellement et exclusivement sur lui (1) ; il ne peut le perdre ainsi que du chef de son représentant.

PERTE CONTRE LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTANT.

83. — Nous appliquerons les règles que nous venons d'exposer sur la perte de la possession *corpore*. En cas de *dejectio* du représentant, la perte aura lieu pour le représenté, qu'il connaisse l'expulsion ou non (2), car conservant la possession *animo* et *corpore*, il peut la perdre *corpore*. L'exception n'aurait

(1) L. 1, § 45, *De vi.*
(2) L. 1, § 22, *De vi.*

plus dans ce cas son utilité, car le possesseur apprendra rapidement par son représentant l'expulsion que ce dernier a subie. De plus, le fonds étant *vi possessus* ne pourra être usucapé.

PERTE PAR LA VOLONTÉ DU REPRÉSENTANT.

84. — Le représentant abandonne purement et simplement la chose. — La possession n'est pas perdue (1), car il faut un acte contraire pour la faire perdre. Il en sera de même si le représentant devient incapable de continuer sa représentation, par exemple, s'il meurt ou perd la raison (2). Le représenté se trouve alors dans le cas d'un possesseur éloigné de l'objet de sa possession. Qu'un tiers s'en empare, il la perdra, de suite si c'est un meuble ; quand il aura connaissance du fait, si c'est un immeuble.

85. — Le représentant veut faire acquérir la possession à un tiers. — On peut assimiler ce cas à celui où le représentant abandonne la chose et où un tiers s'en empare de suite, et adopter la solution de l'alinéa précédent. C'est ce que semble faire Paul (3). Mais on peut dire aussi que, par l'effet de la volonté du représentant, le représenté perd la possession de la chose, immeuble ou meuble, dès que la tradition est accomplie, et avant qu'il n'en ait eu connaissance. C'est ce qu'enseigne Papinien (4). Cette divergence ne s'étend pas aux meubles dont la possession ne se conserve pas *animo* (5). La controverse fut tranchée par Justinien, qui fit prévaloir l'opinion de Paul (6).

86. — Le représentant veut acquérir la possession pour lui-même. — Il a dès lors l'*animus* et le *corpus* : il semble donc qu'il doive acquérir la possession, et le représenté la perdre.

(1) L. 7, pr.; *Pro empt.* ; l. 31, *De dolo* ; l. 44, § 2, et l. 40, § 1, *De acq. poss.* Nous admettons pour cette dernière loi la leçon *idem*.
(2) L. 25, § 1, et 40, § 1, *De acq. poss.*
(3) L. 3, § 9, *De acq. poss.*
(4) L. 44, § 2, *De acq. poss.*
(5) L. 33, § 4, *De usurp.*
(6) Cod., l. 12, *De acq. poss.*

Remarquons cependant que tout changement de volonté, pour avoir quelque effet, doit se manifester extérieurement. Cette manifestation extérieure est d'autant plus nécessaire ici que, sans elle, le représenté croirait à la continuation de sa possession, et que le mandataire ne pourrait établir son *animus* qu'en affirmant son infidélité.

Pour les meubles, la question fut controversée. Papinien (1) cite l'opinion du Proculien Nerva qui admettait la perte de la possession par le seul changement de volonté du mandataire infidèle. Paul au contraire (2) adopte le système qu'il mentionne comme étant celui des Sabiniens et qui exigeait une *contrectatio* du meuble. Cette dernière opinion, plus rationnelle selon nous, paraît avoir prévalu.

Pour les immeubles, nous n'avons d'autres textes que les lois 12 et 18, *De vi*, qui supposent une *dejectio* du propriétaire. Nous croyons que cette *dejectio* était nécessaire ; car pour les immeubles comme pour les meubles il faut une manifestation du changement d'*animus*. Nous avons de plus un motif tiré des cas précédents, dans lesquels nous avons vu que la volonté du représentant était insuffisante pour faire perdre la possession au représenté, et qu'il fallait en outre que ce dernier ait eu connaissance de l'infidélité de son mandataire. MM. Savigny, Molitor, Machelard en donnent une troisième raison puisée dans la règle : *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.* Cette règle, primitivement qui avait, pour objet l'*usucapio pro herede* a pu recevoir cette extension, quoique ce ne soit pas la *causa*, mais l'*animus* de sa possession que veuille changer le représenté.

Remarquons enfin que, si le représentant était sous la puissance du représenté, il ne pourrait en aucune façon acquérir pour lui-même.

(1) L. 47, *De acq. poss.*
(2) L. 3, § 13, *De acq. poss.*

TITRE II

DES ACTIONS

QUI PROTÉGENT LA POSSESSION

GÉNÉRALITÉS.

87. — La possession est directement protégée en Droit romain par les interdits possessoires. Ces interdits, créés par le préteur en vue des nécessités de la pratique, tout en ayant tous pour but la protection de la possession, varient avec la nature du droit possédé. Nous nous occuperons dans un premier chapitre des interdits possessoires en général et des dispositions qui leur sont communes ; puis nous passerons en revue dans les chapitres suivants les différentes choses et les différents droits qui forment l'objet de la possession, et nous étudierons à propos de chacun d'eux l'interdit qui le concerne.

88. — Mais auparavant, il nous faut dire un mot des actions qui, servant en général à recouvrer les droits perdus, peuvent en particulier servir à recouvrer les avantages qui résultent de la possession.

La *condictio* d'abord, action qui protège en général les obligations de donner et de faire, fut accordée au possesseur

qui a éprouvé une *dejectio* (1). Nous croyons, avec M. Bruns (2), que cette *condictio* a pour fondement l'injustice de la possession du *dejiciens* en vertu de ce principe général : *id quod ex injusta causa apud aliquem sit, condici posse* (3). C'est une *condictio possessionis* et non une *condictio rei* : l'on ne saurait par suite lui donner le même fondement qu'à la Publicienne et exiger la bonne foi. La possession est l'objet de l'action ; la condamnation portera donc seulement sur la valeur de la possession : ce sera une *condictio incerti*. Le demandeur aura simplement à prouver qu'il avait la possession et qu'elle lui a été enlevée. Les textes ne nous indiquent pas les exceptions que pourra faire valoir le défendeur : mais comme cette action n'a trait qu'à la possession, nous croyons devoir écarter toutes les exceptions qui se fondraient sur un droit de propriété ou de servitude et admettre au contraire celles qui seraient tirées des vices de la possession et celles qui, comme le droit de rétention, la compensation, annuleraient l'obligation de restituer. Cette action s'étend aux meubles et aux immeubles : elle fera obtenir au demandeur la valeur de la possession, mais non la réparation du dommage causé.

La loi 15 § 1, *De condict. indeb.*, nous donne un exemple de *condictio possessionis ex causa indebite soluti* reposant sur les mêmes principes que la *condictio* précédente.

Les lois 9 pr. et 21 § 2, *Quod metus causa*, et la loi 23 § 2, *Ex quibus causis maj.*, nous montrent l'application à la possession de l'action *quod metus causa* et de la restitution prétorienne *in integrum*.

Enfin l'expulsé avait toujours la ressource d'une action *in factum* (4).

(1) L. 2, *De condict. furtiv.* ; l. 25, § 1, *De furtis*.

(2) Das Recht des Besitzes in Mittelalter und in der Gegenwart. 1er absch., § 5.

(3) L. 6, *De condict. ob turpem causam* ; l. 1, § 3, *De condict. sine causa*.

(4) L. 1, § 43, *De ei*. Voir en outre dans cette étude, nº 127, l'application à la possession d'une *condictio incerti* et de l'*actio præscriptis verbis*.

Or, rien ne porte à croire que les espèces que nous venons de citer soient des singularités. Ces solutions doivent venir d'un principe plus général. Nous admettrions donc, dans tous les cas de *condictio sine causa*, une *condictio possessionis* à côté de la *condictio rei* ; et dans leurs applications à la possession, l'action *quod metus causa* et la *restitutio in integrum*. M. Bruns y ajoute même les actions prétoriennes restitutoires, telles que l'action de dol et l'action paulienne. On pourrait encore concevoir une plus grande extension, mais pour cela les textes ne nous fournissent aucun appui.

Nous revenons maintenant aux actions spécialement instituées pour la protection de la possession, c'est-à-dire aux interdits possessoires.

CHAPITRE PREMIER.

DES INTERDITS EN GÉNÉRAL ET DE LEUR PROCÉDURE.

SECTION PREMIÈRE.

Des Interdits.

88. — La voie ordinaire des actions n'est qu'une voie indirecte et insuffisante pour protéger la possession. Elle ne fut suivie du reste que par une extension des actions primitives, car la possession isolée de la propriété est une notion qui n'est comprise que dans les civilisations avancées et ne pouvait par suite faire partie du vieux Droit civil de Rome. A un autre point de vue, la possession, étant souvent la cause de rixes et de voies de fait, devait plus particulièrement attirer l'attention des préteurs chargés du maintien de l'ordre. Aussi, au lieu de lui appliquer dès l'abord la procédure des actions, préférèrent-ils employer une forme qui leur permettait une intervention plus directe, et qui, découlant naturellement de leur pouvoir de prendre des mesures de police, ne paraissait pas altérer autant l'ancien Droit. Ce fut la forme des interdits.

89. — M. de Savigny, d'après Niebuhr, rattache l'origine des interdits à la nécessité de protéger les possesseurs de l'*ager publicus* qui, simples concessionnaires, ne pouvaient user des actions accordées seulement aux propriétaires. Mais ce point de vue est trop restreint ; aussi cette opinion compte peu de partisans. Les interdits durent provenir de la nécessité dans laquelle se trouvèrent les préteurs « d'intervenir d'autorité et de suppléer

« par des ordres et par des défenses aux lacunes de la loi, sur-
« tout dans les manières d'administration publique et de police,
« ou dans celles qui pouvaient amener des rixes et des voies de
« fait entre particuliers » (1). Et en effet ce sont là les matières que règlent les interdits, et il nous semble que le magistrat a dû pourvoir à la protection des choses sacrées et religieuses et des voies publiques dès le commencement de la société, et avant même qu'il ne fût question des possessions de l'*ager publicus*.

90. — Quoi qu'il en soit, l'interdit était un édit particulier, émis entre deux personnes (*inter duos dictum*) par le préteur qui, après avoir entendu les parties, leur intimait un ordre ou une défense. Cet interdit formait dès lors la loi des parties, loi qu'elles devaient observer et dont la violation les ramenait devant le préteur. C'est pourquoi tous les interdits sont personnels, pourquoi aussi le moment où l'interdit a été rendu sert de point de départ pour l'examen du droit et le calcul de ce qui peut être dû, car c'est à ce moment seulement que la loi a pris naissance (2).

91. — Les interdits peuvent être exhibitoires, restitutoires ou prohibitoires, suivant la nature de l'ordre intimé par le préteur : *Restituas*, *exhibeas*, *veto*. Dans les interdits prohibitoires, nous dit Gaius, on agissait, tantôt *per sponsionem*, tantôt *per formulam arbitrariam* (3). Nous verrons plus loin la valeur de ces mots.

Ils sont simples ou doubles : simples quand l'une des parties joue le rôle de demandeur, l'autre celui de défendeur : doubles quand toutes deux jouent les deux rôles.

En ce qui concerne la possession, ils sont *adipiscendæ*, *retinendæ*, *vel recuperandæ possessionis* ou encore *tam adipis-*

(1) Ortolan, *Explication historique des Instituts*, nº 2295. — L. 1, pr., *De interd.*
(2) L. 1, § 3, et l. 3, *De interd.*
(3) Gaius, IV, 115.

cendæ quam recuperandæ. Les interdits *retinendæ* et *recuperandæ* ont seuls pour base la possession acquise et par suite feront seuls l'objet de notre étude.

SECTION II.

Procédure des interdits.

92. — Les anciens commentateurs du Droit romain répétaient à l'envi que les interdits se distinguaient par la rapidité et la simplicité de leur procédure, et que là était la raison de leur application à la possession. La découverte du manuscrit de Gaius nous a montré au contraire la complication de cette procédure, qui n'est rapide qu'à condition qu'elle ne soit pas complète (1).

Le premier acte de l'instance est une *vocatio in jus*. La partie lésée ajourne son adversaire devant le magistrat compétent, le préteur à Rome, le proconsul dans les provinces. Si l'adversaire ne comparaît pas, l'envoi en possession de ses biens peut avoir lieu (2). S'il comparaît, le demandeur expose ses prétentions et sollicite la délivrance de l'interdit. Le défendeur de son côté peut présenter des exceptions contre cette demande, prétendre qu'il n'y a pas lieu à l'interdit ou du moins demander l'insertion d'une exception dans la formule.

Si le défendeur avoue et reconnaît le droit de son adversaire, le préteur en vertu de son *imperium* lui enjoint de donner satisfaction. Le défendeur se trouve ainsi tenu *pro judicato* et pourra être contraint *manu militari* comme celui qui est *confessus in jure* (3). Mais le plus souvent le défendeur combattra les prétentions de son adversaire, et alors le préteur délivrera la formule de l'interdit, soit immédiatement, soit à une autre au-

(1) Voir pour toute cette matière : Gaius, IV, § 138 et suivants.
(2) L. 3, § 14, *De homine libero exhib.*
(3) L. 6, § 2, *De confessis* ; l. 1, § 1, *De tabulis exhib.*

dience, *cognita causa*. Dans cette délivrance, il ne s'occupe pas de la question de fait : il déclare simplement la situation alléguée digne de protection, ou plus tard, quand la formule de l'interdit figura dans l'édit, conforme aux règles de l'édit. Cet ordre du préteur, conditionnel au point de vue de la question de fait, n'est pas un jugement, mais un acte d'*imperium*, et forme la loi des plaideurs.

S'ils obéissent à cet ordre, l'instance en reste là. S'il y a contestation sur l'exécution, les parties reviennent devant le préteur.

Nous allons examiner comment se poursuivra cette seconde instance dans le cas d'un interdit simple. Nous verrons ensuite quels nouveaux éléments s'introduiront dans le cas d'un interdit double.

93. — *Interdit simple.* — Il y avait deux formes de procédure : *per sponsionem* ou *per formulam arbitrariam*. La première, contemporaine des *legis actiones* dont elle a conservé le cachet, était probablement la seule qui fût suivie d'abord, et la seconde n'est venue qu'avec le système formulaire, dont elle est une application.

La *sponsio*, dérivation de l'antique *sacramentum*, était une sorte de gageure faite dans les formes légales et à laquelle celui qui s'élevait contre la violation de l'interdit provoquait son adversaire. Elle devait être à peu près conçue en ces termes : *Si contra edictum prætoris non restitueris, spondesne mihi dare centum.* Le défendeur devait répondre : *Spondeo*, s'il ne voulait être réputé *confessus in jure*. Le défendeur interrogeait à son tour : *Si contra edictum prætoris nihil actum sit, spondesne mihi dare centum*, et le demandeur répondait : *Spondeo* et se trouvait ainsi lié par une *restipulatio*. Le pari réciproque était de la sorte engagé ; et le plaideur qui succombait, outre les conséquences de la perte de son procès, devait payer la somme objet du pari : il y était tenu, non plus seulement par une action prétorienne, mais par une action de droit strict, une *condictio certæ pecuniæ*.

Ces *sponsiones* étaient réellement pénales et non pas seulement préjudicielles. Aussi disait-on de cette procédure qu'on agissait *cum periculo*.

Ces formalités accomplies, le préteur nommait un juge ou des récupérateurs, probablement suivant la difficulté de l'affaire, et délivrait la formule qui donnait au juge le pouvoir de condamner la partie dont la *stipulatio* était reconnue par lui *injusta*. Il y ajoutait une autre formule dont le manuscrit de Gaius nous donne une partie : *Aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur vel restituatur* (1).... Il faut probablement combler ainsi la lacune : *Adversarius, quanti ea res sit, condemnetur*. Cette formule nous révèle la trace d'un *judicium arbitrarium* indiqué par les mots : *nisi restituatur*. A la condamnation résultant des *sponsiones*, venait se joindre l'obligation de restituer, dont l'exécution put, à une certaine époque, être poursuivie *manu militari* (2), et en tous cas être toujours transformée en obligation pécuniaire. Cette dernière formule, par son texte même, n'était pas applicable aux interdits prohibitoires.

94. — Au lieu de suivre cette procédure périlleuse, le demandeur pouvait, sauf le cas des interdits prohibitoires, employer un moyen plus simple et agir *per formulam arbitrariam*. Alors plus de *sponsio* ni de *restipulatio* : le préteur donnait simplement une action dont la *condemnatio* était subordonnée à la condition *nisi restituat*. La procédure était ainsi simplifiée : on agissait *sine periculo*, à moins cependant que le défendeur ne vint à opposer au demandeur le *judicium calumniæ*. Cette faculté, qui appartenait au défendeur dans toutes les actions, entraînait ordinairement une condamnation au dixième de la valeur du litige. En matière d'interdits, la condamnation était portée au quart, dans le but de réprimer l'audace des usurpateurs.

(1) Gaius, IV, § 165 *in fine*.
(2) L. 68, *De rei vindic.*

Pour pouvoir employer cette procédure, il fallait la demander *in jure*. Gaïus nous présente le défendeur comme celui qui la demande. C'était en effet ce qui arrivait habituellement ; car elle le délivrait du péril des *sponsiones*, tout en lui permettant le *judicium calumniæ*. Le demandeur n'était pas pour cela privé du droit de la demander, et la suite du texte de Gaïus le démontre implicitement.

95. — *Interdits doubles.* — Chacune des parties joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur. Au lieu d'une *sponsio* et d'une *restipulatio*, il y aura donc deux *sponsiones* et deux *restipulationes*. En outre, de la position égale faite ainsi aux deux adversaires surgissait une nouvelle complication. A qui appartiendra la possession pendant la durée du procès ? Dans l'ancienne action de la loi *per sacramentum*, le préteur adjugeait la possession intérimaire à l'une ou l'autre des parties, selon les divers motifs qui pouvaient le lui faire juger convenable, à la charge de donner caution de la restitution de la chose et des fruits. En matière d'interdits, il mettait aux enchères cette possession intérimaire ; celui qui offrait la somme la plus forte recevait le dépôt de la chose avec le droit d'en percevoir les fruits, et s'engageait par une *stipulatio*, la cinquième que nous rencontrons dans cette procédure, à payer à son adversaire une certaine somme, s'il perdait son procès. Cette opération s'appelait *fructuum licitatio*. De cette stipulation naissait une obligation de droit strict pour laquelle le préteur délivrait une nouvelle formule de *condictio*. Cette nouvelle stipulation avait comme les autres un caractère purement pénal. Le possesseur intérimaire devait en outre s'engager à restituer effectivement les fruits perçus (1). Nouvelle stipulation et nouvelle formule de *condictio*. Cette stipulation devint tellement fréquente dans la pratique qu'on finit par y suppléer

(1) C'est, du moins, ce qui paraît résulter du texte incomplet de Gaïus.

quand elle avait été omise et que le préteur donnait d'office un *judicium fructuarium*, appelé aussi *secutorium* parce qu'il était le complément obligé de la *fructuum licitatio*. Ce n'est pas tout encore. Il fallait assurer la restitution de la chose par le possesseur intérimaire. Il y était pourvu par le *judicium Cascellianum* nommé ainsi probablement du nom du préteur qui l'avait imaginé, et appelé aussi comme le précédent *secutorium*, car il était comme lui la conséquence de la victoire obtenue sur la *fructuum licitatio*. Ce devait être encore un *judicium arbitrarium*, car Gaius dit : *nisi restituat*, et plus loin, *possessionem restituere jubetur*.

Tous ces préliminaires une fois accomplis, le préteur nomme un juge ou des récupérateurs. Ceux-ci examinent le fond du litige et statuent sur les *sponsiones* et les *restipulationes*. Le jugement rendu sur l'une d'elles, toutes les autres s'ensuivent.

96. — Cette procédure compliquée et périlleuse devait effrayer les plaideurs. Aussi beaucoup s'en tenaient à la délivrance de l'interdit, et les affaires ne s'expédiaient pas. Pour y remédier, le préteur, nous dit Gaius, *comparavit interdicta*.... Le reste manque. On en a conjecturé que, comme dans les interdits simples, la formule arbitraire avait fini par remplacer l'ancienne procédure. C'est une hypothèse très-probable, mais ce n'est qu'une hypothèse.

97. — Cette procédure fort ancienne, dernier vestige des actions de la loi, disparut à son tour quand le système formulaire fit place à la procédure extraordinaire. La réunion des pouvoirs du juge et du magistrat rendit impossible la délivrance d'un interdit, et il n'y eut plus désormais sous ce nom que des actions ordinaires. Justinien dans ses Institutes consacre cette assimilation.

SECTION III.

Influence du pétitoire sur la procédure possessoire.

98. — Le possessoire est complétement distinct du pétitoire. « *Nihil commune habet proprietas cum possessione : et ideo non denegatur ei interdictum ubi possidetis qui cœpit rem vindicare : non enim videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit* (1). » Ainsi, après avoir intenté l'action pétitoire, on pourra recourir au possessoire afin de faire constater sa possession et rejeter le fardeau de la preuve sur l'adversaire. Le jugement au pétitoire restera alors en état jusqu'à ce que la question possessoire soit vidée. Ainsi encore le possesseur spolié pourra intenter à la fois l'action en revendication et l'interdit *unde vi* ; et il pourra avoir intérêt à le faire, car ainsi que nous le verrons, il obtiendra par l'interdit *unde vi* des dommages-intérêts plus considérables. Le jugement au possessoire aura encore un effet utile, malgré l'instance pétitoire, en ce qui concerne les fruits perçus, qui appartiendront au possesseur de bonne foi, indépendamment de toute question de propriété.

Cette distinction si nette de la possession et de la propriété et la nécessité pour le juge de se renfermer dans les limites de la formule délivrée par le préteur empêchaient tout cumul des actions pétitoire et possessoire. Elles pouvaient être jugées dans le même temps, mais par deux procès différents, et il n'était pas permis d'opposer à une demande possessoire une fin de non-recevoir fondée sur un droit de propriété. Mais quand, par suite de l'extension donnée à la procédure extraordinaire, le magistrat vint à remplir lui-même les fonctions de juge, il dut souvent avoir à trancher les questions de propriété et de possession sur le même objet. Il pouvait le faire par jugements séparés ; il le

(1) Ulp., l. 12, § 1, *De acq. poss.* Voir aussi l. 51, *Eod.*, l. 14, § 3, *De except. rei judic.*, et l. 18, § 1, *De vi et vi armata.*

devait même parfois, si par exemple la question de possession était soulevée comme préliminaire de la demande pétitoire afin de savoir à qui incombait la preuve de la propriété (1) : mais nous croyons que, dans bien des cas, le même jugement dut statuer sur les deux questions. Il y avait alors cumul apparent, et en réalité deux décisions distinctes réunies dans le même arrêt. La constitution de Valentinien vint apporter une exception au principe de la séparation, en privant de son droit de propriété sur la chose qu'il avait enlevée l'usurpateur qui avait employé la violence. Mais cette exception ne dut pas altérer la règle fondamentale (2).

(1) Cod., l. 13. *De rei vindic.*; l. 3, *De interd.*

(2) C'est ce qui nous paraît le plus probable : nous ne connaissons aucun texte qui puisse appuyer ou contredire cette opinion.

CHAPITRE II.

IMMEUBLES. — INTERDIT RETINENDÆ POSSESSIONIS

99. — La circonstance unique, qui donne ouverture à l'interdit possessoire, c'est la violation de la possession. Cette violation peut en entraîner la perte, ou la troubler seulement. Dans le premier cas, le possesseur dépossédé devra être réintégré dans sa position primitive; il aura pour cela les interdits *recuperandæ possessionis*: dans le second, il n'a besoin que de retenir la possession qu'on veut lui enlever, et il aura pour cela un interdit *retinendæ possessionis*, interdit appelé *Uti possidetis* de deux mots tirés de sa formule.

SECTION PREMIÈRE.

Texte de l'interdit uti possidetis, son but, par quelles procédures et quelles condamnations il l'atteint.

100. — Le texte de l'interdit était le suivant : « *Uti eas ædes,*
« *quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab*
« *altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.*
« *De cloacis hoc interdictum non dabo, neque pluris quam*
« *quanti res erit ; intra annum quo primum experundi po-*
« *testas fuerit, agere permittam* (1). »

101. — Au temps de Justinien, cet interdit tend à un double but : réparation du trouble et constatation de l'état de la posses-

(1) Ulp., l. 1, pr., *Uti possidetis.*

sion. Mais nous ne croyons pas qu'il en fut ainsi dès le principe. Gaïus, Ulpien, Justinien même, copiant en cela les anciens jurisconsultes, nous le présentent comme servant à constater l'état de la possession afin de déterminer les rôles dans l'instance en revendication, et ne parlent en aucune façon de la réparation du trouble (1)! Ce silence est frappant, surtout chez Gaïus, qui en décrit tout au long la procédure. Nous en concluons que l'interdit ne tendait pas alors à la réparation du trouble (2). Et en effet, pour y arriver, les voies ordinaires étaient ouvertes. Une fois la possession reconnue, le possesseur pouvait poursuivre son adversaire par une action naissant d'un délit ou d'un quasi-délit, l'action utile de la loi Aquilia par exemple, qui se donnait même à l'usufruitier, ou une action *in factum*. Cette action dut se confondre plus tard avec l'interdit quand le magistrat eut réuni en sa personne tout le pouvoir judiciaire.

102. — Cet interdit est double et prohibitoire. Chacune des parties nie la possession de son adversaire et la revendique pour elle-même. Tel est du moins le cas spécialement prévu par l'interdit. Chacun se prétend victime et non agresseur. La formule s'adresse aux deux parties indistinctement. Le préteur ne s'occupe pas de savoir où est la possession : il défend simplement de la troubler là où elle existe. Ce n'est que sur la violation réelle ou prétendue de l'interdit que le juge examine où était la possession pour savoir si elle a été violée (3).

La procédure se suit comme nous l'avons indiqué en parlant

(1) Gaius, IV, § 148; Ulp., l. 3, § 1, *Utt poss.*; Just. inst., IV, 15, § 4.

(2) M. de Savigny va cependant jusqu'à prétendre que la réparation du trouble était le but principal de l'interdit et que ce n'est que par extension que le préteur l'a employé pour régulariser la position des parties dans le procès pétitoire. Mais il ne peut expliquer d'une façon suffisante comment les jurisconsultes romains, interprétant l'interdit, auraient négligé son but principal pour ne s'occuper que de l'effet accessoire.

(3) Gaius, IV, § 168.

des interdits doubles ; comme il est prohibitoire, il ne comporte que la procédure *cum periculo*. C'est même à ce propos que Gaius la développe, et ce n'est que par extension de motifs qu'on admet son application à l'interdit *utrubi*. Les condamnations *pœnæ nomine* sur la *sponsio*, la *restipulatio* et la *fructuum licitatio* n'offrent point de difficultés et n'ont que peu d'intérêt. Nous trouvons ensuite la condamnation qui intervient sur le *judicium fructuarium*, égale à la valeur des fruits perçus depuis l'instance : puis la condamnation sur le *judicium Cascellianum*. Cette dernière, qui était arbitraire, devait permettre de se faire restituer l'immeuble dont la possession avait été adjugée provisoirement au plus offrant. La condamnation pécuniaire, s'il n'y avait pas restitution, s'évaluait d'après l'intérêt que l'on avait à conserver la possession (1), évaluation extrêmement difficile. Aussi croyons-nous, avec M. Machelard, qu'en pratique, ou bien le fonds était restitué, ou bien le vaincu, coupable de dol par suite de son refus de restituer, se voyait condamné à payer cette évaluation fixée dans les limites d'un maximum par le serment du vainqueur.

103. Toutes ces condamnations tendent à conserver la possession : aucune à la réparation d'un préjudice antérieur. Nous en concluons que l'interdit n'avait pas cet effet. Mais, dit-on, ce résultat est inique ; car, de la sorte, le perturbateur qui, depuis l'émission de l'interdit, se serait abstenu de tout trouble, serait absous. Non, il ne serait pas absous ; il perdrait son procès sur la possession, seule question en cause. Si l'interdit devait réparer en même temps le dommage, pourquoi la condamnation sur le *judicium fructuarium* ne porterait-elle que sur la valeur des fruits perçus depuis l'instance, et non sur ceux qui auraient pu l'être auparavant (2) ? C'est là que serait l'injustice. Mais il n'y a

(1) *Quanti res erit*, termes de l'interdit expliqués par Ulpien, l. 3, § 11, *Uti poss.* Le texte porte *retinere* et non *retinuisse*.
(2) L. 3, *Uti possid.*

aucune iniquité à limiter l'effet d'un mode de procédure. La réparation du dommage sera obtenue par une action spéciale. Nous ne voyons du reste aucune difficulté à admettre que cette action accompagnait habituellement l'interdit ; c'est même ce qui devait arriver, et l'on peut concevoir à côté du *judicium Cascellianum* un *judicium arbitrarium* amenant ce résultat. Cette fusion de l'action et de l'interdit, qu'elle se soit faite antérieurement ou postérieurement à la procédure extraordinaire, était accomplie sous Justinien : les termes de l'interdit nous le prouvent : *Intra annum quo primum experiundi potestas fuerit agere permittam*. Si l'on a une année pour agir à partir du trouble, c'est que le trouble commis pendant ce laps de temps tombe sous le coup de l'interdit. Remarquons toutefois que le texte dit : *agere permittam* et non *interdictum dabo*, ce qui semble bien se rapporter à l'action qui procure les dommages-intérêts plutôt qu'à l'interdit. Et en effet, qu'importe l'annalité pour la reconnaissance de la possession ? La poursuite de dommages-intérêts pour un trouble antérieur est seule périmée par le délai d'un an.

§ II. — *Conditions d'exercice.*

104. — Pour pouvoir invoquer l'interdit, il faut être dans le délai voulu. Nous venons de voir que ce délai était d'une année à partir du moment où l'on avait pu intenter l'interdit, ce qui doit s'entendre d'une année utile. Il faut en outre réunir deux conditions : posséder et être troublé dans sa possession.

La possession doit être antérieure au trouble : mais il suffit qu'elle le soit d'un instant ; aucune durée n'est exigée. Elle doit être exempte de vices, mais vis-à-vis de l'adversaire seulement. Nous avons étudié assez longuement dans notre premier titre les questions relatives à la possession pour n'avoir pas à

revenir sur ce sujet. Le possesseur seul peut intenter l'interdit (1).

105. — Le trouble dont parle le préteur en disant : *Vim fieri veto*, nous est ainsi défini par la loi 11 *De vi* : « *Vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo, sive in ferendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid ædificando, sive quid omnino faciendo per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.* » Le trouble défini par cette loi est donc tout acte portant atteinte à la possession. Il en résulte qu'une fois l'interdit lancé, toute atteinte à la possession permet de revenir devant le magistrat pour continuer la procédure et faire punir l'adversaire. Mais pour que le préteur donne l'interdit, il faut quelque chose de plus, il faut une véritable contestation sur la possession. Cette proposition nous paraît résulter inévitablement du but principal, sinon unique, de l'interdit, déterminer quel est le possesseur, et de toute la procédure des *sponsiones*. Les textes du Digeste nous fournissent en outre plusieurs exemples du refus de l'interdit dans les cas où la possession n'était pas discutée, et de sa délivrance quand les deux parties prétendaient posséder (2).

106. —Cependant l'interdit fut étendu à des cas où il y avait, de la part d'un des plaideurs, prétention à la possession, non d'un droit de propriété exclusive, mais d'un démembrement de ce droit. Cette extension n'est qu'indiquée dans les textes. Essayons de nous rendre compte de la manière dont elle a pu se faire et du point où elle a dû s'arrêter.

L'un des deux plaideurs ne prétend qu'à une co-possession ; l'interdit s'appliquera encore (3). M. Machelard propose dans ce cas la modification suivante à la formule : *Uti... pro dimidia*

(1) L. 3, § 8, *Uti possid.*
(2) Voir notamment, l. 3 § 2, 4, 5, 6, 7, 9, *Uti poss.* ; l. 5, § 10, *De op. novi nunt.*
(3) L. 1, § 7, *Uti poss.*

parle de qua agitur... possidetis. La procédure restera la même. Il en sera encore ainsi si l'un des plaideurs prétend être usufruitier. Alors le préteur dira : *quod possides, quodque uteris fruceris* (1), et il terminera probablement ainsi sa formule: *Quominus utimini fruimini...*

Si l'adversaire du possesseur de l'immeuble lui oppose la possession d'un droit réel, d'une servitude sur cet immeuble, la question devient plus délicate. Il est certain que l'*uti possidetis* pouvait être employé (2), mais comment l'était-il ? M. Machelard croit que, dans ces cas, l'interdit devenait simple et ne mettait en question que la possession absolue, sauf peut-être l'addition d'une exception pour protéger la quasi-possession de la servitude. Il nous paraît difficile d'admettre une modification aussi profonde de l'interdit que les textes nous présentent toujours comme un interdit double. Voici, croyons-nous, ce qui passera dans ce cas :

Ou bien le droit opposé par le défendeur n'est pas susceptible d'une quasi-possession. Il en sera alors comme si aucun droit n'était opposé : l'hypothèse est en effet la même que si le défendeur opposait un droit de propriété sans prétendre à la possession de ce droit, et personne ne soutient que ce droit de propriété puisse donner lieu à une exception, puisque le but de l'interdit est précisément de déterminer le rôle du possesseur dans le débat en revendication. Dans ce cas, le défendeur n'opposant à la possession de son adversaire aucune possession reconnue juridiquement se trouvera tenu *pro judicato* et pourra être contraint *manu militari* comme *confessus in jure.* Vaincu au possessoire, il sera forcé, pour défendre son droit, de recourir à une action confessoire ou négatoire, ou à toute autre action pétitoire.

Ou bien le droit réel opposé est susceptible d'une quasi-possession. Nous verrons en parlant des servitudes quels droits

(1) *Vat. Fragm.*, § 90 ; l. 1, *Utt poss.*
(2) L. 3, § 7, *Si sert. vind.*

peuvent être possédés. Rigoureusement, le débat devrait s'arrêter avant l'émission de l'interdit, et le défendeur, ne prétendant pas à la possession proprement dite, devrait être condamné. Mais nous venons de voir que la protection de l'*uti possidetis* avait été étendue à l'usufruitier. Et si aucun texte ne nous enseigne qu'elle ait été étendue également aux servitudes réelles, si, comme nous le croyons, par des raisons que nous développerons plus loin, cette extension n'a eu lieu que dans des cas exceptionnels ; cependant nous savons que la possession de certaines servitudes était protégée par des interdits spéciaux, et il serait étrange de faire perdre par l'interdit *uti possidetis* une quasi-possession qu'on recouvrerait immédiatement par un autre interdit. Aussi les préteurs ont dû y pourvoir, et c'est ce que nous indique la loi 3 § 7, *Uti poss.*, à propos du superficiaire : *Dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis, et ita Pomponius quoque probat.* Le texte ne nous dit pas quel sera le moyen de protection employé par le préteur. Refusera-t-il l'interdit ? Non, car le possesseur du sol a droit à être protégé, et l'allégation de la possession de la superficie est peut-être fausse. Il faut donc trouver une formule qui renferme à la fois l'idée de la possession absolue d'un côté, de la possession superficiaire de l'autre. Pour cela, il n'est aucun besoin de bouleverser la notion de l'interdit, de le rendre interdit simple et d'y insérer une exception. Il n'y a qu'à lui conserver sa nature d'interdit double et modifier sa formule d'une façon analogue au cas d'usufruit, par exemple de la manière suivante : *Uti tu A. A. eum fundum..... possides ejusque superficie frueris et tu N. N. ex lege locationis sive conductionis ejus fundi superficie nec vi nec clam nec precario ab. A. A. frueris, quominus ita fruimini, vim fieri veto.* Pareille extension se concevrait au cas où le défendeur invoquerait la quasi-possession d'une servitude de passage ou de toute autre servitude

dont la possession est reconnue. La procédure serait la même : seulement il n'y aurait pas lieu à la *fructuum licitatio*, impossible dans ces cas, puisque le possesseur de la servitude ne prétend à aucun droit sur les fruits.

Cette solution, nous le savons, est complétement hypothétique : mais c'est encore celle qui nous a paru le plus plausible. Elle modifie fort peu la nature de l'interdit et s'accorde avec la théorie de la quasi-possession et des interdits quasi-possessoires ; et si elle n'est appuyée d'aucun texte, elle n'est non plus contredite par aucun.

107. — Si le trouble a entraîné la dépossession, l'ancien possesseur aura un interdit *recuperandæ*. Mais il n'aura pas l'interdit *retinendæ* qui, comme son nom l'indique, ne se donne qu'à celui qui est encore possesseur. Cette affirmation peut paraître bien audacieuse en présence de l'autorité des partisans de la doctrine contraire : nous la croyons néanmoins fondée. Elle a d'abord pour elle les textes qui tous, en présence d'une dépossession, nous indiquent le remède de l'interdit *recuperandæ* sans parler une seule fois de l'interdit *Uti possidetis*. La loi 17 pr. *De acq. pos.*, que l'on prétend nous opposer, prouve elle-même en notre faveur. « *Si quis de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.* » Son sens naturel est qu'on peut encore considérer comme possesseur celui qui a perdu sa possession par la violence puisqu'il a l'interdit *unde vi* pour la recouvrer. C'est une simple application du principe : *Qui habet actionem ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*. Si Ulpien avait voulu dire qu'il était encore en réalité possesseur, il lui eût accordé non l'interdit *recuperandæ*, mais l'interdit *uti possidetis*. Nous ne nous arrêterons pas à la loi 3 pr. *Uti poss.*, dans laquelle, nous l'avons déjà vu (1), Ulpien fait un raisonnement par l'absurde. Nous avons hâte de

(1) N° 31, note 1.

montrer que les effets que notre théorie fait produire à l'interdit *uti possidetis*, dans le cas où le *dejectus* ou le *dejiciens* voudraient l'employer, loin d'être étranges, sont parfaitement logiques.

Si, après avoir perdu sa possession, le *dejectus* vient attaquer le *dejiciens* par l'interdit *uti possidetis*, il échouera parce que, ne possédant plus, il a intenté une action qui ne lui appartenait pas. C'est ce que reconnait avec nous M. de Savigny. Le *dejiciens* ne triomphera pas davantage. Les termes mêmes de l'interdit s'y opposent : *nec vi*, *nec clam*, *nec precario ab adversario*. Il possède *vi* : sa possession ne sera pas protégée contre celui qu'il a dépouillé. Les *sponsiones* et les *restipulationes* seront perdues des deux côtés et se compenseront. Aucune condamnation ne sera prononcée : la *summa licitationis* ne sera pas exigible ; le *judicium secutorium* sera impossible. Ces conséquences, qui au premier abord peuvent paraître bizarres, se produisent inévitablement dans tous les cas où aucun des deux adversaires ne peut prouver sa possession (1) et ne peuvent par suite fournir un argument contre nous. Le *dejectus* a eu tort d'intenter l'interdit *uti possidetis* ; il supporte les conséquences de sa faute. Qu'il recoure, s'il en est temps encore, à un interdit récupératoire.

Si le *dejectus*, au lieu de recourir à une action, vient troubler la possession de l'usurpateur, et que ce dernier intente l'interdit *uti possidetis* : alors, nous dit-on, et M. de Savigny le premier, le *dejectus* recouvrera ainsi sa possession. Nous ne voyons aucune raison d'établir cette différence entre les deux espèces. L'interdit étant double, chaque partie, après l'émission de l'interdit, joue le rôle de demandeur et de défendeur ; les *sponsiones*, les preuves, les formules sont identiques. Il faut donc admettre notre solution dans ce cas ou la rejeter tout à fait. La

(1) Le cas où aucun des deux plaideurs ne prouve sa possession donne toujours lieu à des difficultés pratiques dans l'application de l'action possessoire. Nous le constaterons également en Droit français.

majorité des auteurs la rejettent dans l'espèce qui nous occupe, et de ce rejet tirent la conclusion pour l'espèce précédente. Le *dejiciens* ne peut triompher, nous l'admettons parfaitement, puisque sa possession est vicieuse. Mais pourquoi le *dejectus* triompherait-il ? Parce qu'il pouvait recouvrer la possession par l'interdit *unde vi* et qu'on évite ainsi un circuit d'actions ? La raison ne nous paraît pas sérieuse. Parce qu'on pourrait gagner son procès en intentant une action, il ne s'ensuit pas qu'on le gagne en en intentant une autre ou en y défendant. Ce principe, parfaitement vrai dans la Rome formaliste, où la *plus petitio* faisait perdre un procès, l'est encore quelquefois dans notre législation (1). Voyez d'ailleurs à quelle conséquence conduit la doctrine contraire. Au bout d'un an, ainsi que nous le verrons, le *dejectus* ne peut plus intenter l'interdit *unde vi*. Si, ce délai expiré, il trouble la possession de son adversaire, ce qui est une faute, et si ce dernier a la maladresse de vouloir réprimer par l'interdit *uti possidetis* cette tentative coupable, le *dejectus* gagnerait le procès et recouvrerait sa possession malgré la déchéance résultant de l'expiration de l'année, et malgré la perte effective résultant de sa dépossession ! Il nous est impossible d'admettre ce résultat étrange. C'est déjà une faveur qu'une pareille tentative ne puisse être punie par l'interdit *uti possidetis* : ne forçons pas les textes et le sens des mots pour y voir l'occasion de recouvrer une possession par un interdit fait uniquement pour la conserver.

Que la dépossession ait été effectuée *vi*, *clam* ou *precario*, les mêmes raisonnements et les mêmes règles reçoivent leur application.

108. — Un trouble futur ne saurait servir de base à l'interdit *uti possidetis*. On ne peut en effet forcer le premier venu qui n'a attenté en rien à la possession d'autrui de donner caution

(1) Ainsi, pour rester dans le cercle des actions possessoires, celui qui succombe dans la complainte eût pu triompher dans la réintégrande.

qu'il ne la troublera pas. Mais, l'interdit une fois mis en jeu, peut-on, en même temps que la constatation de sa possession et la réparation du trouble, obtenir une caution qui garantisse contre un trouble futur ? M. de Savigny le prétend. Cette opinion est purement conjecturale et ne repose sur aucun texte. Nous ne voyons aucun motif sérieux de déroger à la loi commune des actions par une exception qui ne présente aucune utilité. Si le plaideur condamné commet de nouveaux troubles, le possesseur pourra toujours obtenir contre lui une nouvelle émission de l'interdit.

CHAPITRE III.

109. — La possession, ainsi que nous l'avons démontré, ne se perd que par la volonté du possesseur ou le fait d'un tiers. Le possesseur qui perd la possession par sa volonté ne peut imputer qu'à lui cette perte, à moins qu'il n'ait été induit en erreur, et alors il aurait une *condictio possessionis ex causa indebite soluti* ou une *condictio* analogue. Mais ce cas est exceptionnel. Le fait d'un tiers fera perdre le plus souvent la possession, et il paraît juste alors que l'ancien possesseur, s'il n'a commis aucune faute, puisse la recouvrer. Les préteurs lui ont donné un interdit dans trois cas les plus importants, et dans lesquels ils ont fait rentrer tous les autres; ce sont ceux où la possession lui a été enlevée par violence ou clandestinement, ou a été perdue par une conséquence du précaire : mais ils ne l'ont donné que contre celui qui avait acquis *vi*, *clam* ou *precario* et non contre un tiers possesseur. Nous avons vu par quels actes la possession était ainsi rendu vicieuse (tit. I, ch. 2). Nous avons vu que le possesseur vicieux ne pouvait employer l'interdit *uti possidetis* pour faire respecter sa possession par celui dont il avait usurpé la place. Nous allons voir maintenant comment l'ancien possesseur pourra recouvrer sa possession perdue.

