

Essai sur le "vestitura"
ou saisine et
l'introduction des
actions possessoires
dans l'ancien droit
français : thèse pour [...]

Champeaux, Ernest (1870-1936). Essai sur le "vestitura" ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français : thèse pour le doctorat, l'acte public... sera soutenu le 20 décembre 1898... / par Ernest Champeaux,.... 1898.

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.

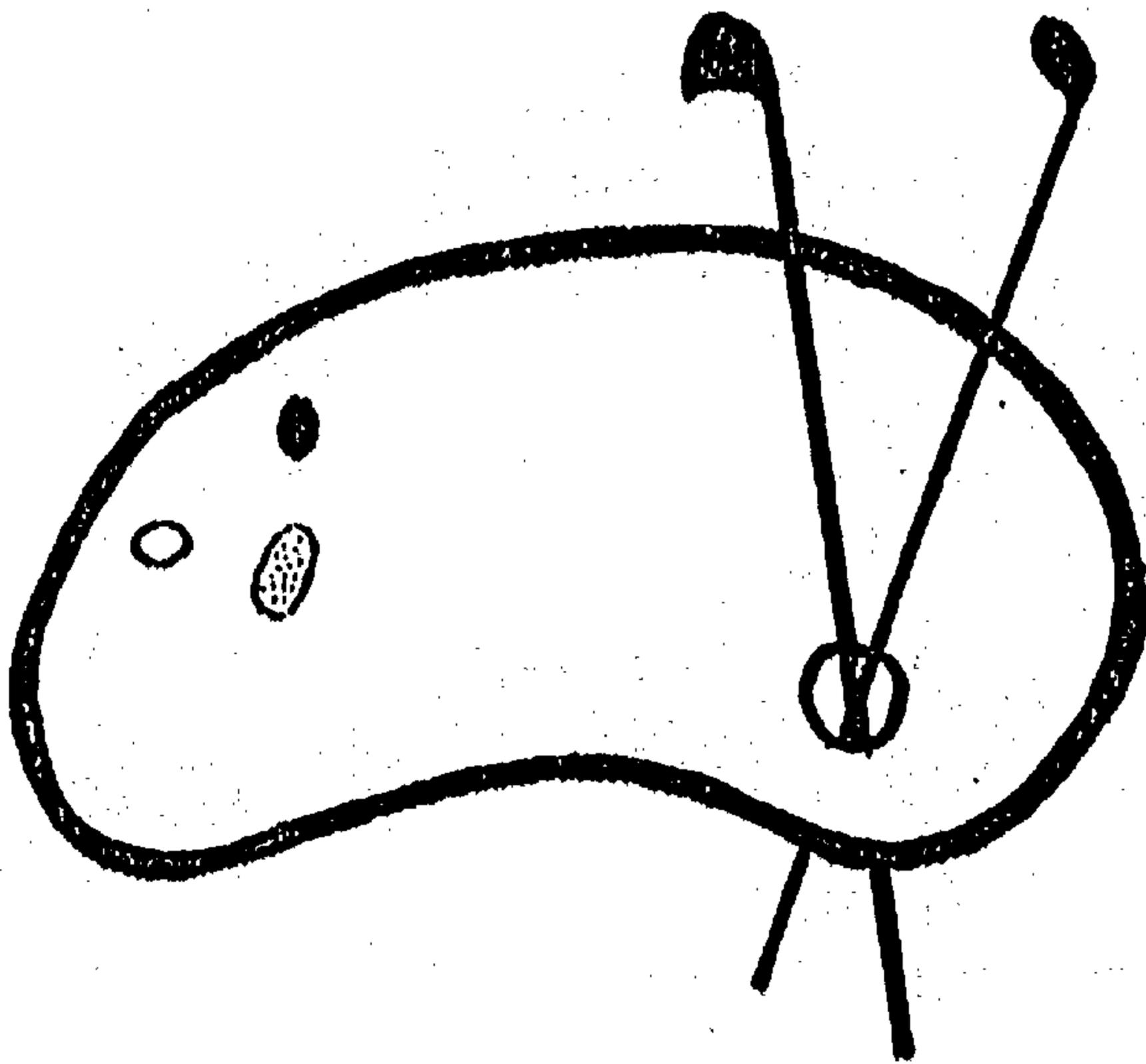
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions 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.



**DEBUT D'UNE SERIE DE DOCUMENTS
EN COULEUR**

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ES

ESSAI SUR

LA VESTITURA OU SAISINE

ET

L'INTRODUCTION DES ACTIONS POSSESSOIRES

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le 20 Décembre 1898, à 1 heure.

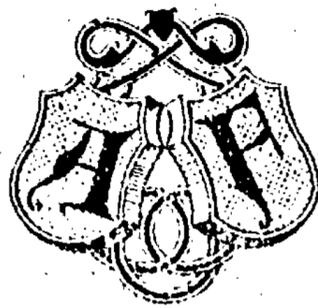
PAR

ERNEST CHAMPEAUX

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Président : M. ESMEIN, professeur.

Suffragants } MM. LESEUR, professeur.
GARÇON, professeur.



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

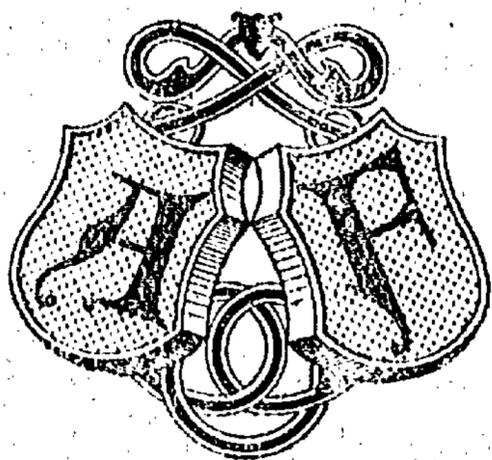
A. FONTEMOING, ÉDITEUR

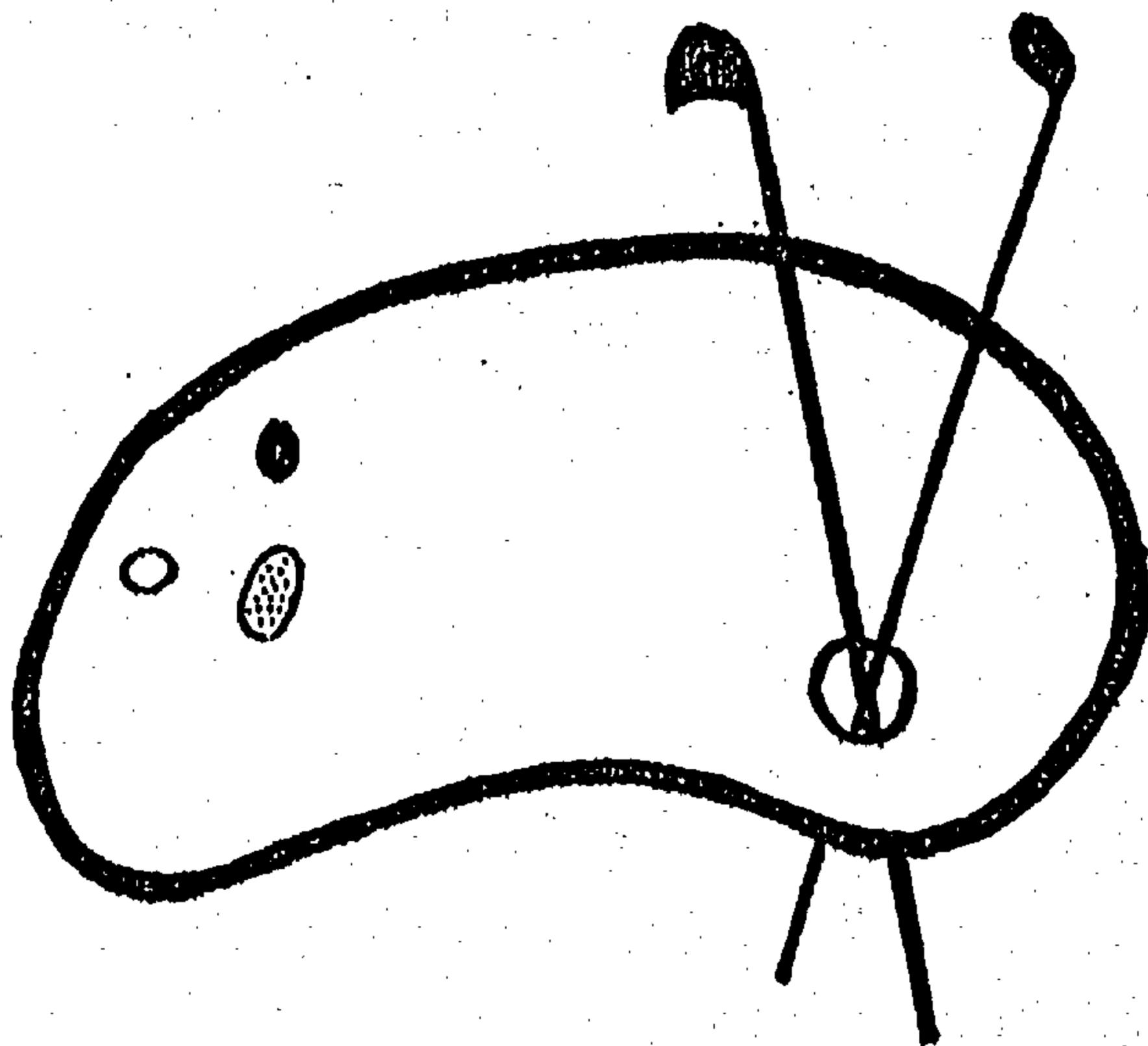
LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME,
DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