A chaque vice de la possession correspondra un interdit. Ces interdits, d'après leur objet même, seront restitutoires. Or, l'ordre de restituer ne peut s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre des plaideurs, puisque le but de l'interdit est, non de protéger le possesseur, mais de lui enlever ce qu'il détient injustement.

Ces interdits seront donc simples, et par suite les parties pourront agir *sine periculo* en demandant immédiatement la délivrance d'une formule arbitraire.

SECTION PREMIÈRE.

Interdit unde vi.

110. — Cet interdit a subi de grandes modifications sous les empereurs chrétiens, et la formule que Justinien a fait insérer dans le Digeste est manifestement interpolée. Des textes non mutilés et certains passages de Cicéron ont permis de le reconstituer tel qu'il devait être à l'époque classique. Nous allons nous occuper dans un premier paragraphe de cet interdit à l'époque des grands jurisconsultes : nous étudierons ensuite les modifications qu'il a subies.

§ I. — *Époque classique.*

111. — M. Vangerow (1) a reconstitué la formule de l'interdit *unde vi* d'après plusieurs passages de Cicéron. La voici, telle qu'il la propose, et qu'elle est généralement adoptée :

« *Unde tu N. N. aut familia tua, aut procurator tuus Aulum Agerium, aut familiam, aut procuratorem ejus, in hoc anno, vi dejecisti, qua de re agitur, quum A. A. possideret, quod nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo restituas.* »

Cette rédaction prévoit le cas d'une violence ordinaire. Dans le cas d'une violence à main armée, l'interdit subissait quelques modifications dont nous nous occuperons plus loin.

112. — Le but de cet interdit était de faire restituer la possession à celui qui l'avait perdue et de lui faire obtenir en même temps reparation du dommage qu'il avait subi. Ce double but est indiqué par les textes et n'est aucunement contesté.

La restitution de l'immeuble s'obtenait en nature, *jussu*

(1) Lehrb. der Pandect., t. 3, § 690, obs. 1.

judicis, au moyen de la formule arbitraire qui, comme nous l'avons vu, demandée ou non, faisait partie de la procédure. Si la restitution était impossible en nature, une condamnation pécuniaire la remplaçait. Le montant de cette condamnation était la valeur même de la possession, *quanti interest possidere* (1). Cette valeur devait être très-difficile à apprécier en fait. La même difficulté se présentait déjà à propos de l'*uti possidetis*, et si la restitution était devenue impossible par le dol de l'usurpateur, nous accepterions la même solution.

La réparation du dommage consiste à réplacer l'ancien possesseur dans la condition dans laquelle il se serait trouvé si la *dejectio* n'avait pas eu lieu (2). La condamnation qui en résultera pour l'usurpateur pourra être très-sévère. La perte de la possession a pu interrompre une usucapion en voie de s'accomplir. Comment alors évaluer le dommage? Le juge, croyons-nous, condamnera le *dejiciens* à fournir au *dejectus* une *satisdatio* pour le cas où il viendrait à être évincé par suite de cette interruption. L'usurpateur devra en outre tous les fruits de l'immeuble, à partir du jour de la *dejectio*, et non à partir du jour de la demande, comme dans l'interdit *uti possidetis*; et non-seulement les fruits qu'il a perçus, mais tous ceux que l'ancien possesseur aurait pu percevoir; tous les fruits des meubles qui se trouvaient sur l'immeuble, fruits perçus ou que le *dejectus* eût pu percevoir; la valeur des meubles qui auraient disparu, quelle que soit la cause de la disparition, car comme le voleur, il est toujours en demeure et responsable des cas fortuits (3). Pour éviter les difficultés d'estimation de la valeur de ces meubles, l'empereur Zénon décida qu'on s'en rapporterait au serment de l'ancien possesseur expulsé, dans les limites toutefois d'un *maximum* fixé par le juge (4).

(1) L. 6, *De vi.*
(2) L. 1, §§ 31 et 41, *De vi.*
(3) L. 1, §§ 40 et 41; l. 15, *De vi*: l. 4, C., *Unde vi.*
(4) L. 9. C., *Unde vi.*

En un mot, l'usurpateur doit réparer tout le préjudice qu'il a causé.

113. — Le délai de l'action est d'une année utile. Passé ce délai, on pouvait encore intenter l'interdit, mais on n'obtenait plus que des dommages-intérêts jusqu'à concurrence du profit qu'avait retiré le *dejiciens* (1). C'était du reste le droit commun des interdits : tous les interdits temporaires sont perpétuels à ce point de vue (2). Remarquons ici que, comme la possession se conserve *animo*, l'année ne court pas du jour de la *dejectio*, mais bien du jour de la dépossession accomplie.

114. — Pour pouvoir invoquer l'interdit, il faut avoir été possesseur au moment de l'expulsion et avoir été dépossédé violemment par celui-là même contre qui on l'invoque.

Une possession antérieure est la condition indispensable de l'exercice de cet interdit, possession telle que nous l'avons définie, titre I, possession qui doit être exempte de vices vis-à-vis de l'adversaire (3). Si elle était vicieuse à son égard, le défendeur opposerait une exception de violence, précaire ou clandestinité : l'on éviterait ainsi deux actions consécutives dans lesquelles le vainqueur de l'une serait le vaincu de l'autre. Il s'ensuit que, dans l'hypothèse de nombreuses dépossessions successives, on accorderait des répliques, dupliques, etc., jusqu'à ce que l'on arrive à une possession non vicieuse *ab adversario*. Nous supposons, bien entendu, que ces dépossessions successives ont laissé entre elles un intervalle assez long ; sans quoi la même possession se serait maintenue. On ne perd pas en effet sa possession pour avoir été expulsé un moment, si, revenant de suite à la charge, on chasse l'usurpateur.

(1) L. 1, §§ 1 et 39, *De vi*.
(2) L. 4, *De interdictis*.
(3) L. 1, §§ 9, 10, 23, *De vi*; Paul, *Sent.*, V, 6, § 7; *Gaius*, IV, § 151; Cicéron, *pro Cæcina*.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPRIMÉS

Cette possession doit avoir été perdue par violence. Nous avons vu, en parlant des caractères de la possession, ce que les Romains entendaient en cette matière par violence : nous n'avons pas à y revenir. Cette violence doit avoir entraîné la perte de la possession, car l'interdit *unde vi* ne compète qu'à celui qui ne possède plus. Ainsi le possesseur expulsé n'aura pas l'interdit si ses fermiers restent ; car il conserve par eux la possession (1) : il aura seulement contre son adversaire l'action d'injures ou le *judicium publicum* organisé par la loi *Julia De vi*. Si l'ancien possesseur s'était retiré par crainte, il n'y aurait pas lieu non plus à l'interdit : la dépossession aurait été en effet volontaire. *Coacta voluntas, sed voluntas.* Mais il aura pour recouvrer sa possession un autre moyen que nous avons déjà indiqué au commencement de cette étude sur les actions, il aura l'action *quod metus causa* (2). Or, par une bizarrerie assez remarquable, ce possesseur timide sera mieux protégé que le citoyen courageux qui s'est défendu : cette action se donne en effet contre le tiers détenteur qui n'a commis aucune violence. Cependant, si la crainte qui a fait partir l'ancien possesseur avait eu pour cause l'arrivée de gens qui voulaient l'expulser, on pourrait y voir une *dejectio* par violence. Nous avons déjà traité cette question (n° 22) et nous avons vu qu'Ulpien dont l'opinion, la meilleure selon nous, paraît avoir prévalu, décidait qu'il y avait *dejectio vi*, si la troupe que le possesseur redoutait s'emparait immédiatement de l'immeuble (3). Cette occupation prouve en effet que la crainte était fondée, et l'ancien possesseur aurait alors à la fois l'interdit *unde vi* et l'action *quod metus.* Nous croyons qu'on doit assimiler à cette espèce le cas où l'ancien possesseur prouverait que l'envahisseur avait réellement l'intention de l'expulser et

(1) L. 1, § 45, *De vi.*
(2) L. 9, pr., *Quod metus.*
(3) L. 1, § 29, *De vi.*

ne s'est retiré que parce qu'en lui faisant prendre la fuite à son approche, il avait atteint son but. Il va sans dire que si la crainte de l'ancien possesseur était déraisonnable, il n'aurait même pas l'action *quod metus*.

Celui contre qui l'on intente l'interdit doit avoir été l'auteur de la violence (1). L'ancien possesseur n'a pas d'action possessoire contre un tiers détenteur. Cette règle appliquée rigoureusement mettait à l'abri de l'interdit les spoliateurs de mauvaise foi qui faisaient accomplir l'expulsion par des mandataires : aussi on y apporta une première extension en rendant responsable le tiers détenteur qui avait fait accomplir l'expulsion ou l'avait ratifiée (2). Cicéron (3) nous donne les deux rédactions de la formule modifiée entre lesquelles on pouvait choisir : *Unde tu dejecisti* : *unde dolo malo tuo vi detrusus est*. La rédaction insérée dans le Digeste (4) porte : *Unde tu dejecisti aut familia tua dejecit*. Si les esclaves ont agi sans l'ordre ni la ratification de leur maître, celui-ci ne sera tenu de l'interdit que *noxaliter*, c'est-à-dire avec faculté de s'y soustraire par l'abandon noxal (5). Si cependant il en avait profité, il serait tenu de restituer ce qu'il aurait acquis de la sorte. Le père de famille serait tenu de la même manière en cas d'expulsion provenant de son fils : on admit cependant qu'on pourrait attaquer directement ce dernier (6).

L'héritier de l'usurpateur continue la possession vicieuse de son auteur et est tenu de tout ce dont il s'est enrichi ou dont il s'est dépouillé par dol. Mais l'interdit *unde vi* ne lui est pas applicable, et c'est par une action *in factum* que le possesseur spolié obtiendra réparation (7). Le successeur à titre particulier commence une possession nouvelle; car la possession, simple

(1) L. 7, *De vi*.
(2) L. 1, §§ 12 et 14 ; l. 3, §§ 10 et 11, *De vi*.
(3) *Pro Tullio*, ch. 29, 30, 44, 46.
(4) L. 1, pr., *De vi*.
(5) L. 1, § 15, *De vi*.
(6) L. 16, *De vi*.
(7) L. 1, § 48, et l. 2, *De vi*.

fait, ne se transmet pas, et ce n'est que par exception et par une conséquence du principe de la continuation juridique de la personne du défunt dans celle de ses successeurs universels qu'on admet la transmission à l'héritier du vice de la possession ; le successeur particulier commençant une possession nouvelle, sera donc *justus possessor* et ne sera aucunement tenu de l'expulsion commise par son auteur (1).

Il suffit d'ailleurs pour intenter l'interdit avec succès que celui contre lequel on l'invoque ait été l'auteur de la violence : peu importe qu'il soit encore ou non en possession.

115. — Exceptionnellement un affranchi ne peut intenter l'interdit contre son patron, un descendant contre son ascendant, *propter atrocitatem facinoris*, nous dit Ulpien (2). Cependant aucune condamnation prononcée à la suite d'un interdit n'était infamante (3).

116. — On ne peut convenir à l'avance qu'on pourrait expulser un possesseur par la violence. Cette convention serait considérée comme contraire à l'ordre public et l'exception *pacti conventi*, opposée de ce chef, ne serait pas recevable. Mais le pacte pourrait intervenir après la *dejectio*, car il ne porterait plus alors que sur un intérêt privé (4).

117. — *De vi armata*. — Si la violence a eu lieu à main armée, le *dejectus* peut intenter également l'interdit *unde vi*. Mais il a en outre à sa disposition une modification de cet interdit beaucoup plus avantageuse. On entend par armes, outre les armes véritables, tout instrument dont on s'est servi comme arme dans la circonstance, des pierres, des bâtons (5), etc.

L'interdit *de vi armata* était donné même à celui dont la possession était vicieuse à l'égard de son adversaire : il n'est

(1) L. 7, *De vi*, et 3, § 10, *Uti poss.*
(2) L. 1, § 43, *De vi.*
(3) L. 13, *De vi.*
(4) L. 27, § 4, *De pactis.*
(5) L. 3, § 2, *De vi.*

permis à personne d'employer les armes pour se faire justice. L'exception *vitiosæ possessionis* ne serait donc pas admise (1). Un possesseur expulsé peut néanmoins reprendre sa possession à main armée, pourvu qu'il le fasse de suite (2). Il ne fait alors qu'user du droit de légitime défense, et nous savons qu'il est censé n'avoir pas même perdu un seul instant sa possession.

Cet interdit n'est pas soumis à la prescription annale. Même après l'année utile, celui qui a été dépossédé par les armes peut obtenir la réparation de tout le préjudice qu'il a souffert (3).

Nous venons de voir que le possesseur vicieux dépossédé par les armes pouvait invoquer l'interdit. Cicéron dans son discours pour Cécina nous dit formellement qu'il n'était même pas nécessaire d'avoir été possesseur. Il peut paraître assez extraordinaire que les textes du Digeste parlent du possesseur vicieux et ne disent pas un mot du simple détenteur : mais ce silence s'expliquerait très-bien, si l'on admet qu'à la suite de la confusion des deux interdits sous Justinien, la possession était toujours exigée. Il nous paraît plus extraordinaire assurément de supposer que, pour les besoins de sa cause, Cicéron ait osé affirmer audacieusement une thèse complétement fausse. A cette conjecture hasardée de M. de Savigny on peut opposer des conjectures plus vraisemblables; et si l'on veut à toute force trouver Cicéron en défaut, qu'on lui fasse au moins l'honneur de dire qu'à son époque son opinion pouvait se soutenir et que la question était controversée.

La violence armée permettait à l'affranchi d'intenter l'interdit contre son patron, au descendant contre son ascendant (4). Signalons enfin une autre différence concernant le *judicium publicum*. La violence armée était punie de la déportation par

(1) L. 14, *De vi*; Paul, *Sent.*, V, 6, § 7; Gaius, IV, § 155; Cicéron, *Pro Cæc.*, ch. 32, et *Pro Tullio*, ch. 40.
(2) L. 3, § 9, *De vi.*
(3) Cicéron, *Epist. ad famil.*, XV, 16.
(4) L. 1, § 43, *De vi.*

la loi Julia *de vi publica*. La violence sans armes, appelée *vis privata* ou *vis quotidiana*, ne faisait encourir que la confiscation du tiers des biens.

§ II. — *Époque de Justinien.*

118. — A l'époque de Justinien, ce système avait reçu de profondes modifications, inspirées toutes par la pensée de protéger plus efficacement la possession contre la violence. L'ordre public allait en s'affaiblissant ; les lois contre les usurpateurs devenaient plus rigoureuses : c'est dans la logique des choses.

Une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, insérée au Code (1), décide que celui qui s'est emparé d'un *meuble* ou d'un *immeuble possédé* par autrui sera condamné à le restituer; qu'en outre, s'il était propriétaire de l'objet dont il s'est emparé, il sera déchu de son droit ; s'il n'en était pas propriétaire, il aura à en payer la valeur. Cette action est donnée au possesseur juridique, car c'est dans ce sens, croyons-nous, qu'il faut entendre le mot *possessor* employé par la constitution ; mais sa possession peut être vicieuse, car la constitution ne parle pas de l'exception *vitiosæ possessionis*. Les Institutes de Justinien *De interd.*, § 6, confirment cette conclusion. Cette action, qui protége la possession des meubles comme des immeubles, s'exerce contre l'auteur de la violence, et est perpétuelle comme rentrant dans la classe des *judicia rei persecutionem continentia*. Elle diffère donc de l'interdit *unde vi* que les textes insérés par Justinien dans le Digeste et les Institutes nous présentent comme particulier aux immeubles (2) et comme annal. C'est une action nouvelle donnée parallèlement à l'interdit *unde vi* pour les immeubles et à l'interdit *utrubi* pour les meubles, interdit qui à cette époque était encore à la fois

(1) C., l. 7, *Unde vi.*
(2) L. 1, § 6, *De vi ; Inst. De interd.*, § 6.

retinendæ et *recuperandæ possessionis*. Les Institutes de Justinien paraissent du reste nous la présenter sous un aspect distinct de l'interdit *unde vi*, même modifié.

119. — Si cette action ne fut pas une modification de l'interdit *unde vi* et son extension aux meubles qui n'en avaient pas besoin ; du moins elle dut avoir sur cet interdit une profonde influence. Du moment que l'exception *vitiosæ possessionis* ne pouvait être opposée dans cette action, on finit par ne plus l'exiger dans l'interdit. Dès lors les deux interdits *de vi* et *de vi armata* se confondirent en un seul qui conserva le nom d'interdit *unde vi*. C'est dans cet état que nous en parlent les Institutes de Justinien. La violence sans armes est réprimée par l'interdit comme la violence armée. Cette dernière n'a plus d'autre effet que de permettre l'usage de l'interdit entre patron et affranchi, ascendant et descendant, et de faire encourir dans le *judicium publicum* une peine plus grande. Désormais tout possesseur, vicieux ou non, peut se faire restituer par l'interdit la possession qui lui a été enlevée par violence. Celui qui a perdu sa possession ne peut plus se faire justice à lui-même et doit, sous peine de déchéance absolue de tout droit sur la chose, la réclamer par voie de justice (1). Le but poursuivi par la loi est louable, mais la peine infligée est trop sévère et de plus inique, car le plus souvent cette déchéance profitera à un usurpateur.

120. — L'interdit *unde vi* ne peut être, même sous Justinien, invoqué avec toutes ses conséquences que pendant l'année utile. C'est en effet la loi commune de tous les interdits. Un grand nombre de textes du Digeste et du Code la rappellent et les Institutes, qui nous parlent de la suppression de l'exception *vitiosæ possessionis*, ne nous disent pas que cette règle ait été abrogée. Une exception y fut toutefois apportée en 324 par une constitution de Constantin (2) qui, tout en rappelant la règle de dé-

(1) On a néanmoins toujours le droit de repousser la force par la force et d'empêcher ainsi la perte de sa possession.
(2) L. 1, C., *Si per vim vel alio modo.*

chéance (1), décide que cette déchéance ne s'appliquera pas si la *dejectio* a été opérée en l'absence du possesseur contre ses représentants. Cette constitution établit en même temps pour ce cas spécial une innovation considérable. Les représentants du possesseur, ses parents ou amis qui détenaient l'immeuble, son fermier, quoiqu'ils ne possèdent pas; son esclave même, quoiqu'il n'ait aucun droit, pourront, par une faveur tout exceptionnelle, intenter l'interdit *unde vi*, et cela même après le terme légal d'un an. S'ils ne l'ont pas fait, l'ancien possesseur pourra, à quelque moment que son retour ait lieu, invoquer cet interdit. La possession de l'absent se trouve ainsi protégée d'une façon tout aussi complète que la propriété et soumise seulement comme elle à la prescription trentenaire.

Justinien voulut à son tour protéger les absents contre ceux qui s'emparaient de leurs biens pendant leur absence, *sine judiciali sententia* et sans employer la violence. Aucune loi ne les protégeait, car quoique la possession des immeubles se conservât *animo*, l'absence prolongée faisait supposer un abandon de la possession. Cette situation avait préoccupé le barreau d'Illyrie. Justinien décida que ces usurpateurs seraient considérés comme *prædones* et soumis à une action *recuperandæ possessionis*. Cette action ne pouvait être que l'interdit *unde vi*, étendu ainsi en dehors de son but primitif et de sa signification originaire.

121. — Quelques textes du Code (2) nous parlent d'un interdit *momentariæ possessionis*. Cujas y voyait un interdit particulier dont le caractère essentiel serait une grande rapidité de procédure et qui aurait remplacé tous les interdits possessoires. Rien ne justifie cette conjecture. Aucune des lois dans lesquelles se trouve cette expression ne porte abrogation du régime antérieur : au contraire, des constitutions postérieures sup-

(1) *Post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis.*
(2) Cod., l. 8 et 11, *Unde vi*; Cod., l. 1, *Si per vim vel alio modo.*

posent l'existence des anciennes règles du Droit, rappelées par Justinien dans le Digeste, le Code et les Institutes avec les modifications qu'elles avaient subies à son époque.

La loi 8 au Code *Unde vi* parle de cet interdit dans les termes suivants : *Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur*. Nous y voyons que cet interdit peut être employé dans les cas où il n'y a pas de violence publique ou privée et être introduit sans être précédé du préliminaire de l'*inscriptio*, c'est-à-dire de la dénonciation signée du demandeur qui devait être faite au magistrat avant la poursuite de tout procès criminel. Ce texte nous indique également que le plus souvent il est employé quand il y a violence. Il nous paraît par suite extrêmement probable que cet interdit n'est autre que l'interdit *unde vi*, avec les extensions que lui ont données les constitutions impériales, et probablement avec une rapidité de procédure plusgrande, indiquée par son nom, et l'explication qu'en donne Isidore (1). Cette nouvelle dénomination se serait substituée à l'ancienne, devenue impropre par suite de l'application de cette voie judiciaire à des usurpations accomplies sans violence.

SECTION II.

Interdit de clandestina possessione.

122. — Nous avons vu quel était le vice de clandestinité. La possession était clandestine quand l'on s'emparait sans violence d'un immeuble dont l'ancien possesseur était momentanément absent. Celui-ci, à son retour, avait pour recouvrer sa possession un interdit *de clandestina possessione* dont l'existence nous est

(1) Momentarium dictum est a temporis brevitate, ut qua cito quam statim salvo negotio reformetur, nec in ullam moram produci debeat quod repetitur. (Etym., lib. V.)

révélée par la loi 7 § 5, *De communi divid.* Cette loi est le seul texte qui en parle, et elle n'en donne ni le caractère ni les conditions. Il était probablement simple et avait pour but de faire recouvrer la possession : nous ne savons s'il tendait également à la réparation du préjudice éprouvé.

Cet interdit a complétement disparu sous Justinien. Ce n'est pas étonnant, car la théorie de la conservation de la possession des immeubles *animo solo* avait dû restreindre considérablement son emploi, puisqu'il ne pouvait plus être invoqué dans le cas le plus fréquent et presque unique de possession clandestine, celui où quelqu'un s'était emparé d'un immeuble dont le possesseur était absent. Dans ce cas, en effet, si le possesseur apprenant l'usurpation intentait l'interdit *uti possidetis*, comme il était censé avoir continué jusque-là sa possession, il devait triompher. S'il cherchait immédiatement à reprendre son immeuble par la force et s'il était repoussé, il avait l'interdit *unde vi* contre l'usurpateur considéré dès ce moment comme possesseur violent ; si au contraire il triomphait, il n'avait jamais perdu la possession. Nous ne croyons pas qu'il dût alors tomber sous le coup des peines sévères édictées par les empereurs contre la violence. Il est seul considéré comme possesseur, car celui qui détient son immeuble n'est pas possesseur, pas même possesseur clandestin ; il ne fait donc qu'user du droit de légitime défense en repoussant par la force l'intrusion de ce dernier. Mais pour que ces conclusions soient vraies, il faut qu'aussitôt l'usurpation venue à sa connaissance, il ait ou intenté l'interdit dans le premier cas, ou cherché à expulser l'intrus dans le second. S'il a attendu, il est censé par son inaction avoir ratifié l'usurpation et n'aura plus de recours que par la voie pétitoire. Nous avons vu que Justinien avait encore altéré ce principe en donnant à l'absent, à son retour, et pendant trente ans, une action possessoire, probablement l'interdit *unde vi* ou *momentariæ possessionis*.

Le délai, pendant lequel le possesseur ayant appris l'occupation

de son immeuble était censé, avant Justinien, n'avoir pas perdu la possession, devait être assez court et laissé à l'appréciation du juge. Les textes nous disent : *statim quum redierit.*

SECTION III.

Interdit de precario.

123. — Voici le troisième vice de la possession, la précarité ; et le troisième interdit, récupératoire, l'interdit *de precario.*

Quoique nous ne nous occupions que des immeubles dans ce chapitre, nous disons cependant un mot des meubles auxquels s'appliquent le précaire et l'interdit *de precario.*

Le texte de l'interdit est le suivant :

« *Quod precario ab illo habes, vel dolo malo fecisti ut desinas* « *possidere, qua de re agitur, id illi restituas* (1). »

124. — Cet interdit est donné au concédant pour recouvrer la possession qu'il a abandonnée à son concessionnaire, et en même temps pour réparer le dommage que lui a causé le refus du *rogatus* de lui restituer la chose.

La restitution s'obtiendra en nature, au moyen de la formule arbitraire. Si elle est impossible, une condamnation pécuniaire devra la remplacer. Le montant de cette condamnation sera évalué à l'intérêt qu'avait le concédant à la restitution, *quanti intersit actoris ei rem restitui.* La solution est la même que pour l'interdit *unde vi* ; comme dans cet interdit également, le demandeur doit être replacé dans la situation que la faute du défendeur lui a fait perdre, *in pristinam causam.* Seulement ces condamnations s'évaluent à la date de l'émission de l'interdit, car ce n'est qu'à ce moment que le *rogans* a été mis en demeure. Ce n'est également qu'à partir de cette date qu'il devra restituer les fruits. De plus, le précariste n'est tenu que de son dol et

(1) L. 2, pr., *De prec.*

d'une faute lourde assimilable au dol (1), tandis que le possesseur violent est tenu même des cas fortuits. La négligence peut parfois constituer une faute lourde : ainsi le *rogans*, qui aurait laissé perdre une servitude par non-usage, serait contraint par l'interdit à réparer le dommage qui en résulterait pour le *rogatus*.

125. — A l'inverse des autres interdits, l'interdit *de precario* est perpétuel. Ulpien en donne cette raison, qu'une chose peut être donnée à précaire pour un long temps (2). Ce motif nous indique que les Romains considéraient cet interdit comme prenant naissance dès le moment de la constitution du précaire et par suite de cette constitution. Il en résulte que la prescription de trente ans établie par le Droit nouveau courra contre lui dès le jour de la naissance du précaire. M. de Savigny croit qu'elle ne doit courir que du jour de sa rupture, car c'est à ce moment seulement que l'interdit peut s'exercer. Cette idée nous paraît philosophiquement plus vraie, mais non encore tout à fait exacte. La violation de la possession est en effet la cause immédiate des interdits : or il n'y a pas violation de la possession par la seule constitution du précaire, puisque la perte de cette possession a lieu du consentement de l'ancien possesseur ; cette violation n'existe de la part du concessionnaire que par son refus de restituer. Ce serait donc logiquement ce refus qui donnerait naissance à l'interdit, et il n'y aurait dès lors aucun motif d'étendre le délai d'exercice de l'action au delà de l'année, délai commun des interdits. Mais telle n'a pas été l'idée des Romains. Leurs jurisconsultes, admirables pour la logique de leurs déductions, sont loin d'être un modèle pour la recherche des principes : nous en voyons ici une nouvelle preuve. Le délai pour exercer l'interdit ne sera donc limité que par la prescription de trente ans, et nous croyons avec M. Van-

(1) L. 8, §§ 3, 4, 5, *De prec.*
(2) L. 8, § 7, *De prec.*

gerow que cette prescription doit courir dès la constitution du précaire.

126. — La seule condition requise pour pouvoir intenter l'interdit *de precario* est d'avoir concédé à précaire la chose que l'on réclame à celui que l'on poursuit. Peu importe qu'il la possède encore ou ne la possède plus. Nous avons vu toutefois que s'il ne la possède plus, il n'est responsable que de son dol ou de sa faute lourde, *vel dolo malo fecisti ut desinas possidere.*

L'héritier continue la possession de son auteur et doit être tenu dans la limite de son enrichissement. En outre, comme sa situation ne résulte pas d'un délit de son auteur, mais d'une convention, il semble qu'il doive être considéré, lui aussi, comme précariste, et avoir les droits et les obligations inhérents à cette qualité. Cette théorie ne fut longtemps pas admise (1), tant que le précaire ne fut pas classé parmi les contrats. Elle finit cependant par triompher ; et Ulpien nous enseigne (2) que l'héritier peut être poursuivi *hereditario nomine* dans les limites de son enrichissement, et *proprio nomine* pour son dol ou sa faute lourde. Le successeur particulier au contraire commence une possession distincte.

127. — Le concédant, sur le refus de restituer de la part de son concessionnaire, pouvait, à l'époque classique, expulser de force l'usurpateur. Mais nous avons vu que les lois impériales défendaient sous des peines sévères de se faire justice à soi-même. Il fut alors obligé de recourir à la voie judiciaire. Outre l'interdit *de precario*, seul interdit mis à sa disposition, car, selon nous, l'interdit *uti possidetis* ne peut faire recouvrer une possession perdue, il avait la voie pétitoire de la revendication.

La loi 19 § 2, *De precario*, nous indique de plus une autre action. *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est præscriptis verbis.*

(1) L. 12, § 1, *De prec.* ; l. 11, *De div. temp. præsc.* ; Paul, *Sent.*, V, 10. — Voir également n° 29 de cette étude.
(2) L. 8, § 8, *De prec.*

Les derniers mots ont été probablement ajoutés par les compilateurs du Digeste, car l'action *præscriptis verbis* n'est pas une *condictio*. Julien, de qui est ce texte, accordait probablement la *condictio sine causa* donnée contre celui qui s'enrichit indûment aux dépens d'autrui. Plus tard, quand le précaire fut définitivement admis comme contrat et classé dans les contrats innommés de la catégorie *do ut des*, il fut protégé par l'action *præscriptis verbis* commune à tous ces contrats et que nous indique la fin de cette loi. Or, si le concédant était simplement possesseur et non propriétaire, l'objet du contrat ne pouvait être que la possession. Ces actions devenaient donc dans ce cas de véritables actions possessoires. Le texte que nous venons de citer est général et confirme ainsi implicitement la théorie que nous avons exposée au début de ce titre.

CHAPITRE IV.

MEUBLES. — INTERDIT UTRUBI.

128. — Le droit romain protégeait la possession des meubles. Le délai de leur usucapion, quoique plus court que celui de l'usucapion immobilière, n'était cependant pas instantané, comme dans notre législation. Leur possession, considérée comme telle, présentait donc des avantages que le préteur devait sauvegarder. La possession des esclaves en particulier était précieuse, puisqu'elle entraînait, comme nous l'avons vu, la possession de tout ce qu'ils acquéraient. Il n'est donc pas étonnant qu'un interdit ait été créé pour la protéger, et que la formule qui nous en a été conservée vise le cas d'un esclave.

Une seule loi au Digeste forme le titre *De utrubi* et encore cette loi, comme nous le verrons plus loin, est évidemment interpolée. Voici le texte de l'interdit tel qu'elle nous le donne :

« *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* »

Ce texte est incomplet, car il ne parle que des esclaves et l'interdit s'applique à tous les meubles; de plus il ne mentionne pas la nécessité d'une possession non vicieuse, et cependant cette possession seule permettait de l'intenter avec succès (1).

129. — Comme l'interdit *uti possidetis*, cet interdit était double et prohibitoire : la procédure devait donc se faire *cum*

(1) Gaius, IV, 151 et 159; Just., *Inst.*, IV, 15, § 5; *l. un. De utrubi.*

periculo et présenter une grande analogie avec celle de l'interdit *uti possidetis*. Il était de plus *retinendæ possessionis* (1). Nous voyons cependant, et le texte de l'interdit lui-même nous l'indique, qu'il pouvait servir à recouvrer la possession, car il fallait pour triompher avoir possédé pendant la plus grande partie de l'année précédente. M. de Savigny explique le titre d'interdit *retinendæ* en supposant que, par une fiction spéciale, la possession de la plus grande partie de l'année est considérée comme possession actuelle. Cette fiction très-ingénieuse pour faire rentrer l'interdit *utrubi* dans la classification générale ne nous semble qu'une pure conjecture, et nous ne croyons guère les jurisconsultes romains capables de créer des fictions dans un simple intérêt d'ordre plus méthodique. Nous pensons plutôt qu'ils ont tiré ce nom de la formule de l'édit dans laquelle le préteur ordonne de respecter la possession. Toujours est-il qu'en pratique cet interdit servait à la fois à conserver la possession et à la recouvrer si on ne l'avait perdue depuis trop longtemps. Tendait-il également à la réparation du dommage causé ? Nous ne connaissons aucun texte à ce sujet et nous sommes portés par raison d'analogie à appliquer la théorie que nous avons développée à propos de l'interdit *uti possidetis*.

129. — Le délai pendant lequel on pouvait agir ne nous est non plus indiqué par aucun texte ; mais il résulte de la nature même de l'interdit. Pour l'intenter, il faut avoir possédé pendant la plus grande partie de l'année qui a précédé. Le délai maximum sera donc d'une année moins un jour, car une possession légitime d'un jour l'emporte sur une possession vicieuse du reste de l'année : mais il sera souvent moindre. Dans l'impossibilité de prévoir toutes les circonstances qui font varier ce délai, nous indiquons simplement le principe.

130. — Les conditions d'exercice de cet interdit sont d'avoir

(1) Gaius, IV, 148 ; Paul, *Sent.*, V, 6, § 1.

été possesseur *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* pendant la plus grande partie de l'année, et d'être troublé dans sa possession. Peu importe que le trouble entraîne ou non dépossession. Cet interdit est donc à la fois *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*. Le plus souvent il sera employé en cas de dépossession, car c'est le trouble le plus habituel dans la possession des meubles. Mais il pourra l'être aussi en cas de simple trouble, pourvu, croyons-nous, que ce trouble entraîne une prétention à la possession : nous le décidons ainsi par analogie avec l'interdit *uti possidetis*. En cas de dépossession, il sera invoqué contre le tiers-possesseur. Cet effet de suite, inconnu dans la protection de la possession des immeubles, résulte ici de la durée de la possession exigée pour triompher. Nous croyons que l'interdit pourrait être aussi invoqué contre celui qui a fait perdre la possession, quoiqu'il ne possédât plus : car il pourrait l'être contre lui s'il avait simplement troublé la possession sans déposséder. Le *quantum* de la condamnation nous est inconnu et ne peut se déterminer que par analogie.

Dans le calcul de la durée de la possession nécessaire pour triompher, on peut joindre à sa possession celle de son auteur. Pour cela il faut être soi-même possesseur, car on ne peut joindre une possession à une autre qui n'existerait pas. Nous ne pouvons faire ici toute la théorie de l'accession des possessions, théorie qui rentre plutôt dans la matière de l'usucapion. Nous en rappellerons seulement les principes. Nous avons déjà vu que le successeur à titre universel continue la possession de son auteur, bonne ou vicieuse. Le successeur à titre particulier au contraire commence une possession nouvelle. Mais pour arriver à une durée de possession suffisante, soit pour l'usucapion, soit pour l'interdit *utrubi*, on lui permet *æquitatis causa* de compter avec sa possession la durée de la possession de son auteur. Le principe fondamental de cette accession est l'équité : Scævola nous le dit formellement (1). Il est équitable, en effet,

(1) L. 11, pr., *De div. temp. præsc.*

que les avantages attachés à la possession puissent se transmettre, à l'instar des autres droits, par la volonté du possesseur qui se dépouille ; et, s'il se dépouille malgré lui par une cause légale, que la loi suppose ce transport effectué. L'accession aura donc lieu par suite de la volonté réelle ou légalement obligée de l'ancien possesseur ; ainsi la loi 13 § 9, *De poss.*, nous apprend que celui qui recouvre une chose par ordre du juge peut ajouter à sa possession celle de son adversaire.

C'est à propos de l'usucapion que le Digeste traite de l'accession des possessions : mais certaines lois qu'il rappelle devaient avoir été écrites au point de vue de l'interdit *utrubi*. Cela est évident, entre autres pour la loi 14 § 3, *De div. temp. præsc.*

131. — Sous Justinien cette théorie n'a plus aucune application à l'interdit *utrubi* dont les conditions sont considérablement modifiées. Les Institutes de ce prince nous apprennent en effet (1) que de son temps cet interdit est assimilé à l'interdit *uti possidetis* et qu'il faut pour triompher la possession actuelle non vicieuse. Cette transformation de l'interdit *utrubi* n'eut lieu certainement qu'après Dioclétien, car Paul dans ses *Sentences* nous le présente encore sous son ancienne forme. Le fragment d'Ulpien inséré au Digeste comme loi unique *De utrubi* et qui exprime cette modification est donc évidemment interpolé.

132. — Cette transformation de l'interdit *utrubi* diminua singulièrement sa sphère d'action ; car le trouble apporté à la possession d'un meuble consiste généralement dans une dépossession complète. L'ancien possesseur dépossédé ne resta pas néanmoins sans défense.

S'il avait perdu sa possession en donnant l'objet à précaire, il avait l'interdit *de precario* qui, comme nous l'avons déjà dit, s'appliquait aux meubles et aux immeubles.

S'il l'avait perdue par violence, il pouvait invoquer toute la

(1) *Inst.*, § 4, *De interd.*

sévérité des lois portées par les empereurs contre ceux qui s'emparaient par violence d'un meuble ou d'un immeuble, lois dont nous avons parlé à propos de l'interdit *unde vi*, et qui, promulguées sous Valentinien, sont antérieures à la modification de l'interdit *utrubi* et ont peut-être été la cause indirecte de cette modification.

Enfin le possesseur de meubles a toujours eu à sa disposition deux actions tendant à lui faire recouvrer soit la propriété, soit la possession, les actions *furti* et *vi bonorum raptorum*. Mais ces actions n'ont d'effet que s'il y a eu délit, et par suite ne sont pas recevables contre le possesseur de bonne foi et le tiers acquéreur ; de plus elles exigent dans celui qui les intente une possession de bonne foi : « *Si qua honesta causa intersit* (1). » Ce ne sont donc pas, à proprement parler, des actions possessoires.

133. — L'interdit *utrubi* modifié ne peut plus servir à recouvrer la possession perdue. Nous avons repoussé énergiquement cette théorie à propos de l'interdit *uti possidetis* ; nous la repoussons également ici.

Nous croyons qu'il faut par analogie appliquer à cet interdit modifié les conditions de délai et d'exercice de l'interdit *uti possidetis*.

(1) Paul, *Sent.*, V, 6, § 5 ; l. 11, *De furtis*.

CHAPITRE V.

SERVITUDES. — INTERDITS DIVERS.

134. — La quasi-possession de ces servitudes est protégée différemment suivant qu'il s'agit de servitudes personnelles ou de servitudes réelles. Nous étudierons dans deux sections distinctes ces deux sortes de droits.

SECTION PREMIÈRE.

Servitudes personnelles.

Nous comprendrons également sous ce titre la superficie qui se rapproche beaucoup de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation ; mais nous lui consacrerons un paragraphe spécial.

§ I. — *Usufruit, usage, habitation.*

135. — La possession de ces droits coïncide avec la détention de l'objet sur lequel ils s'exercent, et est de plus, comme la possession de la propriété, exclusive de toute autre possession pareille. L'extension à cette possession des interdits qui protégent la possession proprement dite paraît donc toute naturelle. En effet, les *Fragments du Vatican*, § 90 et suiv., nous apprennent que ces interdits sont donnés comme interdits utiles.

L'interdit *uti possidetis* protégera le possesseur de la servitude personnelle contre tout trouble qui n'entraînera pas sa

dépossession. La loi 4, *Uti poss.*, nous signale son application contre celui qui prétendrait à la possession du droit de propriété ou du droit d'usufruit ou du droit d'usage sur le fonds, objet de l'usufruit. Mais cette loi n'est pas limitative, et nous croyons que l'interdit pourrait être invoqué dans tous les cas où un possesseur du droit de propriété pourrait l'intenter.

Si la possession a été perdue, on pourra recourir suivant les cas à l'interdit *unde vi* ou à l'interdit *de precario* (1). Nous ne parlons pas de l'interdit *de clandestina possessione* qui n'existe plus dans le dernier état du Droit.

Les condamnations seront telles que nous les avons étudiées en parlant de ces interdits. La restitution en particulier sera la restitution nécessaire pour pouvoir user et jouir de la chose, s'il s'agit du droit d'usufruit, en user simplement si le débat porte sur le droit d'usage ; et la condamnation pécuniaire, dans les cas où elle devra remplacer cette restitution en nature devenue impossible, s'évaluera d'après ces données.

Enfin, si la servitude personnelle s'exerçait sur un meuble, nous croyons que l'interdit *utrubi* serait applicable. Le silence des textes ne prouve rien contre cette opinion, car le titre qui traite de cet interdit ne contient qu'une loi très-courte.

§ II. — *Superficie.*

136. — Le droit de superficie n'était à l'origine qu'un pur droit de créance résultant d'un bail consenti par un propriétaire qui louait son terrain pour y construire. Le but de cette location étant la construction d'un édifice par le locataire, ce dernier devait nécessairement exiger un bail très-long afin de pouvoir couvrir les dépenses de cette construction. Or les baux à long terme engendrent un droit se rapprochant beaucoup du droit de propriété par son exercice et par la stabilité que

(1) L. 3, §§ 13 et 17 ; l. 9, § 1 ; l. 10, *De ei* ; l. 2, § 3, *De prec.*

lui donne sa durée. A ce titre, ils méritent plus particulièrement la protection du législateur. A Rome, le prêteur accorda au superficiaire une action réelle et protégea sa possession par un interdit spécial, l'interdit *de superficiebus*. Le superficiaire n'a cependant pas comme l'emphytéote la possession du fonds lui-même ; il n'a que la possession de son droit, une *juris possessio* : car le propriétaire du sol reste possesseur (1), et nous savons que deux personnes ne peuvent posséder à la fois *in solidum*.

L'interdit *De superficiebus* est double comme l'interdit *uti possidetis* dont il reproduit tous les caractères. Il semble donc qu'il eût été plus simple d'étendre simplement à ce cas l'interdit *uti possidetis*. La création d'un interdit spécial tient probablement à ce que le droit de superficie considéré comme droit réel est une institution prétorienne, tandis que les autres servitudes personnelles sont des institutions de Droit civil.

Le superficiaire ayant à sa disposition cet interdit n'aura pas l'interdit *uti possidetis*, dont il n'a nul besoin et qui remplirait identiquement le même but. Ce n'est du reste qu'une question de dénomination, car en modifiant la formule de l'interdit *uti possidetis* d'une façon analogue à celle qui a permis de l'appliquer à l'usufruit, on tomberait sur la formule de l'interdit superficiaire. Le conflit entre le possesseur de la superficie et le possesseur du sol se règlerait comme nous l'avons dit en parlant de l'interdit *uti possidetis*.

L'interdit *De superficiebus* ne peut être employé que s'il n'y a pas eu dépossession. Si la possession avait été perdue, le superficiaire aurait suivant les cas l'interdit *unde vi* ou l'interdit *de precario* (2).

SECTION II.

Servitudes réelles.

137. — Elles se subdivisent en servitudes rurales et servi-

(1) L. 3, § 7, *Uti poss.*
(2) L. 1, § 5, *De vi* ; l. 2, § 3, *De prec.*

tudes urbaines : mais au point de vue de la possession nous préférons pour des raisons déjà exposées la division en servitudes continues et servitudes discontinues.

§ I. — *Des servitudes discontinues.*

138. — Ces servitudes consistent en un fait de l'homme exercé sur le fonds servant. Leur violation ne porte aucune atteinte au fonds dominant : le possesseur du fonds dominant, possesseur de la servitude, ne peut donc intenter l'*uti possidetis* puisque la possession de son fonds n'est pas contestée ; ou du moins, pour qu'il pût l'intenter, il eût fallu une extension de cet interdit à la possession des servitudes. Cette extension, qui a été faite pour les servitudes personnelles, se concevrait plus difficilement pour les servitudes rurales qui ne comportent ni détention, ni faculté d'exclusion. Nous n'allons pas jusqu'à dire qu'elle eût été impossible : mais elle eût entraîné trop de modifications dans l'interdit. De plus, ainsi que nous l'avons déjà exposé, les actes d'appréhension ou de quasi-tradition de ces servitudes ne sont pas toujours nettement caractérisés de manière à garantir un exercice futur et à constituer une possession complétement exempte de précarité. Aussi les préteurs ont préféré créer des interdits spéciaux pour les servitudes les plus importantes. Cette création nous montre que l'interdit *uti possidetis* n'était pas appliqué à ces servitudes, et que par suite celles qui n'avaient pas d'interdits spéciaux n'étaient pas protégées au possessoire.

L'interdit *unde vi* est impossible, car *nemo de mero jure deturbatur* (1). L'interdit *de precario* est au moins inutile ; car pour anéantir la concession précaire d'un droit de passage par exemple, il suffira d'intenter l'*uti possidetis* qui fait respecter la possession pleine et entière : on ne concevrait d'ailleurs pas

(1) L. 4, § 27, *De usurp.*

quelle sorte de restitution l'interdit *de precario* pourrait faire obtenir. Enfin il ne peut être question de l'interdit *utrubi* puisqu'il s'agit d'immeubles. Nous n'avons donc à nous occuper que des interdits spéciaux, dont le nombre est très-restreint. Les cas qu'ils ne prévoient pas sont en dehors de la théorie possessoire.

139. — *De itinere actuque privato.*

« *Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita fruaris, vim fieri veto* (1). »

Cet interdit est simple et prohibitoire. Son but est de faire cesser le trouble et réparer le dommage causé. La réparation du dommage s'évalue à l'intérêt qu'aurait eu le possesseur de la servitude à ne pas être empêché d'en jouir (2).

Pour pouvoir invoquer l'interdit, il faut que le quasi-possesseur ait usé de son droit, à titre de maître de la servitude, sans violence, précaire, ni clandestinité, en trente jours différents, pendant l'année qui a précédé. Ces jours n'ont besoin ni d'être consécutifs, ni de précéder immédiatement la demande. Les actes de passage précaires, violents, ou clandestins ne vicieront pas la possession, mais ne compteront pas dans les trente jours. Si le propriétaire avait empêché le passage, le quasi-possesseur obtiendrait une *restitutio in integrum*. Il en serait de même en cas d'inondation, et en général dans tous les cas où le préteur accorde la restitution. Le quasi-possesseur aurait alors à prouver sa jouissance de l'année précédente. On peut joindre à ses actes propres ceux de son auteur, lors même que l'on n'aurait personnellement accompli aucun acte de possession, ce qui donne à cet interdit la portée d'un interdit *adipiscendæ possessionis*. Réciproquement l'acquéreur d'un fonds peut opposer les vices d'actes de passage opérés pendant la possession de son auteur (3).

(1) L. 1, pr., *De itin.*
(2) L. 3, § 3, *De itin.*
(3) L. 1, §§ 2 et 9; l. 3, §§ 1, 6, 7, 8, 9, 10; l. 6, *De itin.*

Le trouble qui donne naissance à l'interdit consiste dans une prohibition d'user de la servitude émanant soit du propriétaire du fonds servant, soit de tout autre (1).

Cet interdit ne s'applique qu'aux servitudes rurales (2).

140. — *De aqua quotidiana et æstiva.*

« *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto* (3). » Tel est le texte de l'interdit *de aqua quotidiana.*

Cet interdit est simple : mais il devient double quand le débat s'engage entre deux personnes qui prétendent exercer le même droit par le même aqueduc. Il est prohibitoire et tend à faire cesser le trouble et réparer le dommage causé (4).

Le droit dont il protége la possession est le droit de prise d'eau (5) en été comme en hiver. Pour avoir la quasi-possession de ce droit, il suffit de l'avoir exercé une seule fois dans l'année entière, soit qu'on ait amené l'eau dans l'aqueduc, soit qu'elle y ait coulé d'elle-même ; mais il faut qu'il ait été exercé cette fois *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* et de plus, condition unique en cette matière, avec bonne foi. Cette condition remarquable nous montre le peu d'unité et l'absence de principes dans la théorie possessoire des servitudes à Rome. Aussi ne nous attarderons-nous pas longuement sur ces détails particuliers. Le trouble pouvait émaner du propriétaire du fonds servant ou d'un tiers (6).

L'interdit *de aqua æstiva* a la même formule, sauf la modification suivante : le préteur disait *priore æstate* au lieu de *hoc*

(1) L. 3, § 5, *De itin.*
(2) L. 1, § 1, *De itin.*
(3) L. 1, pr., *De aq. quot.*
(4) L. 1, §§ 23, 26, 27, *Eod.*
(5) Ce droit constitue, à vrai dire, une servitude continue. Mais les Romains le traitaient comme servitude discontinue, soit par analogie avec les autres servitudes rurales, la plupart discontinues, soit parce que le plus souvent un fait de l'homme était chaque fois nécessaire pour diriger l'eau dans l'aqueduc.
(6) L. 1, §§ 2, 4, 10, 15, 19, etc., *De aq. quot.*

anno. Le délai se trouve par là allongé. L'été commence à l'équinoxe du printemps pour durer jusqu'à l'équinoxe d'automne. Si donc j'ai exercé le droit de prise d'eau en été, j'aurai l'interdit à partir du commencement de l'été suivant jusqu'à la fin, non-seulement de cet été, mais de l'hiver qui le suit, ce qui pourra me donner, si j'ai accompli l'exercice de ce droit le lendemain de l'équinoxe du printemps, un délai de deux ans moins un jour. Mais je ne pourrais l'exercer avant le commencement de l'été suivant : le préteur accordait cependant l'interdit dans ce cas comme interdit utile (1). On l'accorde également, avec les modifications voulues, quand le droit de prise d'eau ne doit s'exercer que pendant l'hiver, *aqua hiberna*.

Ces interdits, comme l'interdit *de itinere* se donnent aux successeurs à titre universel ou particulier du quasi-possesseur : mais à la différence de ce dernier, ils se donnent également, que cette servitude s'exerce à la ville ou à la campagne et par suite soit urbaine ou rurale (2).

141. — *De rivis*.

Rivos, specus, sepla reficere, purgare, aquæ ducendæ causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat quàm uti priore æstate, nec vi, nec clam, nec precario a te duxit, vim fieri veto (3).

L'interdit précédent avait pour but de protéger la servitude d'aqueduc contre les agissements d'un tiers. Celui-ci a pour but de la protéger contre les dégradations du temps. Il permet de réparer ou nettoyer les canaux, leurs regards (*specus*), leurs clôtures (*septa*), et de faire pour cela tous les travaux nécessaires sur le fonds d'autrui, à charge d'indemnité et même de garantie par une *cautio de damno*. Cet interdit se donne au quasi-possesseur. Les conditions de son exercice varient selon qu'il s'agit d'*aqua quotidiana* ou d'*aqua æstiva* suivant les

(1) L. 1, §§ 29, et *seq.*, *Eod.*
(2) L. 1, §§ 14, 29 et 37, *Eod.*
(3) L. 1, pr., *De rivis.*

règles que nous venons d'exposer plus haut : mais il n'est pas nécessaire que la possession soit de bonne foi.

Nous n'avons pas parlé d'un interdit analogue permettant de rétablir les chemins. C'est que, pour cet interdit *de itinere reficiendo*, la preuve du droit est exigée, et la simple quasi-possession ne suffit pas. La raison de cette différence avec l'interdit *de rivis* nous est donnée par la loi 4, *De rivis*. C'est que l'eau n'arriverait pas par un aqueduc en mauvais état et que l'on pourrait mourir de soif, tandis qu'on passe toujours, quoique plus difficilement, par un chemin mal entretenu. Ce motif est vrai, quoique présenté avec une certaine exagération.

142. — *De fonte et fonte purganda.*

Ces interdits, relatifs à la servitude de puisage et d'abreuvoir; et protégeant sa quasi-possession, l'un contre les faits de l'homme, l'autre contre les dégradation du temps, ont les mêmes règles et les mêmes conditions d'exercice que ceux qui concernent la servitude d'aqueduc.

§ II. — *Des servitudes continues.*

143. — Les servitudes continues positives supposent une construction visible, un état permanent, procurant à une maison certains avantages au détriment du fonds voisin ; balcons ou fenêtres donnant sur le terrain d'autrui, gouttières y déversant l'eau de pluie, poutres ou constructions appuyées sur le mur servant. Ces servitudes s'identifient d'une manière presque absolue avec la chose principale ; leur quasi-possession est un corollaire de la possession du bâtiment et en présente les caractères ; les faits de trouble sont parfaitement analogues et souvent atteignent les deux possessions à la fois. Ainsi celui qui exerce le *jus tigni immittendi* ou *oneris ferendi* possède de la même manière ce droit et sa maison dont cette servitude n'est qu'une modification. Aussi, pour protéger ces servitudes, le préteur n'avait-il qu'à leur étendre l'interdit *uti*

possidetis, et cela avec d'autant plus de raison que l'atteinte à leur possession est en général un trouble à la possession même du fonds dominant.

Les lois romaines nous montrent que le préteur en a agi ainsi. On lit dans le texte même de l'interdit : *De cloacis hoc interdictum non dabo* (1). Pourquoi, si le préteur n'accordait pas l'interdit *uti possidetis* aux servitudes urbaines, prendrait-il soin d'exclure spécialement l'une d'elles ? Ce texte nous paraît donc prouver amplement l'application de l'interdit à ces servitudes. Cependant on peut soulever une difficulté reposant sur la distinction suivante. Si le trouble est le fait d'un tiers, comme ce tiers n'a pas à exciper de la qualité particulière de l'objet de son atteinte, et qu'il est aussi répréhensible de dégrader un balcon avançant sur le terrain d'autrui que si le balcon avançait sur le terrain du même propriétaire, l'interdit *uti possidetis* sera accordé comme réprimant un véritable trouble à la possession de l'immeuble. Si au contraire c'est le possesseur du fonds servant qui trouble le possesseur du fonds dominant, quelques auteurs refusent l'interdit et s'appuient, pour donner cette solution, sur la loi 3 § 5, *Uti poss.* Mais cette loi est si obscure que Cujas ne trouva le moyen de l'expliquer qu'en lisant le contraire de ce qui y est écrit : *utile* au lieu d'*inutile*. En effet, le § 6 exprime une opinion de Labéon contraire à celle que paraît énoncer Cassius dans le § 5, et nous expliquerions volontiers la solution de Cassius et son refus de l'interdit par la raison que dans l'espèce il y avait contestation sur le droit et non sur la possession, et que le différend devait par suite être réglé non par l'interdit, mais par l'action pétitoire, confessoire ou négatoire. En outre, la loi 8 § 5, *si serv. vind.*, parle, quoiqu'en termes assez peu clairs, de l'application de l'interdit *uti poss.* au *jus fumi immittendi*, servitude de notre classe. Ces textes sont douteux tous les deux, et l'on n'en peut tirer aucun argument bien

(1) L. 1, pr , *Uti poss.*

concluant. Ce qui nous fait admettre que l'interdit était possible entre les possesseurs des deux fonds, c'est que nous ne voyons aucune raison de distinguer entre ce cas et le précédent. De plus, comme l'interdit *uti possidetis*, nous le savons par son texte même, s'appliquait aux servitudes continues, et que le plus souvent la quasi-possession de la servitude sera troublée par le grevé, seul intéressé à l'interrompre, il serait bien surprenant que cet interdit eût été permis dans le cas le plus rare et défendu dans le cas le plus ordinaire, sans que rien nous révélât cette anomalie.

Les règles de cet interdit sont celles que nous avons déjà exposées : sa formule sera seulement modifiée dans le sens que nous avons indiqué, de façon à comprendre d'un côté la possession pleine et sans servitude de la part de l'adversaire, de l'autre la possession du droit de servitude.

144. — L'interdit *unde vi* est inapplicable, car le trouble apporté à la servitude ne va pas jusqu'à l'expulsion. La possession du fonds n'est pas enlevée, même quand l'ouvrage qui constituait la servitude est complétement détruit ; et rien ne nous indique que les préteurs aient étendu cet interdit à la simple dépossession des servitudes. Le possesseur de la servitude avait du reste à son service un autre interdit, qui ne rentre pas dans les actions possessoires, mais appartient à quiconque a intérêt à l'invoquer, l'interdit *quod vi aut clam*, par lequel il pouvait obtenir réparation de toute construction ou démolition qui lui nuisait et avait été effectuée *vi* ou *clam* (1).

L'interdit *de precario* était inutile, car le concédant à précaire, pour rendre efficace la révocation de sa concession, n'avait qu'à intenter l'interdit *uti possidetis*, auquel son adversaire ne pouvait répliquer en opposant sa possession précaire.

145. — Parmi les servitudes de cette classe, il y en a une que ne protége pas l'interdit *uti possidetis*, mais qui a un interdit

(1) Il avait encore en outre la dénonciation de nouvel œuvre.

spécial : c'est la servitude d'égout. L'interdit *de cloacis* (1), créé pour permettre de curer et de réparer les égouts, était accordé à tout individu qui possédait un canal quelconque passant sous la maison d'autrui, peu importe depuis combien de temps, et lors même que l'usage en aurait été violent, précaire ou clandestin. Tous les travaux nécessaires étaient permis, par un motif d'hygiène publique, et le possesseur de l'égout pouvait même ne pas tenir compte d'une dénonciation de nouvel œuvre : mais une caution, probablement fort importante, pouvait être exigée, *cautio damni infecti quod operis vitio factum sit.*

146. — Les servitudes négatives donnent rarement lieu à la possession, ainsi que nous l'avons vu. Le Droit romain n'a créé pour les protéger aucun interdit possessoire spécial. MM. de Savigny et Machelard veulent leur étendre l'interdit *uti possidetis*, en s'appuyant sur ce qu'elles ne sont à proprement parler que des qualités de la chose principale et que tout trouble apporté à leur possession trouble la possession du fonds dominant. Mais cette proposition, très-vraie pour les servitudes continues positives, n'est plus aussi exacte pour les servitudes négatives, et la construction d'un nouvel œuvre contraire à la servitude n'est pas plus un trouble direct à la possession de la chose principale que n'est l'obstacle de fait apporté à l'exercice d'une servitude discontinue. Nous ne croyons donc pas que cette extension ait eu lieu : aucun texte ne nous autorise à la supposer, et la possession des servitudes négatives était si rare qu'il n'est pas étonnant qu'on n'ait pas songé à la protéger. Notre opinion est d'autant plus probable que celui qui prétendait avoir droit à une servitude négative avait à sa disposition, indépendamment de toute possession, l'interdit *quod vi aut clam* et la *nuntiatio novi operis.*

(1) Dig., *De cloacis.*

TRANSITION

DU

DROIT ROMAIN

AU

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

---

147. — Nous étudierons sous ce titre les principales modifications apportées au régime possessoire par les législations qui se sont succédé dans les pays de race latine depuis la fin de l'Empire romain jusqu'à la promulgation de nos Codes, modifications dont l'influence s'est fait sentir sur notre Droit actuel. Cette étude ne sera ni aussi longue, ni aussi complète que celle que nous avons consacrée au Droit romain et que celle que nous consacrerons au Droit français ; les limites de ce travail ne nous le permettraient pas. Nous chercherons simplement à résumer dans un court aperçu historique les points principaux du système possessoire à ces différentes, époques, et à en tirer quelques conclusions concernant le Droit en général et le Droit français en particulier.

CHAPITRE PREMIER.

COUP D'ŒIL GÉNÉRAL.

148. — Lorsque l'Empire romain, miné par les vices qu'il portait en son sein, et battu en brèche par les flots de barbares qui se pressaient sur ses frontières, s'effondra sous l'action combinée de ces deux causes, ses institutions ne disparurent pas complétement avec lui. Les chefs germains et slaves qui se partagèrent les lambeaux de l'Empire, se trouvant en face d'un peuple dont les coutumes, les habitudes, la civilisation différaient profondément des leurs, se virent obligés par politique de laisser aux populations romaines, que la conquête violente ou des traités arrachés par la peur avaient soumises à leur autorité, les lois et les constitutions qui les avaient régies si longtemps. La législation ne fut plus dès lors territoriale, mais personnelle. Les rois conquérants publient à la fois des lois barbares qu'ils ont fait rédiger pour le peuple vainqueur, et des lois romaines, qu'ils ont tirées des jurisconsultes classiques pour le peuple vaincu. Ces lois, produit d'une époque de perturbation matérielle et morale, œuvre de législateurs grossiers, négligent d'établir les principes de la possession et ne s'occupent de la protéger que par la répression énergique des voies de fait alors si communes. C'est ainsi que la constitution de l'empereur Valentinien dont nous avons déjà parlé, et qui forme la loi 7 au Code *tit. Unde vi*, est insérée dans l'édit de Théodoric, ch. 10, avant d'avoir paru au Code de Justinien. Cette constitution fait également partie du *breviarium Alarici* et des lois visigothes publiées postérieurement en Espagne. Nous trouvons aussi, reproduites et quelque

peu défigurées, les règles de l'interdit *unde vi* dans la *lex Romana Burgundiorum*. Puis ces vestiges s'altèrent et s'effacent. Sous la domination des Lombards, qui cependant connaissaient les compilations impériales, la constitution de Valentinien et les règles des interdits tombent en désuétude. L'usurpateur est dispensé de restituer s'il établit son droit de propriété (1).

Altéré plus ou moins profondément par ces diverses législations, le Droit romain se maintint néanmoins dans la pratique judiciaire du Midi et pénétra même dans le Nord, où cependant dominaient les institutions germaniques (2). Mais ce n'est qu'au douzième siècle qu'il est vraiment étudié et analysé dans ses sources, à Bologne d'abord, puis en France et dans toute l'Europe : base principale du Droit dans le midi de la France, il devint dans le nord le complément des coutumes. C'est ainsi que son influence s'est fait sentir sur notre Droit actuel.

149. — A côté des lois édictées par les rois barbares pour leurs sujets romains, subsistaient les lois et coutumes particulières aux vainqueurs. Modifiées par le contact de la civilisation romaine et par l'influence bienfaisante du christianisme, ces lois n'en conservaient pas moins en bien des points la marque et les principes de leur origine. La féodalité vint ensuite y mettre son empreinte ; c'est alors que naquit l'idée de saisine qui devait pénétrer plus tard tout le système possessoire et servir d'instrument à la réaction contre l'excès de cette féodalité même. Une nouvelle théorie possessoire se fonde : et quand, par suite de la fusion des races, et d'autres causes encore, les lois personnelles disparaissent pour faire place aux coutumes, nous y trouvons consacrés des principes nouveaux qui de là ont passé dans notre Droit actuel. Il est donc utile, pour bien comprendre notre système possessoire, de nous arrêter un instant sur ces origines. C'est ce qui fera l'objet de notre chapitre III.

(1) *Leges Longobardorum*, tit. *De invasionibus*.
(2) Voir M. de Savigny, *Geschichte des Rœmischen Rechts in Mittelalter*.

150. — Ce n'est pas tout encore. A côté du Droit civil s'était élevé le Droit ecclésiastique ou Droit canon. Comment ce Droit, qui ne devait renfermer d'abord que la constitution de l'Église, arriva à traiter des questions de Droit privé, c'est ce qu'il nous faut expliquer en quelques mots.

Société religieuse avant tout, l'Église règle les choses de la conscience : elle n'a à intervenir dans les questions de Droit privé que pour y faire prévaloir les principes du Droit supérieur dont son Divin Fondateur lui a confié la garde, et doit laisser à la juridiction civile le soin de trancher d'après ces principes les différends entre les particuliers.

Mais, à la fin de l'Empire romain et pendant tout le cours du moyen âge, l'Église dut sortir de son rôle purement spirituel. Elle y était aidée, poussée même, par l'assentiment unanime. A une époque de confusion générale, où la force faisait la loi, dans une période d'ignorance plus ou moins profonde, où toutes les sciences, celle du Droit comme les autres, n'avaient pour ainsi dire d'autre refuge que le clergé et les monastères, l'Église, recours habituel des faibles et des opprimés, devint le grand tribunal où se rendait la justice. Les papes voyaient croître à la fois leur suprématie politique et leur influence juridique. Les princes et les rois les consultaient, et leurs décrétales avaient force de loi, à l'instar des anciens rescrits des empereurs. Au treizième siècle, la législation canonique était seule professée publiquement dans les universités de France et d'Italie et appliquée même par les tribunaux laïques.

Depuis lors, son influence est allée s'affaiblissant. Le pouvoir civil, devenu plus fort, a repris la juridiction qu'il avait laissé échapper de ses mains (1). Mais le Droit canon, quoiqu'il ne soit

(1) En ce qui concerne l'action possessoire surtout, les juges royaux cherchèrent de bonne heure à l'attirer devant eux, « sans doute à « cause de son intérêt pour le maintien de l'ordre public. Cette évoca« tion était déjà consommée lors de la curieuse ordonnance rendue « par Louis X, en 1315 (art. 12 et 22) ». (De Parieu, *Etudes sur les actions possessoires.*)

plus avec raison étudié par les juristes comme Droit pratique, n'en est pas moins intéressant à consulter pour analyser les idées qu'il renferme, et pour y chercher les origines et l'explication de quelques dispositions de nos lois (2). Son système possessoire en particulier mérite de nous arrêter quelques instants.

(1) « Toute la procédure moderne des cours séculières vient des canonistes », (Fleury, *Droit ecclésiastique*, part. 3, ch. 6.)

CHAPITRE II.

151. — Ce Droit, ainsi qu'il résulte de son origine, résume en lui deux Droits différents : l'un que l'on pourrait appeler le Droit administratif ecclésiastique, et que les canonistes désignent plus spécialement sous le nom de Droit canon, réglant l'organisation de l'Église, la transmission des fonctions religieuses, etc. : l'autre, Droit privé, concernant les rapports entre particuliers. Or le Droit canon proprement dit, réglant l'administration de l'Église dont le but est purement spirituel, doit se guider sur des considérations de même nature : il n'est donc pas étonnant de trouver dans les décrétales et dans les écrits des canonistes des décisions motivées sur l'intérêt ou le péril des âmes, *interest quoad periculum animæ*. Le Droit privé, au contraire, ayant pour but les rapports temporels des citoyens entre eux, se fonde sur l'équité, c'est-à-dire, sur la partie de la morale qui défend l'injustice envers ses semblables, et sur l'utilité particulière ou publique : il doit s'interdire rigoureusement toute prescription qui de près ou de loin conduirait à violer les autres règles de la morale individuelle ou sociale, mais il n'a pas en général à les formuler en principes obligatoires. Le Droit canonique, considéré dans son ensemble, oublie parfois ces distinctions. Les préoccupations de morale individuelle envahissent la sphère juridique ; et les canonistes se souviennent trop parfois de la casuistique dans les questions de pur Droit privé.

152. — Il en résulte, en ce qui concerne la possession en particulier, que, contrairement à toutes les législations, le

Droit canon ne protége que la possession de bonne foi. D'après lui, la possession de mauvaise foi, possession coupable, ne peut fonder un droit. « Aux yeux de la conscience, cette décision est sans doute irréprochable, et il est possible que momentanément elle ait été un frein pour les violences et les usurpations qui caractérisent l'époque féodale. Mais, sous d'autres rapports, elle est féconde en inconvénients. Elle ouvre une arène de procès et une source d'inquiétudes : elle ébranle la propriété et le repos des familles. Le législateur ne doit pas se montrer trop casuiste (1). »

A part cette grande différence, le système possessoire canonique se rapproche beaucoup du système possessoire romain. L'étude que les clercs faisaient du Droit romain et la tendance de l'Église à conserver les anciennes traditions expliquent suffisamment la corrélation de ces deux Droits. Les textes d'ailleurs rappellent en plusieurs points le Droit civil romain et considèrent l'interdit *unde vi* comme synonyme de l'action de spoliation. Nous nous contenterons donc de signaler les points de dissemblance.

153. — La notion de la possession est la notion romaine. Mais le Droit canon la généralise considérablement ; et tandis qu'à Rome les servitudes seules étaient susceptibles d'une *quasi-possessio* assez mal définie, la possession des droits les plus divers est reconnue et protégée. Ainsi les Décrétales traitent de la possession des droits de souveraineté ecclésiastique et temporelle sur les couvents, églises, provinces, etc., de la possession des diverses fonctions et dignités ecclésiastiques et des prébendes qui y sont attachées, de la possession des charges réelles, telles que les dîmes, de la possession de la qualité réciproque d'époux, etc. La doctrine suit les Papes dans cette voie et applique les interdits possessoires à tous les cas de possession concernant des droits

(1) Troplong, *Prescription*, nº 22.

réels ou des droits de famille ou d'état (1). La possession des obligations ayant une racine réelle ou s'appuyant sur un droit de famille ou d'état, est également reconnue par tous : mais la possession des obligations purement personnelles est vivement controversée. Le canoniste Butrio s'exprime ainsi sur ce point : « *Etiam in jure debili personalis est dare quasi possessionem, quanquam impropriam, scilicet quando habet multiplices præstationes. Proprie loquendo non est possessio vel quasi possessio, quia in illo non cadit possessio, sed bene imprimatur status quidam cujus respectu eo quod innovatur potest agi possessorio ut status integretur, et hoc aperte voluit C.* 24. » (2). Les canonistes postérieurs reconnaissent que la possession des droit personnels était admise dans la pratique de l'Église (3).

154. — Les principes d'acquisition et de perte de cette possession sont à peu près les principes romains. Il faut l'intention d'acquérir et une quasi-tradition qui consiste dans l'exercice du droit. Il faut de plus la permission du propriétaire ou du précédent possesseur au détriment de qui ce droit s'exerce : sans quoi cette possession serait réputée violente ou clandestine (4). Cette permission sera expresse ou tacite. Elle se supposera facilement si le maître du droit a connu les actes de possession et n'a pas réclamé, ou si, après avoir réclamé, il s'est tu sur la résistance de son adversaire prétendant user de son droit, à moins que l'absence de réclamation ne provienne de l'impossibilité où il se trouvait

(1) Les canonistes ne se rendent pas toujours un compte bien exact de la possession d'état. Ainsi, dans la possession d'état d'époux légitime, au lieu d'y voir une *possessio juris conjugalis*, la plupart y voient une véritable *possessio conjugis* ; Roffredus refuse l'application de l'interdit *uti possidetis*, par cette raison que l'interdit s'applique aux immeubles, *uxor autem non est res immobilis sed potius mobilis vel se movens.* (Roffredus, tit. *Qualiter debeat maritus petere uxorem*) ; Imola dit en propres termes, sur le can. 14, *De rest. spol*, n° 6 : *Liber homo non potest possideri nisi ex causa a jure permissa, prout ex causa matrimoniali.*

(2) Can. 24, *De electione.* Innocent III.

(3) Bruns, 3er absch, § 29, p. 243 et suiv.

(4) Reiffenstuel, *De causa proprietatis et possessionis*, § 5, n° 156. Les canonistes, dominés par la pensée que la possession doit être de bonne foi, supposent facilement la violence ou la clandestinité.

de s'opposer à cette usurpation. La connaissance des actes de possession peut du reste se déduire de mille conjonctures, la publicité du fait par exemple ou la longueur du temps écoulé (1). Une simple tolérance, à titre de bienveillance et de bonnes relations, ne suffirait pas pour établir une possession valide; une véritable permission d'exercer le droit est nécessaire. C'est pourquoi un acte d'exercice ne suffira pas toujours, et parfois même un grand nombre ne feraient pas acquérir la possession. *Ratio diversitatis est quia sunt nonnulla quæ nunquam, vel certe non facile concedi solent ex amicitia seu quadam indulgentia ; alia quandoque sic concedi solent, sed non semper ; alia vero semper sic conceduntur* » (2).

155. — Les actions qui protégent la possession sont d'abord les interdits dont l'application est étendue à tous les droits susceptibles d'être possédés ; puis les diverses *condictiones* dont nous avons parlé en Droit romain. Les canonistes mentionnent en particulier la *condictio ex lege* : *Si quis tantam*, l, 7, Cod., *Unde vi*, constitution de Valentinien punissant sévèrement les voies de fait, et la *condictio ex lege ultima, C., Unde vi*, dirigée contre ceux qui s'étaient emparés de biens vacants.

Les Décrétales des Papes ont ajouté deux autres actions. L'une résulte du canon : *Sæpe contingit*, ch. 18, *De restitut. spol.*, par lequel le pape Innocent III, comblant avec raison une lacune du Droit romain, donne l'action possessoire contre celui qui a reçu sciemment des mains d'un usurpateur la chose que ce dernier avait soustraite à la possession d'autrui. Cette disposition extrêmement équitable constitue un grand progrès sur le Droit romain et un acheminement vers la réalité de l'action possessoire.

(1) Mascardus, *De Probat., concl.* 1158 et *concl.* 753, nos 16 et 38.

(2) Reiffenstuel, *De causa proprietatis et possessionis*, § 5, n° 155. — Ainsi la possession du droit d'élection s'acquiert par un seul acte d'électeur accompli sans protestation, de même la possession du droit de juger, car ces actes si graves ne s'accordent pas par pure tolérance; les souffrir, c'est faire tradition du droit. (Decr. Greg., *De causa prop*, c. 3 ; Abbas *in dict. can.*, nos 22 *et seq.*)

L'autre action était admise dans la pratique sous le nom de *condictio ex canone Redintegranda*. Le canon qui y donna naissance (1) est tiré du recueil des fausses décrétales et attribué à Jean Ier qui l'aurait publié en 523 (2). Ce canon s'applique uniquement aux évêques dépouillés de leur siége et décide que, quelle que soit la cause de leur expulsion, ils devront être rétablis dans leur position primitive avant qu'on ne puisse les accuser ou les traduire devant un synode. C'est donc une exception plutôt qu'une action qui semble ouverte à leur profit, et cette doctrine fut, en effet, soutenue et n'est contredite par aucune décrétale. Dans la pratique cependant, on accorda une action aux évêques expulsés. Cette action fut même étendue, par parité de motifs, à tous les clercs qui avaient perdu injustement leurs biens ou ceux de leur église, et donnée contre tout possesseur de ces choses, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, vicieux ou non vicieux, avec ou sans titre (3). Une action réelle, qui plus tard devait passer dans le Droit coutumier, était ainsi créée par les interprètes au moyen de l'extension d'un texte. Cette action fut même donnée aux laïques. Telle était du moins la doctrine la plus suivie (4). Cependant elle n'était pas admise sans difficultés dans la pratique. Même en théorie, on lui objectait qu'elle rendait inutile le canon *Sæpe contingit* qui était postérieur de cinquante ans au canon *Redintegranda*, et, pour répondre à cette objection, ses défenseurs invoquaient les difficultés soulevées par la pra-

(1) Can. *Redintegranda*, Decret. Grat., *pars.* 2, *causa* 3, *quæst.* 1, *cap.* 3.

(2) Ces Décrétales, quoique apocryphes, n'en renferment pas moins la doctrine et la discipline des siècles antérieurs au moment de leur apparition. Elles eurent du reste dans l'Église force de loi.

(3) Cette doctrine est enseignée par nombre de canonistes. Nous citerons entre autres : Alexander, *consil.* 91, nº 22, vol. 5 ; Maranta, *part.* IV, *Speculi auret, dist.* 7, nº 58 ; Vallensis, *De rest. spol.*, § 3, nº 1 ; Sannig, *h. t.* c. 4, nº 1 ; Abbas, *h. t.* c. 15, nº 26 ; Innocentius, *De Elect.* c. 24 ; Hostiensis, *in Summa h. t.*, §, *A quo peti possit* nº 6.

(4) Alexander, Maranta, Vallensis, Sannig, Abbas, *loc. cit.*, auxquels il faut joindre Menochius, *consil.* 15, nº 13, et Jason, *in l.* 15, nº 20, Dig., *De acq. poss.*, qui cite à ce propos Bartole, Louis Romain, etc. Voir en outre tous les auteurs cités par Bruns.

tique sur l'extension de cette action aux laïques, difficultés que le canon *Sæpe contingit* n'avait pas voulu trancher, mais avait éludées en créant une action différente (1). C'était avouer le peu de solidité du fondement sur lequel reposait la réintégrande, alors, comme aujourd'hui, toujours admise et toujours discutée.

Tels étaient ce que l'on appelait alors les remèdes possessoires. Le possesseur troublé dans sa possession intentait l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *utrubi*, suivant qu'il s'agissait d'un meuble ou d'un immeuble. S'il avait été dépouillé de sa possession, il avait pour la recouvrer trois actions principales : l'*unde vi*, l'action *ex can. Sæpe contingit* et la réintégrande. Le Droit canon n'exige même pas pour donner ces actions que la dépossession ait été violente (2). Nous ne parlons pas à dessein de l'action *ex lege Si quis tantam* qui, trop rigoureuse, tomba peu à peu en désuétude.

156. — De même que dans le dernier état du Droit romain, le même juge statue sur la possession et la propriété. Les deux questions peuvent être soulevées simultanément devant lui, et il peut recevoir en même temps les preuves sur les deux causes et les trancher par un même jugement, en appliquant à chacune d'elles les principes qui lui sont propres : il réalisera ainsi pour les plaideurs une économie de frais (3). Mais il doit parfois les trancher séparément ; et les exceptions sont même si nombreuses qu'on pourrait presque intervertir les rôles et les poser en règle. Nous allons examiner successivement le cumul de l'action pétitoire avec l'action *retinendæ*, puis avec l'action *recuperandæ*.

Les canonistes ont beaucoup discuté pour savoir si le possessoire *retinendæ* pouvait être cumulé avec le pétitoire. La glose

(1) Reiffenstuel, *loc. cit.*
(2) Bruns, 3er absch, § 29, p. 208 et suivantes, en cite de nombreux exemples.
(3) Decr. Greg., c. 2, 3, 4, 6. *De causa prop. et possess.*

sur le Décret, Abbas, Pirhing, etc. (1), prétendaient qu'un tel cumul est impossible parce que celui qui agit au pétitoire avoue par là même qu'il n'a pas la possession, et ils appuyaient cette proposition sur les lois romaines observées même en Droit canon, tant qu'un texte contraire ne les abolissait pas. Mais nous savons qu'en Droit romain l'action pétitoire n'empêchait pas d'agir au possessoire ; tout ce que l'on peut déduire des lois romaines, c'est que le jugement possessoire est un préliminaire obligé du pétitoire, et par suite ne peut se cumuler avec lui, toutes les fois qu'il s'agit de décider d'abord à qui incombe la preuve de la propriété. Or, il n'en est pas toujours ainsi, et ce cas ne se présente même jamais dans les choses incorporelles (2).

Le cumul du possessoire *recuperandæ* avec le pétitoire était entravé par une règle particulière au Droit canon. Cette règle, dont l'origine remonte probablement à la constitution de Valentinien et qui trouva sa confirmation dans le canon *Redintegranda*, se formulait ainsi : *Spoliatus est ante omnia restituendus*. Tout un titre des Décrétales traite de cette *restitutio spoliati ante omnia facienda*. Celui qui a été dépouillé de sa possession et qui attaque son adversaire devant la justice, doit être d'abord réintégré par le juge dans sa position première ; et si l'usurpateur, pour se dispenser de cette restitution, oppose son droit de propriété, il ne sera entendu sur cette question pétitoire qu'après avoir satisfait à la condamnation qu'il doit subir au possessoire. Tel est le principe général. Par une exception remarquable, la nécessité de la bonne foi fléchit devant lui. Celui qui a été dépouillé doit être réintégré, lors même que sa possession première aurait été vicieuse. *Prædo etiam est resti-*

(1) *Glossa in* c. 5. v°. *Quod de recuperanda. De causa prop. et poss.* ; Abbas, *eod.*, n° 17 ; Pirhing, *eod.*, n° 39.

(2) Aux lois romaines citées précédemment, on peut ajouter des textes de droit canon, c. 2, *De capellis monachorum* ; c. 5, *De causa prop. et poss.* ; c. 36, *De testibus et attest.*

tuendus (1). Ainsi le propriétaire expulsé, quoiqu'il puisse chasser immédiatement l'usurpateur, car il est permis de repousser la force par la force, ne le peut plus s'il a laissé s'écouler un certain temps (2): et si alors il emploie la force pour rentrer en possession, il sera obligé, sur l'action en justice de son adversaire, de lui restituer la possession avant de pouvoir à son tour intenter l'interdit ou l'action pétitoire. Dans un cas cependant, le propriétaire sera préféré au *prædo* dépouillé : si l'expulsion du *prædo* a eu lieu par un tiers indépendamment du propriétaire, ce tiers doit la restitution de la chose au *prædo* en vertu de l'interdit *unde vi* et de la règle *spoliatus* ; mais il la doit également au propriétaire en vertu des canons *Sæpe contingit* et *Redintegranda* qui étendent aux tiers l'action possessoire. Le propriétaire, n'ayant aucune faute à se reprocher et ayant en somme le droit le meilleur, recouvrera la chose en nature, tandis que le *prædo* dépouillé n'aura qu'une indemnité (3).

157. — Cette règle ordonnant, une restitution, même en faveur d'un possesseur vicieux, contribua beaucoup à l'établis-

(1) C, 5, *De rest. spol.* Ce canon, dont nous détachons la phrase citée au texte, décide en particulier qu'on ne peut opposer à celui qui demande la restitution de son église dont il a été expulsé violemment, la question de propriété ou d'une institution canonique vicieuse, jusqu'à ce qu'il ait été rétabli dans son siége. Le c. 7, *h. t.*, nous fournit un autre exemple. Un clerc avait été expulsé de son église, l'église de Wifort, par l'archevêque de Cantorbéry. Sur sa plainte, le pape Alexandre III ordonne de s'enquérir s'il y a eu expulsion, et dans ce cas, de condamner l'archevêque à rendre au clerc l'église et ses revenus, ne lui permettant qu'après cette restitution faite, de poursuivre le clerc devant le délégué pontifical. Quoique ces espèces soient purement ecclésiastiques, comme le motif de la décision est général, la même solution doit s'étendre aux questions temporelles.

(2) Ce temps est laissé, comme en Droit romain, à l'appréciation du juge. Le propriétaire peut prendre le temps de convoquer ses amis et rassembler des forces suffisantes, mais il ne doit pas s'occuper d'autres affaires auparavant. (Glossa *in fin.* c. 18, *De Homic.* ; Gailus, *De pace publica*, lib. I, *cap.* 16, nº 12 ; Menochius, *De recup. poss., remed.* 1., nº 385, etc.)

(3) Barbosa, c. 5, *De rest. spol.* ; Surdus, *consil.* 166, nº 12 ; c. 6, *De causa prop. et poss.*, et la Glose, vº *prævalere*. Un argument d'analogie se tire également de la loi 31, § 1, Dig., *Depositi*.

sement de la réintégrande dans le Droit coutumier et de là dans notre Droit. Il est donc utile de nous y arrêter un instant, et après avoir posé le principe, de parcourir rapidement les nombreuses limitations qu'il a reçues et qui nous aideront à en saisir le sens et à en découvrir le but. La première et la plus importante découle du consentement du spolié. Celui-ci peut renoncer au privilége établi en sa faveur, et tout en demandant réparation du dommage, consentir à ce que la question de propriété soit jugée immédiatement (1). Cette renonciation peut même être tacite et résulter de ce qu'il n'a pas opposé l'*exceptio spoliationis* à son adversaire demandant à prouver son droit de propriété. Le juge ne peut alors suppléer d'office la restitution (2). L'*exceptio criminis* ne peut être opposée, à moins que le crime allégué ne rende complétement incapable d'ester en justice, ou n'ait fait perdre *ipso jure* la possession et la propriété de la chose (3). La restitution n'a pas lieu non plus si la possession du spolié est non-seulement vicieuse, mais contraire aux lois (4). Les canonistes vont même plus loin : malgré la constitution de Valentinien, ils refusent la restitution à celui qui n'a notoirement sur la chose aucun droit de propriété, s'il est notoire également que le spoliateur est le véritable propriétaire (5). La raison en est que le spolié rentré en possession serait obligé de restituer immédiatement cette possession au véritable propriétaire, et par suite que son exception de spoliation est un véritable dol. « *Dolo facit, qui petit quod resti-*

(1) C. 1, *De rest. spol.*

(2) C. 20, *De sent. et re judic.*; Menochius, *remed.* 1, *De recup. poss*, nos 163 et 873; Sperellus, *Forum ecclesiasticum*, *decis.* 100, nos 12 et 13; Mascardus, de *Probationibus*, concl. 1331, nos 7 et 15; Bartolus, etc.

(3) Tels seraient l'excommunication, le bannissement, un jugement déclaratif d'hérésie ou de lèse-majesté.

(4) Telle serait la possession de dîmes ou de bénéfices ecclésiastiques par un laïque.

(5) Glossa in c. 2, *De rest. spol.*, *in Sexto*; Abbas, c. 5, nos 9 et 10. *De rest. spol.*; Mascardus, *De probationibus*, *concl.* 1332, nos 1 et *seq.*; Menochius, *De recup. poss.*, *remed.* 1, nos 215 et *seq.*; Pirhing, *De rest. spol.*, no 24; Zoesius *cod.*, no 13, etc.

luere oportet eumdem » (1). Dans les causes bénéficiales, il n'est même pas nécessaire que le spoliateur soit propriétaire notoire de ce dont il a dépouillé son adversaire : il suffit pour que la restitution n'ait pas lieu qu'il soit constant que ce dernier n'y avait aucun droit ; car il est d'intérêt public que les postes ecclésiastiques ne soient occupés que par ceux qui ont reçu l'institution canonique. — Enfin, pour clore cette énumération bien incomplète qui ne comprend que quelques exceptions principales, la restitution n'aura pas lieu toutes les fois qu'il en résulterait un dommage considérable (2).

Toutes ces limitations, la dernière surtout, nous montrent quel est en somme le vrai but de la règle : *Spoliatus ante omnia restituendus*. Elle ne cherche pas à empêcher de se faire justice à soi-même, puisque le propriétaire peut repousser même après un certain temps un individu qui n'a certainement aucun droit sur sa propriété. Elle ne pose pas non plus un principe absolu de justice, puisqu'elle cède devant des considérations d'intérêt privé. C'est tout simplement une mesure d'ordre judiciaire. Celui qui a été dépouillé de sa possession est censé avoir le droit pour lui, et la prétention que son adversaire élève

(1) *In Sexto, Reg. juris* 59. Cette solution nous montre combien la constitution de Valentinien était tombée en désuétude. La glose au ch. 1, *De dolo et contumacia*, v° *Rigor* la déclare inapplicable aux affaires ecclésiastiques, et les canonistes l'éludent pour le droit privé.