ET DE LA SOCIÉTÉ DES ÉTUDES HISTORIQUES

4, RUE LE GOFF, 4

1898





**FIN D'UNE SERIE DE DOCUMENTS
EN COULEUR**



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

8° F

11128

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

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI SUR
LA VESTITURA OU SAISINE

ET

**L'INTRODUCTION DES ACTIONS POSSESSOIRES
DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le 20 Décembre 1898, à 1 heure.

PAR

ERNEST CHAMPEAUX

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Président : M. ESMEIN, *professeur.*
Suffragants { MM. LESEUR, *professeur.*
GARÇON, *professeur.*



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

A. FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME,
DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
ET DE LA SOCIÉTÉ DES ÉTUDES HISTORIQUES

4, RUE LE GOFF, 4

1898

A MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

TABLEAU

DES ABRÉVIATIONS LES PLUS FRÉQUENTES

cout.	coutume ou coutumier.
cpr.	comparer.
D. R. G.	Deutsche Rechtsgeschichte.
doc. inéd.	collection des documents inédits.
dr.	droit.
édit.	édition.
etc.	et cœtera.
eod. loc.	même endroit.
franz. R. G.	Franzoesische Rechtsgeschichte.
infra	vers la fin, plus loin.
loc. cit.	ouvrage et passage précédemment cités.
N. R. H.	Nouvelle revue historique du droit français et étranger.
supra	précédemment.
sect.	section.
T. A. C.	Très ancien coutumier.
U. B.	Urkundenbuch.
V.	Voir.
Vo	Voir au mot.
Sachs. spieg.	Miroir de Saxe, 1 ^{re} partie.
Sachs. spieg. lehn.	Miroir de Saxe, 2 ^e partie.
C. 3, Q. 1, c. 3.	Cause 3, question 1, canon 3 du décret de Gratien.
c. 2, X de ord. cognit. 2, 10.	canon 2 aux Décrétales de Grégoire IX, livre II, titre 10.

INDEX DES PRINCIPAUX AUTEURS CITÉS

- ALAUZET. *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*. Paris, 1849, in-8°.
- ALBRECHT. *Die gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*. Königsberg, 1828, in-8°.
- BEAUNE (HENRI). *Introduction à l'étude historique du droit coutumier français jusqu'à la rédaction officielle des coutumes*. Lyon et Paris, 1880, in-8°.
- BEAUNE. *Droit coutumier français. La condition des biens*. Paris, 1886, in-8°.
- BEHRENG. *Anevang und Erbengewere, dans un festgabe*, 1885.
- BÉLIME. *Traité du droit de possession et des actions possessoires*. Paris, 1842.
- BENECH. Article critique du livre de M. de Parieu. *Revue critique de la jurisprudence en matière civile* : t. XVIII, p. 377 et 397; t. IV, p. 377, 395.
- BONVALOT. *Histoire du droit et des institutions de la Lorraine*. Paris, 1896, in-8°.
- BOURCART. *Etude historique et pratique sur les actions possessoires*. Paris, 1880, in-8°.
- BRITZ. *Code de l'ancien droit belge*. Bruxelles, 1847, 2 vol. in-4°.
- BRÜNNECK. *Über den Ursprung des sogenannten jus ad rem*. Berlin, 1869, in-8°.
- BRÜNNER. *Das Gerichtszeugniss und die Fränkische Königsurkunde, dans un festgabe*. Berlin, 1873.

- BRÜNNER. *Quellen und geschichte des deutschen Rechts*, dans l'Encyclopédie de Franz Holtzendorff, 1892.
- BRÜNNER. *Die deutsche Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1887-92.
- BRÜNNER. *Die Entstehung der Schwurgerichte*. Berlin, 1871, in-8°.
- BRUNS. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingue, 1848, in-8°.
- BRUNS. *Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium*, dans les *Kleinere Schriften*, Weimar, 1882, in-8°, t. I, p. 136 et ss.
- BUCHE. *Essai sur l'ancienne coutume de Paris*. N. R. H. 1884, p. 323 et ss.
- CAROU. *Traité théorique et pratique des actions possessoires*, 3^e éd., Paris, 1857, in-8°.
- CHAMPIONNIÈRE. *De la propriété des eaux courantes*. Paris, 1848, in-8°.
- CHAUFFOUR. Voir Renaud.
- CHÉNON. *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*. Paris, 1881, in-8°.
- CHÉNON. *Etude sur l'histoire des alleux en France*. Paris, 1888, in-8°.
- CURASSON. *Traité de la compétence des juges de paix*, 4^e édit. revue par MM. Poux-Lagier et Pialat. Paris, 1879, t. II, p. 1-541, in-8°.
- CRÉMIEU. *Théorie des actions possessoires en droit romain et en droit français*. 1846, in-8°.
- ESMEIN. *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. Paris, 1892, in-8°.
- ESMEIN. *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. Paris, 1883, in-8°.
- ESMEIN. *Théories sur la possession en Allemagne*. N. R. H. 1877, p. 489.
- ESMEIN. *La question des investitures dans les lettres*

- d' Yves de Chartres*. Extrait du t. I^{er} de la bibliothèque de l'École des Hautes-Études, Sect. des sciences religieuses, Paris, in-8°.
- FLACH. *Les origines de l'ancienne France*. Paris, 1886-1893, 2 vol. in-8°.
- FOCKEMA ANDRÉE. *Die Frist von Jahr und Tag und ihre Wirkung in den Niederlanden*, dans la Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, XIV Band, 1893, p. 75 et ss.
- FOURNIER (MARCEL). *Les officialités au moyen âge*. Paris, 1880, in-8°.
- GARSONNET. *Histoire des locations perpétuelles*. Paris, 1879, in-8°.
- GARSONNET. *Traité théorique et pratique de procédure*. Paris, 1882-1896, 7 vol. in-8°.
- GIRAUD. *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, Paris, 1846, 2 vol. in-8°.
- GIRY. *Manuel de diplomatique*, Paris, 1894, in-8°.
- GLASSON. *De la possession et des actions possessoires au moyen-âge*. Nouvelle revue historique de droit français et étranger, t. XIV, 1890, p. 588 et ss., 633 et ss. Reproduit en majeure partie dans le tome VII de l'*Histoire du droit et des institutions de la France*.
- GLASSON. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 496 et ss.; t. III, p. 372 et ss.
- GLASSON. *Histoire du droit et des institutions de la France*. Paris, 1887-1896, 7 vol. in-8°. T. III, p. 140 et ss. et t. VII, p. 272 et ss.
- HENRION DE PANSEY. *De la compétence des juges de paix*. Paris, 1839, in-8°.
- HEUSLER. *Die Gewere*. Weimar, 1872, in-8°.
- HEUSLER. *Die Institutionen des deutschen Privatrechts*. Leipzig, 1885-1886, 2 vol. in-8°.
- HERMANN. *Die grundelemente der altgermanischen Mo-*

- biliarvindication*, in-8°, 1886, dans les *Untersuchungen zur deutschen Staats und Rechtsgeschichte* de Gierke.
- HÜBNER. *Das immobilienprozess in frankischer Zeit*. Breslau, 1893, in-8°.
- HUBER. *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachsenrecht*, in-8°. Berne, 1894.
- JOBÉ DUVAL. *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*. Paris, 1881, in-8°. La première partie se trouve aussi dans la N. R. H. 1880, p. 463, 535.
- KLIMRATH. *Etude historique sur la saisine d'après les coutumiers du moyen-âge*. Dans les *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris, 1843, in 8°, tome II, p. 389-399.
- LABAND. *Zur Geschichte des deutschen Sachsenrechts*, dans le *Kritisch Vierteljahrsschrift*, t. XV, 3^e livr., Munich 1873, pp. 378-421.
- LABAND. *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters*. Königsberg, 1869, in-8°.
- LAFERRIÈRE. *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, 1847-1858, 6 vol. in-8°.
- LEFORT. *Nouvelles recherches sur la saisine*. N. R. H. 1877, t. I, p. 345.
- LESEUR. *Des qualités requises dans la possession au point de vue de la prescription et de l'exercice de la complainte possessoire*. Thèse, Paris, 1878, in-8°.
- MEISCHEIDER. *Besitz und Besitzschutz, studien über alle probleme*, in-8°. Berlin, 1876.
- MERLIN. *Répertoire de jurisprudence*. Bruxelles, 1827, in-8°.
- PARIEU (ESQUIROU DE). *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*. Paris, 1850, in-8°.
- PERTILE. *Storia del Diritto Italiano*. Rome, 1892. T. IV, p. 170 et ss.
- PLANIOL. *Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne*. N. R. H. 1890, t. XIV, p. 433.

PLANIOL. Article sur l'Origine de la saisine héréditaire.

Revue critique, 1885, p. 437 à 453.

POINCARÉ. *Du droit de suite dans la propriété mobilière, l'ancien droit et le code civil.* Paris, 1883, thèse.

POLLOCK ET MAITLAND. *The history of English Law*, 1895. Cambridge, t. II, p. 32 et ss.

POLLOCK ET WRIGT. *Possession in the common Law*, 1888. Oxford.

PROST. *Etude sur le régime ancien de la propriété. La vêtue et la prise de Ban à Metz.* N. R. H. 1880, pp. 1, 301, 572, 701.

RENAUD. *Die Besitzklagen nach französischen rechte*, dans Mittermaier et Mohl, *Krit. Zeitschrift*, t. XXV, p. 306-326.

Nous citons d'après la traduction de Chauffour, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, t. II, p. 79.

ROSSHIRT. *Geschichte des Rechts im Mittelalter, erster theil, canonisches Recht.* Mayence, 1896, in-8°.

SALEILLES. *Etude sur les éléments constitutifs de la possession.* Dijon, 1894, in-8°.

SECRÉTAN. *Essai sur la féodalité.* Lausanne, 1858, in-8°.

SCHRÖDER. *Lehrbuch des Deutschen Rechtsgeschichte.* Leipzig, 2° édit. 1894, in-8°.

SCHULTE. *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, traduction Fournier, 5° édit. Paris, 1882, p. 447 et ss., in-8°.

SMITH (VALENTIN). *Origine de la possession annale.* Lyon, 1854, in-8°, *passim*.

SOHM. *Zur geschichte der Auflassung*, dans un *festgabe*, 1879, p. 81 et ss.

STOBBE. *Gewere*, dans *Erschein und Grüber Encyclopädie*, sect. I, LXV, p. 428 et ss., 1835.

STOBBE. *Handbuch des deutschen Privatsrecht*, 2 vol. Berlin, 1883.

- TARDIF. *La procédure civile et criminelle du XIII^e siècle au XIV^e siècle.* Paris, 1885, in-8^o.
- THÉVENIN. *Contribution à l'étude du droit germanique.* N. R. H. 1879, p. 323 et 1880, p. 69, 447.
- THIERCELIN. *De la saisine coutumière.* Revue critique de la jur. en mat. civile, 1870, t. XXXVII, p. 94.
- THIERCELIN. *De la saisine héréditaire dans l'ancien droit français.* Rev. critiq. de la jur. en mat. civile, 1871, tome XXXVIII, p. 779.
- VAN BEMMELDEN. *Le système de la propriété mobilière,* Leyde et Paris, 1887, in-8^o.
- VANDERKINDERE. *Introduction à l'étude de l'hist. du dr. de la Belgique au moyen-âge.* Bruxelles, 1890, in-8^o.
- VIOLLET. *Histoire du droit civil français.* Paris, 1893, in-8^o.
- WARNKÖNIG. *Französische Staats-und-Rechtsgeschichte.* 3^e édit., Bâle, 1875, 3 vol. in-8^o.
- WARNKÖNIG. *Histoire de la Flandre et de ses institutions civiles et politiques jusqu'en 1305,* traduction Ghledorf, Bruxelles, 1885-1886, 3 vol. in-8^o.
-

INDEX DES PRINCIPALES SOURCES

ALEXANDRINI (JULII CLARI). *Opera omnia sive Practica civilis atque criminalis*. Lyon, 1661, in-f°.

ANCIENS USAGES D'AMIENS. Ed. Marnier, Paris, 1840, in 8°.

ANCIENS USAGES D'ANJOU. Ed. Marnier, Paris, 1853, in 8°.

ARRESTÆ SCACARIORUM NORMANNIÆ. Dans Warnkœnig, *Französische Staats-und Rechtsgeschichte*, vol. II, U. B. p. 70.

ASSISIÆ NORMANNIÆ. Eod. loc., p. 48.

ASSISES DE JÉRUSALEM. Edit. Beugnot, 1841-1843, 2 vol. in-f°.

BALUZE. *Capitularia regum francorum*, Tome II. Paris, 1780, in-f°.

BEAUMANOIR. *Coutumes de Beauvaisis*. Edit. Beugnot, 2 vol. Paris, 1842, in-8°.

BIGELOW. *Placita Anglo-Normannica*. Londres 1879, in-8°.

BORETIUS. *Les capitulaires dans l'Empire Lombard*. Halle, 1864, in-8°.

BOULÉ (ANDRÉ). *Institution au droit coutumier du Hainaut*. Mons, 1780, in-4°.

BOUQUET. *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, Tome IV-IX. Paris, 1735, in-f°.

BOUTILLIER. *Somme rural*. Ed. Charondas le Caron, Lyon, 1621, in-8°.

BRACON. *De legibus et consuetudinibus Angliæ*, Lib. V. Londres, 1640, in-4°.

BRÉQUIGNY-PARDESSUS. *Diplomata, chartæ, epistolæ, leges*

- aliaque instrumenta ad res Gallo-Francicas spectantia*,
Tome II. Paris, 1842, in-f^o.
- BRUSSEL. *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*. Paris,
1789, 2 vol. in-4^o.
- BOURJON. *Le droit commun de la France et la coutume de
Paris*. Paris, 1747, 2 vol. in-f^o.
- BUGNYON. *Tractatus legum abrogatarum*, 3^e édit. Bru-
xelles, 1721.
- BURIDAN. *Les coutumes générales du baillage de Vermandois*
dans le coutumier de Vermandois. Paris, 1728, in-f^o, t. I.
- BURIDAN. *Cout. de la cité et ville de Rheims*, ibid., t. II.
- CARTULAIRE DE L'ABBAYE DE REDON. Edit. Courson. Paris,
1863, in-4^o.
- CHARTRE DE BRESSIEUX. Dans la N. R. H. 1895, p. 303 et ss.
- CONSEIL DE PIERRE DE FONTAINES. Edit. Marnier, 1846,
in-8^o.
- COUTUME DE BRETAGNE (LA TRÈS ANCIENNE). Edit. Planiol.
Rennes, 1896, in-8^o.
- COUTUMES DE LORRIS. Edit. Tardif. Paris, 1885, in-8^o.
- COUTUMES DE LA PRÉVOTÉ ET VICOMTÉ DE PARIS. Edit. de Lau-
rière, 3 vol. Paris, 1777, in-8^o.
- COUTUMES DE PONTHEIU ET DE VIMEU (ANCIENNES). Edit.
Marnier, 1840.
- COUTUMES NOTOIRES, ASSISES ET ORDONNANCES DES COURS ET
TRIBUNAUX DE PICARDIE. Ed. Marnier. Paris, 1840.
- COUTUMES DE TOULOUSE. Edit. Tardif. Paris, 1884, in-8^o.
- COUTUMIER D'ARTOIS. Edit. Tardif, Paris, 1883, in-8^o.
- COUTUMIER DE FRANCE (LE GRAND). Ed. de Laboulaye et
Daresté. Paris, 1868, in-8^o.
- COUTUMIER GÉNÉRAL de Bourdot de Richebourg. Paris, 1724,
4 vol. in-f^o.
- COUTUMIER DE NORMANDIE (LE TRÈS ANCIEN). Edit. Tardif.
Rouen, 1881, in-8^o.
- CORPUS JURIS CANONICI. Paris, 1618, in-f.