(2) Nous ne pouvons donner de formule plus précise. Voici quelques exemples tirés des Décrétales. Le c. *Litteras* 13, § fin, *De rest. spol.*, prévoit le cas où un mari réclame son épouse qui s'était éloignée de lui. Celle-ci oppose un empêchement dirimant et en offre la preuve immédiate. Elle devra cependant être rendue provisoirement à son mari *quoad cohabitationem*, mais non *quoad thorum*, *quum cognito dicto impedimento dirimente sine offensa Dei et peccato mortali debitum viro reddere nequivisset*. Si elle n'offrait pas de preuves immédiates, elle serait rendue à son mari, même *quoad thorum*, car elle serait supposée de mauvaise foi. Cependant, même dans ce cas, elle ne devrait pas être rendue à son mari si la méchanceté de ce dernier pouvait faire craindre sérieusement des sévices graves. (Voir également les commentaires d'Abbas, Barbosa, Pirhing, Engel, etc.). Menochius, *remed.* 1, *De recup. poss.*, cite une décision du tribunal de Rote (*decis.* 12, *De rest. spol.*), suspendant la restitution afin d'éviter un scandale public. Cela pouvait se présenter surtout dans les questions ecclésiastiques où le salut des âmes forme la loi principale.

à la propriété ne doit pas retarder la restitution qui lui est due. Cette restitution lui sera donc faite provisoirement pendant le temps souvent très-long que demandera le débat pétitoire, et ne pourra lui être refusée que lorsqu'il s'élèvera contre lui des présomptions extrêmement sérieuses, ou lorsque cette restitution, qui en réalité n'est que provisoire jusqu'à la solution de la question de propriété, entraînerait des conséquences désastreuses.

158. — Toutes les fois que la nécessité de décider à qui incombe la preuve de la propriété, ou bien l'application de la règle *Spoliatus ante omnia restituendus*, n'empêcheront pas les questions possessoire et pétitoire d'être traitées simultanément, et à moins que l'une d'elles ne soit en état avant l'autre (1), le juge statuera sur la possession et la propriété par une seule et même sentence. Or il arrivera parfois que le juge décidera que la propriété appartient à l'un, la possession à l'autre. Le propriétaire aura néanmoins dès lors la possession, car en déclarant sa propriété, le juge ordonne par là même qu'il puisse entrer en jouissance de cette propriété : le jugement possessoire n'en a pas moins constaté la possession passée, et si le droit du possesseur à être maintenu cède devant le droit supérieur du propriétaire, les avantages de la possession ne lui sont pas entièrement enlevés, et la sentence possessoire aura en particulier son effet sur les fruits perçus de bonne foi et sur la liquidation des dépens.

Nous avons vu que celui qui a commencé à agir au pétitoire peut revenir au possessoire avant la conclusion de l'instance. Il n'en est plus ainsi après la fin de l'instance ; les parties ont les mains liées et la bouche close. Mais le juge, jusqu'à ce qu'il ait prononcé la sentence, a le droit d'interroger les parties, soit sur leur demande, soit d'office si l'équité le lui commande, et dans le cas où il verrait ouvertement l'injustice de l'un des plaideurs ou

(1) C. 21, *De sent. et re judicata* ; c. 2, *De causa poss. et prop.*

pour quelque cause grave, il pourrait revenir au possessoire (1). Cette disposition, bonne peut-être alors où les plaideurs étaient peu instruits, donne au juge un pouvoir d'appréciation quelque peu excessif. Une *Clémentine* permet même d'invoquer pour la première fois le possessoire sur l'appel porté dans les causes bénéficiales devant le siége apostolique (2). Mais cette disposition exorbitante du droit commun resta renfermée dans les limites qui lui avaient été tracées et ne fut pas étendue au Droit privé (3).

(1) C. 5, § *fin. De causa prop. et poss.*
(2) Clem. *un. De causa prop. et poss.*
(3) Glossa, *in cit. Clem.*; Abbas, *eod.*, nº 2; Covarruvias, *lib.* 1, *Var. resolut., cap.* 16, nº 13. *Contra* Jason.

CHAPITRE III.

DROIT GERMANIQUE ET COUTUMIER.

159. — Les peuples, dans l'enfance de la civilisation, ne savent pas nettement distinguer la possession de la propriété : pour eux, la notion du droit est incomplétement séparée de celle du fait (1). Ainsi, nous avons vu qu'à Rome les actions possessoires avaient été créées par le préteur en dehors des traditions du vieux Droit civil. La possession produit cependant un effet important : elle se confond rapidement avec la propriété. A Rome, le délai de l'usucapion était d'un ou deux ans. Chez les Germains, la prescription était accomplie au bout d'une année. Ce terme de l'annalité pénétrait tout leur Droit. D'après ce que nous apprennent César et Tacite, chaque année les terres étaient soumises à un nouveau partage. Le délai d'un an se retrouve dans

(1) La mauvaise organisation des pouvoirs publics et de la justice, le défaut d'analyse des principes fondamentaux du Droit, contribuent à ce résultat. Mais cela tient surtout, croyons-nous, au mode d'existence de ces peuples, toujours quelque peu nomades, abandonnant volontiers une terre infeconde pour en chercher une plus fertile. Le même phénomène s'est reproduit de nos jours dans les pays, comme l'Afrique ou l'Amérique, où une grande quantité de terres est livrée à l'occupation individuelle. En particulier, lors de la découverte des mines du Cap, les premiers exploitants établis à New-Rush, après avoir partagé le sol en *claims*, espace de 31 pieds carrés, avaient posé en loi que tout claim non travaillé pendant trois jours serait supposé abandonné. On évitait ainsi les réclamations de ceux qui, après avoir délaissé leur claim comme stérile, venaient le revendiquer quand un nouvel exploitant y avait fait de riches découvertes. Plus tard, quand des mineurs déjà enrichis, au lieu de travailler eux-mêmes leur terrain, le firent travailler par des Cafres sur lesquels leur surveillance ne pouvait être incessante, on se vit obligé d'allonger le délai. On arriverait ainsi peu à peu à un régime normal, si la mine n'est pas épuisée auparavant.

les lois galloises d'Howel-le-Bon, appliqué selon M. Laferrière à la protection de la possession, selon nous à la prescription. Le titre 48 de la loi salique, *De migrantibus* (1), consacre l'acquisition par le même délai, non d'une possession légale, comme l'avaient cru Pithou et Henrion de Pansey, ni même d'une propriété exclusive, mais d'un droit indivis et commun dans le territoire d'une *villa*. Le titre 49 de la même loi et le titre 27, art. 28, nous fournissent encore d'autres exemples. Mais il ne s'agit nulle part d'une protection particulière de la possession.

Le Droit romain, pénétrant parmi les envahisseurs de la Gaule, y apporta ses principes et sa prescription de trente ans, qu'on trouve appliquée avec quelques modifications dans des formules et constitutions de ce temps (2). Mais ces dispositions paraissent plutôt devoir s'appliquer à l'Église et aux Gallo-Romains en vertu de la personnalité des lois. Les courtes prescriptions étaient plus appropriées à l'esprit des peuplades germaniques. Lothaire en 824 établit la prescription annale contre le premier acquéreur qui avait laissé en possession un acquéreur postérieur (3).

160. — Nous trouvons donc toujours vivace le principe de l'annalité, mais appliqué à la prescription plutôt qu'à une

(1) Quand, au VIIIe siècle, Charlemagne fit revoir et promulguer la loi salique, comme le système de culture commune avait fait place à la propriété individuelle, on substitua au titre *De migrantibus* la rubrique: *De eo qui villam alterius occupaverit vel si duodecim mensibus eam tenuerit.* Il est probable que la pratique judiciaire en déduisit une prescription annale, car le 3e capitulaire de 819 rectifie cette interprétation.

(2) La formule 33 de l'appendice de Marculfe, la formule 40 de Sirmond, le chap. 12 de la constitution de Chlotaire I en 560, le ch. 4 de l'édit de Childebert en 559, supposent une prescription de trente et un ans. Ce dernier parle même d'une prescription de dix ans quand l'objet contesté est dans le ressort de la justice du revendiquant (Pardessus, *Loi salique*, p. 516 et 517). La loi des Bourguignons, tit. 79, suit les principes romains : on voit cependant dans les additions de cette loi une acquisition des droits d'aqueduc et de passage par deux années d'exercice (De Parieu, *Etudes sur les actions possessoires*).

(3) Baluze, t. 2, p. 335, tit. 5, ch. 17.

protection de la possession. Ce principe disparaît ou plutôt reste à l'état latent pendant la période de la féodalité. Alors en effet toute prescription est devenue impossible entre le seigneur et son vassal. Ce dernier n'a d'autre droit que celui qui lui est conféré par l'investiture et ne peut même aliéner ce droit précaire et viager sous peine de confiscation (1). La *saisine* n'est autre que cette investiture (2). Pour transmettre sa propriété, le vassal doit se faire dessaisiner et ensaisiner son acquéreur ; l'héritier lui-même a besoin de la saisine pour consolider sa propriété.

Mais la réaction se fit contre ces exigences du système féodal, et le droit naturel de l'héritier triompha du pouvoir seigneurial en faisant proclamer la maxime : « Le mort saisit le vif », inscrite au treizième siècle dans les *Établissements* de saint Louis, contestée cependant encore au quatorzième siècle par certaines coutumes (3). En même temps on chercha à se soustraire d'une façon plus générale aux formalités de l'investiture ; on induisit de la *souffrance* du seigneur une sorte de saisine tacite, qui au bout de dix ans légitimait la propriété et au bout d'un an permettait d'agir au possessoire (4). Nous voyons reparaître ce terme de l'annalité qui, par suite des progrès de la civilisation, avait abandonné la prescription de la propriété pour protéger certains droits accessoires, et venait enfin marquer le délai nécessaire pour que la possession reçût

(1) « Qui aliène tout son fié ou partie sans l'otroi dou seignor ou autrement que par l'usage dou royaume et par l'assise..., le seignor de qui il tient cel fié peut prendre ce que il a aliéné et tenir et user comme de la soue chose » (*Assises de Jérusalem*, ch. 147).

(2) L'origine de la saisine nous paraît remonter plus haut. Dans l'enfance des sociétés, les transmissions de propriété ne s'effectuent qu'avec des manifestations symboliques. Le régime féodal s'empara de cette idée, mais en la modifiant. La saisine non-seulement constatait les mutations de propriété, mais assurait la perception des droits fiscaux des seigneurs.

(3) *Etab. de Saint-Louis*, l. 2, ch. 4; Jean Desmares, *décision* 234.

(4) Buridan, sur l'art. 168 de la *Coutume de Reims* ; Loisel, *Inst. coutum.*, l. 5, tit. 4, nos 9 et 10.

une protection légale (1). Cette saisine annale remplaça même peu à peu la saisine du seigneur (2). Celui qui est ensaisiné, soit directement, soit par an et jour, a seul le droit de défendre sa possession.

161. — Même avant cette introduction de l'annalité, la possession de celui qui avait reçu l'investiture, quoique ne pouvant conduire à la prescription, recevait de la loi une protection. Cette protection visait surtout à défendre la possession contre la violence et à réprimer les voies de fait. Elle consistait dans l'action de nouvelle dessaisine et dans le claim de force ou de nouvelle dessaisine. Nous trouvons ces actions mentionnées dans les Assises de Jérusalem (3), protégeant la possession et la propriété, qui ne sont pas encore nettement distinguées, puisqu'au bout d'un an tout possesseur devenait propriétaire. Le grand Coutumier de Normandie distingue le *plet* de la propriété et le *plet* de la possession. Glanville, justicier d'Angleterre au XIIe siècle, traite de l'action de nouvelle dessaisine et donne diverses formules de brefs de dessaisine soit pour dépossession véritable, soit pour simples troubles résultant de fossés détruits, de niveaux d'étangs exhaussés, etc. (4). Britton, Hornes mettent en parallèle le possessoire et le pétitoire ; Pierre Desfontaines mentionne l'action de force et de dessaisine ; Brodeau cite plusieurs documents des XIIe et XIIIe siècles rappelant cette action (5). Enfin les *Établissements* de saint Louis (liv. 2, ch. 6)

(1) Voir sur ces transformations du délai de la prescription et sur l'influence de l'annalité, les *Etudes sur les actions possessoires* de M. de Parieu.

(2) Delaurière, sur l'art. 96 de la *Coutume de Paris*, s'exprime ainsi: « Pour former la complainte, il faut avoir la saisine; et pour avoir la saisine, il faut avoir possédé pendant l'an et jour, à moins qu'on n'ait été ensaisiné par le seigneur dont la chose contentieuse est mouvante, car la saisine donnée par le seigneur vaut celle qui est acquise par an et jour ». (P. 262, édit. Nyon, 1777.)

(3) Ch. 63 et 64.

(4) *Lois et coutumes d'Angleterre*, liv. 13, § 32 à 37.

(5) Britton, *Disseisine*, ch. 42 (book II, ch. 11) ; Hornes, *Miroir de justice*, De assise de novel disseisin et redisseisin, sect. 25 ; *Conseil* de Desfontaines, ch. 32, §17; Brodeau, sur la *Coutume de Paris*, t. 2, p. 31.

nous disent: « Nul ne doit en nulle cort pléder desésis; més il doit demander sesinne et n'est mie tenu de respondre dessessis ne despouillé... selon droit escrit en décrétales... » Cette disposition constate le droit pour celui qui était saisi et qui s'est vu dépouiller de réclamer sa mise en possession préalablement à tout débat sur le pétitoire, et rappelle l'*exceptio spoliationis* du Droit canon. Celui qui a droit à cette action de dessaisine et à cette exception préalable est le possesseur dessaisi, que sa saisine première fût la possession d'an et jour ou le résultat de l'investiture du seigneur.

L'influence du Droit canon commence déjà à se faire sentir. Peu d'années séparent la rédaction des *Établissements* de saint Louis de celle du livre de Beaumanoir et des progrès sensibles sont réalisés. « On sent en parcourant le livre de Beaumanoir que le règne d'un souverain chrétiennement civilisateur vient de passer sur la France, et que d'un autre côté l'empire d'un Droit rationnel et savant va succéder aux pratiques confuses d'une époque barbare » (1). Beaumanoir parle encore de la nouvelle dessaisine et de la force en considérant la seconde comme une aggravation de la dessaisine (2) : mais un élément nouveau est venu s'ajouter, manifestant le réveil des traditions romaines et le besoin plus grand de sécurité, c'est le cas de *nouveau trouble*, analogue à l'ancien interdit *uti possidetis* (3). L'usage de cette action de *nouveau trouble* n'est permis qu'au possesseur ensaisiné, c'est-à-dire en réalité au possesseur annal. Il en est de même de l'action de *nouvele dessésine* (4). Cependant l'annalité n'est pas requise en matière de spoliations mobi-

(1) De Parieu, *Etudes sur les actions possessoires.*

(2) Vos poes savoir que nule tele force n'est sans nouvele desseisine, mais nouvele desseisine est bien sans force. (Ch. 32, § 2)

(3) Nouviaux troubles, si est se j'ai esté en sésine an et jour d'une chose pesiblement et l'on m'empeesche, si que je n'en puis pas jouir en autel manière comme je fesoie devant, tout soit ce que cil qui le me empeesche ne emporte pas la chose (Beaumanoir, ch. 32, § 3).

(4) Beaumanoir, ch. 32, §§ 2 et 4.

lières (1). En outre, les actions possessoires sont toutes soumises à la déchéance après le délai d'un an (2). Nous croyons y reconnaître l'influence des interdits romains ; mais si ce délai d'exercice de l'action fut si facilement accepté et si rapidement introduit, cela tient aussi à ce qu'il rappelait en même temps le délai nécessaire pour acquérir une possession utile.

162. — La condition d'annalité imposée à la possession, et que nous avons vue dériver de l'idée de saisine et de l'ancienne prescription germanique, marque un grand progrès dans la théorie possessoire. La possession en effet, dès qu'elle existe, ne mérite pas, à vrai dire, d'être protégée pour elle-même, et les Romains l'avaient si bien compris qu'ils avaient admis la conservation de la possession des immeubles *animo solo*. Il faut que le temps y ait mis son empreinte et lui ait communiqué quelque stabilité, que la persistance du fait sans aucune protestation puisse permettre de le supposer conforme à la justice, et qu'enfin la négligence de l'ancien possesseur soit assez évidente pour lui faire encourir une déchéance ou supposer de sa part l'abandon de son droit. Cette condition d'annalité contribuait en même temps à donner à l'action possessoire ce caractère de réalité qui lui appartient et que les décrétales des Papes lui avaient déjà communiqué en permettant de l'invoquer contre les tiers.

163. — La connaissance du Droit romain se répand de plus en plus en France. En même temps, le cas de *nouvel trouble* ou de nouvelleté voit étendre son action et embrasse même les cas de dessaisine et de force. Comme la possession légale était caractérisée par le délai de l'annalité accompli, la dépossession qui n'avait pas donné naissance à une nouvelle possession annale

(1) Beaumanoir, ch. 32, §§ 15, 23 et 24. M. Troplong (*Prescription*, n° 206) croit voir dans ces passages une action particulière dispensée de la condition de possession annale, mais cette action ne se retrouve nulle part ailleurs et Beaumanoir dit formellement que pour exercer l'action de *nouvele desseisine*, il faut être possesseur paisible d'an et jour.

(2) Beaumanoir, ch. 32, §§ 9 et 25.

pouvait être considérée comme laissant subsister la saisine du possesseur spolié. Ce dernier pouvait donc intenter l'action de nouvelleté en se disant troublé et non dessaisi (1). Il y trouvait l'avantage d'éviter la *plège* ou caution qu'était obligé de donner celui qui se disait dessaisi et voulait enlever la possession à son adversaire (2). Au quatorzième siècle, le premier président du parlement de Paris, Simon de Bucy, sanctionne cette coutume. Dès lors, soit par une révolution de procédure, soit par l'adoucissement progressif des mœurs, l'action possessoire en cas de violence, seule usitée à l'époque des invasions barbares et dans toute la période féodale, se perd et se fond dans l'action de nouvelleté qui prend le nom de complainte et est mentionnée comme la plus importante et même la seule dans un grand nombre de coutumes.

Cependant la diversité des actions possessoires se conserve dans la pratique et la doctrine, sous l'influence de la tradition et de l'étude du Droit romain et du Droit canon. A côté de la complainte assimilée à l'interdit *uti possidetis*, les auteurs distinguent la nouvelle dessaisine ou l'interdit *unde vi*, et la réintégrande, voie plus large ouverte même contre les tiers et dans laquelle vient se fondre l'interdit *unde vi* (3). La complainte ne pouvait se fonder que sur la possession annale : la réintégrande, selon certains auteurs (4), pouvait s'exercer sans aucune condition d'annalité, et pouvait même être intentée par un fermier. Une autre action possessoire se faisait jour également à la suite de textes

(1) « En cas de nouvelleté se faut bien garder de dire qu'on ait été spolié, mais simplement troublé ou déjeté de sa possession par force ». (Loisel, *Instit. coutumières*, l. 5, tit. 4, n° 11.)

(2) Cette *plège* ou *applégement* rappelle la *cautio* de l'ancienne procédure des interdits. On pourrait croire, par suite, qu'elle vient du Droit romain; mais elle était appliquée longtemps avant le XIII^e^ siècle en Anjou et en Poitou : nous y verrions plutôt une institution naturelle aux législations premières, alors que l'état de la société force à prendre d'avance des garanties pour assurer l'exécution des jugements et des condamnations.

(3) Lizet, Imbert, Charondas, Papon.

(4) Imbert, liv. 1, ch. 17; Chabrol, *Coutumes d'Auvergne*, t. 1, p. 60, citant plusieurs auteurs.

mal interprétés du Droit romain; la dénonciation de nouvel œuvre. Bouteiller en parle dans sa *Somme rurale* (liv. 2, tit. 32), comme d'une sommation obligeant à suspendre des travaux à l'occasion desquels celui qui faisait la sommation craignait un préjudice. C'est à peu près la *nuntiatio novi operis* romaine. L'entrepreneur de l'ouvrage devait obtenir de la justice main-levée de la sommation, et en attendant il pouvait continuer ses travaux, en demandant la permission du juge et fournissant caution. Cette sommation se transforma en assignation qui devait être donnée dans l'année où le nouvel œuvre avait été commencé. La dénonciation de nouvel œuvre ne diffère dès lors de la complainte qu'en ce que le juge pouvait, moyennant caution, permettre la continuation des travaux (1).

164. — Ces trois actions : complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel œuvre, s'appliquaient aux immeubles et protégeaient également la possession des droits réels autres que le droit de propriété. Les conditions d'acquisition de la possession étaient celles que nous avons exposées en Droit romain et en Droit canon : l'annalité venait seulement s'y ajouter, sauf toutefois, selon certains auteurs, pour la réintégrande. La possession des meubles était protégée au temps de Beaumanoir par l'action de nouvelle dessaisine. La réintégrande leur resta applicable ; mais il en était autrement de la complainte. Le simple trouble ne se conçoit pas facilement à propos d'objets mobiliers ; en outre, le peu de valeur attribuée aux meubles par l'ancien Droit, la facilité avec laquelle leur propriété change de mains, conduisaient à ne pas séparer la possession de la propriété. C'est ce qui fut fait, et une procédure particulière fut organisée pour eux : l'aveu. La complainte ne fut recevable que pour une universalité de meubles (2). La procédure de l'aveu disparut à son tour et la

(1) Papon, *Arrêts notables*, l. 8, t. 4, §§ 8 et 9.

(2) « Item jasoit ce que len die que pour meuble len ne puisse pas intenter le cas de nouvelleté ; toutefois si faict bien en deux cas. Primo en cas d'une succession universelle » (*Grand coustumier de France*,

voie pétitoire resta la seule voie ouverte pour les meubles, comme elle l'est aujourd'hui (1).

165. — La procédure suivie dans ces diverses actions se modifia aussi peu à peu. A l'origine, elle appelle, comme à Rome, l'intervention de l'autorité chargée de maintenir l'ordre. Le complaignant s'adresse au bailli, qui se transporte sur les lieux. Si l'auteur du trouble reconnaît son tort, le bailli ressaisit immédiatement le plaideur dépossédé : sinon, l'objet litigieux est mis sous le séquestre ainsi que les fruits produits pendant la dernière année ; c'est ce qui s'appelle le *fournissement de la complainte*. Il restait ainsi sous le séquestre, jusqu'à la sentence rendue au possessoire. Mais, comme ce séquestre pouvait durer longtemps, on appliqua aux matières civiles la récréance usitée en matière ecclésiastique. Le préteur, à Rome, adjugeait la possession à celui qui offrait la caution la plus forte : le magistrat en Droit canon et dans le Droit coutumier l'adjuge à celui dont le droit lui paraît le plus probable. Cependant les baillis, ne pouvant se livrer aux déplacements fréquents qu'entraînait cette procédure sur la possession, avaient laissé ce soin à leurs officiers inférieurs, examinateurs, huissiers ou sergents (2). Les inconvénients de cette mesure se firent sentir. Au temps d'Imbert et de Lizet, le sergent ne prononce plus ni le séquestre ni la récréance. Il se transporte sur les lieux, à la plainte de celui qui est troublé, pour le maintenir en possession ; mais si l'adversaire fait opposition, il se contente de l'assigner devant le magistrat. Dès lors le séquestre comme la récréance forment

liv. 2, tit. 12, art. 26 et 27; folio 78, édition 1536). Le second cas est celui d'une atteinte portée au droit de justice (*ibid.*).

(1) On trouve aussi dans la période féodale une action de simple saisine, donnée au possesseur de dix ans et dont les conditions sont assez mal définies. Elle est encore mentionnée dans l'art. 98 de la coutume de Paris; mais les commentateurs la considérèrent comme abrogée. De fait, elle était tombée en désuétude: la possession décennale est en effet à peu près aussi longue et difficile à prouver que la propriété.

(2) La coutume de Péronne de 1507 appelait le sergent juge référendaire en cette partie. Voir également le *Grand Coustumier*, folio 79.

des incidents distincts de la complainte, des exceptions dilatoires qui peuvent simplement se proposer devant le magistrat, au début de l'instance possessoire.

La réintégrande préoccupait beaucoup moins les anciens praticiens. Issue du Droit canon, elle en conservait les formes. Elle pouvait s'intenter par voie criminelle ou voie civile ; intentée civilement, elle était vidée rapidement comme matière sommaire et n'entraînait ni séquestre ni récréance.

166. — Une différence, qui, au premier abord, paraît reposer sur de simples formalités de procédure, mais qui au fond est plus importante même que celle qu'a produite l'annalité, séparait le Droit coutumier du Droit romain et du Droit canon. C'est la défense formelle de cumuler le pétitoire avec le possessoire. Cette défense est déjà exprimée par Beaumanoir, et nous la retrouvons dans Jean Desmares (1) : on admettait cependant l'usage assez répandu d'alléguer dans la complainte une possession plus qu'annale. L'influence romaine et canonique battait en brèche cette défense du cumul ; mais les ordonnances des rois rappelaient sans cesse à l'observation de cette règle coutumière (2).

167. — Nous arrivons ainsi au siècle de Louis XIV et à l'ordonnance de 1667. Cette ordonnance reproduit la doctrine traditionnelle que nous venons d'esquisser (3). Elle distingue la réintégrande de la complainte, mais ne parle plus de l'annalité de la possession. Malgré ce silence, le plus grand nombre des auteurs continuent à exiger la possession annale ; d'autres voient dans l'ordonnance un retour à la théorie romaine ; d'autres enfin décident, comme l'avaient déjà fait Imbert, Chabrol, etc., que la réintégrande seule cesse d'être soumise à la condition d'annalité.

Tel était, avec ses incertitudes nées du mélange de la théorie

(1) Beaumanoir, ch. 32, §§ 29 et 35 ; Desmares, 300e *Décision*.
(2) Ordonnance de Montils-lès-Tours, art. 72 ; ordonnance d'Ys-sur-Thylle, art. 1 et 9, ch. 9.
(3) Ordonnance de 1667, tit. 18.

romaine avec le système coutumier, le dernier état du Droit sur la possession, quand les innovations de la Révolution vinrent réagir sur l'ordre judiciaire. Le décret du 24 août 1790 ne fit que mentionner les actions possessoires.

Le Code civil et le Code de procédure parurent ensuite : mais leurs dispositions trop laconiques n'ont fait que perpétuer la controverse, et la loi de 1838 ne l'a pas encore complétement résolue.

DROIT FRANÇAIS

TITRE PREMIER

DE LA POSSESSION

PROTÉGÉE PAR DES ACTIONS

CHAPITRE PREMIER.

NOTION DE LA POSSESSION.

168. — Nous avons assisté au développement de la notion de la possession. Brisant les barrières matérialistes de la vieille législation romaine, le Droit canon avait reconnu, non-seulement pour le droit de propriété, mais pour la plupart des autres droits, une possession correspondante. L'influence de cette doctrine avait pénétré le Droit coutumier, et Pothier définissait séparément, mais en des termes analogues, la possession des choses et la possession des droits.

Les auteurs de nos Codes paraissent avoir fait encore un pas en avant dans cette voie en réunissant ces deux possessions sous une même dénomination. Malheureusement ils n'ont fait qu'ébaucher leur œuvre. Non-seulement leur définition n'est pas assez précise : mais ensuite c'est à peine s'ils traitent de la possession et de ses effets accessoirement à la prescription ; et la protection qu'ils lui donnent est si vaguement indiquée dans quelques articles du Code de procédure, que les actions possessoires sont devenues une mine inépuisable de controverses.

§ 1. — *Définition de la possession.*

169. — L'article 2228 du Code civil nous dit :

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

Cette définition a été l'objet de beaucoup d'éloges. Nous ne saurions nous y associer complétement.

Il était bon, croyons-nous, de réunir dans une même définition la possession de tous les droits, comme elle se résume dans une même notion. Mais dans l'article 2228, s'il n'y a qu'une seule phrase, il y a deux définitions, quoiqu'au fond elles renferment la même idée. D'après cet article, la possession des choses consiste dans la détention ; des droits, dans la jouissance.

Or la possession d'une chose peut se concevoir sans la détention soit par soi-même soit par autrui, et de plus elle n'a pas lieu sans la volonté d'être possesseur. La possession d'un droit peut à la rigueur être considérée comme résidant dans la jouissance de ce droit : mais le mot jouissance indique une action aussi bien qu'une situation, et l'action n'est nécessaire que pour l'acquisition. La définition du Code n'est donc pas complétement exacte.

Une bonne définition doit embrasser les deux éléments que nous avons reconnus constitutifs de la possession, la volonté et la possibilité physique d'agir. Il nous semble qu'on pourrait formuler ainsi la notion générale de la possession, en comprenant le droit de propriété parmi les droits qui peuvent former son objet :

La possession d'un droit consiste dans la possibilité physique d'exercer ce droit et dans la volonté de le considérer comme sien.

170. — A cette définition on peut faire dès l'abord une objection de principe sur laquelle nous devons nous arrêter, parce que, si elle était fondée, elle vicierait toute notre théorie de la possession des droits. Le Code, nous dira-t-on, n'est pas contraire à cette doctrine pour la possession des choses ou du droit de propriété ; mais il place la possession des autres droits dans la jouissance exercée et non dans la possibilité de l'exercice. Ce qui le prouve, c'est la définition même de l'article 2228 Cod. civ. ; c'est la tradition romaine suivie par Pothier ; c'est le rapprochement des articles 617, 706 et 707 ; c'est la combinaison des art. 688, 691, 2228 et 2229.

Cette opinion est suivie par nombre d'auteurs et des plus estimés, et il peut paraître téméraire de vouloir lutter presque seul contre de telles autorités. Nous l'essaierons cependant, convaincus d'avoir pour nous la logique et la vérité.

Remarquons d'abord qu'il est plus naturel, plus simple et plus logique à la fois d'appliquer à la possession des droits réels les principes qui régissent la possession du plus important d'entre eux, du droit de propriété. Si donc on veut poser des principes différents, il faut les appuyer sur des raisons solides. Or, en prenant l'un après l'autre les divers arguments que l'on nous oppose, il ne nous sera pas difficile de démontrer la fragilité de leur base.

La définition de l'art. 2228 est inexacte, nous l'avons déjà montré. Elle ne parle pas de l'intention, qui est pourtant un élément essentiel de la possession ; le mot détention qu'elle emploie pour caractériser la possession des choses est sujet à critique, et le mot jouissance par lequel elle désigne la possession des droits peut s'entendre aussi bien de l'état passif qui constitue une situation de fait que de l'état actif qui consiste dans l'exercice (1). On ne peut donc pas plus invoquer cette

(1) Dans l'article 2243 le mot jouissance est employé pour désigner la possession des choses.

définition contre nous que nous ne pourrions l'invoquer en notre faveur.

La tradition romaine est peu faite pour nous guider. Les jurisconsultes de Rome ne paraissent pas avoir eu une idée bien nette de la possession des droits, et ne nous ont laissé à ce sujet que des théories vagues. Nous savons cependant qu'ils considéraient l'exercice du droit comme faisant acquérir la possession par une sorte de quasi-tradition (1), et non comme constituant la possession elle-même. Ils faisaient tellement peu consister la possession des servitudes dans l'exercice, qu'ils avaient assimilé complétement la possession d'une servitude personnelle, de l'usufruit, à la possession des choses. L'argument se retourne donc contre nos adversaires.

Pothier définit la quasi-possession d'un droit : la jouissance qu'en a celui à qui il appartient. Cette définition, sur laquelle le Code a copié la sienne, et les applications qu'il en fait ne sont pas à invoquer contre nous, pas plus que la définition de l'art. 2228. Le mot jouissance peut aussi bien s'entendre d'une situation que d'une action ; et c'est dans le premier sens, croyons-nous, que le prenaient nos anciens auteurs, et en particulier les canonistes qui, plus que tout autre, ont étendu la notion de la possession des droits.

Les art. 617 pour l'usufruit, 706 et 707 pour les servitudes statuent qu'après trente ans de non-usage le droit est éteint. On en conclut que la possession a dû cesser avec le dernier exercice, et on en déduit que, de même que le droit de propriété interpelle toujours le droit d'usufruit ou de servitude qui en est un démembrement, la pleine possession doit interpeller toujours la possession de l'un de ses attributs, possession qui serait ainsi constamment interrompue.

Le rapprochement des articles 688, 691, 2228 et 2229 Cod.

(1) *Usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* (Javol, l. 20, *De servit.*).

civ. démontrerait que cette déduction est fondée au moins pour les servitudes discontinues. En effet, l'art. 688 nous dit : « Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme.... Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées.. . » ; l'art. 2228 considère la jouissance comme un élément de la possession ; l'art. 2229 exige comme condition essentielle de la prescription que la possession soit continue ; l'art. 691 déclare les servitudes discontinues imprescriptibles. Il semble que tous ces articles font corps ensemble et supposent tous que la possession d'une servitude consiste dans son exercice et est interrompue après chaque acte de cet exercice ; c'est pourquoi les servitudes discontinues ne peuvent donner lieu à aucune possession et sont imprescriptibles, les servitudes continues au contraire peuvent être possédées.

C'est bien : mais que faire dans ce système des servitudes personnelles? Quoique l'article 688 n'en parle pas, il paraît bien difficile, pour ne pas dire impossible, d'admettre que leur usage soit continuel sans le fait actuel de l'homme. On ne peut cependant pas les déclarer imprescriptibles. Et puis, raison autrement sérieuse, est-ce bien la discontinuité de leur possession qui empêche les servitudes discontinues d'être prescrites ? Est-ce que la continuité de la possession représente la même idée que la continuité de la servitude? Certainement non : l'art. 688 n'a trait en aucune façon à la possession ; on ne peut exiger, pour qu'une possession soit continue, des actes constamment répétés, ce qui serait pratiquement inexécutable, et nous verrons que le caractère de continuité se détermine uniquement par la persistance de la volonté de posséder. Aussi admet-on généralement aujourd'hui que l'imprescriptibilité des servitudes discontinues repose uniquement sur une présomption de précarité. L'argument tiré de l'article 691 s'efface donc ; et dès lors la combinaison des trois autres articles, loin de fournir un argument contre nous, soulève la difficulté suivante. Si l'exercice constitue seul

la possession d'une servitude, comment la possession des servitudes discontinues et des servitudes personnelles peut-elle revêtir le caractère de continuité nécessaire ? Nos adversaires prétendent résoudre cette difficulté en s'appuyant sur l'article 2243. La possession, disent-ils, est bien interrompue après un premier exercice ; mais si un second exercice intervient dans l'année, l'interruption est censée n'avoir pas existé, car l'article 2243 ne lui attribue d'effet qu'autant qu'elle a duré un an (1). Mais en réalité l'article 2243 n'a rien à faire dans cette question. Il nous dit en effet : « Il y a interruption naturelle lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers. » La simple lecture, quelque peu attentive, de cet article, montre qu'il a trait à l'interruption par privation réelle de la chose, à la perte de possession par l'entreprise d'un tiers ; et nullement à une prétendue déchéance par absence d'exercice. Aussi cette difficulté attend encore et attendra longtemps une solution.

Il est temps de revenir maintenant au principe que l'on prétend tirer des articles 617, 706 et 707, et qui consiste dans l'interpellation de la propriété tendant à recouvrer, aussitôt que l'exercice d'une servitude n'a plus lieu, cet attribut un instant séparé. Nous avons vu combien était trompeur l'appui que l'on prétendait trouver en sa faveur dans le rapprochement des articles 688, 691, 2228 et 2229. Il nous reste à l'examiner en lui-même ; et si nous le reconnaissions fondé, nous serions obligés d'admettre la perte de la possession par absence d'exercice, malgré les difficultés que nous avons vu découler de cette théorie. Heureusement il n'en est rien ; et MM. Aubry et Rau eux-mêmes, quoique prétendant que la possession des servitudes consiste dans leur exercice, se refusent à admettre cette explication et cette justification de leur système, et repoussent

(1) En ce sens, Appleton, Aubry et Rau, Belime, Dalloz.

énergiquement un appui donné par une doctrine qu'ils désapprouvent avec nous. Que la possession des servitudes soit toujours en face d'une possession ou d'une propriété qui s'étend sur la chose entière, sauf la portion détachée, et à laquelle profite toute extinction de la possession de la servitude ; c'est parfaitement exact et admis par tous, et nous en montrerons plus loin les conséquences. Que l'intérêt de la liberté des héritages ait fait prononcer l'extinction des servitudes par le non-usage de trente ans; c'est encore vrai et formellement écrit dans la loi, et cette extinction entraînera l'extinction de leur possession. Mais que le Code ait voulu établir en même temps une interpellation continuelle de la propriété envers la servitude, telle que la possession de la servitude serait interrompue après chaque exercice par la possession de la propriété, c'est ce qui ne serait admissible qu'autant que la loi aurait transformé la présomption de liberté des héritages en une véritable possession de liberté accompagnant toujours la possession de la propriété et protégée comme elle par une action, car une possession, situation de fait (1), se conserve tant qu'un acte extérieur ou une possession contraire ne vient pas l'entraver. Mais les articles 617, 706 et 707 que l'on nous oppose ne reconnaissent comme mode d'extinction des servitudes que la prescription résultant du non-usage pendant trente ans. Or, « si le seul fait de non-exercice de la servitude constituait, pour le propriétaire de l'héritage servant, une possession utile de liberté, la continuation de cette possession devrait, au bout de dix à vingt ans, entraîner usucapion de la franchise au profit du tiers acquéreur avec juste titre et bonne foi ; et par cela même qu'il n'en est point ainsi, la simple jouissance annale de liberté ne peut pas davantage fonder une action possessoire à l'effet de s'y maintenir. La défi-

(1) De la notion de la possession et des développements que nous en avons donnés en Droit romain et dans notre Introduction, il résulte déjà clairement que la possession est un fait; nous en apporterons cependant encore de nouvelles preuves au § 2 de ce chapitre.

nition que l'article 2228 donne de la possession vient d'ailleurs à l'appui de cette manière de voir, puisqu'il n'est pas possible de dire que celui qui jouit en fait de la liberté de son héritage exerce pour cela un droit spécial, formant l'objet d'une possession distincte de celle de l'héritage même (1). »

Et si nous cherchons dans le Droit romain quelques précédents, nous y voyons que l'usufruit s'éteignait par le non-usage de deux ans, et que cependant, ainsi que nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, la possession se conservait sans exercice pendant ce laps de temps. La tradition romaine, non moins que les textes du Code, condamnent donc le rôle exagéré que l'on veut attribuer à l'*interpellatio domini*.

Quel est donc le fondement sur lequel repose la théorie qui fait consister la possession des servitudes dans leur exercice ? Nous avons parcouru vainement les auteurs. Ils posent cette théorie comme chose naturelle et résultant du mot jouissance, employé en Droit romain et dans notre ancien Droit. Ceux qui ont voulu trouver une explication logique de ce système ont cherché à l'étayer sur la théorie de l'*interpellatio domini* : les autres l'ont admis sans conteste et ont cherché seulement à expliquer comment la possession continue de certaines servitudes était possible, et pour cela ils ont détourné de son sens naturel l'article 2243.

Pour nous, qui sommes persuadé que l'on a attribué sans fondement cette théorie aux Romains et à nos anciens auteurs, et qui avons au contraire démontré qu'à Rome la possession des servitudes personnelles était soumise aux mêmes règles que la possession de la propriété, nous croyons que l'assimilation doit être complète entre cette possession et la possession des autres servitudes et en général de tous les droits réels. Il nous semble rationnel d'étendre à tous ces droits le principe de la continuité

(1) Aubry et Rau, § 179, note 23.

de la possession par la simple possibilité de l'exercice, plutôt que d'admettre la bizarrerie non démontrée d'une discontinuité factice et d'une possession perdue d'abord, puis ressaisie avec effet rétroactif par un second exercice dans l'année. Nous affirmerons donc de nouveau cette définition que nous avons donnée de la possession et qui s'applique à tous les droits : « La possession d'un droit consiste dans la possibilité physique d'exercer ce droit et dans la volonté de le considérer comme sien. » Nous en déduirons plus loin les conséquences et nous verrons qu'elles sont parfaitement conformes à la nature des choses et en harmonie avec tous les principes de notre législation.

§ II. — *La possession est un fait.*

171. — La notion de la possession dans notre Droit est la même qu'en Droit romain, puisqu'elle repose comme elle sur la nature des choses, et sans reprendre les démonstrations que nous avons déjà données, nous pouvons affirmer que chez nous comme à Rome la possession est un fait (1).

On a prétendu cependant que l'innovation coutumière de l'annalité avait transformé la possession en droit et qu'il y avait deux possessions : l'une, simple fait tant que l'année n'est pas accomplie ; l'autre, la possession annale, devenue un droit analogue au droit de propriété. Mais, remarquons-le bien, la possession même trentenaire ne devient pas le droit de propriété : elle engendre simplement ce droit et reste un fait comme elle l'était auparavant. De même, en devenant annale, elle ne cesse pas d'être un fait, et donne seulement naissance au droit d'être maintenu ou rétabli dans la situation primitive violée par un tiers.

La persistance du droit de recouvrer la possession annale pendant une année entière après la dépossession paraît à M. Be-

(1) Telle est du reste l'opinion de Pothier (Possession, n° 2) ; Domat (liv. 3, tit. 7) ; Aubry et Rau § 177.

lime une preuve que la possession est un droit. Elle nous paraît au contraire la preuve la plus formelle de la nécessité de distinguer le fait de la possession du droit aux actions. En effet, pendant l'année de dépossession, si l'on admettait la théorie de M. Belime, il faudrait en conclure que le dépossédé est resté possesseur et que l'usurpateur ne l'est pas devenu ; et cependant l'usurpateur est en voie d'acquérir le droit résultant de la possession annale et même celui qui résulte de la possession trentenaire, la prescription, et, s'il est de bonne foi, il fera les fruits siens. D'après notre théorie, l'usurpateur a la possession : le dépossédé a conservé le droit aux actions possessoires et même le droit éventuel à prescire. Cette séparation de la possession et des droits qu'elle produit peut paraître étrange au premier abord. Mais il faut remarquer que c'est une dérogation nécessaire. On ne peut veiller constamment à sa possession. Le Droit romain l'avait si bien compris qu'il admettait la conservation *animo* de la possession des immeubles. Notre Droit a résolu différemment la question. La possession, situation de fait, appartient bien à l'usurpateur ; mais elle ne peut lui conférer le droit aux actions possessoires qu'après un an de date. Ce droit continue à résider sur la tête de l'ancien possesseur pendant cette même année ; et si, dans cet intervalle il recouvre sa possession, ce droit persiste en lui en même temps que le droit éventuel à la prescription. Voilà le mécanisme bien simple du Code.

On a donné de cette persistance du droit une autre explication conforme à notre théorie, mais que nous croyons fausse historiquement. Elle s'appuie sur la tradition issue du Droit romain et la duplicité de l'interdit *uti possidetis*. Or, selon nous, jamais cet interdit n'a pu être employé pour recouvrer une possession perdue.

La possession reste donc dans notre Code un simple fait.