- DELISLE *Recueil des jugements de l'échiquier de Normandie, au XIII^e siècle.* Paris, 1864, in-4^o.
- DESMARES (JEAN). *Décisions à la fin du 2^e volume de la coutume de Paris,* édit. Brodeau. Paris, 1669.
- DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel.* Paris, 1735, in-f^o.
- DU CANGE, *Glossarium medicæ et infimæ latinittatis.* Paris, 1840, in-4^o.
- DUMÉES. *La jurisprudence du Haynaut françois.* Douay, 1750, in-4^o.
- ETABLISSEMENTS DE NORMANDIE. Edit. Marnier. Paris, 1839, in-8^o.
- ETABLISSEMENTS DE ST-LOUIS. Edit. Viollet. Paris, 1881-1886, 4 vol. in-8.
- FABER (JOHANNES). *Codeæ fabrianus.* Genève, 1640, in-f^o.
- FAGNIEZ. *Documents pour servir à l'histoire de l'industrie et du commerce.* Paris, 1898, in-8^o.
- FUMAGALLI. *Codice diplomatico Sant'Ambrosiano.* Milan, 1808, in-4^o.
- GLANVILLE. *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni anglie* dans Phillips, *Englische Reichs und Rechtsgeschichte*, vol. II, p. 334 et ss.
- IMBERT. *Pratique judiciaire tant civile que criminelle,* édit. Guénois. Genève, 1641, in-4^o.
- ANGLOIS. *Textes relatifs à l'histoire du Parlement depuis les origines jusqu'en 1314.* Paris, 1888, in-8^o.
- LAURIÈRE. (Eusèbe de). *Glossaire du droit françois.* Paris, 1704, 2 vol. in-4^o.
- LEROUX DE LINCY. *Sentences du parloir aux bourgeois,* dans son hist: de l'Hôtel-de-Ville de Paris, Paris, 1846, in-4, 2^e part., p. 99 et ss.
- LEX SALICA. Edit. Pardessus. Paris, 1843, in-4^o.
- LEX SALICA. Edit. Behrend. Berlin, 1874, in-8^o.
- LEX BURGUNDIORUM. Edit. Binding ; Berne, 1880, in-8^o

- LEGES LONGOBARDORUM. Edit. Buhlme. Hanovre, 1869.
- LEX RIBUARIA. Edit. Sohm. Hanovre, 1883, in-8°.
- LIBRI FEUDORUM, OU FEUDORUM CONSUETUDINES. A la suite de l'édition du *corpus juris* de Galisset, 3^e édit. Paris, 1843, in-4°.
- LIVRE DE JUSTICE ET DE PLET. Edit. Rapetti, Doc. inéd., 1850, in-4°.
- LIVRE DES DROIZ ET COMMANDEMENTS D'OFFICE DE JUSTICE. Edit. Beautemps-Beaupré, 2 vol. Paris 1865, in 8°.
- LOYSEL. *Institutes coutumières*. Edit. Dupin et Laboulaye, 2 vol. Paris, 1846, in-12.
- MARTÈNE ET DURAND. *Collectio veterum scriptorum et monumentorum amplissima*, t. IX, Paris, 1724-1733, in-8°.
- MASUER. *Practica forensis*, Lyon, 1577.
- MEICHELBECK. *Historia Frisingensis*, vol. I, pars instrumentaria. Vind., 1724-1729, in-8°.
- MIGNE. *Patrologie latine*, Paris, 1844, 221 vol. in-4°.
- MINIER. *Anciennes coutumes du Poitou*. Rev. hist. du dr. franç. et étr., 1856, II, p. 346.
- MURATORI. *Antiquitates Italicae mediæ ævi*, 6 vol. Milan, 1738-1742, in-f°.
- OLIM OU REGISTRES DES ARRÊTS RENDUS PAR LA COUR DU Roi. Edit. Beugnot, 3 vol. Paris, 1839-48, in-4° (doc. inéd.)
- ORDONNANCES DES ROIS DE FRANCE DE LA TROISIÈME RACE OU RECUEIL DU LOUVRE, Paris, 1723-1757.
- PATHOU. *Commentaire sur la coutume de Lille*. Lille 1788, tome II, p. 57 et ss.
- PÉRARD. *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*. Paris, 1664, in-f°.
- PERTZ, *Monumenta Germanicae historica*, Leges, I.-IV. Hanovre, 1835-1870, in-f°.
- ROISIN (LIVRE). *Franchises, lois et coutumes de la ville de Lille*. Edit. Brun-Lavainne, Lille, 1842, in-4°.

ROZIÈRE. *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du 5^e au 10^e siècle*, 3 vol. Paris, 1859-71, in-8^o.

SUMMA DE LEGIBUS CONSUECUDINUM, NORMANNIÆ IN CURIA, LAICALI. Edit. Tardif. Rouen, 1896, in 8^o.

STILUS CURIÆ PARLAMENTI. Edit. du Moulin. Paris 1551, in-4^o.

STYLE (NOUVEAU) DU CHATELET DE PARIS. Paris, 1762, in-4^o.

STUBBS. *Select Charters*. Oxford, 1876.

THÉVENIN. *Textes relatifs aux instit. priv. et publ. aux époq. méron. et carol.* Paris, 1887, in-8^o.

TROYA. *Codice diplomatico Longobardo*, 5 vol. Naples, 1853, in-8^o.

VAISETTE. *Histoire générale du Languedoc*. Paris, 1730, in-8^o.

VARIN. *Archives législatives et administratives de la ville de Reims*, 10 vol. Paris, 1840, in-4^o (doc. inéd.)

VREVIN LOUIS. *Commentaire sur la coutume de Chaulny*, dans le coutumier de Vermandois, t. II, v^o Buridan.

PRÉFACE

1. Difficultés de la matière possessoire. — 2. Nécessité d'une étude de la saisine. — 3. Pays où s'est le plus développée la saisine. — 4. Époque de ce développement. — 5. Ordre et méthode adoptés. — 6. Intérêt historique, théorique et pratique de notre étude.

1. — *Les études entreprises sur le possessoire n'ont point rendu sa condition meilleure. Il est resté le champ d'essai des nouvelles théories après avoir été celui des anciennes, l'endroit préféré où les jurisconsultes rassemblent des nuages.*

Nous avons bien des fois médité les aphorismes sous lesquels M. Viollet, dans son beau manuel sur l'histoire du droit civil, a enfermé le sens de la littérature possessoire :

« Toutes les questions relatives au possessoire font le tourment des jurisconsultes.

« Le possessoire est comme une forêt obscure...

« Je ne m'aventure pas dans les fourrés et dans l'inextricable dédale du possessoire » (1).

Pourquoi n'avons-nous pénétré qu'après coup le caractère pratique de ces conseils! Nous n'y vîmes d'abord qu'un certain nombre de maximes excusatoires, que le savant historien avait bien voulu disposer pour les faibles au seuil de cette étude difficile, et nous osâmes tenter l'aventure la voyant excusée par avance.

1. Edit. 1893, p. 586.

2. — *L'étude du possessoire et de ses origines nous a, à la longue, amené à l'idée que les obscurités qu'on y remarquait provenaient, en grande partie, du fait qu'on connaissait mal la notion de propriété qui avait précédé le concept possessoire. Nous avons voulu savoir ce qu'était cette propriété antique ou saisine, et son étude nous a amené peu à peu à modifier complètement notre premier plan.*

En effet la saisine ancienne est presque inconnue: il fallait l'exposer. Or cette exposition nous a révélé que tous les éléments formels et apparents du possessoire se retrouvaient dans la saisine. Les montrer, indiquer ensuite quel nouveau principe s'était introduit dans ces formes, c'était expliquer le secret de la naissance du procès sur l'extériorité de la propriété, de ce procès sur le possessoire, dont de Ihéring a si bien montré le véritable caractère, sans toutefois, à notre avis, en découvrir l'origine.

3. — *Nous avons consulté de préférence les sources du nord de la France. C'est que nous croyons, avec Klimrath, Sohm (1) et Flach, que là se sont exprimées avec le plus*

1. En effet, le droit du nord de la France a non seulement influencé notre droit du moyen âge et notre droit actuel, mais aussi les pays voisins. Ces pays ont été le laboratoire où se sont heurtées et fondues la pensée latino-celte et la germanique. « L'Allemagne, dit Sohm, est au moyen âge régie par le même droit qui a trouvé son expression dans les coutumes du nord de la France. La patrie d'origine du droit anglais actuel n'est pas l'Angleterre, mais le nord de la France. Le droit franc-salien est le droit universel du moyen âge, et aujourd'hui encore la majeure partie des territoires, sur lesquels s'étend la civilisation occidentale, relève de lui. » Sohm, *Fränkisches Recht und Römisches Recht*, dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, tome I (*Germanist. Abtheilung*) p. 65, 69, 70 ; Weimar, 1880. M. Jacques Flach introduit dans cette idée

d'harmonie et de plasticité les véritables idées coutumières.

En outre, disons que nos recherches personnelles ne pouvant porter, on le comprendra sans peine, que sur un nombre de documents assez restreint, nous avons profité des indications des nombreux auteurs qui en France, en Angleterre, en Italie et surtout en Allemagne ont étudié l'ancien procès en revendication et le procès possessoire. Nous nous sommes fait un point d'honneur de les citer toutes les fois que nous leur faisons des emprunts, et l'on pourra s'assurer que ces derniers sont nombreux.

Parmi ces auteurs, nous devons une mention spéciale à M. Heusler, le savant jurisconsulte de Berne, dont l'ouvrage sur la « gewere » nous a constamment servi de point de repère. L'on verra que même là où notre opinion se sépare nettement de la sienne, nous avons retiré de son érudition de précieuses indications.

L'on connaîtra donc nos sources, et là où nous avons puisé les renseignements qui ne nous seront parvenus qu'indirectement.

4. — *Nous avons limité notre sujet à la saisine et à l'introduction des actions possessoires avant le XVI^e siècle,*

une certaine modification (Origine de l'ancienne France, I, p. 12). Il pense que le droit qui a influencé la civilisation occidentale est moins le droit franc-salien que le droit du moyen-âge. Il est bien difficile d'apprécier ce que cette rectification contient de vrai, puisque l'on admet communément que la loi salique, qui nous est parvenue, petit manuel de tarifs judiciaires, ne contient pas toute la coutume salique ; c'est simplement un manuel commode pour le comte administrateur de la justice. Les coutumes du x^e et xi^e siècle ont dû être surtout un rappel et un développement des anciennes.

c'est-à-dire avant tous les systèmes a priori qui ont tant déformé théoriquement les notions coutumières (1).

5. — Il ne nous reste plus qu'à justifier l'ordre mi-partie méthodique et historique que nous avons adopté. A cela nous étions contraints par les controverses nombreuses qui existent sur la saisine, et qui nous ont obligé à la disséquer et à l'examiner pièce à pièce, ce que l'ordre purement historique nous aurait permis plus difficilement.

L'ordre méthodique pur n'était pas non plus acceptable. La notion de la saisine a subi des transformations profondes jusqu'au XIII^e siècle. Nous ne pouvions présenter de cette notion une construction immuable qui n'aurait pas été conforme à la réalité.

Nous avons donc, après avoir tracé les grandes lignes théoriques de la saisine, essayé de montrer dans chacune d'elles l'évolution historique. Nous pouvions de la sorte et conserver à la saisine sa physionomie propre, et rencontrer au terme de ses développements le possessoire, qui en est comme la conclusion naturelle.

Les mêmes raisons d'ordre historique et théorique nous ont fait éviter les discussions. A la vérité, il nous eût été facile de trouver sur chaque point de nombreux contradicteurs : les énumérer, les combattre eût rompu souvent la suite logique de notre exposition sans avantage appréciable. Nous nous sommes contenté le plus souvent d'indiquer les noms des auteurs, en mentionnant s'ils étaient pour ou contre notre opinion, et en ne résumant leurs objections que

1. La théorie possessoire ne subit pas, du reste, de grandes modifications par la suite, et d'un autre côté, depuis les xv^e et xvi^e siècles, il existe une littérature assez abondante à laquelle il nous suffisait de renvoyer.

quand elles nous semblaient véritablement importantes. Nous étions du reste persuadé que si l'ensemble du système exposé par nous paraissait simple, logique, harmonieux, conforme aux textes et au bon sens pratique, les systèmes contraires se trouveraient, par là même, ou réfutés ou réduits à de justes proportions.

Quelques personnes pourront trouver que nous adoptons un peu trop certaines théories germaniques. Nous avouons que, sur ce point, nous avons agi avec la plus grande liberté d'esprit, ne nous faisant pas un point d'honneur national de trouver au Digeste l'explication de nos coutumes, et croyant au contraire que c'est une injustice envers notre pays que de ne point reconnaître l'importance et la valeur de ses idées juridiques. Si c'est, comme l'a dit Bruns, un critérium de la puissance des facultés juridiques d'un peuple, que la façon dont il a traité le possesseur, nous ferons un bel éloge de notre nation en montrant que, seule en Europe, elle a su créer une action originale, pratique, plus large et mieux adaptée à la propriété que l'action romaine, et que cette notion, elle l'a tirée pour la plus grande partie de son propre fonds. Une admiration trop grande du droit romain serait donc ici une injustice envers nous-mêmes.

6. — On le voit, notre étude a une importance historique. « La saisine, dit M. Langlois, avait, au moyen âge, une valeur extraordinaire, supérieure même en quelque sorte à celle du droit de propriété » (Le règne de Philippe le Hardi, p. 267). Elle en a même une pratique. C'en est une que de chercher à remplacer une notion superficielle et une fausse clarté par une notion plus approfondie et plus suggestive,

que de montrer jusqu'à quel point le possessoire est modelé par l'ancienne idée de propriété et combien le besoin de publicité a informé toutes ses parties. D'un autre côté, nous croyons être utile à la pratique véritable en marquant l'abîme profond qu'il y a entre la réintégrande et la complainte, en posant quelques notions qui permettront de mieux comprendre le développement actuel de notre droit.

« Ce n'est pas trop d'avancer, dit M. Thiercelin (1), que les articles 724 sur la saisine des héritiers légitimes, 1004 sur celle des légataires universels, 1026 sur celle des exécuteurs testamentaires, 2102 sur la faculté qu'a le propriétaire de saisir les meubles garnissant sa maison louée ou sa ferme, ainsi que toutes les dispositions relatives à la possession et aux actions possessoires, ne seront jamais bien comprises sans une étude sérieuse de l'ancienne saisine coutumière ».

Notre travail est donc motivé et déterminé ; sa méthode est indiquée ; nous pouvons l'aborder de suite.

1. Thiercelin, *Revue critique de la jur. en matière civile*, 1870, tome XXXVII, p. 94.

CHAPITRE PREMIER

PARTIE TECHNIQUE

7. Correspondance des mots saisine, investiture, gewere, tenure. — 8, 9, 10. Ils signifient également : I. La détention ; II. La possession juridique et l'envoi en possession ; III. Les profits perçus pour l'ensaisinement. — 11. Opinion des auteurs. — 12. Etymologie des mots saisine, vêtüre, gewere, tenure. — 13. Localisation de ces différents mots.

Correspondance des mots investiture, saisine, gewere, tenure.

7. — Avant d'aborder le fond de notre matière, il nous faut donner quelques notions techniques, marquer quels sont les sens du mot saisine, et, en même temps, si ce mot n'a point différents équivalents. Nous le ferons en indiquant que d'autres termes par nous rencontrés dans les textes, ceux de investiture, gewere, tenure, correspondent au mot saisine, et sont employés dans les mêmes acceptions.

En effet investiture, vêtüre, saisine, gewere, tenure signifient également : 1° tantôt l'état de fait de la possession ; 2° tantôt l'envoi en possession ; 3° tantôt le prix des publications qui précèdent la mise en possession.

On a, disons-nous, employé tous ces mots indifféremment, et le seul soin que nous devons avoir est celui de

vérifier, par le contexte, à laquelle de ces trois significations ils correspondent dans un passage déterminé.

8. — I. 1^{er} SENS :

Ces différents mots désignent dans une première acception l'état de possession, le fait de la détention.

a) INVESTITURE :

« *Petre te appellat Martinus, quod tu tulisti sibi injuste investituram de uno suo servo, aut bove, aut caballo* » (1).

« *Demonstretur qualiter de regio vestitura exierunt* » (2).

b) SAISINE :

Doc. du IX^e siècle : « *Sacivit malum ordinem contra lege* » (3).

« *Eas sancivit injuste, infra isto anno, malum ordinem in contra lege* » (4).

« *Cil qui est pris saisis et vestus du larrecin et tout notoirement atteint du fet* » (5).