§ III. — *Le droit d'être maintenu en possession est un droit réel.*

172. — Nous ne reproduirons pas ici les raisons que nous avons données en Droit romain à l'appui de cette thèse. Nous y ajouterons simplement un nouvel argument. La complainte est une action réelle qui se donne même contre les tiers possesseurs. On ne peut donc plus objecter que ce droit réel n'engendre que des actions personnelles.

CHAPITRE II.

173. — Nous ne reviendrons pas ici sur les considérations que nous avons présentées en Droit romain pour établir que la possession du droit de propriété devait être exclusive comme ce droit. Les mêmes raisonnements nous conduiraient aux mêmes conséquences. Nous passons de suite à l'examen des autres caractères que doit présenter la possession pour donner lieu à une action.

Nous traiterons, dans la seconde section de ce chapitre, de l'annalité, ce caractère de la possession dont nous avons trouvé l'origine dans nos traditions nationales et qui distingue profondément notre Droit du Droit romain. Dans la première, nous examinerons les différents vices qui peuvent entacher la possession.

SECTION PREMIÈRE.

Vices de la possession.

174. — L'art. 23, C. Pr., exige que la possession soit paisible et non précaire. L'art. 2229, C. civ., demande pour la possession qui conduit à la prescription d'autres caractères importants. Ces caractères doivent être également ceux de la possession qui permet d'invoquer les actions possessoires, car il n'y a aucune raison pour établir une différence entre ces deux possessions, et l'art. 23 ne parle qu'incidemment et d'une façon purement énon-

ciative de la violence et de la précarité. En outre, le rapport du tribun Faure dit formellement : « Celui qui forme l'action possessoire doit être en possession depuis un an au moins. La possession doit avoir été durant cet intervalle continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. » Aussi cette identité des caractères est-elle fort peu controversée.

§ Ier. — *Discontinuité.*

175. — La continuité n'était point une condition nécessaire pour exercer les interdits, parce que le Droit romain protégeait le possesseur actuel. Elle est exigée dans notre Droit, qui ne protége que le possesseur annal.

Le législateur n'a pas défini ce qu'il entendait par la continuité de la possession. La théorie qui voulait l'assimiler à la continuité des servitudes est aujourd'hui abandonnée comme peu pratique et contraire à l'exposé des motifs de la loi. D'après une autre théorie, soutenue surtout par M. Marcadé, serait discontinue la possession de celui qui cesse pendant un certain temps d'exercer le droit possédé de la façon que comportent et la nature de ce droit et ses besoins personnels. Ainsi celui qui, possesseur d'une vigne depuis quatre ans, ne l'aurait point cultivée la troisième année, serait possesseur discontinu. Nous ne pouvons admettre cette doctrine tout arbitraire : elle a contre elle l'analyse philosophique de la possession, la tradition et un texte de notre droit. Avec un grand nombre d'auteurs, nous considérons la possession comme continue dès que l'intention de posséder subsiste, et qu'un tiers ne s'est pas emparé du droit possédé, ce qui constituerait une interruption. La possession est, en effet, une situation et non une action : elle existe pleine et entière dès que, par l'acte d'appréhension, la possibilité physique d'exercer le droit est venue se joindre à l'intention, et se continue tant que cette possibilité et cette intention subsistent, sans qu'il soit besoin d'actes ultérieurs. Continuation et conser-

vation de la possession sont des expressions identiques. Tels étaient les principes des jurisconsultes romains (1) ; telle était la doctrine de Dunod et de Domat (2) : et la même tradition a inspiré l'art. 2234 du Code civil, aux termes duquel celui qui a prouvé avoir possédé anciennement et posséder actuellement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire. Cette présomption aurait-elle été posée par le législateur si la continuité n'existait que par des actes répétés et significatifs ?

La continuité est donc intimement liée à l'existence même de la possession. Elle doit s'entendre en ce sens que toute possession abdiquée est par cela même perdue et ne peut plus compter, en cas de reprise de la possession, pour parfaire le délai légal. Déterminer quelles circonstances font présumer l'abdication, n'est pas chose facile. Nous en parlerons en traitant de la perte de la possession.

Si au lieu d'une abdication simple du possesseur, il y avait substitution d'un tiers, ce ne serait plus alors un cas de discontinuité, mais un cas d'interruption.

§ II. — *Interruption.*

170. — L'interruption est produite par un fait positif, émanant d'un tiers, et impliquant une prétention au droit possédé. Elle est ou naturelle ou civile.

Il y a interruption naturelle, dit l'art. 2243 C. civ., lorsque le possesseur est privé *pendant plus d'un an* de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers.

(1) *Adjectio dominii per* CONTINUATIONEM *possessionis temporis lege definiti* (l. 3, *De usurp.*).

(2) « Nous pouvons continuer et achever de prescrire, avec la possession civile seulement, c'est-à-dire par l'intention que l'on a de retenir sa possession, quoique l'on n'en fasse pas des actes extérieurs et actuels. C'est ce qui arrive à ceux qui laissent tomber en friche des héritages dont ils ont perçu les fruits, ou qui discontinuent d'exercer les droits dont ils ont usé auparavant : ils sont encore réputés possesseurs à l'effet de prescrire, jusqu'à ce qu'un autre les déjette et interrompe leur possession. » (Dunod, *Prescr.*, part. 1, ch. 4, p. 17.) Dans le même sens, Domat, liv. 3, tit. 7, sect. 4, § 6.

La dépossession doit avoir duré plus d'un an, lors même que le spolié n'avait pas encore la possession annale. Bien des auteurs contestent cette solution en prétendant que l'art. 2243 n'est que l'application de la règle : « *Qui habet actionem ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur* », et que par suite il ne peut être invoqué que par celui qui a l'action possessoire, c'est-à-dire le possesseur annal. Mais un possesseur, même non annal, a souvent une action pour recouvrer sa possession perdue, puisque, d'après une jurisprudence constante, la réintégrande se donne sans condition d'annalité. En outre, rien ne prouve que la règle : *Qui habet actionem...* soit le fondement de la disposition du Code qui nous occupe : l'exposé des motifs présenté par M. Bigot-Préameneu démontre même le contraire. La dépossession de l'immeuble doit avoir duré un an parce que, nous dit le rapporteur, « on présume que c'est une simple erreur de la part de celui qui s'en est emparé ; on présume aussi que celui qui était en possession s'est ressaisi ou a réclamé aussitôt qu'il a eu connaissance de l'occupation. » En d'autres termes, le possesseur dépouillé qui, à Rome, pour ne pas perdre sa possession, devait la reprendre immédiatement, a dans notre Droit un délai d'une année.

Les motifs que nous venons d'exposer montrent que la possession est interrompue lors même que l'usurpateur n'aurait pas acquis par une possession annale l'exercice de l'action possessoire : la loi du reste ne distingue pas.

177. — L'interruption civile résulte d'une citation en justice ou de la reconnaissance du droit du propriétaire. L'art. 2244 y ajoute un commandement ou une saisie, et l'art. 2245 une citation en conciliation ; mais ces actes, utiles en matière de prescription, ne peuvent s'appliquer aux actions possessoires. La citation en justice n'interrompt que « conditionnellement, au cas où la demande est adjugée. (1) » Peu importe qu'elle soit faite

(1) *Exposé des motifs.*

au possessoire ou au pétitoire, car cette interruption est un effet de la sentence qui rétroagit au jour de la demande, et la condamnation au pétitoire fait perdre la possession tout aussi bien que la condamnation au possessoire. La citation faite devant un juge incompétent aurait aussi un effet interruptif: l'article 2246 qui contient cette dérogation à la règle générale ne parle, il est vrai, que de l'interruption de la prescription. Mais la plupart des règles qui concernent la possession au point de vue des actions nous sont ainsi données à propos de la prescription, et il nous semblerait bizarre que la loi, si avare de nullités dans les procédures de justice de paix, ait voulu être plus sévère dans cette question de compétence. La reconnaissance du droit du propriétaire, non-seulement interrompt la possession, mais la supprime pour l'avenir en entachant toute détention subséquente du vice absolu de précarité.

La privation de jouissance résultant d'une force majeure, d'une inondation par exemple, ne constitue pas une interruption. Les rédacteurs du Code ont rejeté sur ce point l'ancienne doctrine de d'Argentré et Dunod (1). L'art. 2243 fonde uniquement l'interruption naturelle sur le fait de l'homme.

178. — L'interruption, comme la discontinuité, n'est pas à proprement parler un vice de la possession : c'en est plutôt l'annulation. Ces vices sont donc absolus. Il y a cependant entre la discontinuité et l'interruption cette différence que souvent la possession de l'usurpateur pourra profiter au possesseur réintégré, tandis que la possession vacante pendant la discontinuité ne peut profiter à personne.

§ III. — *Violence.*

179. — La possession doit être paisible. Elle sera paisible si elle n'a été ni acquise, ni conservée par violence.

(1) Voir dans Fenet, t. 3, p. 599, l'observation du tribunal de Grenoble sur ce point, observation qui fut rejetée.

La possession doit être exempte de violence au moment de son acquisition. C'est ce qu'exprime l'art. 2233 en disant : « Les actes de violence ne peuvent fonder une possession capable d'opérer la prescription. »

Comme en Droit romain et comme dans notre ancien Droit, le vice de violence existe, que la violence ait été exercée contre le possesseur ou contre ses représentants, qu'elle l'ait été directement ou par un mandataire, ou par un tiers dont on aurait ratifié l'action (1). L'intimidation, les menaces, qui ont dépouillé le possesseur malgré lui, sont assimilées à la violence, suivant la décision d'Ulpien (2). C'est également ce que décide l'art. 1112 en définissant la violence dans les contrats. L'art. 2233, qui suppose à la violence une assez longue durée, paraît même surtout viser cette contrainte morale, car les séquestrations arbitraires, seule hypothèse d'une longue contrainte physique, sont heureusement bien rares à notre époque ; la seconde partie de cet article poserait en outre une règle inique si la violence n'était pas censée durer aussi longtemps que la contrainte morale. Mais si la prise de possession avait eu lieu du consentement du possesseur, quoique ce consentement ait été extorqué par violence, le contrat seul serait rescindable, et la possession ne serait pas violente, car elle aurait été acquise par l'abandon volontaire de l'ancien possesseur. « *Qui coactus voluit, tamen voluit.* »

Il n'y aurait pas non plus possession violente, si m'emparant d'un héritage pendant l'absence du possesseur, je le repoussais ensuite à son retour par la force. Le principe de la conservation de la possession des immeubles *animo solo* est remplacé chez nous par la règle de l'art. 2243 : la possession est perdue quand la dépossession a duré un an, et ne l'est pas auparavant. Si donc l'absent rentre avant l'année, il aura conservé l'action possessoire ; s'il rentre plus tard, il a perdu sa possession et ne peut

(1) L. 1, § 22, et l. 8, *De vi* ; l. 152, *De reg. jur.*
(2) L. 33, § 2, *De usurp.*

faire considérer comme violente celle de l'usurpateur qui n'a été fondée sur aucun acte de violence.

180. — Une différence, plus importante encore, sépare les principes de notre Code de ceux du Droit romain. L'origine de la possession n'est pas seule considérée pour en déterminer les caractères. L'ancienne règle : « *Non ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est* » est désormais abolie. L'art. 2233 déclare, en effet, dans sa seconde partie, que la possession utile commence lorsque la violence a cessé. Cette règle est plus rationnelle et plus logique, car dès que la violence a cessé, le dépossédé, rentré en pleine possession de sa liberté, n'a plus aucune excuse de son inaction, et s'il laisse son adversaire consommer les délais qui consolideront sa possession, il ne peut qu'imputer à son incurie la déchéance à laquelle il s'expose. Les juges auront à décider d'après les circonstances le moment où la violence a cessé : c'est une question de fait laissée à leur appréciation.

Une autre conséquence de l'abrogation de cette règle, c'est que la possession ne doit pas être troublée sérieusement dans le cours de sa durée. Tel est, en effet, le sens naturel du mot paisible. Il ne faut pourtant pas pousser trop loin la rigueur et regarder comme non paisible une possession à laquelle un tiers aura accidentellement porté atteinte. Le juge appréciera la gravité des attaques et, comme le dit M. Troplong (1), « si la possession n'avait été qu'une longue dispute accompagnée de voies de fait, d'empiétements ou d'entreprises, elle manquerait de ce caractère pacifique que l'art. 2220 exige d'elle. » Notre Code a traduit par ce mot paisible les expressions : « franchement et sans inquiétation » des articles 113 et 118 de la coutume de Paris (2).

181. — D'après l'art. 1111 la violence vicie les contrats

(1) Prescription, n° 350 *in fine*.
(2) Conf. Cass., 22 juillet 1856, D. 56, 1, 306 ; Riom, 23 déc. 1854, D. 55, 2, 134.

d'une façon absolue, qu'elle ait été le fait d'un tiers ou de la partie contractante. Et c'est avec raison, car l'accord des deux volontés qui forme le contrat n'est plus parfait dès que le consentement de l'une des parties n'a pas été libre. Mais la possession est le fait d'un seul : si donc il n'a pas accompli de violence, comment pourrait-on dire que sa possession est violente et qu'importe le fait d'un tiers dont il n'est pas responsable ? La violence est donc dans notre Droit, comme dans le Droit romain, un vice purement relatif de la possession.

§ IV. — *Clandestinité.*

182. — La possession doit être publique, *non clam*. Elle est publique « quand aucun a joui au vu et au seu de tous ceux qui l'ont voulu voir et savoir », disait l'art. 170 de la coutume de Melun. Il ne faudrait pas cependant appliquer cet article dans toute son énergie, car la clandestinité est un vice purement relatif : la possession publique pour tout le monde peut être clandestine à mon égard, si par exemple un mur séparatif me cache la croissance d'un arbre planté trop près des limites.

Le cas de clandestinité le plus fréquemment cité est celui où des fouilles sont dirigées sous le fonds d'autrui (1). Une pareille possession n'est clandestine que si des soupiraux n'en manifestent pas extérieurement l'existence, et la place de ces soupiraux pourra la rendre publique pour un des intéressés, la laisser au contraire clandestine pour un autre.

La possession serait cependant clandestine lors même que le possesseur du terrain usurpé l'ignorerait, s'il avait pu facilement le savoir. Chacun doit défendre sa propriété. Pour cette raison, malgré un arrêt de Cassation du 28 février 1821, nous déciderions que des anticipations graduelles commises en labourant ne pourront être réputées clandestines que si le peu d'impor-

(1) Coutume d'Orléans, art. 253; coutume de Sedan, art. 294, etc.

tance de ces empiétements et la manière dont ils se sont réalisés les dissimulaient presque inévitablement au propriétaire intéressé. De même la possession des biens d'un absent ne serait pas clandestine, car il est en faute de s'être éloigné sans préposer un mandataire à ses intérêts. Le Droit romain en décidait autrement, mais les règles de l'absence ont été modifiées dans notre législation.

183. — La possession, clandestine à l'origine, peut devenir publique ensuite. L'article 2233 a en effet aboli l'ancienne règle qui rattachait à l'origine de la possession l'appréciation définitive de son caractère. De même qu'une possession acquise par violence devient paisible quand la violence a cessé, une possession clandestine d'abord devient publique dès que celui qui a intérêt à savoir l'usurpation en a eu connaissance.

A l'inverse, une possession publique à l'origine peut devenir clandestine. La même règle doit s'appliquer, qu'il s'agisse de favoriser le possesseur, ou de lui faire encourir une déchéance. Remarquons toutefois, avec MM. Aubry et Rau, qu'une telle possession « ne devient pas clandestine par cela seul qu'elle n'a pas continué à s'exercer publiquement, lorsque d'ailleurs la nature particulière de la chose possédée ne comportait pas une jouissance publique » ; elle ne le serait qu'autant que le possesseur aurait cherché à céler la continuation de sa jouissance.

§ V. — *Équivoque.*

184. — La possession est équivoque quand les éléments qui la constituent ne sont pas clairement manifestés. D'après les principes généraux en matière de preuve, c'est à celui qui prétend à un droit de prouver sa prétention. Celui qui réclame les avantages de la possession doit donc prouver que cette possession existe avec les caractères que la loi exige pour lui donner sa protection. Il pourra se servir dans ce but, comme nous le verrons au chapitre de la preuve de la possession, des présomp-

tions des articles 2230, 2231, 2234 et en général de toutes les présomptions légales et naturelles : son adversaire pourra combattre ces preuves et ces présomptions, et le juge décidera selon que les prétentions de l'une ou de l'autre des parties lui paraîtront fondées. Tels sont les principes. L'art. 2239, en exigeant que la possession ne soit pas équivoque, y apporte une modification considérable. Le doute dans l'esprit du juge doit nécessairement se tourner contre celui qui prétend à la possession ; car dès qu'il y a doute quelque peu sérieux, la possession est équivoque.

L'équivoque pouvant porter sur tous les caractères de la possession, sera donc un vice relatif ou absolu suivant les circonstances et le caractère de la possession auquel il s'applique. S'il s'attaque à un élément essentiel de la possession, il sera absolu : s'il ne vicie qu'un caractère relatif, la publicité par exemple, il sera simplement relatif.

§ VI. — *Précarité.*

185. — L'article 23 C. pr., exige que la possession soit à titre non précaire : l'article 2229, qu'elle soit exercée à titre de propriétaire. Ces deux expressions sont identiques.

Nous avons vu que le précaire romain, institution à la fois civile, politique et sociale, avait à peu près disparu à l'époque classique et ne s'employait plus que, détourné de son origine première, dans les contrats de gage et de vente. Il reparut à la chute de l'Empire romain dans les *patrocinia vicorum* : puis l'Église en tira parti pour l'exploitation de ses vastes domaines. Mais dans cet état il reçut de profondes modifications. Les Décrétales grégoriennes distinguent les *precaria* des *precariæ* : ces derniers, fréquemment employés pour les biens ecclésiastiques, ne sont plus révocables *ad nutum* ; et un concile français, le concile de Beauvais, les déclare renouvelables tous

les cinq ans (1). Le précaire se transforme en un contrat de bail.

Pothier distingue également deux précaires (2) : l'un qui transfère la possession et dont il ne parle plus dans ses œuvres, car il avait disparu de la pratique ; l'autre qui procure seulement la détention et se rapproche du prêt à usage et du commodat. L'ordonnance de 1667, tit. 18, art. 1er, emploie le mot « possesseur précaire » comme un terme générique embrassant tous ceux qui se trouvent dans une situation analogue à celle du fermier. Désormais le précaire est un bail.

C'est dans ce sens que l'entend l'art. 23, C. pr., calqué sur l'ordonnance de 1667. C'est également en ce sens que les art. 2236 et 2239, C. civ., parlent des fermiers et autres détenteurs précaires. Le possesseur précaire est donc celui qui possède pour un autre.

Il en résulte que la précarité est un vice absolu de la possession, car elle est la négation d'un de ses éléments essentiels, l'*animus domini*.

Remarquons toutefois que le détenteur précaire peut être possesseur légitime d'un droit sur l'objet qu'il détient. Ainsi celui qui est installé sur une terre comme usufruitier est possesseur légitime du droit d'usufruit et possesseur précaire de la terre, c'est-à-dire du droit de propriété sur cette terre.

Comme la précarité, dans notre Droit, ainsi que nous venons de l'établir, n'est autre que l'absence d'*animus domini*, c'est en parlant de cet *animus* et de l'acquisition et de la perte de la possession que nous indiquerons quels sont les divers détenteurs précaires. C'est également dans cette partie de notre étude que nous examinerons par quels actes ce vice de précarité peut être purgé et comment le détenteur précaire peut devenir possesseur légitime.

186. — Le mot précaire est pris encore dans un autre sens

(1) Decr., *De precariis*, t. 14, liv. 3.
(2) Prêt à usage, ch. 4, art. 1.

qui se rapproche davantage de l'acception romaine. On désigne par cette expression la possession qui est fondée sur des actes de pure tolérance, c'est-à-dire, suivant Dunod, des actes qu'un propriétaire, à raison du peu de préjudice qu'ils lui causent, supporte par amitié, par familiarité, par esprit de complaisance et de bon voisinage, mais qu'il peut toujours faire cesser à volonté. Cette jouissance, comme l'on voit, se rapproche beaucoup du précaire romain : elle en diffère pourtant en ce que la tolérance est le plus souvent tacite et s'applique ordinairement non à la propriété, mais à une servitude.

Une possession fondée sur des actes de tolérance réunit les caractères d'une véritable possession. Elle est donc opposable aux tiers, comme l'était celle du précariste romain. Mais elle est sans efficacité vis-à-vis du concédant (1).

187. — L'art. 2232 nous dit : « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. »

Quels sont ces actes de pure faculté qui rendent la possession précaire? Ce sont ceux qui s'exercent « sur ce que la nature a donné à tous les hommes, pour en user sans se l'approprier » et encore sur les choses susceptibles de possession et de propriété, mais qui sont « affectées à l'usage de tous, ou des personnes d'une certaine société, comme sont les chemins, rues, fontaines publiques.... On ne perd pas la liberté de se servir de ces sortes de choses, quoiqu'on n'en use pas, et l'on n'acquiert pas le droit d'en user à l'exclusion des autres, quoiqu'on en use seul (2). » De pareils actes sont exclusifs de tout *animus domini* et ne peuvent dès lors constituer une véritable possession. La précarité qui en résulte est donc un vice absolu.

Enfin les auteurs et les arrêts emploient quelquefois le

(1) Voir les arrêts cités au nº 205.
(2) Dunod, *Prescription*, p. 80.

mot *précaire* pour désigner une possession inefficace. C'est à tort: le défaut de précision des expressions entraîne souvent le défaut de précision des idées.

§ VII. — *Possession délictueuse.*

188. — La possession ne doit pas être délictueuse. Ce principe, quoique non exprimé dans le Code, nous paraît résulter de ce que la loi ne peut protéger une possession qui par elle-même constitue un délit. Il ne faut pas toutefois pousser trop loin ce principe, et bien des auteurs l'exagèrent, à notre avis. Si la possession peut être licite, des faits délictueux de possession pourront empêcher de la perdre, pourront même la faire acquérir. Nous avons trouvé en effet dans le Code l'énumération des défauts qui empêchent l'acquisition de la possession, la violence, la clandestinité, etc.; nous n'avons vu nulle part le délit en général. La possession d'un usurpateur est protégée: la possession délictueuse devra l'être également, si chacun des actes de possession ne constitue pas en lui-même un délit et ne le devient que par sa modalité. Ce n'est qu'avec cette restriction que nous pouvons admettre le principe.

SECTION II.

Annalité de la possession.

189. — « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, *depuis un an au moins*, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire » (art. 23, Pr.).

L'annalité dont nous avons vu l'origine indigène est donc formellement exigée par notre Droit actuel, et cela sans aucune distinction. L'article 23 est formel. La possession n'a paru à nos législateurs digne d'une protection particulière que lorsqu'elle

s'était affirmée par un an de jouissance paisible. Alors seulement cette situation de fait est présumée conforme au droit : la possession fait supposer la propriété (1).

Si la possession n'était pas annale, le trouble apporté à cette possession serait un fait qui tomberait sous l'application de l'art. 1382 du Code civil, mais ne donnerait pas ouverture aux actions possessoires, si ce n'est parfois à la réintégrande, action possessoire d'un caractère tout spécial.

190. — La durée de la possession doit avoir été d'un an au moins ; mais il n'est plus nécessaire qu'elle soit d'an et jour. La loi ne l'exige pas : d'ailleurs, comme le jour où la possession a commencé, le *dies a quo*, ne compte pas dans les supputations légales, il s'ensuit que celui qui a possédé suivant la loi une année entière, est nécessairement possesseur depuis plus d'un an.

Pour compléter l'année légale, il est permis de joindre à sa possession celle de son auteur. Cette jonction de possessions dont nous avons dit incidemment un mot en Droit romain, à propos de l'interdit *utrubi*, demande ici de plus longs développements, car elle se lie complétement à la théorie des actions possessoires.

La règle générale est posée à propos de la prescription par l'art. 2235, C. civ. « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux. »

191. — Les droits se transmettent (2). La possession, simple fait, ne se transmet pas. Cependant, comme elle produit des droits importants, il serait peu équitable de faire périr ces droits alors qu'une personne abandonne sa possession pour en revêtir

(1) Voir notre Introduction.

(2) Les auteurs qui nient l'existence objective des droits et voient dans le sujet du droit un élément essentiel, ne peuvent admettre cette transmission, car pour eux le changement du sujet entraîne le changement du droit. Mais ils reconnaissent du moins que le successeur acquiert des droits identiques à ceux que son auteur abandonne dans cette intention. Le résultat pratique est donc le même ; il est consacré du reste par toutes les législations.

autrui, que cet abandon ait lieu volontairement ou par suite d'une obligation légale ; il paraît juste au contraire que le nouveau possesseur puisse par l'effet de la loi ou de la volonté de son auteur, profiter des avantages que ce dernier a acquis.

Puisque les droits résultant de la possession peuvent ainsi être transmis, et comme, d'un autre côté, un état de fait n'est pris en considération qu'eu égard aux avantages qu'il procure, on est arrivé dans la langue juridique à reconnaître une sorte de succession dans la possession. Remarquons toutefois que ce n'est qu'une succession impropre. Le nouveau possesseur s'est emparé de la possession laissée vacante par la résignation de son auteur, comme de celle d'une chose libre ; il peut, en vertu d'un principe d'équité confirmé par la loi, joindre aux droits qui en résultent pour lui les droits acquis par l'ancien possesseur, mais il n'y est aucunement obligé. Ce n'est donc que par des raisons tout à fait spéciales et par une exception particulière que nous verrons parfois les vices de la possession passer forcément au successeur.

Le principe fondamental de cette sorte de succession est, comme nous venons de le voir, dans la volonté réelle ou légalement obligée de l'ancien possesseur. Il en était également ainsi en Droit romain (1). Cette volonté peut former un titre universel ou particulier.

192. — Le successeur universel ou à titre universel ne commence pas, à proprement parler, une possession nouvelle. L'art. 2235 n'est donc pas à ce point de vue parfaitement exact. L'héritier est considéré, en effet, comme le représentant du défunt, le continuateur de sa personne. La mort n'a pas interrompu la possession: en vertu du vieux principe français, *le mort saisit le vif*, la possession s'est continuée sur la tête de l'héritier avant même qu'il n'ait connu la succession ; elle s'est continuée avec ses qualités comme avec ses vices (2). Le successeur universel

(1) L. 14, *De div. temp. præscrip.* — Voir nº 130 de cette étude.
(2) Art. 2237, C. civ.

n'a donc pas besoin de la volonté positive de posséder ; il suffit qu'il n'ait pas une volonté négative. Il ne commence pas une possession nouvelle, il continue l'ancienne.

La succession vacante continue de même la possession du défunt : le curateur à cette succession est un détenteur précaire qui possède pour l'héritier réel.

Il résulte de là que, même avant d'avoir accepté, l'héritier peut intenter l'action possessoire qui, simple acte conservatoire, n'entraîne pas adition d'hérédité : les tiers peuvent également attaquer l'héritier pour trouble commis par le défunt, mais le juge de paix surseoira jusqu'à l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer. Toutefois les successeurs irréguliers et les légataires qui n'ont pas la saisine ne peuvent former les actions possessoires qu'après avoir obtenu l'envoi en possession ou la délivrance : mais ce n'est pas une exception au principe de la continuation de la possession ; la loi exige seulement que leur titre soit vérifié avant qu'ils puissent exercer les droits que leur qualité leur confère.

103. — Les successeurs particuliers commencent une possession complétement indépendante. Ils peuvent rejeter par suite la possession de leur auteur : mais ils peuvent aussi, sous certaines conditions, la joindre à la leur, de façon à compléter, soit le terme de la prescription, soit le délai d'un an qui leur permet d'intenter l'action possessoire. Ces conditions, qui découlent de la nature même de l'accession telle que nous venons de l'exposer, sont les suivantes :

1° Il faut que celui qui veut invoquer l'accession ait de son chef une possession particulière et non vicieuse, car l'on n'accède pas à ce qui n'existe pas, et une possession vicieuse est devant la loi comme si elle n'existait pas. Si la possession que l'on veut joindre à la sienne n'est pas exempte de vices, l'accession pourrait se faire, mais serait inutile;

2° Il faut que les deux possessions soient contiguës. La loi, qui exige la continuité et la non-interruption d'une même pos-

session, doit exiger les mêmes conditions pour deux possessions que l'on veut joindre. L'art. 2243 s'appliquera dans ce cas ;

3° Il faut que les deux possessions concernent le même droit. C'est tellement évident qu'on hésite à l'énoncer. Remarquons à ce propos que celui qui possède la propriété en possède les démembrements, et que par suite l'usufruitier, l'usager, etc., pourront joindre à la possession de leur droit la possession antérieure du propriétaire. L'inverse ne pourra avoir lieu. Cependant, comme l'usufruitier est à la fois possesseur de son droit et détenteur précaire du fonds qu'il possède pour le nu-propriétaire, ce dernier pourra, à l'expiration de l'usufruit, invoquer la possession de l'usufruitier, non pour la joindre à la sienne, mais comme possession propre exercée en son nom par un tiers ;

4° Il faut qu'il y ait eu volonté réelle ou obligation légale du précédent possesseur de transmettre sa possession. Il est difficile de poser ici une règle précise; de même qu'en Droit romain, cette matière doit être réglée plutôt par les notions de l'équité que par les principes rigoureux du Droit. Parmi les formules données par les différents auteurs, celle de MM. Aubry et Rau nous semble la plus exacte. « La translation et l'accession de possession s'opèrent, non-seulement au profit des successeurs proprement dits, mais encore en faveur de tous ceux auxquels le possesseur est tenu de remettre ou d'abandonner la possession, soit par suite d'une obligation de délivrance qui lui incombe, soit à raison de la résolution, de l'annulation ou de la rescision de son titre. »

Ainsi le légataire particulier, recevant le legs des mains de l'héritier, joint à sa possession celle de l'héritier, et par son intermédiaire celle du défunt. Ainsi le vendeur ou le donateur, après la résolution de la vente ou de la donation, joindra à sa possession celle de l'acquéreur ou du donataire, et par cet intermédiaire sa propre possession antérieure. Cette solution a cependant été controversée dans le cas où la résolution est pro-

duite par la nullité du premier contrat. Dans ce cas, M. Appleton admet bien la jonction de la possession actuelle avec celle de l'acheteur, mais il nie qu'à la possession de l'acheteur puisse se joindre l'ancienne possession du vendeur ; et cela, parce que la nullité prononcée détruit les effets du contrat. Mais le contrat n'est que la cause indirecte de la possession de l'acheteur ; la cause immédiate est le fait même qui l'a mis en possession. Or on ne peut anéantir rétroactivement un fait. Les effets de la possession sont indépendants des effets du contrat, et cela est si vrai que la nullité de la vente n'empêcherait pas l'acheteur de bonne foi d'avoir fait les fruits siens.

Le propriétaire réintégré par un jugement dans sa propriété peut joindre à sa possession celle de l'usurpateur. Nous n'hésitons pas à le décider ainsi, quoique la question soit très-controversée. Le Droit romain donnait la même solution; et quoique maintenant les jugements ne soient pas translatifs mais déclaratifs de propriété, la même raison de décider subsiste toujours. C'est qu'il n'est pas juste que la résistance de l'usurpateur à la restitution nuise au possesseur qui a fait ce qu'il a pu pour conserver ses droits. La même obligation légale de restituer la possession avec la propriété pèse sur l'usurpateur condamné et sur l'acheteur dont le contrat a été annulé. Il n'y a pas de raison sérieuse de donner pour ces deux hypothèses des solutions différentes. Remarquons toutefois que l'usurpateur n'a pu joindre à sa possession la possession de celui qu'il a dépouillé : si, par suite, l'action en revendication n'a été intentée qu'un an après la dépossession, l'ancienne possession est perdue en vertu de l'art. 2243, qui semble avoir été écrit spécialement pour ce cas, et le propriétaire réintégré joindra simplement à sa possession celle de l'usurpateur condamné à la lui restituer. Si, au contraire, l'action a été intentée avant l'année, l'interruption ayant duré moins d'un an, l'ancienne possession est censée continuer (1).

(1) Les auteurs qui, comme MM. Aubry et Rau, soutiennent que

Une transaction produirait les mêmes effets qu'un jugement : si, en effet, il n'y a plus aussi immédiatement obligation légale, il y a du moins volonté manifeste des parties.

l'accession n'a pas lieu, semblent croire que leurs adversaires admettent, comme le fait M. Troplong, que l'ancienne possession vient se joindre à la nouvelle, et réfutent avec raison cette opinion sans opposer aucun argument à la solution intermédiaire que nous soutenons.

CHAPITRE III.

OBJET DE LA POSSESSION.

194. — Nous avons vu dans notre Introduction que la possession pouvait avoir pour objet, soit une chose matérielle, soit la volonté d'un débiteur, soit une personnalité juridique, suivant que le droit correspondant à cette possession était un droit réel, un droit de créance, ou un droit de famille ou d'état. Les droits réels, étant les plus importants à considérer au point de vue de la possession, feront l'objet d'une section de ce chapitre, et nous réunirons dans une seconde section les droits de créance et les droits de famille ou d'état.

SECTION PREMIÈRE.

Droits réels.

§ 1. — *Droit de propriété et ses variétés.*

195. — Ce droit est le premier qui ait donné lieu à l'action possessoire, et nous savons que le mot possession est surtout et fut longtemps uniquement attaché à la possession correspondant au droit de propriété. En le prenant dans ce sens, sont insusceptibles de possession les choses qui ne peuvent être l'objet du droit de propriété, l'air, l'eau courante, la mer, choses que les Romains appelaient *res nullius*, parce que leur nature les soustrait à toute appropriation exclusive, sur lesquelles cepen-

dant l'on peut avoir certains droits réels et une possession correspondante.

196. — La possession des meubles est reconnue dans notre Droit. Mais entraînant avec elle et instantanément la propriété, elle n'a aucun besoin d'une protection particulière. Une universalité de meubles est soumise à la même loi, car elle n'a pas une existence distincte des meubles qui la constituent. L'ancien Droit coutumier admettait cependant une exception en faveur d'une telle universalité et permettait l'action possessoire; disposition reproduite dans l'ordonnance de 1667 et spécialisée aux meubles dépendant d'une succession. Mais le principe juridique qui motivait cette dérogation au Droit commun nous échappe, car la raison donnée par Duplessis: *sapit aliquod immobile*, nous paraît une puérilité; et nous dirions volontiers avec Bourjon : « Je n'y vois point de base: c'est vaine curiosité, vain examen plutôt que réalité ». Le silence du Code de procédure fait supposer l'abrogation de cette antique règle depuis longtemps oubliée en pratique, à raison de sa complète inutilité.

197. — La possession des immeubles est protégée directement par les actions possessoires. Les immeubles par destination, empruntant leur nature immobilière du fonds auquel ils sont incorporés, peuvent également donner lieu à cette action, car tout trouble à leur possession est un trouble à la possession du fonds. Mais aussitôt détachés, ils reprennent leur nature mobilière, et l'action ne pourrait par suite être donnée contre un tiers détenteur. Certains meubles incorporels sont fictivement considérés comme immeubles par des lois spéciales : mais cette assimilation a simplement pour but de leur rendre applicables les dispositions du Code sur l'aliénation, les priviléges et les hypothèques, et ne concerne en aucune façon la possession.

Les immeubles imprescriptibles peuvent être l'objet d'une possession utile au point de vue des actions : car l'imprescriptibilité est une faveur exorbitante du Droit commun, qu'il ne faut

pas étendre au delà des termes dans lesquels elle est formulée. Les dispositions légales qui établissent l'imprescriptibilité ne proscrivent que l'un des effets de la possession, l'acquisition de la propriété au bout d'un certain temps : elles ne concernent pas la possession en elle-même et n'annulent pas ses autres effets.

Les immeubles dotaux et les biens des mineurs et interdits peuvent, de l'avis de tous les auteurs, être l'objet de l'action possessoire. C'était déjà l'opinion de Charondas. Il n'y a aucune raison d'étendre leur privilége.

198. — Les immeubles faisant partie du domaine public donnent lieu à plus de difficultés, car ils rentrent dans le Droit administratif, et l'accord de ce Droit avec le Droit civil n'est pas toujours facile à réaliser.

« Le domaine public », dit M. Pardessus, n° 35, « se compose « de tous les objets immobiliers, appartenant à l'État, qui sont « consacrés au besoin du corps social et ne pourraient devenir « propriétés privées sans cesser d'être appliqués à cette desti- « tination ». L'imprescriptibilité qui les protége est fondée sur un motif d'intérêt général et cesse quand leur destination vient à changer en vertu de diverses causes qu'il serait trop long de déterminer ici.

Incapables d'être prescrites, les choses du domaine public n'en peuvent pas moins être l'objet d'une détention matérielle réunissant les caractères de la possession et en produisant les effets tant qu'ils ne seront pas contraires à quelque disposition du Droit administratif.

L'État est propriétaire des biens du domaine public. Cela résulte des articles 541 et 713 Code civ. (1). Propriétaire, il les possède d'une façon qui lui est propre, mais qui n'en est que mieux

(1) L'orateur du gouvernement au Corps législatif disait également dans la séance du 10 pluviose an XII, sur l'art. 611 « Les choses destinées à l'utilité générale ont un véritable propriétaire qui exclut toute occupation individuelle privée : ce propriétaire est le domaine public. »

caractérisée : il peut donc intenter l'action possessoire contre tout particulier qui le trouble dans sa possession. Il est en outre administrateur et répartiteur des usages publics auxquels son domaine est affecté, et il a autorité pour remplir cette mission et la faire respecter.

Supposons un particulier s'emparant d'un bien du domaine public. Il faut pour cela un acte impliquant la volonté de soustraire ce bien à la destination commune pour exercer sur lui un droit exclusif : sans quoi sa possession serait équivoque. Si sa possession bien caractérisée a duré un an, il a dès lors l'action possessoire. Cette action lui sera utile contre tout particulier qui viendra troubler sa possession, et ce dernier exciperait en vain de la qualité du domaine public, car les faveurs qui y sont attachées sont établies pour l'État et non pour un intérêt particulier (1).

L'administration voulant agir contre un tel usurpateur par la voie de la complainte échouera ; car l'État, ayant cessé pendant plus d'un an d'avoir la détention matérielle, a perdu la possession (2) : elle s'appuierait en vain sur l'imprescriptibilité de l'immeuble, car la conservation de la propriété n'entraîne pas la conservation de la possession. Mais si, par un acte n'excédant pas les limites de ses pouvoirs administratifs, l'État rentre en possession de son bien, l'usurpateur ne pourra intenter la complainte avec succès : il serait mal fondé à considérer comme un trouble possessoire un acte de l'administration agissant dans la sphère des droits de surveillance et de police qui lui appartiennent. Si toutefois l'acte était excessif et dépassait les

(1) Conseil d'Etat, 11 avril 1848, D., 48, 3, 66 ; id., 26 juin 1852, D., 52, 3, 45 ; Cass., 6 mars 1855, D., 55, 1, 82 ; 9 nov. 1858, D., 58, 1, 467 ; 23 août 1859, D., 59, 1, 352 ; 21 juillet 1865, D., 65, 1, 411 ; 18 déc. 1865, D., 66, 1, 224 ; etc. Il en serait ainsi lors même que ce particulier se prétendrait atteint par l'usurpation dans la jouissance de ses droits publics : car l'Etat ou la commune, suivant les cas, sont seuls possesseurs et ont seuls à ce titre l'action possessoire, et un habitant de la commune ne pourrait l'intenter que dans le cas prévu par l'art. 49 de la loi du 18 juillet 1857.

(2) Cass., 20 avril 1863, D., 63, 1, 90.

pouvoirs administratifs, il y aurait un vrai trouble possessoire, et la Cour de Cassation accorderait la complainte ou la réintégrande (1).

Ainsi, dans les cas où l'administration a le droit de réunir au domaine public, moyennant indemnité, le terrain possédé par un particulier, ce dernier pourra intenter la complainte si on lui refuse cette indemnité. Si, par exemple, à la suite d'un arrêté de classement de chemin vicinal pris par le préfet, conformément à la loi du 21 mai 1836, arrêté attributif de propriété à l'État, sauf un recours en indemnité pour la partie qui se prétendrait lésée, la fixation des limites de ce chemin vicinal a enlevé une partie de terrain à un propriétaire voisin, celui-ci pourra agir au possoire contre l'État, et faire ainsi constater sa possession pour servir à prouver sa propriété et la justice de sa demande en indemnité, mais sans pouvoir obtenir la maintenue contre l'acte administratif. Le délai pour intenter son action courra du jour où sa demande en indemnité aura été refusée (2).

Des règles analogues s'appliqueraient aux immeubles simplement imprescriptibles, comme la dotation de la couronne.

Les immeubles qui font partie du domaine privé de l'État, des départements ou des communes peuvent au contraire former l'objet d'une action possessoire, comme les immeubles des particuliers. Tels sont notamment les lais et relais de la mer et les terrains concédés pour être convertis en relais (3). Tels sont encore les chemins communaux ou ruraux (4).

199. — Le droit de propriété peut s'appliquer, ainsi que la possession, à des parties d'un tout, suivant les distinctions que nous avons établies en Droit romain, avec cette différence que dans notre législation la règle romaine : *superficies solo cedit*,

(1) Cass., 19 août 1839, Sir., 39, 1, 611 ; 2 juillet 1862, D., 62, 1, 351.
(2) Cass., 13 janv. 1847, D., 47, 1, 81 ; 26 juin 1849, D., 50, 5, 14 ; 10 juillet 1854, D., 54, 1, 229. Voir aussi les arrêts cités au n° 255.
(3) Cass., 17 nov. 1852, D., 53, 1, 105 ; 21 juin 1859, D., 59, 1, 252.
(4) Cass., 23 août 1858, D., 58, 1, 361 ; 13 décembre 1864, D., 65, 1, 16 ; 22 nov. 1870, D., 72, 1, 76. Ajoutons un arrêt récent, rendu le 23 juin 1871 et relaté dans la *Gazette des Tribunaux* du 24.

n'est pas absolue et qu'on peut posséder isolément les superfices et en être même propriétaire. L'exception relative aux matériaux incorporés dans une maison n'a pas passé non plus dans nos Codes (1).

La possession d'une part indivise de la chose porte le nom de co-possession, comme la propriété d'une part indivise, celle de co-propriété. Les mêmes principes et les mêmes règles s'y appliquent. Nous rangeons parmi les co-possessions la mitoyenneté, imposée parfois par la loi comme servitude légale. Les présomptions de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté établies par le Code civil seront également des présomptions de co-possession ou de possession exclusive. Elles pourront comme les premières être combattues par la preuve contraire, c'est-à-dire dans ce cas par une possession annale caractérisée.

La possession d'une part divise de la chose est possible dans des circonstances où, par suite de la règle *superficies solo cedit*, les Romains la considéraient, non comme une possession, mais comme une quasi-possession d'un droit réel. Telle sera la propriété de constructions établies sous le sol d'autrui, la propriété de parties d'un bâtiment, d'étages différents dans une maison (2), la propriété de tout ou partie de la surface du fonds, ce qui porte alors le nom de superficie (3). Telle sera encore la propriété du tréfonds, distincte de celle du fonds lui-même, et concédée par le gouvernement afin d'exploiter une mine. Cette concession de mines, véritable expropriation faite par le gouvernement dans un intérêt public, crée un immeuble distinct de la surface et dès lors susceptible des actions possessoires. Le

(1) La prescription instantanée des meubles rendrait cette dernière remarque inutile, si elle ne trouvait son application dans le cas de matériaux volés.

(2) Art. 664, C. civ.

(3) Le droit de superficie, qui de sa nature est perpétuel comme le droit de propriété, peut être concédé d'une manière révocable ou à terme (Cass., 18 nov. 1835, Sir., 35, 1, 907; 10 avril 1867, Sir., 67, 1, 277). Nous citerons, comme variété de ce droit, le bail à domaine congéable ou à convenant.

concessionnaire de la mine aura droit à ces actions dès l'acte de concession, car cet acte fait l'office d'un jugement d'expropriation et lui permet de joindre à sa possession celle de l'ancien propriétaire dont cette possession a été détachée. Celui qui, sans concession valable, s'emparerait d'une mine et l'exploiterait, aurait fait perdre au bout d'un an la possession au concessionnaire véritable et aurait pour lui les actions possessoires ; mais il ne pourrait s'y maintenir contre la teneur de l'acte administratif produit par son adversaire. Ces solutions ne sont que l'application du principe de séparation des deux pouvoirs administratif et judiciaire : nous avons déjà donné des solutions analogues à propos des biens du domaine public.

§ II. — *Autres droits réels.*

200. — *Droits réels sur les objets susceptibles de propriété privée.* — Les servitudes personnelles sont, comme en Droit romain, susceptibles d'une possession protégée par des actions. Il en est de même des servitudes réelles, continues et apparentes, dont la possession est formellement reconnue par l'article 690, C. civ. La possession des autres servitudes est au contraire controversée. L'art. 691 déclare que les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titre et jamais par la prescription. Or, l'imprescriptibilité ne touche qu'un des effets de la possession, et n'atteint pas la possession elle-même. Cependant, comme le motif qui empêche leur prescription tient à la nature même de leur possession, il aura son influence, même sur les actions possessoires. Ce motif, c'est la précarité ou l'équivoque des actes qui constituent ces servitudes.

La possession des servitudes continues non apparentes, en particulier, est regardée par bien des auteurs comme entachée d'un vice de précarité et de clandestinité tel qu'il ne peut jamais être purgé. Nous ne saurions partager cette doctrine trop abso-

lue. Car si le ossesseur du fonds servant a un titre émané du possesseur du fonds dominant, sa possession n'est plus ni précaire ni clandestine à son égard. De plus, l'art. 706 déclare que toutes les servitudes s'éteignent par le non-usage de trente ans, et l'art. 707 exige, pour qu'elles cessent d'être possédées, un acte contraire à ces servitudes ; or, ces articles ne font pas d'exception pour les servitudes non-apparentes ; il s'ensuit qu'elles sont susceptibles d'une possession utile (1). L'art. 691 nous indique que cette possession existera quand elle sera fondée sur un titre.

Pour interdire la possession des servitudes discontinues, quelques auteurs avaient voulu mettre en avant la discontinuité de leur possession. Nous avons vu combien peu était fondée cette prétendue discontinuité. La seule raison qui ait amené les législateurs à les déclarer imprescriptibles, c'est la présomption de précarité. En effet, les actes qui constituent l'exercice d'une servitude discontinue sont souvent de ceux qu'un propriétaire tolère par esprit de bon voisinage et en raison du peu d'inconvénients qui en résulte pour lui. Il fallait encourager cette tolérance et ces bons rapports ; de là la disposition de l'art. 691. Cette disposition ne s'applique qu'à la prescription : nous croyons cependant conforme aux intentions du législateur de l'étendre également à la possession. Les mêmes motifs y conduisent. Il est vrai qu'il ne faut pas, en général, étendre une disposition exceptionnelle ; mais cette règle n'est pas absolue, et comme toutes les règles d'interprétation, elle doit fléchir devant les circonstances. Le législateur n'a posé nulle part les principes de la possession : or, pour les servitudes en particulier, sur lesquelles le Droit romain et le Droit coutumier ne nous ont laissé que des indications vagues, il fallait un principe régulateur. Nous en trouvons un dans le Code dont les motifs s'appliquent tout aussi bien aux actions possessoires qu'à la

(1) Demolombe, XII, nº 950. Cass., 15 fév. 1841, Sir., 41, 1, 193.

prescription. Il paraît naturel de le suivre. Ajoutons que cette extension aux actions possessoires conduit à un résultat éminemment pratique, car l'action possessoire appliquée à des servitudes imprescriptibles ne serait d'aucune utilité et ne ferait qu'allonger le débat. Que servirait, en effet, d'avoir reconnu la possession, lorsque cette possession ne peut même pas servir à rejeter sur l'adversaire la preuve contraire? La possession d'un immeuble imprescriptible peut avoir son effet, et nous l'avons montré. La possession d'une servitude imprescriptible ne peut en avoir aucun. A quoi bon, dès lors, la protéger? Le juge du possessoire, saisi d'une complainte en cette matière, doit distinguer si la servitude est continue ou discontinue : tout le monde le reconnaît, car tout le monde admet le soupçon de précarité qui pèse sur ces dernières. Pourquoi, s'il n'y a pas de titre permettant la prescription, entendrait-il la preuve de non-précarité? Cela compliquerait bien inutilement son rôle.

Le titre exigé par l'art. 691 est un titre émanant du propriétaire du fonds dominant, sans qu'il soit nécessaire que ce titre prouve l'existence de la servitude : pour l'action possessoire, nous nous contenterions du titre émané du possesseur de ce fonds. Le titre pourrait encore être remplacé par l'ensemble des faits prévus dans l'art. 694 (1).

201. — Il faut assimiler à une servitude discontinue le droit de vaine pâture, dont les communes jouissent après l'enlèvement des récoltes. Cependant la vaine pâture présente un caractère particulier : elle constitue une faculté à laquelle un propriétaire ne peut se soustraire qu'en élevant une clôture, et à laquelle il peut toujours se soustraire ainsi (art. 11, loi de 1791). Elle n'est donc une servitude qu'autant qu'elle se fonde sur un titre. La grasse ou vive pâture au contraire, excluant par ses

(1) Notre doctrine est conforme à celle de la Cour de cassation. Voir 9 mars 1846, D., 46, 1. 101; 7 juin 1847, D., 48, 1, 58; 16 juillet 1849, D., 49, 1, 195; 25 juin 1860, D., 60, 1, 284; 25 mars 1863, D., 63, 1, 415; 26 déc. 1865, D., 66, 1, 221; 27 mars 1866, D., 66, 1, 339; 6 déc. 1871, D., 71, 1, 274.

inconvénients toute idée de précarité, peut être considérée plutôt comme un droit de copropriété et donner lieu à l'action possessoire (1).

202. — Les droits d'usage dans les forêts se rapprochent beaucoup des servitudes discontinues et des droits de vaine et de vive pâture. Le Code civil, qui ne les nomme dans l'article 636 que pour les renvoyer aux lois spéciales, semble les ranger parmi les servitudes personnelles. Mais si l'on remarque qu'ils sont généralement établis au profit d'une commune et de ceux qui sont habitants de la commune et non au profit de ceux qui y sont seulement domiciliés, qu'ils sont par suite l'apanage de la propriété et qu'ils se transmettent avec la propriété, on en conclura qu'ils rentrent dans la classe des servitudes réelles. Ils forment une catégorie particulière de servitudes discontinues. Cependant, comme le Code civil nous avertit qu'ils doivent être régis par des lois spéciales, et que l'importance de ces droits absorbant une partie notable de l'utilité du fonds assujetti, repousse toute idée de tolérance et de précarité, nous croyons que l'article 691 ne leur est pas applicable et qu'ils peuvent être prescrits (2). La question ne se pose plus toutefois que pour les bois des particuliers et des communes. Pour les forêts de l'État, le Code forestier l'a tranchée en décidant (art. 61 et 62) que cette servitude n'existerait qu'autant qu'elle aurait été reconnue en justice, à défaut de titre, dans les deux ans qui ont suivi la promulgation, et qu'à l'avenir aucun usage ne serait concédé. Il en résulte l'imprescriptibilité.

Il faut remarquer en outre que les plus importants de ces droits consistent, non dans une perception directe de l'utilité du fonds, mais dans le droit à une délivrance. La possession de ces

(1) Cass., 7 juin 1848, D., 48, 1, 121 et 6 janv. 1852, D., 52, 1, 18.

(2) La Cour de cassation, dans ses derniers arrêts, applique à ces droits d'usage l'article 691 du Code civil, et admet cependant que leur possession peut exister légalement quand elle a été précédée de procès-verbaux de délivrance, ou d'actes équipollents impliquant le consentement du propriétaire du bois que l'on prétend soumis à l'usage. Voir notamment l'arrêt du 14 juin 1869, rapporté dans Dalloz, 70, 1, 220.

droits consistera donc dans la demande en délivrance et la livraison effectuée ; un autre fait ne serait point un acte de possession, et celui qui s'emparerait des bois sans délivrance n'acquerrait ni ne conserverait le droit particulier d'usage (1). Il exercerait simplement une servitude discontinue tombant sous le coup de l'article 691.

203. — Les servitudes légales trouvent leur titre dans la loi. Existant indépendamment de toute convention, exemptes de tout soupçon de précarité, elles échappent à la disposition de l'article 691. Dès que la situation des lieux est telle qu'elle donne ouverture à la servitude légale, le droit naît comme s'il avait été consenti par le possesseur du fonds servant : la loi remplace la convention.

Le propriétaire du fonds dominant, troublé dans la possession annale de ce droit, pourra intenter la complainte : et si on lui objecte que cette servitude est discontinue, comme le passage en cas d'enclave, il établira la situation particulière qui donne ouverture à cette servitude légale et enlève par suite à son exercice tout soupçon de précarité. Le propriétaire qui subit cette servitude pourra s'en affranchir par une convention ou acquérir la possession contraire par des actes positifs de contradiction, à moins qu'une raison d'utilité publique ne s'y oppose.

Ces principes s'appliquent en particulier aux servitudes qui obligent le fonds inférieur à recevoir les eaux du fonds supérieur, aux distances prescrites pour les jours, plantations, haies, etc., à la servitude de passage en cas d'enclave.

Le propriétaire du fonds inférieur, obligé de recevoir les eaux de source ou les eaux pluviales provenant du fonds supé-

(1) Nous avons déjà exposé cette idée qu'un acte délictueux pouvait être utile à la possession. Ainsi, en particulier, celui qui prendrait du bois mort avec crochets ou ferrements, quoique commettant un délit, effectuerait un acte de possession utile, à supposer qu'il ne fût pas précaire. Nous repoussons donc la doctrine des auteurs qui trouvent inefficace la possession de l'usager qui exploite sans délivrance, parce qu'elle est délictueuse : nous le croyons inefficace pour un autre motif.

rieur, n'a pas pour cela un droit sur ces eaux. Le propriétaire supérieur peut les employer, comme bon lui semble, et l'exercice de ce droit est pour lui une faculté qui ne peut périr par non-usage. Il aurait donc la complainte contre le propriétaire inférieur qui le troublerait dans l'usage de ces eaux ou se refuserait à les recevoir. Ce dernier ne pourrait acquérir la possession utile de ces eaux que par titre ou destination du père de famille ou par des travaux apparents tels que les exige l'article 642 (1). La possession annale serait alors protégée par la complainte contre le propriétaire supérieur. Même en dehors de ces cas, il aurait la complainte contre un tiers qui détournerait le cours des eaux sans concession du propriétaire supérieur, car sa possession n'est précaire que vis-à-vis de ce dernier (2). Enfin il aurait même la complainte contre le propriétaire du fonds supérieur dans le cas où celui-ci aggraverait la servitude, en accumulant les eaux sur un point, ou les employant à des usages qui les corrompent.

La servitude légale résultant des distances prescrites pour les jours présente cette particularité remarquable, que celui qui établit une vue à la distance prohibée tend non-seulement à se libérer de la servitude légale, mais encore à acquérir la servitude de vue, servitude continue et apparente, ce qui, au bout d'un an, lui permettra d'intenter l'action possessoire.

Remarquons enfin, en ce qui concerne la servitude d'enclave, que le juge du possessoire, pour maintenir le propriétaire enclavé en possession de sa servitude, n'a à s'occuper que du fait d'enclave et de la manière dont la servitude s'est exercée, et ne doit nullement examiner si l'endroit par où s'effectue le passage est le moins dommageable. Cette question est uniquement du domaine pétitoire (3).

(1) La jurisprudence exige que ces travaux apparents soient exécutés sur le fonds supérieur. (Cass., 15 février 1854 ; 8 février 1858.)

(2) Cass., 11 août 1856, D., 56, 1, 361.

(3) Cass., 26 avril 1849, D., 49, 5, 10 ; 28 nov. 1866, D., 67, 1, 395 ; 1er août 1871, D., 71, 1, 149 ; 19 fév. 1872, D. 72, 1, 208.

204. — Le droit du preneur d'un immeuble n'est pas un droit réel et ne peut nous occuper en ce moment. Il en est de même de bien des droits, rentes foncières, tenures en champart, banalités, que l'ancien Droit avait réalisés et auxquels notre Code a restitué leur caractère personnel. Nous rangeons parmi ces droits l'emphytéose qui n'est plus, selon nous, qu'un bail avec certaines clauses particulières (1).

Nous considérons le droit de rétention comme un droit réel (2). Par suite, nous accordons la complainte au possesseur de ce droit, toutes les fois qu'il a pour objet un immeuble. La possession du droit de gage, qui, dans ce cas, porte le nom particulier d'antichrèse, se trouve ainsi protégée, sans qu'il soit besoin, comme à Rome, de créer en sa faveur une exception au principe de l'*animus domini*. La possession du droit de rétention et de l'antichrèse est caractérisée, comme celle des servitudes personnelles, par la détention de la chose avec l'*animus* conforme.

Le droit d'hypothèque, s'éteignant par son exercice même, soumis en outre pour son établissement à certaines conditions déterminées par le Code, ne peut être l'objet d'une possession caractérisée et douée des actions possessoires.

205. — *Droits réels sur les objets soustraits par leur nature ou leur destination à l'appropriation individuelle.*

Les objets soustraits par leur destination à toute propriété privée, sont les objets du domaine public. Les autres sont ceux que les Romains appelaient *res nullius*, parce qu'ils échappent par leur essence à toute appropriation exclusive.

Les principes que nous avons énoncés sur la possession des biens du domaine public, acquise par des actes d'appropria-

(1) Conf. Aubry et Rau, Demolombe. *Contra*. Cass., 12 mars 1845, D., 45, 1, 105; 18 mai 1847, D., 47, 1, 176; 6 mars 1850, D., 50, 1, 129. Les auteurs et la jurisprudence qui attribuent à l'emphytéote un droit réel doivent lui donner également l'action possessoire.

(2) Argument des art. 1612 et 1613, Cod. civ, et de l'art. 446, Cod. comm.

tion exclusive, s'appliqueront aux droits réels qu'un particulier voudrait acquérir sur ces biens sans aucune concession du Gouvernement. Les mêmes motifs conduiraient aux mêmes résultats. Mais le plus souvent ces droits s'exerceront en vertu d'une concession expresse ou tacite de l'administration. Les droits concédés par l'administration pourront être des droits personnels ; le fermier d'un péage public n'est pas plus possesseur d'un droit réel que le preneur d'un héritage rural. Ces droits ne seront réels qu'autant qu'ils le seraient s'ils étaient concédés par un particulier sur les biens qui lui appartiennent; la qualité de bien du domaine public ne peut changer le caractère du droit. La possession de ces droits réels sera protégée contre tous par les actions possessoires : elle le serait même contre l'administration, à moins que la concession n'ait été faite par celle-ci à titre précaire (1). La concession sera toujours supposée quand le droit exercé résulte de la destination même de la chose. Tels sont les droits de vue et de passage sur la voie publique (2). Remarquons, toutefois, que le plus souvent l'administration ne les aura concédés qu'à titre précaire. Ainsi, les riverains d'une voie publique que l'administration déclasse n'auront aucune action contre elle : l'art. 8 de la loi du 24 mai 1842 ne leur accorde qu'un droit de préemption. Ils auraient cependant l'action possessoire contre le particulier acquéreur qui voudrait leur enlever leurs jours. Ainsi, encore, toutes concessions d'établissement d'usine, de prise d'eau sur les cours d'eau qui font partie du domaine public, sont essentiellement révocables et subordonnées aux besoins de la navigation. Elles n'en sont pas moins valables entre particuliers.

206. — Les choses *nullius* ne peuvent être possédées par personne, par l'État pas plus que par un particulier ; mais on

(1) Cass., 6 mars 1855, D., 55, 1, 82 ; 9 nov. 1858, D., 58, 1, 467 ; 23 août 1859, D., 59, 1, 352 ; 5 nov. 1867, D., 68, 1, 120.

(2) Nous supposons, bien entendu, pour permettre l'action possessoire, que ces droits sont réclamés à titre de droits réels et comme accessoires d'un fonds.

peut en avoir l'usage. L'État s'est réservé cet usage pour les rivières navigables et flottables, abandonnant les autres à la propriété privée, sous certaines conditions. Nous allons examiner la possession des eaux courantes qui ne font pas partie du domaine public ; nous verrons ensuite l'effet de l'intervention de l'administration. Mais nous dirons d'abord quelques mots des eaux pluviales.

Nous avons parlé au nº 203 de la possession des eaux de source et des eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé. Les eaux pluviales qui coulent sur une voie publique sont soumises à des principes différents : elles sont *res nullius* et appartiennent au premier occupant. Le droit de se servir de ces eaux, étant une pure faculté, ne peut se perdre par le non-usage. Ainsi, le propriétaire supérieur qui ne les a pas recueillies pendant longtemps peut les prendre à un moment donné et s'en servir, sans que les riverains inférieurs, qui seuls en avaient joui jusque-là, puissent intenter la complainte ; et cela, lors même qu'ils auraient fait sur leur terrain des travaux apparents, car ces travaux ne manifestent pas l'intention de s'opposer au droit du propriétaire supérieur, mais simplement d'user des eaux qu'il n'a pas employées (1). Il faudrait, pour qu'ils pussent intenter la complainte, une convention (2) ou une contradiction formelle au droit du propriétaire d'amont : on pourrait voir cette contradiction dans des travaux apparents exécutés sur le fonds supérieur (3).

Les riverains des cours d'eau non navigables ni flottables ont le droit de se servir des eaux, pour l'irrigation de leur propriété, si le ruisseau borde seulement l'héritage, sous l'unique condition de les rendre ensuite sans les altérer à leur cours naturel, s'il le traverse.

(1) Cass., 22 avril 1863, Sir., 63, 1, 479.
(2) Cass., 11 juillet 1859, Sir., 60, 1, 355 ; 16 janvier 1865, Sir., 65, 1, 132.
(3) Argument de l'article 642.

Ce droit est, comme celui de se servir des eaux pluviales, une pure faculté. Nous en concluons que son exercice, dans les limites légales, ne peut permettre la complainte de la part d'un riverain inférieur, lors même que le propriétaire supérieur n'en aurait pas usé jusqu'alors ; à moins qu'il n'y ait eu convention ou contradiction formelle (1).

Si le propriétaire supérieur use des eaux en dehors des limites légales, en leur faisant prendre un autre cours par exemple, les propriétaires inférieurs pourront intenter de suite la complainte, quand même ils n'auraient pas usé de l'eau, car ils ont eu constamment la possession de leur droit en même temps que la possession de leur terrain. S'ils ne le font pas dans l'année, le riverain supérieur aura acquis, par le délai d'un an, une possession suffisante pour avoir à son tour la complainte contre les propriétaires inférieurs qui voudraient le troubler (2).

207. — L'administration a le droit de régler le niveau des eaux dans les rivières et ruisseaux, et d'autoriser la création d'usines et de moulins sur ces cours d'eau. Le changement du niveau des eaux, la création de nouvelles usines, peuvent troubler des possessions anciennes et donner lieu par suite à l'action possessoire. Le juge dans ces débats ne pourra rien ordonner de contraire à l'arrêté administratif. Il constatera la possession ancienne, et comme l'autorisation de l'administration est toujours donnée sauf réserve de tous droits et possessions contraires, il pourra condamner à des dommages-intérêts. Mais il ne saurait, sans blesser les droits de l'administration, ordonner la démolition des travaux commencés (3), à moins qu'il ne résulte de la nature même de la concession et de l'acte adminis-

(1) La Cour de cassation paraît contraire à cette doctrine. — Voir 18 juin 1850, D., 50, 1, 309 ; 3 août 1852, D., 52, 1, 198 ; 2 août 1853, D., 53, 1, 245 ; 16 janv. 1856, D., 56, 1, 289 ; 17 fév. 1858. D., 58, 1, 297 ; 10 déc. 1862, D., 63, 1, 45 ; 16 janv. 1866, D., 66, 1, 206 ; 2 avril 1872, D., 72, 1, 363.

(2) Cass., 20 mars 1860, D , 60, 1, 165.

(3) Arrêt du Conseil d'Etat du 17 mai 1844, D., 44, 3, 136 ; Cass., 19 août 1845, D., 45, 1, 402 ; 18 nov. 1864, D., 65, 1, 61.

tratif que l'autorisation n'est donnée que dans un intérêt privé (1).

Si le barrage est établi sans autorisation ou en dehors des limites de l'autorisation administrative, la complainte des riverains sera complétement admissible. Mais si un tel barrage a duré plus d'un an, celui qui l'a construit a acquis à son tour la possession, et il pourra exercer la complainte s'il est troublé par tout autre que par l'administration.

Sur les rivières navigables et flottables, les particuliers, n'ayant aucun droit, ne peuvent utiliser l'eau qu'avec l'autorisation de l'administration. Mais cette autorisation une fois obtenue, ils ne trouvent plus devant eux le droit d'autres propriétaires et pourront par suite intenter la complainte contre un riverain supérieur qui, en usant des eaux, viendrait entraver leur jouissance. Entre deux usiniers autorisés, la complainte pourrait être admissible; car les concessions administratives sont toujours faites sous la réserve du droit des tiers. Mais, si, comme cela arrive fréquemment, l'administration avait réglé le mode de jouissance du nouveau concessionnaire et ses rapports avec l'ancien, la possession ne serait protégée qu'autant qu'elle serait conforme à l'acte administratif. Les particuliers propriétaires de terrains voisins auraient aussi la complainte contre les travaux qui nuiraient à leur fonds : à moins toutefois que ces travaux n'aient pas seulement été autorisés, mais prescrits. Dans ce cas en effet, le trouble serait imputable non à l'usinier, mais à l'administration, et ne pourrait être réprimé que par voie administrative. La complainte serait cependant donnée contre l'administration si l'acte administratif était évidemment entaché d'excès de pouvoir, car cet excès infirmerait sa validité.

Nous admettrions également la complainte entre particuliers,

(1) Cass., 18 avril 1866, D., 66, 1, 249 ; 22 janv. 1868, D., 68, 1, 198. — Ce principe a été appliqué à l'autorisation de construire sur un terrain longeant la voie publique par un arrêt du 9 janv. 1872, D., 72, 1, 41.

dans le cas où celui qui a établi une usine n'y aurait pas été autorisé ; car l'imprescriptibilité du domaine public n'est pas opposable par un particulier à son profit exclusif.

SECTION II.

Droits de créance, de famille ou d'état.

§ I. — *Droits de créance.*

208. — La possession de ces droits est reconnue par nos lois et produit en certains cas des effets importants. Ainsi, d'après l'article 1240 Cod. civ., « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé » ; d'après l'article 145 C. comm., « celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré. » Le titre au porteur produit encore un effet plus énergique : la possession du titre entraîne une possession de la créance aussi efficace que celle d'un meuble corporel. Cette possession n'est cependant pas protégée par des actions possessoires, que le droit possédé soit mobilier ou immobilier. Le peu d'utilité pratique explique cette absence de protection.

§ II. — *Droits de famille ou d'état.*

209. — La possession de ces droits avait été admise dans une large mesure par le Droit canon qui leur avait même étendu les actions possessoires. Ni l'ordonnance de 1667 ni le Code civil ne conservèrent cette extension. Nos lois reconnaissent cependant cette possession et lui attribuent même des effets remarquables. Les articles 197, 320, 321, 322 et 323 C. civ. montrent l'importance de la possession d'état en matière de filiation ; l'article 195 repousse, il est vrai, les principaux effets de la possession d'état

d'époux légitime, contrairement au Droit romain, au Droit canon et à l'ordonnance de 1579 ; mais cette possession n'en est pas moins reconnue par la loi, comme le montrent les articles 194, 196 et 197.

La possession d'hérédité, possession de la qualité d'héritier, a aussi son influence dans notre Droit : elle a inspiré en particulier les articles 1240 et 138 Code civil : mais il est vraiment regrettable, tant au point de vue de la pratique que de la doctrine, que la loi n'ait pas attribué plus d'effets à la qualité d'héritier apparent.

Si ces diverses possessions des droits de famille ou d'état n'ont pas été reconnues susceptibles de l'action possessoire, malgré leur importance, il faut, croyons-nous, en trouver la raison dans la rareté des attaques possessoires dont elles peuvent être l'objet (1).

210. — Cet examen nous montre que si la possession s'étend à tous les droits, les actions possessoires sont restreintes à la possession des immeubles et des autres droits réels. C'est cette possession seule qui nous occupera désormais.

(1) Ce résultat a été obtenu par la bonne tenue des registres de l'état civil et la simplicité de l'organisation des pouvoirs publics. Il ne serait pas impossible de l'atteindre également en ce qui concerne les droits réels. Voir sur ce point notre Conclusion, nº 274.

CHAPITRE IV.

PERSONNES CAPABLES DE POSSÉDER.

211. — Dans notre Droit, si tout le monde ne peut intenter les actions possessoires, tout individu est capable de posséder, soit par lui-même, soit par un mandataire.

L'esclavage a été aboli ; la mort civile également. L'interdiction légale, qui enlève au condamné l'exercice de certains droits, ne le prive pas de la jouissance de ces droits et ne l'empêche pas de posséder : s'il ne peut exercer les actions possessoires, son représentant le fera pour lui. Les fils de famille enfin sont régis par le droit commun. Toutes les exceptions qui existaient à Rome ont disparu de nos lois.

212. — Les personnes incapables d'avoir une volonté ne peuvent cependant acquérir la possession par elles-mêmes ; mais elles acquerront par l'intermédiaire de leurs représentants. Ainsi les fous ne peuvent acquérir par eux-mêmes. La question est plus délicate pour des interdits. L'art. 1125 défend aux tiers qui ont traité avec un interdit de se prévaloir de son incapacité. C'est très-juste, car ils ont été en faute de contracter avec lui. Mais, en matière de possession, il n'y a pas eu de contrat. On rentre par suite dans la règle générale, et il est permis de prouver l'absence de volonté de l'interdit. Bien plus, cette absence de volonté est présumée par le fait même de l'interdiction. MM. Troplong et Wodon y voient même une présomption légale absolue. Nous ne pouvons admettre cette présomption légale, exorbitante du droit commun, en l'absence d'un texte précis à l'appui, et nous autoriserions par suite l'interdit à prouver

qu'il était dans un moment de lucidité lorsqu'il a acquis la possession (1).

Les mineurs peuvent acquérir la possession, s'ils ont un degré d'intelligence suffisant. Le juge examinera ; l'âge du mineur le guidera dans cet examen.

Les personnes morales acquièrent la possession par leurs administrateurs et même par un mandataire quelconque. Les communes peuvent l'acquérir aussi par leurs habitants, dont chacun exerce le droit non comme lui appartenant, mais comme appartenant à la commune, et en est ainsi le détenteur précaire.

(1) Cette preuve est très-délicate et entravera la simplicité et la célérité des jugements possessoires. Nous le reconnaissons; mais la doctrine et la jurisprudence appliquent la loi et n'ont pas à la faire ni à la modifier.

CHAPITRE V.

ACQUISITION DE LA POSSESSION.

213. — Le Code civil est muet sur cette question. Par suite, il nous faut suivre les errements de la jurisprudence ancienne qui reproduisait plus ou moins fidèlement la théorie des Romains.

C'est donc le Droit romain que nous prendrons pour guide, et nous nous reporterons à la théorie que nous en avons exposée, tant d'après les textes que d'après la notion philosophique de la possession. Toutefois, la différence de civilisation et les principes nouveaux insérés dans notre Code y apportent des modifications sur lesquelles nous nous arrêterons quelques instants.

SECTION PREMIÈRE.

Acquisition par soi-même.

§ Ier. — *De la volonté.*

214. — La volonté doit être, comme en Droit romain, la volonté active d'agir à titre de maître du droit que l'on veut posséder sur une chose déterminée. Le principe est le même et les mêmes conséquences s'en déduisent.

§ II. — *De l'acte matériel.*

215. — L'élément matériel d'acquisition de la possession est

tout fait qui procure à son auteur la possibilité d'agir. Ce fait sera différent suivant la nature du droit que l'on veut posséder. Nous étudierons séparément ce qui concerne le droit de propriété et ce qui concerne les autres droits réels.

216. — *Acquisition de la possession correspondant au droit de propriété.* — L'acquisition d'une possession originaire est régie par les principes que nous avons exposés en Droit romain et qui tiennent à la nature même des choses. Cette acquisition sera bien rare de nos jours, surtout en ce qui concerne les immeubles, seuls objets de l'action possessoire. L'acquisition de la possession d'un immeuble possédé par un autre, acquisition effectuée malgré sa volonté, demande également un acte matériel, public et non équivoque. Ainsi l'on acquerra la possession d'un terrain en le cultivant, l'entourant d'une clôture ; d'un mur en le réparant ; d'une haie en la tondant, etc. (1).

217. — Mais si l'ancien possesseur consent à céder sa possession, alors, ainsi que nous l'avons déjà dit, son consentement et la possession paisible qu'il a eue jusque-là rendent plus facile pour le cessionnaire la possibilité physique et exclusive d'agir. Le Droit positif doit donc se montrer moins rigoureux dans l'appréciation du *factum* nécessaire. Les Romains exigeaient cependant une certaine présence de la chose, une sorte d'actualité dans la possibilité donnant la certitude de cette possibilité. Cette actualité n'est plus exigée de nos jours ; le Code ne mentionne aucune condition de ce genre qui répugnerait à son esprit. Un nouveau principe est venu modifier sur ce point l'ancienne théorie : désormais le consentement des parties suffit pour faire acquérir la propriété, indépendamment de toute tradition. Il résulte de ce principe que le consentement suffit également à faire acquérir la possession. Ce n'est pas, comme le dit Dalloz, parce que le droit de possession est transmis comme accessoire du droit de propriété. Non, nous avons toujours soutenu que la

(1) Dalloz, Act. poss., n° 218.

possession était un fait : mais c'est que parce que, dès que le consentement est intervenu, les conditions requises pour posséder se sont accomplies, les deux éléments de la possession se sont trouvés réunis. L'intention de posséder existe ; la possibilité physique d'agir existe, car, par suite de la stabilité de l'ordre social et de la sécurité des transactions, le consentement du précédent possesseur permet à son cessionnaire d'exercer le droit de propriété sur l'immeuble d'une façon aussi certaine et aussi complète qu'à Rome la présence de la chose le lui permettait ; enfin cette possibilité se manifeste par l'acte même du consentement. Nos adversaires reconnaissent, pour la plupart du moins, que la présence de l'objet possédé n'est plus nécessaire ; mais ils exigent une délivrance, délivrance que l'art. 1605 fait consister soit dans la remise des clefs, soit dans la remise des titres, etc. Or, en quoi cette délivrance est-elle une manifestation plus complète de la possibilité d'agir que l'acte même du consentement? Et lorsque notre Code rejette loin de lui comme un vêtement suranné tout ce formalisme étroit et transfère la propriété par le seul consentement, pourquoi se montrer plus exigeant pour la possession et imposer à sa transmission des entraves que sa nature ne demande pas, et des formalités devenues inutiles (1)?

Ainsi tout acte translatif de propriété transfère en même temps la possession ou plutôt fait acquérir au nouveau propriétaire la possession perdue en même temps par l'ancien, possession à laquelle, en vertu de la théorie de l'accession, il pourra joindre, s'il le veut, celle de son auteur. L'ancien propriétaire conserve cependant la détention de la chose tant que la délivrance n'est pas opérée, mais cette détention est dans ses mains une détention précaire (2). Il en résulte qu'en cas de

(1) Il va sans dire que cette possession ne pourra être opposée aux tiers qu'autant qu'elle sera devenue publique. Nous renvoyons à ce que nous avons dit sur ce sujet, à propos de la clandestinité. Cette remarque s'applique à toute la théorie de l'acquisition de la possession.

(2) MM. Aubry et Rau, qui exigent la délivrance pour l'acquisition de la possession, arrivent pratiquement au même résultat, quelque peu en

vente, par exemple, l'acheteur a dès la signature du contrat les actions possessoires, si d'ailleurs sa possession revêt les caractères voulus (1), et le vendeur ne les a plus. Cette solution, parfaitement conforme aux nécessités de la pratique, est très-controversée dans l'opinion contraire.

218. — *Acquisition de la possession des servitudes conventionnelles.* — Nous en avons exposé les règles à propos du Droit romain, nous les rappellerons brièvement ici afin d'en tirer quelques conséquences en harmonie avec les principes généraux de notre Droit et en particulier avec le principe que nous venons d'établir, l'acquisition de la possession par le seul accord des volontés.

La possession des servitudes a toujours pour objet un droit sur l'immeuble d'autrui : elle ne peut donc s'acquérir qu'au détriment, soit de l'ancien possesseur de la servitude, soit de celui qui avait la possession ou la propriété pleine et entière de l'immeuble soumis à cette servitude. Nous allons examiner successivement ces deux modes d'acquisition, en étudiant séparément ce qui concerne les servitudes personnelles et ce qui a trait aux servitudes réelles.

219. — *Servitudes personnelles.* — « Les règles sur l'acquisition ou la perte de la possession proprement dite s'appliquent également à l'acquisition et à la perte de la quasi-possession des servitudes personnelles ». (Aubry et Rau, § 179. 2. a.) Ce principe exact en lui-même a besoin de quelques explications.

L'usufruitier peut céder son droit sans l'intervention du nu-propriétaire. Si donc il consent à cette cession, en vertu du

contradiction avec leur théorie, en supposant qu'un constitut possessoire est contenu implicitement dans le contrat.

(1) L'acheteur fera bien cependant, même au point de vue possessoire, de faire transcrire son contrat, car cette transcription rendra nécessairement publique sa possession qui jusque-là sera souvent clandestine. Cette précaution sera d'autant plus utile que le vendeur, comme tout détenteur précaire, peut faire acquérir la possession à un tiers en vertu d'un titre translatif de propriété, ainsi que nous le verrons plus loin, et le premier acheteur, s'il était possesseur clandestin, n'aurait pas d'action pour la recouvrer.

principe établi, l'accord de sa volonté avec celle du nouveau possesseur suffira à faire acquérir à ce dernier la possession de ce droit. S'il n'y consent pas, celui qui veut en acquérir la possession devra accomplir un acte d'appréhension identique à celui qu'il devrait accomplir pour acquérir la possession de la propriété, puisque ces deux possessions ne diffèrent que par l'intention. Seulement, comme la propriété est plus avantageuse que l'usufruit, l'intention d'acquérir la pleine possession se présumera naturellement ; l'acte d'appréhension paraîtra dirigé à la fois contre l'usufruitier et contre le nu-propriétaire, et, à moins de circonstances toutes particulières, il fera acquérir, non la possession de l'usufruit, mais celle de la propriété.

Les autres servitudes personnelles, l'usage et l'habitation sont déclarées incessibles par la loi ; le propriétaire dont le droit est diminué par ces servitudes a le droit de s'opposer à l'entrée en possession du cessionnaire. Le consentement du cédant ne suffit donc pas pour faire acquérir la possibilité physique d'exercer ces servitudes, et nous nous trouvons dans le même cas que s'il fallait les créer de toutes pièces au détriment de la propriété, hypothèse que nous allons examiner maintenant.

Si le propriétaire consent à établir une servitude personnelle, l'acte d'établissement de cette servitude en fera acquérir immédiatement la possession. Si l'on veut acquérir cette possession sans son consentement, il faut alors un acte d'appréhension, et comme en général la possession des servitudes personnelles coïncide avec la détention de l'objet, cet acte sera identique à celui qu'il faudrait accomplir pour arriver à la possession de la propriété : les considérations que nous avons présentées plus haut s'appliquent également à cette hypothèse. Il n'y aurait d'exception que pour la servitude d'usage, dans le cas où l'usager n'aurait pas la détention. L'acte d'appréhension ne pourrait alors consister que dans l'exercice du droit, ainsi que nous allons le voir pour les servitudes réelles et les droits d'usage dans les forêts.

220. — *Servitudes réelles.* — Le mode d'acquisition par substitution d'un nouveau possesseur à l'ancien possesseur de la servitude ne présente aucune difficulté. En effet, les servitudes réelles n'ont pas d'existence indépendante de l'héritage au profit duquel elles sont établies : leur possession se transmet donc nécessairement comme la possession de cet héritage et avec elle ; l'accessoire suit le principal (1).

L'acquisition de la possession d'une servitude réelle, détachée, par le fait même de cette acquisition, de la possession pleine qu'elle amoindrit, donne lieu à plus de controverses. D'après les principes que nous avons posés, cette possession sera acquise, soit en vertu d'un titre émané du possesseur du fonds servant, soit, sans son consentement, en vertu d'une véritable appréhension consistant dans l'exercice du droit à titre de servitude. Mais si ces idées sont assez généralement admises en matière de servitudes personnelles, elles trouvent en matière de servitudes réelles de nombreux et sérieux contradicteurs. Examinons successivement les deux hypothèses.

221. — 1° Acquisition du consentement du possesseur du fonds servant.

Le titre émané de lui suffit, et il n'est pas besoin d'avoir exercé la servitude. Nous avons démontré en effet que la possession consistait, non dans l'exercice, mais dans la possibilité de l'exercice arbitraire. Or, le titre émané du possesseur donne une certitude bien autrement forte de la possibilité de l'exercice arbitraire que l'exercice lui-même, fût-il plusieurs fois répété. Cela est vrai pour la possession des droits réels comme pour la possession de la propriété, pour la possession des servitudes réelles comme pour celle des servitudes personnelles. Pourquoi distinguer ? Aucun texte n'autorise ces distinctions ; aucun motif sérieux ne les appuie.

(1) Cette solution est repoussée par ceux qui exigent un premier exercice comme condition indispensable d'acquisition ; mais ils ne peuvent s'entendre sur la solution à lui substituer.

Tout au plus pourrait-on douter en ce qui concerne les servitudes continues et apparentes. Ces servitudes ne sont en effet vraiment utiles que par la confection de certains travaux qui en permettent l'exercice. Aussi MM. Aubry et Rau posent-ils en principe que « la quasi-possession des servitudes réelles, continues et apparentes, s'acquiert par l'établissement de l'état de choses que supposent l'existence et l'exercice de la servitude (1). » La possession est évidemment acquise quand l'ouvrage qui établit cet état de choses est achevé. Mais nous croyons qu'elle peut l'être auparavant. Le droit résultant de ces servitudes comprend en effet non-seulement le droit d'user de l'ouvrage une fois établi, mais aussi le droit de le construire. En construisant cet ouvrage on exerce donc la servitude, et par suite la possibilité d'exercice est acquise dès que le consentement du possesseur du fonds servant est donné. Le titre fait donc encore ici acquérir la possession.

Le titre émané du possesseur du fonds servant fera également, et pour les raisons précédemment énoncées, acquérir la possession des servitudes discontinues, en lui enlevant en même temps toute présomption de précarité. Il fera de même acquérir la possession des servitudes négatives. MM. Aubry et Rau, qui l'admettent comme nous, exigent en outre de la part de ce possesseur l'abstention des actes de la nature de ceux que le titre constitutif de la servitude lui interdit. Nous regardons cette dernière condition comme évidente et inutile à énoncer : car nous voyons dans l'accomplissement d'un de ces actes une interruption à la possession du droit.

Le consentement doit en général être exprimé, et c'est pourquoi nous avons constamment parlé de titre. Il pourrait cependant résulter des circonstances particulières prévues par le Code dans les articles 692 et 694.

222. — 2° Acquisition sans le consentement du possesseur du fonds servant.

(1) Aubry et Rau, § 179, 2, b.

Si le possesseur du fonds servant ne donne pas son consentement, il faut alors un acte d'appréhension de la servitude. Cet acte sera un premier exercice de la servitude, comme l'acte d'appréhension de la possession d'une chose est un premier exercice du droit de propriété. Comme en Droit romain, il n'a pas besoin d'être exécuté par le possesseur du fonds dominant lui-même ; il suffit qu'il l'ait été *fundi nomine*. Seulement les actes d'exercice d'une servitude n'apportant pas grand dommage au propriétaire du fonds servant pourront facilement être réputés de simple tolérance et par suite incapables de fonder une possession utile.

La possession des servitudes continues apparentes sera acquise par l'établissement de l'état de choses qui les constitue. Les travaux exécutés dans ce but forment un premier exercice, et dès qu'ils atteignent une importance suffisante pour manifester clairement l'intention d'avoir un droit de servitude, ils sembleraient devoir faire acquérir dès lors une possession utile. Cependant le Code civil décide, relativement à la servitude de prise d'eau sur une source (art. 642), que la possession utile pour la prescription ne commencera qu'à partir du moment où les travaux auront été terminés. Cette décision a l'avantage de fixer un point de départ précis pour la supputation du délai annal, et il nous paraît à la fois utile et conforme à la volonté du législateur de la généraliser. La possession d'une pareille servitude, exigeant des travaux apparents, ne sera pas en général réputée précaire ou équivoque. Cependant, suivant l'opinion commune, elle le serait dans le cas de l'article 642, si les travaux avaient été effectués sur le fonds servant. La servitude de vue résultant d'ouvertures pratiquées dans un bâtiment à une distance moindre que la distance légale ne serait également susceptible que d'une possession inefficace, si ces ouvertures donnaient sur le toit de la maison voisine ou étaient séparées de cette maison par un mur élevé à leur hauteur : car ces vues ne causant aucun dommage au voisin pouvaient facilement et

devaient même être tolérées par lui (1). La possession d'une servitude continue apparente serait encore précaire, si le possesseur avait reconnu qu'il ne jouissait de cette servitude que par pure tolérance.

La possession des servitudes continues non apparentes et des servitudes discontinues n'est reconnue par la loi qu'autant qu'elle s'appuie sur un titre. Elle ne peut donc être acquise malgré le consentement du possesseur du fonds servant ou de ses auteurs. Si cependant une de ces servitudes, par exemple, le droitde passage, était l'accessoire d'un autre droit susceptible de possession utile, la complainte serait recevable (2).

Il faut distinguer avec soin la prétention à un droit de servitude de la prétention à la co-propriété. Ainsi la jurisprudence admet la possession des chemins d'exploitation qui servent au défruitement des terres et la considère comme possession de la co-propriété du chemin. Il y a là un biais pour éluder l'article 691, trop sévère en cette matière.