— « *Li rois de Navarre n'en veut rien faire..... et entra en saisine des fiefs* » (6).

1. Formul. Lud., p. 38.

2. Cap. 873, 8 : Pertz, *Leges*, I, p. 521.

3. Cartulaire de N.-D. de Nîmes, n^o 4 : Germer-Durand. Cité aussi dans les « Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne » publiés par Marcel Thévenin, 1887, n^o 107.

4. Germer-Durand, n^o 8 ; Thévenin, Textes, n^o 114. Ces deux documents sont aussi cités par Brünner, *Rechtsgeschichte der Urkunde*, I, p. 284, et ss.

5. Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, éd. Beugnot, II, p. 423.

6. Men de Reims, § 357. Cité par La Curne de Sainte-Palaye, Dictionnaire, au mot *Saisi*.

c) TENURE :

L'effet habituel de l'investiture est la « *mise en tenour* », nous disent les archives de Metz (1).

d) GEWERE :

Went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet (2).

9. — II. 2° SENS :

Mais cette première signification est exceptionnelle : le véritable sens des mots investiture, saisine, tenure, gewere, c'est la possession juridique, la possession obtenue à la suite d'un ensaisinement solennel, d'un juste titre.

a) INVESTITURE :

« *Si invenitur (vestitura) justa esse atque legitima tunc vestitura dicatur ; nam aliter ne vestitura nominari debet.* » Capitulaire de 819, 6 (3).

C'est là le sens fondamental, celui que nous rencontrons le plus souvent :

« *Responso dixit quod XXX annis inter Sanson et sanctum Petrum de ipsis rebus et manopiis vestiti legaliter fuissent* » (4).

Capit. Aquis 817, cap. missor. 1 et 2 : « *Justitiam faciant de rebus et libertatibus injuste ablatis ; — de his libertatibus*

1. Prost, *Nouvelle Revue historique*, 1880, p. 701. Cpr. *Livre de Justice et plet.* p. 117.

2. *Des Sachsenspiegels zweiter Theil, Band I : das sachs. Lehnrecht*, 62 § 1 ; cpr. 22 § 4 ; 11 § 1. Cité par Heusler, *Gewere*, p. 115.

3. Pertz : *Leges I*, p. 227.

4. Thévenin, *Textes*, n° 125.

et rebus reddendis quæ in nostra vestitura sunt, primo inquiratur » (1).

Cap. 873,8: « *Res et mancipia quæ in regia vestitura avi et patris nostri et nostra fuerunt, et nunc ab aliis detinentur — demonstretur, qualiter de regio vestitura exierunt — ita et de rebus quæ in ecclesarium vestituram fuerunt, demonstretur qua auctoritate in proprietatem eas quisque obtineat » (2).*

Dans ce capitulaire, nous voyons le mot *vestitura* employé dans les deux acceptions; toutefois la plus fréquente, comme nous l'avons indiqué, est celle d'une possession légitime, d'une jouissance fournie par un envoi en possession légitime (Cap. de 819, c. 8 : « *De rebus unde dominus Carolus imperator legitimam vestituram habuit » (3).*

Doc. de 858 : le défendeur présent (le comte de Vienne) *præsentaliter per suum wadium ipsi A. archiepiscopo vel suo advocato propriis manibus reddidit, et suum missum I'. nomine in sua advocacione dedit Wadvocato præfati Episcopi ut super ipsas res, quas ipse reddidit, veniret et legalem vestituram in omnibus faceret (4).*

Doc. de 835 : nous y voyons que le bien donné par le roi au monastère de saint Benoît n'est pris en possession qu'après la vêtture, *postquam legitima traditio atque vestitura de eadem villa cum omnibus ad se pertinentibus ad partem monasterii S. Benedicti facta fuerat (5).*

Voir aussi ce document frappant cité par Stobbe :

1. Pertz, I, p. 216 et 217.

2. Pertz, I, p. 251.

3. Pertz, I, p. 227.

4. Baluze, *Capitularia regum Francorum*, II, p. 1467.

5. Sikel, *Regesten der Karol*, n° 335. Ces deux documents sont

Doc. de 814 : *Juraverunt... quod ecclesia... a tempore Caroli Imperatoris gloriosi de captura... legales et legitimas investituras habuisset.*

Ajouter un document du xi^e siècle : *Cui.... jus vestiturae tradatur* (1).

b) SAISINE :

Le mot saisine est employé comme synonyme d'investiture et même parallèlement à ce dernier.

Dictos monachos de prædicta elemosyna Sesivimus et investivimus (2).

Doc. de 1136 : *donum et investituram omnium rerum dedi et concessi* (3).

Mais il n'en fut ni saisi ni vestus (4).

Un doc. de 1229, nous dit : *Anno Domini..... Saisivit Radulphum filgeriarum dominum et heredem de terra sua Petrus Comes Britannicæ* (5).

Data prius saysina rerum et possessionum (6).

Donationem et vestituram feci (7).

Doc. de 1231 : *De dono predicto saisiri nos facimus ad opus capellanicæ* (8).

cités par Sohm, *Auflassung*, p. 90. V. aussi Ducange aux mots *vestitura* et *investitura*.

1. Meichelbeck, *Historia Frisingensis*, vol. I, pars *Instrumentaria*, n^o 1169, cité par Stobbe, *Handbuch*, p. 12, note 4.

2. *Chart. S. Vincentii Cenom.*, cité par Ducange au mot *Sesire*.

3. Martène et Durand, Col. 11, 124. Ducange, *ibid*.

4. Chanson de Roland, CCXXXI. Cpr. *Jostice et Plet*, p. 89 et 258.

5. Ducange au mot *Saisine*.

6. *Ibid*.

7. Calmet, *Hist. de Lorraine*, tome IV, n^o 313, cité par Heusler.

8. Varin, *Archives administratives de Reims*, I, n^o 117, cité par Heusler.

Doc. de 1216 : « *Aliquis saisitus est de aliquo feodo* » (1).

c) TENURE :

« *Si que celui à qui le don a esté fait ou autre pour lui n'en a la saisine ne la Teneur de Tot ou de Partie* » (2), nous disent les assises de Jérusalem, qui parlent aussi ailleurs de la « *Teneur de l'an et jour* ». De même l'ancien coutumier de Normandie nous dit : « *Teneur de terre.... quand aucun tient d'un autre le fonds d'un héritage* » (3) ; on parle aussi de la plainte de *tenure brisée*.

Ce mot *tenure* s'emploie aussi parallèlement au mot *vêtüre*.

« *De cette maison est Gehans vestis et Tenuns par major et par eschaving* (4) ».

d) GEWERE :

Le sens analogue de la *gewere* est prouvé d'une façon décisive par le passage suivant des *traditiones fuldenses*, qui, pour traduire l'envoi en possession, emploie indifféremment les mots *investiture* et *gewere* : « *Item testes qui vestitionem viderunt, item testes qui viderunt giweridam* » (5).

Et aussi par une traduction allemande du ix^e siècle du Cap. Ludovici P. 817, c. 6 (6), dans laquelle on voit

1. Varin, 1, p. 501. Cité par Heusler, et par Langlois, *textes relatifs à l'Histoire du Parlement*.

2. *Assises de Jérusalem*, ch. CXLIV.

3. Édit. de Geuchy, p. 48.

4. Prost, N. R. H. 1880, p. 701 (Append. XXIV).

5. *Traditiones Fuldenses*, 1, 91 et 92, dans Drouke, *Codex diplom. Fuldens.* Nos 446-448.

6. Pertz, I, p. 211.

le mot *vestitura* traduit par *gewere*, et *traditio* par *sala*. Stobbe cite aussi un document de 1384 : *quæ... bona... secundum jus terre Holtzatie... per warandiam et zelandiam, que proprie Zele et War dicuntur resignavit* (1).

Toutefois le sens d'« envoi en possession » se perdit au moyen âge, et l'on employa le plus souvent *gewere* pour signifier la possession, la chose possédée, le bien fonds, la maison et la cour, etc (2).

10. — 3^o SENS :

Ces mots sont aussi employés dans le sens de profits perçus à propos de l'ensaisinement. Ce dernier sens paraît avoir été particulièrement mis en relief à la fin du moyen âge : depuis le xiv^o siècle.

INVESTITURE :

« Quelques héritages... ne doivent au seigneur foncier, sinon que vêtures et ventes ou vêtures seulement » (3).