223. — *Acquisition de la possession des autres droits réels.* — La possession des autres droits réels s'acquerra, soit avec le droit lui-même par le titre qui le confère, ainsi que nous l'avons exposé en parlant des servitudes réelles, soit par l'exercice exempt de précarité, quand l'article 691 ne s'y opposera pas.

Le titre qui confère le droit d'exercer une servitude légale se trouve dans la loi. La loi remplace la convention et en tient lieu. La possession de ces servitudes sera donc acquise dès le moment où la loi pourra s'appliquer, c'est-à-dire dès que la situation respective des biens sera établie.

L'imprescriptibilité du domaine public ne s'oppose pas à ce que l'on acquière sur ce domaine des droits opposables aux particuliers, même sans le consentement de l'administration. Ainsi l'on acquerra la possession d'un barrage dans une rivière dès qu'il sera construit. Les principes généraux d'acquisition de la

(1) Cass., 7 nov. 1849, D., 49, 1, 296; 2 fév. 1863, D., 63, 1, 145.
(2) Cass., 23 mars 1836, Sir., 36, 1, 867.

possession des droits recevront donc encore ici leur complète application.

SECTION II.

Acquisition par un tiers.

224. — Il n'y a plus, dans notre Droit, d'acquisition forcée pour un maître par des personnes placées sous sa puissance. Chacun est libre d'acquérir pour soi-même et l'on ne peut être forcé d'acquérir pour autrui que si l'on s'y est engagé par un acte de libre volonté.

La volonté de posséder doit exister chez le représenté. Elle existera du moment qu'il aura donné un mandat général ou spécial, exprès ou tacite; peu importe qu'il connaisse ou non le moment précis de l'acquisition. S'il n'a pas donné de mandat, mais s'il ratifie l'acte de son gérant d'affaires, la ratification, ayant dans notre Droit un effet rétroactif, fera considérer sa volonté comme existante au moment où l'acte s'est accompli (1).

Par une exception à ce principe, exception que l'équité commande et que nous avons vu admettre également en Droit romain, la loi permet de substituer à la volonté des fous, des interdits, des personnes morales, des incapables de volonté en un mot, celle de leur mandataire légal.

225. — L'autre élément de la possession est la possibilité physique d'exercer le droit que l'on veut posséder. L'acte matériel que doit accomplir le mandataire afin d'assurer la possession à son mandant sera donc complétement analogue à celui qu'il devrait accomplir afin d'acquérir cette possession pour lui-même. Mais cet acte ne suffira pas. Pour que le mandant ait la possibilité d'agir, il faut en outre que son mandataire ne lui soit pas infidèle et n'ait pas l'intention d'acquérir pour lui-même ou

(1) Il en était autrement en Droit romain. Voir l. 42, § 1, *De acq. poss.*, et le nº 73 de cette étude.

pour un autre. Quelques auteurs exigent même qu'il ait l'intention d'acquérir la possession pour son mandant, mais il suffit qu'il n'ait pas l'intention contraire. Ainsi l'ouvrier qui va, par mon ordre, labourer, ensemencer, récolter un champ, acquiert pour moi la possession de ce champ, sans qu'il en ait eu la moindre intention. Nous croyons même qu'un fou pourrait acquérir la possession pour autrui. Les lois romaines, plus formalistes, décidaient le contraire : mais notre Code n'ayant pas renouvelé cette prohibition, nous décidons la question d'après les principes généraux, et dès que la possibilité physique existe, nous regardons la possession comme acquise. Ce sera le plus souvent dans ces cas exceptionnels une appréciation de fait.

Il résulte de là que nous ne considérons pas comme une exception, mais bien comme une conséquence des principes, l'acquisition de la possession au profit des communes par les habitants agissant comme tels. Ils n'ont pas en général l'intention d'acquérir pour la communauté, mais il suffit qu'ils n'aient pas l'intention contraire. Et s'ils n'agissent pas en vertu d'un ordre du mandataire légal de la commune, du moins ce dernier, en ratifiant leurs actes, réalise rétroactivement le second élément de la possession, la volonté (1).

L'acquisition de la possession des servitudes par l'intermédiaire d'un tiers est encore facilitée par ce principe que, la servitude étant établie au profit d'un fonds, tous les actes d'exercice accomplis *fundi nomine* ont la même valeur que s'ils étaient l'œuvre du possesseur du fonds en personne.

(1) La plupart des auteurs admettent ce mode d'acquisition par les habitants d'une commune ; mais ils le considèrent comme une exception introduite *utilitatis causa*. Nous avons voulu montrer qu'il était conforme aux principes.

CHAPITRE VI.

PERTE DE LA POSSESSION.

226. — Pour changer une situation existante, il faut un acte positif. Nous avons vu quels étaient en général les actes capables de produire l'acquisition de la possession. Cette situation nouvelle ainsi créée se conserve par elle-même, et s'il nous est permis de nous exprimer ainsi, en vertu d'une certaine force d'inertie. Pour la modifier, pour faire perdre en un mot la possession, il faudra un acte nouveau, un acte dirigé en sens contraire de celui qui l'a fait acquérir. Nous avons déjà vu en Droit romain les mêmes principes, résultant de la nature des choses, admis et exprimés par les jurisconsultes.

On peut posséder par soi-même ou par intermédiaire. Ce second cas présentant quelques règles spéciales sera étudié dans une seconde section.

SECTION PREMIÈRE.

Perte de la possession exercée directement.

La possession, se composant de deux éléments, est perdue lorsque ces deux éléments ne concourent plus ensemble. Elle pourra donc se perdre soit intentionnellement, soit matériellement.

§ I. — *Perte intentionnelle.*

227. — Il ne suffit pas que la volonté de posséder n'existe

plus, il faut la volonté de ne plus posséder. Il en résulte que les incapables de volonté ne peuvent perdre de cette manière une possession une fois acquise ; leurs représentants ne le peuvent non plus, car s'ils ont mission de conserver et d'augmenter le patrimoine des incapables, ils n'ont pas le pouvoir de le diminuer.

La renonciation à la possession peut être un abandon pur et simple ou une renonciation translative faisant acquérir à un autre la possession abandonnée, ainsi que nous l'avons vu à propos de l'acquisition de la possession. Elle peut être expresse ou tacite ; mais en général elle ne se présume pas. Cependant tous les auteurs reconnaissent qu'elle peut s'induire d'une longue inaction, car tout possesseur aime à jouir des avantages de sa situation. Le temps nécessaire pour permettre cette présomption n'est pas déterminé ; le juge appréciera d'après les circonstances de la cause (1). Les anciens commentateurs avaient fixé un laps de dix ans à la suite d'un texte de Droit romain mal compris (2) ; mais cette doctrine est aujourd'hui abandonnée.

Cette renonciation ne peut aucunement se déduire du fait d'avoir intenté directement l'action pétitoire. L'art. 26 du Code de procédure prononce il est vrai pour cette cause la déchéance du droit d'agir au possessoire. Mais cela tient, comme nous le verrons, à la théorie de la défense du cumul. Celui qui agit au pétitoire se trouvera demandeur, tandis que, s'il avait fait statuer d'abord sur sa possession, il aurait pu jouer le rôle de défendeur : mais il a pu parfaitement renoncer à cet avantage sans pour cela renoncer à sa possession. Son but a peut-être été

(1) Ainsi la possession d'une digue a pu être considérée comme abandonnée quand elle était détruite depuis longtemps et que l'ancien possesseur n'en conservait que les débris, sans que la décision rendue à cet égard ait pu encourir le contrôle de la Cour de cassation. (Req., 4 fév. 1856, D., 56, 1, 296.)

(2) La loi 37, § 1, *De usurp.* Cette loi parle d'un *longum tempus* dans le sens de notre paragraphe. Les anciens commentateurs y avaient vu le délai de la *præscriptio longi temporis*.

simplement de terminer plus rapidement la contestation ; peut-être même l'a-t-il fait sans motif. La renonciation à la possession ne peut s'induire d'une circonstance aussi peu probante et pouvant donner lieu à tant d'autres interprétations. La Cour de Cassation a admis implicitement la doctrine que nous soutenons en permettant à celui qui a intenté l'action pétitoire de recourir au possessoire pour faire cesser un trouble nouveau survenu postérieurement à l'introduction de l'instance (1).

§ II. — *Perte matérielle.*

228. — L'acte qui fera perdre matériellement la possession sera celui qui mettra le possesseur dans l'impossibilité d'exercer le droit possédé. Telle sera la destruction de la chose sur laquelle s'exerçait ce droit. Telle encore, la mort du possesseur : toutefois une exception importante est venue modifier cette dernière conséquence ; nous avons vu qu'en vertu de la maxime : « le mort saisit le vif, » l'héritier continuait la possession de son auteur.

Cet acte peut être un phénomène naturel ou le fait d'un tiers. Dans le premier cas, la possession n'est pas perdue si l'empêchement apporté à l'exercice du droit n'est par sa nature même qu'un empêchement passager, une inondation par exemple. Comme cet empêchement n'est qu'accidentel, et que la possibilité d'exercice reparaît dès que les choses sont rentrées dans leur état normal, il eût été dur de frapper d'une déchéance le possesseur qui n'avait commis aucune faute. La loi ne peut réparer le dommage résultant de la privation de jouissance : il est juste qu'elle l'atténue du moins en n'ajoutant pas aux dommages matériels la perte des droits résultant de la possession. Mais si l'empêchement était permanent, la loi ne peut faire revivre ce qui n'existe plus.

229. — La dépossession par le fait d'un tiers peut avoir lieu

(1) 5 août 1845, D., 45, 1, 396 ; 6 août 1863, D., 63, 1, 464.

par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire, et alors, par suite de l'effet rétroactif de la sentence au jour de la demande, elle est censée accomplie du jour même où la citation a eu lieu, ainsi que nous l'avons exposé en parlant de l'interruption civile (1). Mais elle peut aussi s'opérer directement.

Un simple trouble, un acte de ruse ou de violence empêchant momentanément le possesseur d'user de son droit ne suffirait pas pour lui enlever la possession. Car, de même que pour acquérir la possession, il faut un acte qui donne la possibilité physique d'exercer le droit non pas pour un jour seulement, mais pour une durée que des événements ultérieurs peuvent seuls limiter ; de même, pour la perdre, il faut un acte établissant l'impossibilité d'agir comme une situation de fait qui ne pourra être changée que par une activité externe (2).

230. — La possession correspondant au droit de propriété ne se perdra par le fait d'un tiers que par la substitution de ce dernier dans cette possession. Cette substitution est en effet le seul acte qui puisse produire une impossibilité durable d'exercer le droit de propriété par soi-même ou ses représentants, et elle produira certainement cette impossibilité par la raison que la propriété est exclusive de toute propriété semblable sur le même objet (3). Ainsi donc, dès le moment où un immeuble vient à être occupé par un tiers qui s'y comporte en maître, ce dernier acquiert la possession et le possesseur primitif la perd. Les Romains admettaient cependant par une raison d'utilité pratique

(1) Il ne faudrait pas en conclure que, si malgré le jugement, l'ancien possesseur reste en possession, cette possession sera non avenue. Nullement. Elle est parfaitement efficace à l'égard des tiers, car vis-à-vis d'eux elle a tous les caractères d'une possession utile. Mais elle ne pourra se défendre contre le demandeur qui a triomphé, et auquel le jugement donne pendant trente ans le droit de reprendre cette possession et même de la joindre à celle qu'il commencera ensuite.

(2) Les auteurs paraissent admettre implicitement ce principe ; mais nous ne l'avons trouvé formulé explicitement dans aucun d'eux.

(3) La séquestration arbitraire produirait le même effet, mais ce cas est tellement rare qu'on peut dire que la loi ne l'a pas prévu : en outre, en pareille hypothèse, la séquestration serait généralement suivie de l'usurpation des propriétés.

que l'ancienne possession n'était perdue, et la nouvelle acquise, qu'au moment où l'occupation venait à être connue de celui qu'elle tendait à dépouiller. Cette théorie était résumée dans la maxime : *prædiorum possessio animo solo retinetur.* Il n'en est plus ainsi dans notre Droit : l'occupant possède dès le moment de l'occupation, car dès ce jour il commence à compter le délai pour exercer les actions possessoires et le délai pour prescrire ; donc l'ancien possesseur ne possède plus. Le résultat pratique auquel tendaient les Romains est obtenu par une fiction dont nous avons déjà parlé et dont nous parlerons encore, la fiction de l'art. 2243.

231. — La possession des servitudes peut se perdre de la même manière : celle des servitudes personnelles, par l'entrée en jouissance d'un nouveau possesseur dont la possession exclusive fera disparaître l'ancienne ; celle des servitudes réelles par la perte de la possession du fonds dominant auquel elles sont attachées.

Mais, pour les servitudes, cette manière n'est pas la seule. Elles se trouvent, en effet, constituées au détriment de la possession ou de la propriété pleine et entière dont elles sont détachées de fait ou de droit. Et de même que leur acquisition a pu se produire soit par le retrait ou l'expulsion de l'ancien possesseur de la servitude, soit par un acte de démembrement de la possession pleine ou de la propriété ; de même leur perte se fera soit par la substitution du nouveau possesseur à l'ancien, ce que nous venons d'examiner, soit par le retour de la possession de la servitude au possesseur de la propriété démembrée. Ce retour peut s'effectuer du consentement du possesseur de la servitude, ce qui rentre dans les cas de perte intentionnelle, puisque toute perte de servitude profite à la propriété ; ou bien sans son consentement. L'acte qui produira ce dernier effet devra être tel qu'il mette le possesseur de la servitude dans un état d'impossibilité juridique ou matérielle d'exercer le droit possédé. Une simple contradiction ne suffirait donc pas ! nous

avons vu, du reste, que l'art. 2244 exigeait une citation en justice. Un empêchement momentané ne suffirait pas davantage ; il faudra l'établissement d'un état persistant rendant impossible l'exercice du droit. Ainsi une clôture ferait perdre la possession du droit de passage. Toutefois, la possession ne serait pas nécessairement perdue dès l'instant où cet état de fait serait établi, car qu'importe une clôture actuelle à celui qui, par la nature même de son droit, ne peut passer qu'après un certain nombre d'années, par exemple pour l'exploitation d'une futaie ? Nous croyons qu'on ne devrait réputer la possession perdue qu'à partir du jour où la nature même du droit exercé en aurait permis l'exercice. Ainsi, dans le cas précédent, la possession du droit de passage ne serait perdue que du jour où l'aménagement de la futaie aurait appelé l'exercice de ce droit. La détermination précise de ce moment serait laissée à l'appréciation du juge; il n'y aurait, du reste, quelque difficulté que pour les droits qui ne s'exercent qu'à intervalles éloignés.

Un certain nombre d'auteurs ont voulu trouver une autre cause de perte dans le non-usage pendant l'année. Nous avons déjà réfuté cette théorie. L'absence d'exercice ne sera pourtant pas sans effet ; il pourra faire présumer l'abandon volontaire de la possession et par suite faire encourir la perte intentionnelle. Nous avons vu que le temps nécessaire pour permettre cette présomption n'était pas, en général, déterminé par la loi ; pour les servitudes, ce laps de temps ne pourra dépasser trente ans, car au bout de trente ans le droit lui-même serait éteint. Hâtons-nous d'ajouter que, le plus souvent, l'abandon sera présumé longtemps auparavant.

232.—Il nous reste à faire une dernière remarque sur la perte de la possession par le fait d'un tiers. Cette possession n'est pas irrévocablement perdue et peut être recouvrée avec effet rétroactif, si la reprise s'en effectue dans l'année. Le motif en est qu'il est impossible de veiller constamment de façon à pouvoir réprimer à l'instant toute usurpation. Plutôt que d'admettre

l'expédient romain de conservation de la possession par le seul effet de la volonté, les rédacteurs du Code ont préféré avec raison étendre à la perte de la possession l'annalité qu'ils avaient trouvée appliquée à son acquisition. De même que celui qui vient d'acquérir la possession, tout en étant possesseur, ainsi que nous l'avons démontré plus d'une fois, n'a cependant les actions possessoires qu'à l'expiration de l'année ; de même celui qui vient de perdre sa possession, tout en n'étant plus possesseur, conserve encore pendant un an l'action qui la protége, et si par cette action ou par tout autre mode il recouvre sa possession avant la fin de l'année, il est réputé ne l'avoir jamais perdue. Cette solution est fort juste et parfaitement rationnelle: avant de faire perdre les bénéfices d'une situation existante, comme avant de protéger une situation nouvelle, la loi exige qu'un certain temps soit venu consolider ce changement, temps qu'elle a fixé arbitrairement, et d'après d'anciennes traditions, à une année.

SECTION II.

Perte de la possession exercée par un intermédiaire.

233. — Que la possession soit exercée directement ou par un tiers, elle ne s'en compose pas moins de deux éléments : intention et possibilité d'agir. La présence d'un intermédiaire ne change en rien le premier de ces deux éléments ; elle ne fait que modifier le second. La perte intentionnelle de la possession sera donc soumise aux règles que nous avons déjà exposées. Il en sera de même de la perte matérielle par suite d'un phénomène de la nature, perte dans laquelle l'intermédiaire n'intervient en aucune façon. La dépossession par le fait d'un tiers pourra seule donner lieu à quelques règles spéciales.

Nous avons vu que celui qui exerce la possession au nom d'un autre est appelé par la loi détenteur précaire. C'est le nom

que nous lui donnerons pour plus de clarté dans cette exposition.

234. — La dépossession peut avoir lieu malgré le détenteur précaire ou de son consentement. Dans la première hypothèse, l'acte matériel devra être le même que celui qu'il eût fallu pour déposséder le représenté dans le cas où ce dernier eût exercé directement sa possession, c'est-à-dire une mise en impossibilité d'agir sur la chose conformément au droit possédé. Cette mise en impossibilité pourra résulter de faits matériels tels que ceux que nous avons définis en parlant de la perte de la possession exercée directement ; mais elle ne pourra être juridique, par la raison que le détenteur précaire n'a pas qualité pour représenter en justice le possesseur. Dans la seconde hypothèse, la loi doit veiller à ce que le possesseur ne soit pas dépouillé à son insu par son mandataire, et cependant sauvegarder l'intérêt des tiers qui auraient traité sans fraude avec ce dernier. C'est ce qu'elle a fait, et elle a établi des règles particulières suivant que le détenteur précaire veut faire acquérir la possession à un tiers ou acquérir pour lui-même. Il n'y a pas à s'occuper du cas où il abandonnerait purement et simplement la chose : car alors son mandant conservant l'intention de posséder et la possibilité physique d'exercer son droit, conserverait la possession ; et il en serait évidemment de même si le détenteur précaire mourait ou perdait la raison. Ces solutions ont déjà été données en Droit romain.

235. — *Le détenteur précaire veut faire acquérir la possession à un tiers.* — Le Droit romain assimilait ce cas à celui où un tiers s'emparait du bien abandonné par le détenteur, sans qu'il y eût connivence entre eux. Cette règle, rigoureuse pour le possesseur, n'était tempérée que par le principe de la conservation de la possession des immeubles *animo solo*. Notre Code, plus humain et plus équitable, cherche à protéger le possesseur contre l'infidélité de son mandataire, tout en respectant le droit des tiers. D'après l'article 2239, la possession pourra être trans-

mise par un détenteur précaire au moyen d'un titre translatif de propriété ; et c'est le seul mode reconnu par la loi. Le titre exigé par cet article est un titre qui, émané du propriétaire, transférerait la propriété, une vente, par exemple. Peu importe, qu'il en ait été dressé acte ou non ; c'est une question de preuve. Dès que la vente existe, l'ancien possesseur cesse de posséder malgré son ignorance de l'infidélité de son mandataire, et le tiers acquéreur commence sa possession. Cette décision peut paraître dure dans le cas où le détenteur précaire et le tiers acquéreur sont de mauvaise foi, et l'on serait tenté de désirer que l'exception à la théorie rigoureuse de la possession ait été étendue à cette hypothèse. Mais il faut remarquer que cela se présentera bien rarement en pratique, car on n'achète pas facilement de quelqu'un une chose qu'on sait ne pas lui appartenir ; et de plus, que si l'acte est frauduleux, il ne produira aucun effet. *Fraus omnia corrumpit.* Le titre translatif de propriété doit faire acquérir la possession, avoir une existence réelle et sérieuse, et n'être pas seulement une feinte destinée à éluder la loi.

La possession serait transmise lors même que le détenteur s'en réserverait la jouissance précaire. Seulement alors la nouvelle possession pourrait bien être ou équivoque ou clandestine, surtout si le détenteur précaire était un fermier et qu'il continuât à payer ses fermages à l'ancien possesseur : elle sera réputée, plus facilement encore, infectée de ce vice s'il y avait connivence à cet effet entre le fermier et son acquéreur. Mais qu'il y ait connivence ou non, la clandestinité, si elle existe, n'en nuira pas moins au nouveau possesseur ; c'est un inconvénient de la situation dans laquelle il s'est mis.

Les successeurs universels d'un détenteur précaire ne pourraient profiter de cette disposition de la loi. Ils continuent, en effet, la possession de leur auteur, et l'art. 2237 leur interdit formellement la prescription. Ils n'ont d'autre ressource pour arriver à une possession utile que celle qui est ouverte par l'art. 2239 à tout détenteur précaire afin d'inter-

vertir son titre, ce dont nous allons nous occuper maintenant.

236.— *Le détenteur précaire veut acquérir la possession pour lui-même.* — Il ne le peut qu'en intervertissant son titre. Cette interversion aura lieu, d'après l'article 2238, « soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction opposée au droit du propriétaire ».

La cause venant d'un tiers sera une transmission de propriété effectuée par ce tiers, qui pourra être le propriétaire lui-même, ou un étranger. Si c'est un étranger, le fermier en intervertissant ainsi son titre pourra avoir une intention frauduleuse ; mais nous ferons la même remarque que nous avons déjà faite précédemment. L'acte d'interversion, s'il n'est pas réel et sérieux, ne produit aucun effet.

La loi n'exige pas dans le cas d'interversion par le fait d'un tiers que le détenteur précaire prévienne l'ancien possesseur du changement survenu : elle distingue au contraire nettement cette cause d'interversion de la contradiction. On lui en a fait un reproche : mais ce reproche est à notre avis mal fondé. La nouvelle possession qui commence pour le détenteur précaire doit, en effet, pour conduire à l'action possessoire et à la prescription, revêtir les caractères énumérés dans l'article 2229 et en particulier être exempte du vice de clandestinité. Cela suffit pour éviter les inconvénients d'une surprise à l'égard de l'ancien possesseur ; et pourvu que la possession soit publique, peu importe l'acte qui l'a rendue telle. Ainsi la cessation du paiement des fermages pourrait suffire, quoiqu'elle ne constitue par une contradiction.

Le second mode d'interversion du titre, la contradiction, consiste dans tout acte par lequel le détenteur manifeste hautement sa prétention de devenir possesseur à la place de l'ancien. Une abstention, un fait négatif ne sauraient constituer une contradiction ; nous avons vu d'ailleurs qu'il fallait un fait positif pour changer une situation existante. L'expulsion du proprié-

taire, ou en général une voie de fait ne pouvant s'expliquer que par une prétention à la possession, la signification faite par le détenteur qu'il entend être propriétaire et se comporter en cette qualité, un refus motivé de payer des redevances, sont autant de contradictions.

CHAPITRE VII.

PREUVE DE LA POSSESSION.

237. — Ce chapitre nous servira de transition à la procédure des actions possessoires. Nous avons vu comment la possession pouvait s'acquérir et se perdre, et quelles qualités elle devait avoir pour mériter une protection particulière ; nous verrons dans le titre second par quelles actions le possesseur défendra son droit ; nous allons examiner maintenant quels moyens le Code met à sa disposition pour lui permettre de démontrer au juge qu'il est bien dans la situation protégée par la loi.

Les modes habituels de preuve sont admissibles, puisqu'aucune disposition particulière ne les interdit. Ainsi, la possession pourra se prouver par titres. Les titres de propriété pourront servir à montrer que la possession, si elle existe, n'est pas précaire, à la caractériser : ils serviront aussi à l'établir dans les cas où elle a été transmise par un ancien possesseur, car alors ils sont en même temps des titres de possession. Un procès-verbal de délivrance, un jugement au possessoire, une reconnaissance de l'adversaire, forment aussi des titres possessoires.

La preuve par témoins pourra être reçue, car il est souvent impossible de se procurer une preuve écrite de cette situation de fait, surtout si elle a commencé par une usurpation. L'art. 24 du Code de procédure suppose ce mode de preuve. Enfin, les présomptions, l'aveu, le serment, pourront servir à démontrer la possession.

238. — La loi établit, en outre, en cette matière, quelques présomptions particulières. Ainsi, « on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre » (art. 2230). Et inversement, « quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve contraire » (art. 2231). Nous avons vu l'application de ces principes à l'acquisition de la possession par un détenteur précaire.

« Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire » (art. 2234). Cette présomption était déjà admise dans l'ancienne jurisprudence (1). Elle s'applique à toutes les possessions, même à celle des droits réels; la loi ne fait pas de distinction, et, par suite, cette présomption doit l'emporter sur celle de la liberté des héritages, qui n'est, dans aucun texte, formulée explicitement.

239. — Telles sont les présomptions de la loi : elles ne sont pas absolues, car il est dit : sauf preuve contraire. On peut en ajouter une autre qui résulte de ce que la possession se conserve tant qu'un acte extérieur ne l'a pas fait perdre. Une possession ancienne fera présumer la possession actuelle ; ce sera à l'adversaire à prouver le fait qui a modifié cette situation ou l'abandon de la possession.

Mais une possession actuelle ne prouve rien pour le passé. C'est au possesseur à démontrer que sa possession a les caractères nécessaires pour être protégée, et en particulier l'annalité.

(1) Si l'on prouve que l'on a possédé au commencement et à la fin, il est hors de doute que l'on est présumé avoir possédé pendant le temps intermédiaire, suivant la règle qui dit : *probatis extremis præsumuntur media* (Dunod, *præscript.*, part. 1, ch. 4, page 18).

TITRE II

DES ACTIONS

QUI PROTÉGENT LA POSSESSION

GÉNÉRALITÉS.

240. — Les nombreux interdits possessoires du Droit romain s'étaient considérablement simplifiés à travers les temps qui séparent cette législation de la nôtre. Au moment de la confection de nos Codes, la jurisprudence et la doctrine ne comptaient plus que trois actions possessoires, la complainte, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre; et même cette dernière était à peine distincte de la complainte. Mais on était loin de s'entendre sur la portée et les conditions de chacune d'elles.

S'il s'agissait de créer de toutes pièces un système législatif sur les actions possessoires, il nous semble qu'une seule action suffirait à tous les besoins de la pratique. Cette action protégerait la possession acquise contre tout trouble, qu'il soit actuel ou seulement éventuel, qu'il ait entraîné ou non la dépossession; elle serait donnée même au possesseur non annal contre un spoliateur qui n'aurait pas pour lui l'annalité. La répression des voies de fait ne serait poursuivie que par voie pénale ou par une action personnelle contre l'auteur du délit.

Mais il n'en est pas tout à fait ainsi, et nos législateurs, en ne nous donnant que des textes de lois insuffisants, nous ont laissé en présence de la confusion de l'ancienne jurisprudence. De là les controverses non encore terminées sur le rôle des trois actions possessoires. Nous examinerons successivement ces actions en trois chapitres distincts. Mais auparavant nous réunirons dans un premier chapitre les traits qui leur sont communs.

CHAPITRE PREMIER.

DES ACTIONS POSSESSOIRES EN GÉNÉRAL.

241. — Les débats sur la possession doivent être tranchés rapidement et soumis à un juge qui puisse connaître facilement la situation des biens. Aussi la loi a placé les actions possessoires dans la compétence du juge de paix de la situation de l'objet litigieux (1). Il y a donc lieu de suivre les règles propres à la procédure devant cette juridiction, règles qu'il serait trop long de reproduire ici. Nous étudierons simplement à ce sujet les dispositions plus spéciales des art. 23 à 27 qui composent le titre IV du Code de procédure et nous nous occuperons dans deux sections différentes, d'abord des personnes qui peuvent agir et du délai dans lequel elles doivent intenter l'action, puis des rapports du possessoire avec le pétitoire.

SECTION PREMIÈRE.

Par qui et dans quel délai doit être intentée l'action.

« Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs à titre non précaire » (Pr., art. 23).

(1) C. pr., art. 3. Toutefois le juge de paix ne juge qu'à charge d'appel (loi du 25 mai 1838, art. 6).

§ I. — *Personnes qui peuvent intenter l'action possessoire.*

242. — La fin de l'article 23 nous indique les conditions nécessaires pour intenter l'action possessoire. Nous les avons examinées dans le premier titre de cette étude et nous avons vu qu'elles n'étaient pas les seules. Nous n'avons pas à y revenir en ce moment. Mais, à la différence du Droit romain et par exception à la règle générale des actions, les actions possessoires peuvent être exercées, au nom du possesseur et sans mandat spécial, par celui qui administre ses biens. Elles tendent en effet à conserver le patrimoine sans porter atteinte à la propriété, et, à ce titre, elles rentrent dans la catégorie des actes d'administration. Nous allons rapidement passer en revue les principales conséquences de ce principe.

Le mari, sous le régime de la communauté, a l'exercice des actions possessoires, même relatives aux immeubles de sa femme: il a le même droit sur les biens dotaux sous le régime dotal. Mais en cas de séparation, la femme reprend, avec l'administration de ses biens, l'exercice des actions possessoires qui les concernent, sous réserve de l'autorisation maritale ou judiciaire.

Le tuteur, ayant l'administration des biens du pupille, peut intenter l'action possessoire sans autorisation du conseil de famille. Le mineur émancipé pourra l'intenter lui-même. Mais celui qui a été pourvu d'un conseil judiciaire ne le pourrait sans l'assistance de ce conseil, sans lequel il lui est interdit de plaider.

En cas d'absence, les actions possessoires appartiendront au curateur avant la déclaration d'absence, et ensuite aux envoyés provisoires, puis aux envoyés définitifs; en cas de faillite, aux syndics à partir du jugement déclaratif; en cas de décès, à l'habile à succéder pour lequel l'exercice de ces actions, mesure purement conservatoire, n'entraînera pas adition d'hérédité.

Les personnes morales intenteront ces actions par l'intermé-

diaire de leur représentant légal. Des lois spéciales, et notamment la loi du 10 mai 1838, articles 36 et 37, attribuent au préfet l'exercice des actions possessoires intéressant l'État ou les départements, sans qu'il ait besoin de se faire autoriser par le Conseil général ou par le Conseil d'État. La loi du 18 juillet 1837, article 55, donne au maire pareil pouvoir sur les biens de la commune en le dispensant de l'autorisation du Conseil de préfecture, mais non de l'avis du Conseil municipal. Cette disposition est générale et applicable même en appel (1) : mais il faudrait l'autorisation du Conseil de préfecture pour se pourvoir en Cassation. L'article 49 de la même loi permet, sous certaines conditions, à tout contribuable d'exercer les actions appartenant à la commune, à ses risques et périls.

§ II. — *Annalité de l'action.*

243. — L'action possessoire doit être intentée dans l'année du trouble. Ce délai était déjà celui des interdits romains. Il fut également celui de l'ancienne jurisprudence depuis Beaumanoir, et il se justifie pleinement par la nécessité de ne pas laisser longtemps incertaines les questions de possession toujours délicates à résoudre. En outre, il s'établit ainsi une certaine corrélation entre l'acquisition de la possession et la perte de l'action. Au bout d'un an, l'usurpateur acquiert le plus souvent, avec la possession, le droit à l'exercice des actions possessoires, et il était naturel que le même délai éteignit le droit de l'ancien possesseur. C'est le même motif qui a dicté la disposition de l'article 2243, décidant que l'interruption naturelle entraînant perte définitive de la possession, n'aurait lieu que par une privation de jouissance ayant duré plus d'une année.

L'ancienne jurisprudence accordait un délai d'an et jour. Mais l'article 23 dit : dans l'année du trouble. Le délai sera ce-

(1) Conf. Cass., 29 fév. 1848, D., 48, 5, 55.

pendant en réalité d'un peu plus d'un an, car les déchéances se comptent toujours par jours et non par instants. Le jour du trouble n'est donc pas compté, mais le dernier jour du terme accomplira le délai fixé.

244. — Si le trouble consiste dans plusieurs entreprises successives, le délai partira généralement du premier acte. Si cependant cet acte avait pu paraître inoffensif dans le commencement, et que sa répétition seule ou sa continuation aient fait éprouver un dommage, le délai ne devrait courir que du jour du dommage éprouvé (1).

Si le trouble est ignoré du possesseur, le délai n'en court pas moins contre lui. Nous avons vu en effet qu'il pouvait perdre la possession, malgré son ignorance de l'usurpation. Aussi l'art. 1768 C. civ. fait-il une obligation au fermier d'avertir son bailleur des usurpations qui peuvent être commises sur les fonds sous peine de tous dépens, dommages et intérêts. Remarquons toutefois que si l'usurpation est clandestine, l'ancien possesseur conserve sa possession ; il pourra par suite poursuivre par l'action possessoire la réparation des troubles qui auront eu lieu dans l'année qui a précédé sa demande. Nous croyons même qu'on ne devrait faire courir le délai que du jour où la clandestinité a cessé, car on peut considérer que jusque-là le possesseur a été empêché d'agir par le dol de son adversaire. De même en cas de violence.

245. — La déchéance encourue par l'expiration du délai d'un an n'est pas considérée par certains auteurs comme une prescription. Nous n'en concevons pas clairement le motif : au bout d'un an l'usurpateur a prescrit contre l'ancien possesseur la réparation du trouble, comme il aurait prescrit par cinq ans les arrérages d'une rente, comme à l'expiration d'une année un délinquant aurait prescrit sa contravention. Les dispositions des art. 2243 et 2244 sont donc applicables à cette prescription.

(1) Cass., 1er août 1818, D., 48, 1, 168 ; 4 mai 1852, D., 52, 1, 123 ; 3 août 1852, D., 52, 1, 198.

Mais, comme toutes les courtes prescriptions, elle courra contre les mineurs et les interdits. La jurisprudence et la doctrine s'accordent sur ce point.

L'année écoulée, l'action possessoire est éteinte et le possesseur lésé n'a plus que la ressource du pétitoire. On en a conclu que le possesseur déchu de son action réelle perdait en même temps l'action personnelle en réparation du préjudice causé, d'après la distinction suivante. Si le trouble n'entraînait aucune prétention à la possession, comme le préjudice causé ne pouvait donner lieu à l'action possessoire, sa réparation serait légitimement poursuivie par l'action personnelle reposant sur l'art. 1382, action qui ne se prescrit que par trente ans. Mais si le trouble supposait une prétention à la possession, il devait être réprimé par l'action possessoire et ne pouvait plus l'être après l'expiration de l'année. Nous ne croyons pas ce système complétement exact, et nous ne l'admettons qu'avec une modification. L'action possessoire est perdue, il est vrai, mais l'action pétitoire ne l'est pas, et si, à l'expiration de l'année, le propriétaire lésé veut obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé, il pourra poursuivre cette réparation par l'action personnelle : seulement il devra prouver son droit à la réparation de ce préjudice en s'appuyant non sur sa possession, mais sur sa propriété. Tel est le seul système que nous croyons devoir suivre en présence des termes de l'article 23, Pr.

SECTION II.

Rapport du possessoire avec le pétitoire.

246. — La possession ne serait pas complétement protégée si celui qui prétend à la propriété de l'objet possédé pouvait impunément troubler le possesseur et, sur ses réclamations, lui opposer en justice son droit supérieur de propriété. Cependant à Rome, du moins dans le dernier état du droit, et au moyen âge,

ce principe n'était pas admis complétement. Le propriétaire qui expulsait le possesseur était bien condamné au possessoire; mais il pouvait dans la même instance faire valoir ses droits au pétitoire, et le succès qu'il remportait en définitive pouvait faire oublier qu'un droit inférieur avait été violé et sa violation punie. Une maxime du Droit canon : *Spoliatus ante omnia restituendus*, et l'exception qu'elle engendrait avaient en partie remédié à cet inconvénient en obligeant l'usurpateur, avant toute audition, à une restitution préalable. Mais ce n'était pas assez : le pétitoire se mêlait encore au possessoire dont il retardait le jugement et entravait la protection. Notre Code a eu recours à un moyen plus énergique. Il défend de cumuler les questions de possession et de propriété et assure au possessoire la préséance sur le pétitoire. Tel est le but des art. 24, 25, 26 et 27 du Code de procédure. Ces principes, faciles à formuler en général, forment cependant un des points les plus délicats de cette étude, parce que la pratique ne présente pas toujours entre la possession et la propriété cette distinction nette, précise, que la théorie dégage facilement, mais que les complications du fait rendent souvent obscure. Nous allons examiner successivement chacun de ces deux principes.

§ Ier. — *Cumul du possessoire et du pétitoire.*

247. — « Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés. » (Art. 25, Pr.)

Les questions de possession sont du domaine exclusif du juge de paix : les questions de propriété, du domaine exclusif des tribunaux d'arrondissement. Le juge de paix ne peut donc statuer sur le pétitoire sans excéder ses pouvoirs, et si une demande tendait à le saisir d'un débat sur la propriété, il devrait décliner sa compétence. Toutefois, il doit faire attention beaucoup plus au but final de la demande qu'aux termes employés par les plaideurs, car on ne peut exiger d'eux une rigueur scientifique, et un propriétaire demandeur au possessoire se

résignera difficilement à ne pas parler de son titre de propriété. Si à côté de chefs pétitoires la demande contenait des chefs possessoires, le juge devrait, négligeant la partie pétitoire, statuer sur la possession (1). Certains auteurs prétendent cependant que dans ce cas la demande devrait être rejetée pour le tout, par la raison que le possessoire accessoire doit suivre le pétitoire principal. Mais le possessoire n'est pas l'accessoire du pétitoire; il en est simplement distinct. S'il en était l'accessoire, le tribunal d'arrondissement statuant sur la propriété pourrait et devrait statuer en même temps sur la possession.

Le juge de paix, ne devant résoudre que la question de possession, ne peut s'appuyer sur des motifs tirés uniquement du fond du droit (2). Outre qu'il cumulerait ainsi le possessoire et le pétitoire, sa décision purement possessoire ne serait pas suffisamment motivée, puisqu'on ne peut conclure de l'existence du droit à sa possession. Mais si le jugement contient à la fois des considérants tirés des faits de possession mêlés à d'autres, puisés dans l'existence du droit lui-même, la Cour de cassation ne s'occupe pas avec raison de ce que dans l'un de ses arrêts, elle appelle des divagations pétitoires, et confirme le jugement si les motifs possessoires l'appuient suffisamment (3).

248. — Il ne faudrait pas en conclure que le juge de paix ne puisse jamais examiner le fond du droit. Le juge du possessoire est obligé de vérifier si la possession invoquée a les caractères voulus pour permettre une action, si elle est continue, non interrompue, paisible, publique, à titre de propriétaire, si elle a revêtu la condition d'annalité. Or, pour résoudre ces questions, il faudra souvent examiner une question de fond, un droit de passage pour enclave, la propriété d'un chemin d'exploitation, le titre d'héritier invoqué par le possesseur pour

(1) Cass., 30 janv. 1837, Sir., 37, 1, 613; 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 596.
(2) Cass., 29 nov. 1852, D., 52, 1, 318; 6 juin 1853, D., 53, 1, 250.
(3) Cass., 2 fév. 1848, D., 18, 1, 16; 18 juin 1850, D., 50, 1, 309.

joindre à sa possession celle de son auteur. Dans tous ces cas où l'existence des conditions exigées pour l'admissibilité de l'action possessoire ne peut être établie que par l'examen du droit, cet examen sera non-seulement facultatif, mais obligatoire pour le juge. Le juge du possessoire doit, en effet, résoudre la question de possession, et pour cela, il doit avoir la plénitude de ses moyens d'instruction. Il devra donc examiner, s'il le faut, le fond du droit, à condition d'en tirer seulement des conséquences sur les caractères de la possession. Toutefois, ce pouvoir si large aura ses limites : l'examen du droit en lui-même ne devra pas être fait, si la possession peut être établie sans son secours, sans que cependant les motifs tirés de cet examen puissent invalider le jugement ; et, comme garantie de la séparation des juridictions, la décision du juge de paix sur le droit en lui-même, sur son existence, n'aura aucune influence au pétitoire et ne pourra créer un préjugé. Telle est dans ses traits essentiels la doctrine qui nous semble la plus logique et la plus sûre. C'est aussi celle qui nous paraît résulter des nombreux arrêts de la Cour de cassation (1).

249. — Le plus souvent le droit est fondé sur un titre, et dans tous les cas où le juge pourra examiner le fond du droit, il pourra consulter le titre. Il serait difficile, pour ne pas dire impossible, d'énumérer toutes ces circonstances. Nous pouvons cependant grouper sous trois divisions principales les cas où les titres seront le seul moyen offert au juge pour résoudre la question de la possession : le juge devra examiner les titres pour déterminer si la possession invoquée est ou n'est pas entachée de précarité ; ou bien pour établir la transmission d'une possession précédente à un acquéreur et lui permettre, pour

(1) Voir 3 août 1853, D., 53, 1, 216 ; 17 août 1856, D., 56, 1, 361 ; 31 mars 1857, D., 57, 1, 155 ; 7 fév. 1858, D., 58, 1, 297 ; 2 déc. 1862, D., 63, 1, 17 ; 28 juin 1865, D., 66, 1, 87 ; 28 fév. 1868, D., 68, 1, 416 ; 2 mars, 12 avril, 19 avril, 16 juin, 16 août 1869, D., 69, 1, 133, 415, 516, 99, 408 ; 9 janv. 1872, D., 72, 1, 41, et tous ceux que nous citons dans ce paragraphe.

compléter l'année, de joindre à sa possession celle de son auteur ; ou bien encore pour qualifier le trouble quand celui qui l'a commis prétend qu'une convention lui donnait le droit d'agir ainsi et qu'il n'a pas dépassé ce droit.

Voici différentes espèces dans lesquelles, pour décider si la possession est précaire ou non, le juge devra examiner les titres. Le défendeur prétend que son adversaire est usufruitier ou fermier, et par suite que sa possession de la propriété manque de l'*animus domini* ; et il invoque à l'appui le titre constitutif d'usufruit ou de bail (1). L'État oppose aux faits de possession que la chose fait partie du domaine public, qualité qui ne peut se prouver que par titres (2). Enfin la possession des servitudes discontinues étant présumée exercée à titre de tolérance, cette présomption ne peut disparaître que par un acte émané du propriétaire de l'immeuble sur lequel on prétend avoir la possession de la servitude (3).

La transmission et la jonction des possessions ne peuvent être établies que par la constatation de la qualité d'héritier ou par l'exhibition du titre de vente, échange ou donation, qui a rendu le complaignant propriétaire.