« Vêture s'entend ainsi pour ce que l'on paie pour le vest d'héritage acquis de nouvel, fait par des officiers de la justice où est émis le dit héritage ». (4)

SAISINE :

« Respondetur quod ventæ et saysinæ sunt jura debita ra-

1. Cpr. Stobbe, *die Gewere*, p. 15 ss. ; Heusler, *Gewere*, p. 114 ; Brünner, *Zur Rechtsgeschichte der Romischen und germanischen Urkunde*, I, 1880, p. 279 ss.

2. Stobbe, *Gewere*, p. 533 ; *Handbuch*, p. 12.

3. *Coutumes de Rheims*, art. 150.

4. *Ibid.*, art. 142. C'est même ce sens qui fit adopter le pluriel « vêtures » pour l'envoi en possession : « la terre lui fut adjugée quoiqu'il n'eût pas les vêtures », dit Cogniaux, avocat au conseil souverain de Mons, dans sa *Pratique du retrait*, p. 97.

tione rerum immobilium quæ in alios dominos transferuntur » (1).

Ce sens général de profits nous semble indiqué par les documents suivants, cités par Ducange.

« *Monachi habebunt omnes saisinas et catalla quæ cum latrone poterunt reperiri* » (2).

Doc. de 1231 :

« *Ad deffendum omnes possessiones suas et sesinas pacifice in perpetuum detineri* » (3).

Doc. de 1216 :

« *Habeant terras suas et saisinas sicut habuerunt in principio guerræ* » (4).

Enfin cette acception nous apparaît aussi dans les coutumes : celle de Châlons nous parle de « *vendition d'héritages chargés de cens, portant lods et ventes, saisines et amendes* » (5).

La correspondance des mots investiture, saisine, gewere, tenure nous semble donc absolument prouvée. Elle est du reste admise par l'immense majorité des

1. *Grand Coutumier de France*, p. 276. V. aussi Laurière : *Saisine et dessaisine est un droit dû au seigneur foncier et censuel par le nouvel acquéreur, quand il est en saisine et mis en possession de l'héritage censuel : cette saisine et dessaisine s'appelle entrée et issue dans la coutume d'Artois. Par la coutume de Paris, art. 28, ne prend saisine qui ne veut ; mais si on prend saisine sera payé douze deniers parisis pour la saisine de l'héritage censuel.*

2. *Cartulaire de Saint-Vincent*, cité par Ducange au mot *Saisina*.

3. Ducange, *ibid.*

4. Martène, tome I, *Anecd.*, col. 857. Ducange, *ibid.*

5. *Coutume de Chalons*, art. 123.

auteurs (1). Nous ne l'avons vu mettre en doute que par M. de Parieu : « Le mot de saisine, dit-il, n'est qu'une traduction imparfaite de celui de gewere. Il n'est pas nécessaire, ajoute-t-il, de faire remarquer combien le sens étymologique de ces deux expressions est différent » (2). Pour voir si cette observation est fondée, examinons les étymologies de ces différents mots.

Etymologie des mots saisine, vêtue, gewere, tenure.

12. — a) SAISINE : L'étymologie des mots saisine, saisir, saizine, saisinne, sazine, seisine, saisiement, saizina, sazina, saisire, saxire, saximentum, se trouve dans le gothique *sas-jan* qui donna en allemand les mots *sitzen*, être assis; *besitz*, possession; en latin classique, *sedere*,

1. V. Albrecht, *Gewere*, p. 33, note 63 : Saisir = *in die gewere setzen*; Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, tome II, p. 343; Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires*, p. 77; Laferrière, *Histoire du droit français*, VI, p. 386; Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter*, p. 305; Warkœnig, *Französische Staats und Rechtsgechichte*, II, p. 195; III, p. 58 et ss.; Rosshirt, *Canonisches Recht*, p. 522; Renaud, *loc. cit.*, p. 301; Housler, *Gewere*, 1, 6, 9, 50, 338; Brünner, *Encyclopédie de Holtzendorff*, éd. 1892, p. 277; Huber, *die Bedeutung*, p. 65 et ss.; Glasson, *Hist. du dr. et des institut. de la France*, tome VII, p. 273; N. R. H., 1890, tome XIV, p. 589; Beaune, *Introduct. à l'étude du droit coutumier*, p. 185 et ss.; Bourcart, *Thèse sur les actions possessoires*, p. 184; Schulle, p. 449; Viollot, *Hist. du droit civil*, p. 586; Pollock et Maitland, *The history of english law*, II, p. 20 et ss.; Pertile, *Storia del diritto Italiano*, IV, p. 171, etc.

2. *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, p. 78-79.

possedere ; en bas latin, *sasure* (1), d'où les mots *sacer*, *sacire*, *saccare*, *sacher*, *sakeur*, *sakié*, *sacquer*, qui signifient encore tirer violemment dans les pays du nord (v. de Parieu, p. 71). En provençal il devint *sazir*, *sagir* ; en italien, *sagire*, *stagire* ; en anglais, *to seize* ; en gaélique, *sas*.

b) TENURE :

L'idée générale qui ressort de ce mot, est celle d'une emprise, d'une mainmise sur quelque chose : *tenura*, *tenuta*, *tenimentum* (2), *tenocer*, *tenement*, *tenemens*, *tenementum*, *teneur*, *teneure*, *ténéaires*, (3), *tenue*, *tenure*. Ces mots semblent surtout regarder la face individuelle de l'acte juridique, la prise, tandis que les mots *gewere* et *investiture* en regardent la face externe et sociale, la défense (4).

1. Nous ne faisons donc pas, avec Brodeau, du mot saisir un mot originaire français (*Coutume de Paris*, tome I, p. 630). Si l'on nous permettait une hypothèse que d'aucuns, peut-être, trouveront hasardeuse, et qui expliquerait la réunion des mots siège, *sedere* et possession, nous dirions qu'à l'origine la maison, l'endroit que l'on occupe est le chariot à provisions, le chariot roulant, la *screuna*, l'écraigne, le *tung*, en flamand le *dung*, dans lequel se trouve enfermé le trésor, la récolte de l'année : le *satz* (Vanderkindere, *Introduction à l'étude de l'Histoire des Instit. de la Belgique au moyen âge*, 1890). La possession, c'est l'endroit que l'on occupe, l'endroit où se trouve le *satz*. (Le mot *sasyana* en sanscrit veut dire blé : V. *Dictionnaire de Burnouf*). C'est le lieu qui se trouve sous la garde, la *gewere* de l'habitant. Coke, *Rép.*, 570, donne une autre étymologie : « *And so it was said as possessio is derived a pos et sedeo, because he who is in possession may sit down in rest an quiet ; so seisin also is derived et a sedendo, for till hoth seisin all in labor et dolor et vexatio spiritus ; but when he has obtained seisin, he may sedere et acquiescere* » : cité par Pollock et Maitland, II, p. 29.

2. Muratori, I, 857, 827, 877 ; et Heusler, *Gewere*, p. 203 ; Schröder, *Lehrbuch*, p. 51.

3. Prost, N. R. II, 1880, p. 11. *Justice et plet*, p. 63, 64, 89, 164, etc.

4. Toutefois cela vient plutôt par suite d'une façon de voir fré-

c) GEWERE :

C'est en effet la prohibition, la défense, la garantie, qu'exprime le mot de *gewere*, issu du vieux gothique *vairan* (1) d'où les dérivés. *ware*, *warenda*, *werandia*, *waran-dir*, *warendir*, *warde*, *wardeur*, *waren*, *warenne* (2), *guarentigia*, *guarant*, *guarena*, *gaignerie* (3), *garantie*, etc.

Ce mot de *gewere* est des plus anciens. Toutefois ce n'est pas lui que nous voyons employé le plus fréquemment à l'époque franke, mais le mot *investitura*.

d) INVESTITURA :

L'étymologie de l'*investitura* se trouve en latin dans le mot *vestire*, vêtir, et en allemand dans le mot *wehre*, garantir. M. Heusler (4) donne une ingénieuse explication du rapprochement de ces deux idées de vêtire et de garantie.

Il rappelle que le signe de la puissance juridique, est la main : les mots *münt* et *mundium* (5) désignant d'une

quente qu'étymologiquement, puisque le mot *tenable* signifie solide, défensable. Les ordonnances des rois de France, III, p. 429, parlent de *fermes tenables et valables*. On dit encore, qu'une ville est tenable contre l'ennemi. V. Dictionnaire de la Curie de Sainte-Palaye.

1. Pertilo, *Storia del diritto Italiano*, t. IV, p. 170.

2. Sur le sens de défense du mot garenne, voir un très remarquable chapitre dans l'ouvrage de M. Championnière sur la propriété des eaux courantes, pp. 54 à 91, particul. 63/5 ; et Ducange, au mot *Warennæ aquarum*.