Enfin l'acte fait en vertu d'une convention n'est point un trouble possessoire. Il semble donc qu'il n'y ait pas lieu de s'en occuper à propos des actions possessoires. Mais nous verrons que ces actions peuvent être intentées pour réprimer un acte qui laisse supposer une prétention à la possession, lors même qu'une pareille prétention ne serait pas dans la pensée de son auteur. Un acte fait en vertu d'une convention peut revêtir ce

(1) Cass., 27 mars 1866, Dall., 66, 1, 339. — Remarquons à ce propos que, dans ce cas, peu importe la validité du titre, car un bail non valable n'exclut pas moins l'intention de posséder comme maître. Nous admettons même la preuve du bail par témoins ou simples présomptions, car ce n'est pas le contrat qu'il s'agit de prouver, mais l'intention.

(2) Cass., 21 janv. 1862, D., 62, 1, 362 ; 20 janv. 1868, D., 68, 1, 133.

(3) Cass , 16 avril 1861, D., 66, 1, 118 ; 25 avril 1865, D., 65, 1, 283 ; 10 mai 1865, D., 65, 1, 412 ; 27 nov. 1865, D., 66, 1, 97.

caractère, et il est juste que celui qui l'a commis puisse se justifier en prouvant son droit. Il ne le pourra cependant pas toujours ; il faut en outre qu'il n'ait pas contre lui une possession contraire à la convention, possession qui pourrait très-bien résulter d'une longue inaction de la part de celui qui produit le titre (1).

Ainsi, dans tous ces cas où l'examen des titres est indispensable, le juge devra s'y livrer pour en tirer ce qui peut servir à caractériser la possession ou le trouble qui y est apporté. Mais il ne peut dépasser ce but et fonder uniquement sa décision sur le droit établi par les titres (2).

250. — Si le titre est contesté, le juge du possessoire pourra en apprécier la validité et en tirer des conséquences relatives à la possession. Cette doctrine est vivement controversée. Bien des auteurs refusent au juge le droit de se prononcer et veulent qu'il renvoie les parties au pétitoire pour faire trancher préalablement la question. Belime en particulier assimile ce cas à celui où il s'agit d'interpréter un acte administratif (3), mais l'hypothèse n'est pas la même. La séparation des pouvoirs administratif et judiciaire est un principe constitutionnel devant lequel doit fléchir même l'intérêt de la rapidité de procédure d'un débat possessoire, et une fois l'acte administratif interprété, le jugement rendu au possessoire conserve son efficacité. Si au contraire il s'agit d'une question de validité de titres, quel intérêt y aurait-il à revenir au juge de paix alors que le point principal, l'existence même du droit, serait tranchée par le tribunal qui statuerait ainsi directement sur la question pétitoire ? Le législateur n'a pas déclaré le juge de paix radi-

(1) Cass , 6 août 1863, D., 63, 1, 464; 16 juin 1869, D., 69, 1, 99.
(2) Cass., 8 nov. 1854, D., 54, 1, 414 ; 11 janv. 1865, D., 65, 1, 22 ; 20 janv. 1863, D., 63, 1, 174; 22 nov. 1858, D., 59, 1, 127 ; 1er juin 1870, D., 71, 1, 232 ; 11 déc. 1871, D., 71, 1, 273.
(3) Les tribunaux civils n'ont pas le droit d'interpréter les actes administratifs. Ils n'ont qu'à les appliquer. Cass., 6 nov. 1866, D., 66, 1, 431.

calement incompétent pour l'interprétation des titres ; il lui défend simplement d'empiéter sur les pouvoirs du juge de la propriété. Or en appréciant les titres uniquement au point de vue de la possession, le juge de paix ne commet aucun empiétement, d'autant plus que sa décision sur la validité des titres ne préjugera en rien celle du tribunal qui aura à les apprécier au pétitoire. Cette faculté, on ne la lui refuserait pas si la possession avait été transmise par un acte différent de celui qui a transmis la propriété, mais réunissant les mêmes caractères. Pourquoi la lui refuser alors qu'au lieu de deux actes il n'y en a qu'un et que le juge ne s'en sert que pour en tirer des conséquences relatives à la possession ? Nous ne voyons aucune raison sérieuse de ne pas appliquer ici la maxime : le juge de l'action est juge de l'exception (1).

La Cour de Cassation dont nous suivons ici la doctrine l'a nettement formulée dans un de ses arrêts : « La circonstance qu'il y aurait contestation sur les titres ne peut arrêter le juge dans l'appréciation qu'il aurait à en faire quant aux caractères de la possession, sauf aux parties à faire valoir ultérieurement leurs moyens au pétitoire, tous droits à cet égard leur demeurant réservés (2). »

§ II. — *Préséance du possessoire sur le pétitoire.*

251. — « Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire » (art. 26).

« Le défendeur au possessoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que l'instance sur le possessoire aura été ter-

(1) A Rome, même dans les premiers temps, le juge du possessoire pouvait apprécier la validité d'un titre. Les *Fragm. Vat.*, § 311, nous apprennent que le donateur ayant livré un meuble dont la valeur était supérieure au taux de la loi Cincia pouvait le reprendre par l'interdit *utrubi* si le donataire n'avait pas six mois de possession. Or cela ne pouvait avoir lieu qu'autant que le juge pouvait apprécier l'*exceptio legis Cinciæ* servant de réplique à l'*exceptio rei donatæ*.

(2) Cass., 6 déc. 1853, D., 54, 1, 397. Voir également 6 juin 1853, D., 53, 1, 250 et 21 janvier 1862, D., 62, 1, 362.

minée : il ne pourra, s'il a succombé, se pourvoir qu'après qu'il aura pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui. Si néanmoins la partie qui les a obtenues était en retard de les faire liquider, le juge du pétitoire pourra fixer pour cette liquidation un délai après lequel l'action au pétitoire sera reçue » (art. 27).

Ces deux articles sont dus à la même idée qui a fait interdire le cumul. Celui qui a intenté l'action pétitoire a voulu engager le procès sur la propriété, pouvant discuter d'abord la possession. Qu'il n'apporte donc pas de retard à ce procès en forçant les juges à surseoir, conformément à l'article 27, jusqu'à ce que la question possessoire soit jugée. C'est une mesure d'ordre et d'organisation judiciaire. Quelques auteurs ont cru voir dans l'introduction de la demande pétitoire la reconnaissance de la possession du défendeur. Nous avons déjà réfuté cette théorie qu'à Rome même le jurisconsulte Ulpien avait combattue (1).

L'action pétitoire ne serait pas censée introduite par une citation en conciliation, car une telle citation n'engage pas véritablement l'instance : c'est un simple préliminaire qui laisse au demandeur toute liberté d'agir. L'exploit d'ajournement produira seul la déchéance de l'action possessoire. Une fois cet exploit lancé, le demandeur est lié. Son désistement n'empêcherait pas l'action d'être engagée, et il faudrait, pour lui faire recouvrer son entière liberté, que le défendeur acceptât ce désistement. Si l'exploit était nul, et que la nullité n'en fût pas couverte, son effet serait nul également, et le demandeur pourrait commencer une instance possessoire. Mais si la demande avait été rejetée pour incompétence, comme en somme elle n'en aurait pas moins existé et légalement existé, son effet serait produit et la déchéance encourue (2).

(1) L. 12, § 1, Dig., *De acq. poss.* — Cass., 9 juin 1852, D., 53, 1, 166.

(2) Conf., Cass., 15 nov. 1865, D., 66, 1, 116.

Celui qui a intenté une action pétitoire peut cependant recourir encore au possessoire pour réprimer des troubles survenus postérieurement à sa demande en revendication, car il n'a pas renoncé à la possession ; et s'il a perdu par sa volonté le droit de réprimer par la voie possessoire les troubles anciens, il n'est pas censé avoir renoncé à réprimer de même les troubles futurs (1).

Le défendeur au pétitoire n'est pas privé du droit d'agir au possessoire, car il ne peut dépendre du demandeur de le priver de ce droit et de se soustraire ainsi à des dommages-intérêts peut-être mérités. Alors, comme dans le cas précédent, en vertu de l'article 27, les juges surseciront jusqu'à ce que le débat possessoire soit vidé.

252. — L'article 27 interdit au défendeur au possessoire de se pourvoir au pétitoire avant la clôture de l'instance sur le possessoire. C'est l'application à notre Droit de la fameuse règle du Droit canon : *Spoliatus ante omnia restituendus*, qui avait inspiré les dispositions analogues du Droit coutumier.

La loi ne parle pas du demandeur. On en a conclu qu'il était toujours libre de renoncer à l'action engagée au possessoire pour recourir au pétitoire. Nous ne le croyons pas. La contestation en cause forme un contrat judiciaire, et il faudrait, pour qu'il eût ce droit, que son désistement fût accepté. Si la loi ne parle que du défendeur, c'est qu'elle a simplement prévu le cas le plus ordinaire.

Le jugement rendu au possessoire, il n'est pas encore loisible au défendeur condamné de se pourvoir au pétitoire. Il doit d'abord satisfaire pleinement aux condamnations prononcées contre lui. Cependant, si le demandeur, vainqueur au possessoire, retardait la liquidation des frais du procès, le défendeur ne devrait pas souffrir de ce retard dont il n'est pas cause ; aussi la loi lui

(1) Cass., 5 août 1845, D., 45, 1, 396; 6 août 1863, D., 63, 1, 464, déjà cités nº 228.

permet de s'adresser au tribunal pour fixer un délai à partir duquel il pourra librement exercer son action pétitoire.

L'art. 27 ne parle que du défendeur ; mais nous croyons qu'il doit s'appliquer également au demandeur condamné. Si la loi ne parle que du défendeur, c'est, ainsi que nous l'avons dit, parce qu'elle a statué sur le *plerumque fit*. Rien, ni dans l'ordonnance de 1667, ni dans les discussions au Corps législatif, ne montre que les législateurs aient voulu distinguer les deux situations. On objecte que l'échec du demandeur n'a pas pour base une violation de la possession puisqu'il est possesseur, mais le mal fondé de sa demande, et qu'il n'y a pas à assimiler les deux hypothèses. Nous répondrons que le demandeur n'est pas nécessairement possesseur et peut avoir voulu recouvrer une possession perdue : la différence entre les situations n'est pas telle qu'il faille nécessairement distinguer.

253. — Si, malgré l'action encore pendante au possessoire, ou malgré l'inexécution des condamnations, l'exploit d'assignation avait été lancé, cet exploit ne serait pas nul. En effet, la loi n'en prononce pas la nullité, et l'action au possessoire ne fait pas perdre le droit d'agir au pétitoire, mais en suspend seulement l'exercice. L'exploit restera donc valable, et pourra même interrompre la prescription au profit du revendiquant ; mais la justice refusera provisoirement toute audience. L'exception résultant de l'art. 27 est dilatoire et non péremptoire.

L'action pourrait même s'engager au pétitoire avant la conclusion de l'instance possessoire ou l'exécution des condamnations, si les deux parties y consentaient. Car il est toujours permis de renoncer à un droit quand un intérêt d'ordre public ne s'y oppose pas, et l'on peut renoncer aux avantages de la possession, puisque l'on peut renoncer à la prescription. Seulement il faudrait, dans le cas où l'instance possessoire est encore engagée, un désistement de cette instance accepté par le défendeur, car nous savons qu'on ne peut poursuivre à la fois le pétitoire et le possessoire.

CHAPITRE II.

DE LA COMPLAINTE.

254. — La complainte est l'action possessoire par excellence. Elle est donnée à celui qui a eu une année de possession dans les conditions requises par la loi, afin de s'y faire maintenir ou réintégrer. Elle résume donc en elle seule les interdits *retinendæ et recuperandæ possessionis*. Son but est de fixer définitivement la possession et de réparer le dommage causé. Elle est réelle et peut être intentée contre les tiers détenteurs.

Nous avons examiné assez longuement les caractères que devait revêtir la possession pour permettre la complainte. Nous avons traité également de sa procédure et du délai pendant lequel elle pouvait être intentée. Il nous reste seulement à parler des faits qui peuvent donner ouverture à cette action, en d'autres termes, des troubles possessoires, et à ajouter quelques mots sur l'office du juge saisi de la complainte.

SECTION PREMIÈRE.

Des troubles possessoires.

255. — Un trouble est tout acte par lequel il est porté atteinte à la possession. Ce trouble est trouble de fait, s'il résulte d'un acte matériel; trouble de droit, s'il résulte d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire.

C'est l'intention de l'auteur du trouble qui détermine le caractère de son acte et permet de le qualifier atteinte à la possession

ou simple fait dommageable. Cette intention pourra se manifester dans l'acte lui-même, comme la prise de possession d'une maison. Mais le plus souvent elle sera équivoque. Celui qui taille une haie qui ne lui appartient pas le fait-il pour se débarrasser des branches qui le gênaient et en faire du bois de chauffage, ou prétend-il exercer sur cette haie un droit de propriétaire? Dans ces cas douteux, la jurisprudence a adopté depuis longtemps une solution fort rationnelle. Elle admet l'action possessoire dès lors que, dans l'acte incriminé, le demandeur a pu voir légitimement un attentat à sa possession (1). C'est avec raison : car l'allégation que ferait le défendeur d'une intention contraire ne peut se prouver ; et il serait inique, sur une telle allégation, de rejeter la demande du possesseur qui a agi dans la mesure de son droit.

256. — La complainte n'est recevable que si le trouble a réellement fait éprouver un préjudice au demandeur. Il n'y a pas d'action sans intérêt. Il faut remarquer toutefois que cet intérêt existera presque toujours indépendamment de tout dommage matériel : car à la seule apparence d'une prétention à la possession, le demandeur a intérêt à ne pas rester sous le coup d'une menace qui pourrait aggraver sa situation. Mais un intérêt actuel est nécessaire. Ainsi, l'on ne pourrait poursuivre par la complainte la démolition d'un barrage dont la surélévation seule pourrait occasionner une inondation. Si l'on avait à craindre un trouble éventuel, on aurait pour ce cas une action possessoire différente, la dénonciation de nouvel œuvre.

La complainte serait recevable même contre celui qui prétendrait agir en vertu d'un droit, contre le propriétaire, par exemple, car le cumul du pétitoire et du possessoire est interdit. Celui qui prétend agir en vertu d'un droit serait cependant admis à produire son titre, s'il devait en résulter la preuve que la possession de son adversaire n'a pas les caractères requis.

(1) Citons entre autres : Cass., 29 mars 1858, D., 58, 1, 217 ; 1er fév. 1864, D., 64, 1, 91 ; et 20 nov. 1871, D., 71, 1, 277.

Un acte de l'autorité administrative ne peut, en général, à moins d'excès de pouvoir, être pris pour un trouble possessoire, par suite de la séparation des deux juridictions. La réparation du préjudice devra être poursuivie par voie administrative (1). Une expropriation partielle pourrait seule donner lieu à une action que l'on peut qualifier de complainte, mais qui tend simplement à constater la possession antérieure sans pouvoir faire ordonner la maintenue, ainsi que nous l'avons exposé au n° 198. Le délai, pour intenter cette action, sera d'une année, à compter du jour de la décision préfectorale portant refus d'indemnité, car c'est cette décision seulement qui permet d'intenter l'action, puisque c'est elle seule qui indique une contestation de la possession (2).

L'exécution d'un jugement ne peut être considérée comme un trouble par celui contre qui il est rendu. Mais elle constituerait un trouble pour toute personne étrangère au jugement, car à son égard il n'a aucun caractère obligatoire (3).

257. — Les actes judiciaires ou extra-judiciaires, qui constituent un trouble de droit, doivent, comme le trouble matériel, supposer une prétention à la possession. Ainsi, l'on ne serait point fondé à attaquer au possessoire deux personnes qui se disputeraient la propriété de la maison que l'on possède : l'exécution seule du jugement formerait un trouble de fait qui donnerait lieu à la complainte. Il en serait autrement si le procès roulait sur la possession : le véritable possesseur pourrait intervenir, car la prétention à la possession constitue un trouble à son égard ; mais il n'y serait pas forcé sous peine de déchéance, car l'ancienne règle : *complainte sur complainte ne vaut*, n'a point trouvé place dans nos lois.

258. — Peu importe que le trouble ait été dirigé contre le possesseur ou contre son représentant ; du moment qu'il y a

(1) Cass., 27 fév. 1872, D., 72, 1, 76.
(2) Cass., 13 janv. 1817, D., 47, 1, 84 ; 28 déc. 1852, D., 53, 1, 25.
(3) Cass., 7 fév. 1849, D., 49, 1, 209.

une prétention à la possession, le possesseur est intéressé à la faire disparaître et la complainte lui est ouverte.

SECTION II.

De l'office du juge saisi de la complainte.

259. — Le juge, nous avons eu plusieurs fois occasion de le dire, ne doit se guider que sur des motifs tirés de la possession. Si le demandeur ne justifie pas de sa possession et du trouble, il le déboutera de sa demande. Mais ce jugement n'impliquera, en aucune façon, en faveur du défendeur, le maintien d'une possession contraire (1).

Le plus souvent, le défendeur élèvera de son côté une demande reconventionnelle en maintenue de possession. S'il ne la prouve pas davantage, il sera également débouté de sa demande reconventionnelle.

Le juge, dans ce cas, ne décide pas à qui appartient la possession, ou plutôt il décide qu'elle n'appartient légalement à aucun des deux plaideurs.

Pourrait-il faire davantage et mettre l'immeuble sous le séquestre, ou en donner la garde à l'une des parties jusqu'à ce qu'il soit pourvu au pétitoire? Il pourrait évidemment ordonner le séquestre pendant la durée de l'instance possessoire : nous en concluons qu'il pourrait aussi confier ce séquestre à l'une des parties. Cette dernière mesure, connue sous le nom de *récréance*, était, ainsi que nous l'avons vu, très-usitée dans l'ancien Droit, et Pothier permettait même au juge du possessoire de l'ordonner pendant la durée du pétitoire. Elle n'a pas été maintenue par nos Codes : nous l'admettrions cependant à titre de variété du séquestre pendant l'instance possessoire. La difficulté devient plus grande quand il s'agit de

(1) Cass., 21 mars 1854, D., 54, 1, 278.

permettre au juge de paix d'ordonner le séquestre ou la récréance jusqu'au jugement pétitoire. Dans l'intérêt du maintien de la paix publique, nous lui reconnaîtrons, avec la Cour de Cassation, cette faculté, sauf le droit pour les juges du pétitoire de maintenir ou de rejeter ce séquestre ou cette récréance provisoires.

260. — Si les deux parties établissaient toutes deux leur possession, le juge devrait les maintenir cumulativement, si elles ont fait des actes pareils ; ou conformément à leur mode de jouissance, si elles ont chacune la possession de droits différents. Nous n'admettrions pas, dans ce cas, le séquestre ou la récréance, avec renvoi au pétitoire ; car ce serait refuser à chacun des complaignants la maintenue dans la possession qu'il a prouvée ; et si aucun n'est arrivé à prouver sa possession exclusive, du moins il a prouvé sa possession partielle et a le droit d'y être maintenu.

CHAPITRE III.

DE LA RÉINTÉGRANDE.

261. — L'exposé que nous avons fait du Droit coutumier en matière de possession nous a montré à côté de la complainte deux autres actions possessoires : l'une dont nous nous occuperons plus loin, la dénonciation de nouvel œuvre; l'autre qui fait l'objet de ce chapitre, la réintégrande. Cette action, assimilée à la complainte par les uns et qualifiée complainte en cas de dépossession totale, était soumise par les autres à des règles complétement différentes. En présence de ces opinions diverses, les législateurs qui ont rédigé nos Codes n'ont pas su prendre un parti. Le Code de procédure parle en général des actions possessoires dans l'art. 23 et exige de la possession, pour la protéger, les caractères que nous avons étudiés, mais ne distingue en aucune façon les différentes actions. La réintégrande n'est mentionnée qu'à l'art. 2060 du Code civil, comme autorisant la contrainte par corps. Les divergences continuèrent dans la doctrine. Les uns prétendirent que l'art. 23 du Code de procédure, en exigeant l'annalité et l'absence de vices pour permettre les actions possessoires, avait imposé ces mêmes conditions à la réintégrande, qui ne différait dès lors de la complainte que parce que, donnée pour des actes de violence, elle entraînait avec elle la punition sévère de la contrainte par corps. Les autres soutinrent au contraire que la réintégrande devait être admise telle qu'elle était en Droit canon, et que certains légistes l'avaient restaurée ; que l'art. 2060 du Code civil, la rappelant expressé-

ment, montrait évidemment l'intention du législateur de la maintenir ; qu'enfin de tous temps on avait eu un pareil remède contre les voies de fait, et qu'il fallait en particulier protéger contre une injuste agression celui qui n'avait pas encore sur la chose une possession annale. La Cour de cassation soutint cette dernière opinion et accorda la réintégrande, sans condition d'annalité, à celui qui ne possédait qu'à titre précaire, tel qu'un fermier, et en général à tout détenteur (1). C'était admettre la réintégrande plutôt comme action personnelle dérivant *quasi ex delicto* que comme action réelle. Elle reposait sur la détention, et non plus sur la possession : n'étant action possessoire que de nom, elle échappait complétement à la condition de l'annalité et à la disposition de l'art. 23 Pr.

La jurisprudence s'était établie de la sorte quand intervint la loi du 25 mai 1838. Cette loi, imitant en cela les précédentes, garda le silence sur la controverse. L'article 6 dit simplement : « Les juges de paix connaissent, en outre, à charge d'appel : « — des dénonciations de nouvel œuvre, complaintes, actions « en réintégrande et autres actions possessoires fondées sur des « faits également commis dans l'année » : mais il se tait sur les différences qui peuvent séparer ces actions.

Ce silence nous fait croire que le législateur a entendu s'en remettre à la pratique généralement suivie. Cette opinion est corroborée par le discours du rapporteur déclarant que l'article 6 donnait des actions possessoires, *à l'aide de la jurisprudence*, une explication plus complète que la loi du 24 août 1790. La jurisprudence antérieure aurait par suite force de loi.

Aussi la Cour de cassation a persisté dans sa voie, et sa jurisprudence constante ne permet pas de mettre pratiquement en question l'existence de la réintégrande. L'accord commence

(1) Cass., 10 nov. 1819, Sir., 20, 1, 209 ; 18 déc. 1826, Sir., 27, 1, 73 ; 18 fév. 1835, Sir., 35, 1, 886 ; 4 juin 1835, Sir., 35, 1, 413 ; 17 nov. 1835, Sir., 36, 1, 15.

même à se faire dans la doctrine. Les autres législations admettent comme nous la réintégrande ; le Code de procédure de Genève la définit dans son art. 261, et la loi belge du 25 mars 1841 est interprétée comme notre loi française.

262. — La réintégrande ainsi comprise n'est une action possessoire que dans le sens le plus large. Elle porte sur la détention et doit être intentée dans l'année de la dépossession devant le juge de paix de l'objet litigieux : mais elle est accordée bien moins comme garantie de la possession que comme réparation d'un fait illicite et troublant la paix publique ; et par suite elle est exclusivement personnelle et ne peut être exercée contre un tiers détenteur qu'autant qu'il se serait rendu par sa mauvaise foi complice du spoliateur (1).

Pour intenter la réintégrande, il n'est pas besoin d'avoir la possession annale. Il suffit d'être, au moment du fait qui lui donne ouverture, détenteur de l'immeuble. Cette détention peut être exercée à titre précaire, mais elle est nécessairement publique par suite du caractère de la voie de fait qui permet cette action ; elle doit de plus être paisible, c'est-à-dire que la possession du demandeur, même conquise par violence, doit avoir été gardée par lui paisiblement pendant un délai moralement suffisant pour que la spoliation accomplie par le défendeur ne puisse être considérée comme le dernier acte d'une mêlée dans laquelle il est difficile de reconnaître l'agresseur (2).

263. — Pour motiver la réintégrande, il faut une dépossession totale ou partielle consommée par des voies de fait graves, positives. Une large part est laissée en cette matière à l'appréciation du juge. Nous citerons, à titre d'exemples : démolition d'un mur, percement d'une digue, comblement de fossés, destruction de

(1) Cette extension au tiers détenteur de mauvaise foi était admise en Droit canon. Elle est parfaitement rationnelle. Conf. Aubry et Rau, Belime, Cass., 5 août 1845, déjà cité.

(2) Cass., 8 juillet 1845, D., 45, 1, 401 ; 5 août 1845, D., 45, 1, 403, (Bastard) ; 10 août 1847, D., 47, 1, 333 ; 25 mars 1857, D., 58, 1, 315 ; 10 fév. 1864, D., 64, 1, 343 ; 4 mai 1868, D., 68, 1, 332.

récoltes (1). Une simple anticipation de terrain, sans dévastation de plants ou de récoltes, n'y donnerait pas lieu (2).

La suppression d'ouvrages permanents constituant une servitude continue et apparente pourrait aussi, croyons-nous, donner ouverture à la réintégrande. Mais cette action ne pourrait résulter d'une dépossession opérée par des travaux que le défendeur aurait exécutés sur son propre fonds. Elle ne pourrait non plus s'exercer pour une servitude discontinue complétement insusceptible de dépossession (3).

La réintégrande pourrait être intentée même contre l'État, un département ou une commune, même pour dépossession d'immeubles du domaine public, si cette dépossession avait été accomplie en dehors des moyens légaux, par voies de fait caractérisées (4).

264. — Le demandeur doit formellement agir en réintégrande; sans quoi il est supposé demander seulement la complainte (5). Il peut cependant arguer de sa possession annale, mais à condition qu'il exprime nettement le caractère de sa demande (6). Le défendeur ne peut intenter une réintégrande ni une complainte reconventionnelles, ni demander un sursis. Il doit être condamné si la détention du demandeur et la voie de fait sont prouvées.

265. — Le juge de la réintégrande peut ordonner le rétablissement des lieux dans le premier état et condamner en outre à des dommages-intérêts. Mais les effets de ce jugement ne seront jamais que provisoires, même au point de vue de la possession. Celui qui a échoué sur la réintégrande peut toujours intenter la complainte (7).

(1) Cass., 23 nov. 1846, D., 47, 1, 33; 5 août 1845, D., 45, 1, 403.
(2) Cass., 12 mai 1857, D., 57, 1, 359.
(3) Cass., 6 déc. 1851, D., 55, 1, 23; 7 juillet 1852, D., 52, 1, 167.
(4) Cass., 8 juillet 1861, D., 62, 1, 190; 2 juillet 1862, D., 62, 1, 354; 18 juin 1866, D., 66, 1, 426.
(5) Cass., 12 déc. 1853, D., 54, 1, 347.
(6) Cass., 19 août 1839, Sir., 39, 1, 641.
(7) Cass., 28 déc. 1826, Sir., 27, 1, 73; 5 avril 1841, Sir., 41, 1, 295.

La réintégrande doit être intentée dans l'année de l'usurpation à compter du jour où la violence a cessé et où la partie spoliée a pu agir.

Celui qui a essuyé la voie de fait peut en outre agir au criminel. Mais la justice répressive ne peut ordonner sa réintégration dans son immeuble, et pour l'obtenir, il sera obligé de revenir devant le juge de paix. Les dispositions contraires et exceptionnelles de l'ordonnance de 1667 n'ont pas été reproduites par nos lois.

CHAPITRE IV.

DÉNONCIATION DE NOUVEL ŒUVRE.

266. — Nous avons vu comment nos anciens auteurs avaient repris la dénonciation de nouvel œuvre du Droit romain pour la transformer en action possessoire. L'ordonnance de 1667 et le Code de procédure ayant gardé le silence sur cette action, l'on en avait conclu qu'elle ne formait plus une action distincte de la complainte. Cependant la Cour de Cassation avait admis son existence dans divers arrêts. La loi du 25 mai 1838 consacra cette existence distincte en la mettant avec la complainte et la réintégrande au rang des actions possessoires. La seule difficulté est de trouver les caractères qui la distinguent de la complainte.

Or nous avons vu que, d'après les principes généraux des actions, la complainte n'est ouverte que pour un trouble actuel. Cependant la jurisprudence accorde une action possessoire à seule fin de prévenir un trouble éventuel. Cette action possessoire est précisément la dénonciation de nouvel œuvre.

267. — Cette action a pour but de faire discontinuer des travaux commencés par un voisin dans les limites de sa possession, lorsque l'achèvement de ces travaux pourrait constituer un trouble proprement dit.

Si ces travaux constituaient en eux-mêmes un trouble, ils donneraient ouverture à une véritable complainte. Il en résulte que la dénonciation de nouvel œuvre ne peut s'appliquer qu'à des ouvrages commencés sur un fonds autre que celui du demandeur et que la condamnation à intervenir ne saurait avoir

pour objet la suppression de ces ouvrages, mais leur suspension ou leur arrêt à un certain niveau, s'il est démontré que l'achèvement complet aboutirait à un trouble réel (1).

La dénonciation de nouvel œuvre est, du reste, soumise à toutes les autres conditions des actions possessoires. Ce n'est, à vrai dire, que la complainte étendue au cas du trouble éventuel, et il eût été plus simple de ne pas lui donner un nom différent.

(1) Req., 4 fév. 1856, D., 56, 1, 296.

CONCLUSION

268. — Arrivés au terme de notre étude, jetons un rapide coup d'œil sur la route que nous avons parcourue, et sans nous arrêter aux détails, marquons d'un trait les grandes lignes de notre sujet.

La possession nous est constamment apparue comme une situation de fait correspondant à un droit déterminé, digne d'être protégée à la fois comme manifestation de la volonté humaine et comme présomption du droit dont elle revêt les apparences. Qu'elle s'applique à la propriété ou aux servitudes, à un droit de créance ou à un droit de famille, elle se résume toujours dans la même notion et est caractérisée par les mêmes éléments, volonté et possibilité d'exercice. Mais dans cette unité, elle présente, suivant les différents droits, des variétés telles qu'au point de vue pratique la possession des droits réels mérite seule de la part du législateur une protection spéciale.

269. Cette protection lui est accordée, même contre le droit. Les preuves d'un droit sont souvent, en effet, longues et délicates à fournir : parfois même le droit n'aura d'autre preuve que sa possession. En attendant le jugement définitif, la situation acquise par l'une des parties doit être respectée.

Mais elle pourra rencontrer comme obstacle la protection accordée à une possession antérieure. Entre deux volontés éga-

lement exprimées et dont l'une n'a dû céder à l'autre que par une cause injuste, entre deux présomptions de droits qui se combattent, la loi doit choisir la volonté qui lui paraît la plus juste, la présomption qui lui paraît la plus probable. C'est pourquoi elle demande à la possession de n'être ni violente, ni précaire, ni clandestine vis-à-vis de celui à qui le possesseur s'est substitué. Elle doit même aller plus loin et exiger une sorte d'adhésion tacite de ce dernier, son silence après avoir connu sa dépossession. Les Romains étaient arrivés à ce résultat en créant la théorie de la conservation de la possession des immeubles par la seule intention. Notre Code y arrive d'une façon plus simple et plus pratique par la fixation d'un délai à l'expiration duquel la déchéance est encourue par l'ancien possesseur. Une tradition ancienne et qui semble justifiée par un long usage a fait adopter pour ce délai le laps d'une année. Il y a donc dans ce terme de l'annalité un progrès de la théorie possessoire. Malheureusement une ombre s'est glissée dans le tableau : l'on exige une possession annale même à l'encontre d'un tiers ; c'est une rigueur peu justifiée. Par une autre modification du Droit romain, modification à laquelle, croyons-nous, la théorie de l'annalité ne fut pas étrangère, la possession, quoique vicieuse à l'origine, peut devenir utile par la disparition du vice qui l'altérait. Cette disposition ne présente aucun inconvénient pour celui qui a été dépossédé, car le délai d'un an ne courra qu'à partir du jour de l'interversion.

270. — A ces garanties demandées à la possession, le Droit canon avait ajouté la condition de bonne foi. C'était inutile et par suite nuisible. En effet, la possession, telle que nous l'avons caractérisée, présente des garanties suffisantes de justice et d'existence du droit, sans qu'on lui impose une condition nouvelle, résidant uniquement dans la pensée du possesseur, et dont la preuve présente des difficultés aussi considérables que la preuve du droit lui-même. Le possesseur de mauvaise foi a d'ailleurs, en vertu de la position acquise, le droit d'être main-

tenu contre un adversaire autre que celui qu'il a dépouillé : et le possesseur dépossédé n'a pas à se plaindre de la déchéance provisoire qu'il encourt, puisqu'il s'y est exposé en ne défendant pas son droit méconnu.

271. — La facilité de fournir les preuves d'une possession caractérisée est une des conditions de l'existence pratique du débat possessoire. Elle n'est pas essentielle cependant, car fréquemment la preuve du droit résultera de la preuve de la possession et ne pourrait se faire sans elle. L'on a discuté à ce point de vue l'utilité de la protection donnée à la possession des servitudes discontinues et des servitudes négatives. L'exercice de ces servitudes, d'après sa nature même, est entaché d'une grave présomption de précarité. Tant que cette présomption ne sera pas levée, leur possession ne pourra conduire à la prescription et ne pourra recevoir de la loi une protection spéciale. Or, la preuve des faits qui enlèvent à cette possession toute idée de précarité est tout aussi difficile que la preuve du droit lui-même. De plus, comme ces servitudes rencontrent toujours en face d'elles l'intérêt et la présomption de la liberté des héritages, leur possession ne peut fournir une preuve du droit qu'autant qu'elle a eu la durée nécessaire pour produire la prescription (1). Ces deux motifs réunis nous font considérer comme inutile en pratique la protection de la possession de ces servitudes. Cette protection est d'autant plus inutile sous notre législation que le Code, par un excès de rigueur, a érigé cette précarité en présomption légale qui ne peut être combattue, en ce qui concerne la prescription du moins, que par un titre.

272. — Pour protéger la possession telle que nous l'avons définie, une seule action suffit, réprimant toutes les atteintes, depuis le simple trouble jusqu'à la dépossession violente, réprimant même un trouble éventuel et menaçant. Nous n'en sommes heureusement plus à une époque de distinctions subtiles qui

(1) Conf., Agen., 30 nov. 1852, D., 53, 2, 28; Id., 23 nov. 1857, D., 58, 2, 27.

compliquent inutilement la doctrine et la procédure. Cette simplification est pratiquement réalisée dans notre Droit, et la dénonciation de nouvel œuvre n'est qu'une extension de la complainte que l'on pourrait comprendre sous le même nom. Les conditions d'exercice de cette action possessoire unique ont été parfaitement établies par nos législateurs, et le seul reproche que nous leur adresserions est de ne pas protéger le possesseur non annal à l'encontre d'un tiers. Cette action est réelle puisqu'elle protège un droit réel, le droit d'être maintenu en possession; elle se donne contre les tiers. Sous ce rapport nous sommes encore en progrès sur le Droit romain.

Les voies de fait doivent cependant être punies et réprimées : mais elles doivent l'être par une action différente. La violence employée ne rend pas plus juste la possession de celui qui a été dépouillé : elle ne doit donc engendrer, en dehors de l'action pénale, qu'une action personnelle résultant du préjudice subi, donnée à celui qui en a été victime, quelque vicieuse que soit sa possession, ne fût-elle qu'une simple détention, et frappant celui-là seul qui a employé la violence, afin d'obtenir de lui réparation du dommage qu'il a causé. La réparation la plus habituelle serait la restitution de l'objet enlevé. Tel était, avec quelques différences, l'interdit *unde vi* : telle est à peu près dans notre Droit l'action en réintégrande. Mais ce n'est pas là, à proprement parler, une action possessoire. Son fondement n'est pas dans la protection de la possession, mais dans ce principe de Droit naturel qu'on est obligé de réparer le préjudice causé par sa faute, principe qui se trouve formulé dans l'article 1382 du Code civil. On peut l'appuyer aussi sur une maxime souvent répétée : « On ne doit pas se faire justice à soi-même ». Mais cette maxime est d'une application dangereuse dans sa généralité, et nous croyons qu'on a le droit de se faire justice, sans attendre l'action toujours lente des tribunaux, tant que l'on n'emploie pas dans ce but des moyens proscrits par la loi.

273. — Pour que la protection de la possession ait toute son

efficacité, et que le débat ne soit pas retardé par des questions de droit là où il n'y a qu'une question de fait, il est bon que la question possessoire soit soumise à un autre juge que la question pétitoire et reçoive une solution avant cette dernière. Ce résultat n'a été complétement atteint que par notre législation qui a posé nettement les principes de défense du cumul et de préséance du possessoire.

Il en résulte en même temps un autre avantage extrêmement considérable. C'est que le débat possessoire tranche souvent définitivement un procès, dans les cas par exemple où la preuve de la propriété repose sur la possession, et dans une foule d'autres cas où les plaideurs, suffisamment édifiés sur le bien-fondé de leurs prétentions respectives par cette sorte d'escarmouche, terminent à l'amiable leur différend plutôt que de s'engager dans la bataille ruineuse du procès pétitoire.

274. — On a contesté le mérite des actions possessoires et leur utilité pratique. A leurs adversaires, mieux que nous, la statistique pourrait répondre. En 1869, plus de 12000 actions possessoires ont été déférées aux juges de paix, et bien peu ont été suivies d'un débat pétitoire.

Mais cette utilité pratique est, croyons-nous, appelée à disparaître avec les progrès de nos institutions. Son unique fondement est, en effet, la difficulté d'apporter les preuves du droit. A Paris, ces actions sont, pour ainsi dire, œuvre morte, car, par suite de la valeur énorme de la propriété, on emploie des procédés très-exacts pour en mesurer la contenance (1), on stipule avec soin les diverses servitudes, et l'on en conserve les titres précieusement. Dans bien des parties de la France, au contraire, les titres sont mal rédigés ou perdus, les contenances mal indiquées, souvent mal mesurées. La possession devient alors le seul mode de prouver son droit. Déjà, en 1854, M. Wolowski, alors directeur du Crédit foncier, s'en plaignait en ces termes :

(1) Presque toutes les mesures d'arpentage se font à Paris au moyen du théodolite.

« C'est un fait à la fois important et triste à constater. La majeure partie des immeubles situés dans les départements sont dépourvus de titres conformes aux exigences de la loi. A cet égard, la propriété repose bien plus sur la tradition et la confiance que sur le Code Napoléon. » En 1855, M. Frémy apportait les mêmes doléances. « Le nombre des contrées en France où l'on ne possède que de fait et pas de droit est considérable. Sur dix établissements de propriété, certaines provinces ne nous en envoient pas un seul de régulier, d'accessible à notre crédit. »

Or, cet état de choses est un état d'infériorité qui doit disparaître. Le moyen est indiqué et appliqué ailleurs avec succès. Pourquoi ne le serait-il pas également en France ? (1) Dans ce moment surtout, où l'on cherche de tous côtés de nouveaux impôts, pourquoi ne pas y pourvoir par un nouveau cadastre, fait avec la participation volontaire ou forcée des particuliers, servant en même temps à établir les preuves de leur propriété, et tenu constamment au courant de toutes les modifications qui y sont apportées. L'immensité du travail ne doit pas effrayer, quand son utilité est immense et durable. D'autres pays nous ont précédé avec succès dans cette voie. Les cantons de Genève et de Vaud, la Westphalie, la Hesse-Darmstadt, le pays de Bade, d'autres pays encore, ont établi ainsi les titres de la propriété, et tout en répartissant plus équitablement les impôts, diminué considérablement le nombre et l'obscurité des procès.

Nous souhaitons que la France suive à son tour cette marche progressive. Alors les actions possessoires, devenues inutiles, pourront disparaître. Devant cet heureux résultat, nous ne regretterons pas de voir les travaux des jurisconsultes sur ce point difficile réduits à un pur intérêt scientifique. Ce regret n'aurait d'ailleurs aucune cause personnelle ; car à ce moment la trace de notre travail, simple ébauche imparfaite, aura depuis longtemps disparu, *oblivione sepulta*.

(1) Voir sur ce point, dans la *Revue des Deux-Mondes* du 15 juin 1874, un article très-remarquable de M. Bély d'Ojssel.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

DROIT ROMAIN.

TITRE PREMIER.

DE LA POSSESSION PROTÉGÉE PAR DES ACTIONS.

Chapitre I. — Notion de la possession. 15
— II. — Caractères de la possession 24
— III. — Objet de la possession 33
— IV. — Personnes capables de posséder. 42
— V. — Acquisition de la possession 46
— VI. — Perte de la possession 63

TITRE II.

DES ACTIONS QUI PROTÉGENT LA POSSESSION.

Généralités 71
Chapitre I. — Des interdits et de leur procédure 74
— II. — Immeubles. — Interdit *retinendæ possessionis* . 83
— III. — Immeubles. — Interdits *recuperandæ possessionis*. 91
— IV. — Meubles. — Interdit *utrubi* 111
— V. — Servitudes. — Interdits divers 116

TRANSITION

DU DROIT ROMAIN AU DROIT FRANÇAIS ACTUEL.

Chapitre I. — Coup d'œil général 128
— II. — Droit canonique 132
— III. — Droit germanique et coutumier 144

DROIT FRANÇAIS.

TITRE PREMIER.

DE LA POSSESSION PROTÉGÉE PAR DES ACTIONS.

Chapitre I. — Notion de la possession 157
— II. — Caractères de la possession 168
— III. — Objet de la possession 187
— IV. — Personnes capables de posséder 206
— V. — Acquisition de la possession 208
— VI. — Perte de la possession 219
— VII. — Preuve de la possession 230

TITRE II.

DES ACTIONS QUI PROTÉGENT LA POSSESSION.

Généralités 233
Chapitre I. — Des actions possessoires 235
— II. — De la complainte 249
— III. — De la réintégrande 254
— IV. — De la dénonciation de nouvel œuvre 259

CONCLUSION 261

1808. — Abbeville, Imprimerie Briez, C. Paillart et Retaux.

INTRODUCTION
DROIT ROMAIN.
TITRE PREMIER. DE LA POSSESSION PROTEGEE PAR DES ACTIONS.
Chapitre I. - Notion de la possession
Chapitre II. - Caractères de la possession
Chapitre III. - Objet de la possession
Chapitre IV. - Personnes capables de posséder
Chapitre V. - Acquisition de la possession
Chapitre VI. - Perte de la possession
TITRE II. DES ACTIONS QUI PROTEGENT LA POSSESSION.
Généralités
Chapitre I. - Des interdits et de leur procédure
Chapitre II. - Immeubles. - Interdit *retinendae possessionis*
Chapitre III. - Immeubles. - Interdits *recuperandae possessionis*
Chapitre IV. - Meubles. - Interdit *utrubi*
Chapitre V. - Servitudes. - Interdits divers
TRANSITION DU DROIT ROMAIN AU DROIT FRANCAIS ACTUEL.
Chapitre I. - Coup d'oeil général
Chapitre II. - Droit canonique
Chapitre III. - Droit germanique et coutumier
DROIT FRANCAIS.
TITRE PREMIER. DE LA POSSESSION PROTEGEE PAR DES ACTIONS.
Chapitre I. - Notion de la possession
Chapitre II. - Caractères de la possession
Chapitre III. - Objet de la possession
Chapitre IV. - Personnes capables de posséder
Chapitre V. - Acquisition de la possession
Chapitre VI. - Perte de la possession
Chapitre VII. - Preuve de la possession
TITRE II. DES ACTIONS QUI PROTEGENT LA POSSESSION.
Généralités
Chapitre I. - Des actions possessoires
Chapitre II. - De la complainte
Chapitre III. - De la réintégrande
Chapitre IV. - De la dénonciation de nouvel oeuvre
CONCLUSION