3. On trouve aussi le mot transparent de waignerie dans le *Coutumier de Picardie*.

4. *Institutionen d. Deutschen Privatrechts*, I, p. 96.

5. Nous donnons au mot *mundium* la racine *manus*, d'après l'opinion de Grimm., *Rechts Alterthümer*, p. 447, et de Kraut. Ils s'appuient sur les anciennes *Glossæ Matr.*, 16 et *Vac.*, 64, de l'édit.

façon générale chez les Germains le pouvoir juridique. Ce pouvoir porté au plus haut degré, est la « *manus vestita* » (1) : la main armée, la main couverte du gant de guerre, du wanto ou de l'andelang (2), d'où les expressions « *tenere in manu vestita* », « *in vestitura manus* », « *in vestitura* », « *investitura* », « *investitur* » (3), et même *investizon* (4).

L'on voit donc l'idée, en somme identique, qui se trouve

Lombard (Pertz, IV, 651, 655) qui nous disent : « *mundium id est dominium* ». Nous voyons, du reste, les mots *mundium* et *dominium* employés indifféremment dans l'Ed. Roth. 186 ; Liutp. 9 et 121. (Cités par Heusler, *Institutionen.*, I, p. 96 ; par Schröder, *Lehrbüch des Deutsches Rg.*, p. 50). Sur l'emploi de la main en droit germanique : V. Thévenin, *Contrib. à l'hist. du dr. germanique*, N. R. H., 1880, p. 72, note 1 ; et Flach, *Origines*, I, p. 61 ; voir aussi les textes cités par Ehrenberg dans sa belle monographie : *Commendatio und huldigung*. Nous trouvons le même emploi de la main à Rome : V. l'étude de M. Esmein sur la *Manus*, la *confarreatio* et l'*usus* (*Mélanges*, p. 1 à 36) ; cpr Girard, *Manuel de droit romain*, pp. 129, 141 ; Flach, *loc. cit.*, p. 49 et ss. ; Ihering, *Esprit du dr. romain*, tome I, p. 116 et ss.

1. Lex Baiwar., titre 17 § 3 : *Mei antecessores tenuerunt (territorium) et mihi in alodium reliquerunt, et vestita est manus illius cui tradidi*. Charta. Alamann Gold, 58 : *Post meum discessum ipsas res ad Monasterium S. Galloni admelioratas revertant, absque nulla contradictione vel minuatione, manu vestita, partibus meis possideant*. Pour l'Angleterre, v. doc. cité par Pollock et Maitland, t. II, p. 85.

2. Le gant fut, par suite d'une idée corrélatrice, employé aussi pour le transfert de propriété. Cette idée persista longtemps puisqu'en Lorraine encore au xvi^e siècle, à Strasbourg, nous retrouvons le gant comme symbole du mariage. V. Bonvalot, *Histoire du droit et des institutions de la Lorraine*, p. 41.

3. Sur ces points voir Heusler, *Gewere*, p. 338.

4. *Vest, vesteure, vestur, vestent, vesture*.

sous toutes ces formules différentes (1) : c'est celle de main vêtue légalement. L'expression persista longtemps : au xiv^e siècle, Bouteiller nous parle encore d'emporter quelque chose hors de « *la maniance* » de l'obligé (2) ; et au xiv^e siècle Guy Coquille, de la « *main garnie* » et de la « *garnison de la main* » (3). D'un autre côté, des coutumes des pays de nantissement usent des mots de « *main assise* » (4), tandis qu'auparavant les documents du xii^e siècle employaient les expressions « *saisir en la main* » (5). On le voit, toute cette terminologie correspondant à la même idée que la « *main vêtue* », « *l'investiture* » exprime l'exercice de la puissance juridique sur une personne ou sur une chose (6).

L'observation de de Parieu n'est donc pas fondée : la saisine et la gewere se rejoignent dans l'idée de puis-

1. L'on voit donc que la saisine est une expression du *mundium* et non pas l'*attribut essentiel* du *mundium*, comme le dit M. Simonnet.

2. Somme rurale, I, 25, édit Charondas.

3. Institut., p. 440 ; cpr. Beaumanoir, XXXV, 6. Sur ce privilège de main garnie, qui était conféré par acte authentique et permettait au créancier de saisir immédiatement et malgré toute opposition, les meubles du débiteur en vertu de son titre, V. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 202.

4. V. Morlin, *Répert.*, au mot main assise.

5. *Il fut saisi (li roi) en sa main e terres e mustiers* : Th. le Mart, cité par Littré « *saisine ou maniance* » : Cout. d'Artois.

6. Le mot saisine finit même par s'emplir du sens germanique et par signifier puissance. Froiss., *Poës.*, II, p. 158, vers 5308, nous parle de briser « *d'enfer la saisine* ».

En cuer n'a point de raison,

Ou amour met se saisine.

Adans li Boqus. IV, v. 1414.

sance et de *manus*. Tout au plus peut-on dire que, comme la *tenura*, le mot latin *saisina* finit par être envisagé d'une façon plus positive, et sembla s'occuper surtout du fait : le mot german *wehre*, regardant davantage le droit. « La *gewere*, nous dit Van Bemmelen (1), impliquait d'après les anciennes idées germaniques que le possesseur est constamment prêt et disposé à défendre sa possession les armes à la main et contre qui que ce soit ». Cette idée qui est celle du droit de propriété (2) : l'idée d'exclusion d'autrui, nous explique peut-être pourquoi, comme le remarque Brünner (3), « les Germains n'arrivèrent jamais à cette séparation aiguë que le droit romain avait établie entre le pouvoir de droit et le pouvoir de fait, et tendirent toujours à faire prédominer le pouvoir de droit ». Sans doute on trouvera que c'est attacher à des mots de profonds résultats : mais les mots ne révèlent pas seulement les idées, ils aident à les reformer, et influent ainsi sur des concepts eux-mêmes.

Nous devons, pour achever notre étude sur la terminologie, et en même temps faciliter un travail analogue au

1. Système de la propriété mobilière p. 103. note 1,

2. Mais comprise d'une façon complexe et encore peu nette, comme nous le montre bien Gierke dans son bel ouvrage, *das deutsche Genossenschaftrecht*, t. II, p. 135 : « der auspruch des besitzers
« auf Vertretung, Wertheidigung und Verfolgung seiner Sache, das
« faktische Verhältniss des Besitzes zu dem grundstück und sei-
« nem Nutzen : das sind die Momente, welche sich in der *gewere*
« zu einem einheitlichen Begriff verbinden oder doch verbinden
« Können ».

3. Quellen und geschichte des deutschen Rechts, dans l'*Encyclopädie de Franz Holtzendorff*, édit. 1892 p. 273.

nôtre à ceux qui en seraient tentés, essayer de localiser dans l'espace et dans le temps les différents termes employés.

Localisation des mots investiture, saisine, gewere, tenure.

12. — Le mot investiture est universellement employé à l'époque franke, dès le VII^e siècle (1). Toutefois une discussion est engagée sur son lieu d'origine : Fumagalli (2) y voit un usage d'invention allemande ou franke ; Merkel (3) croit même qu'il est spécialement d'origine franke et fut introduit par ce peuple en Bavière ; par contre, Heusler (4) tout en admettant l'importation de l'investiture en Lombardie dès le IX^e siècle, affirme qu'il y avait là un usage général germanique dont il trouve des traces à Saint-Gall dès 744 (5). Quoi qu'il en soit, au IX^e

1. Doc du VII^e siècle : Pertz, Dipl. I (M) 35, 73, (A) 16, 18, 21, 22. Au VIII^e siècle on en trouve encore des traces dans Vaissello, *Histoire du Languedoc*, II, n^o 5 ; et en 817 dans un document cité par Pertz, I, page 211 : *Fidejussores vestituræ donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faci at.* (Voir Sohm, *Aufassung*, p. 80 et ss.) ; ajouter doc. de 710 (Brecquigny-Pardessus, *Diplomata*, n^o 477) ; doc. de 747, *ibid.*, n^o 590c, pr. n^{os} 404, 440 etc., cités par Heusler.

2. *Codice diplomatico St Ambrosiano*, pièce 54, note.

3. *Zeitschrift für Rechtsgesch.*, II, p. 155.

4. *Gewere*, p. 2 et s.

5. Wartmann, *Urkundenbuch der Abtei Saint-Gallen*, n^o 10, cpr. n^{os} 22, 49. Pour la Bavière, voir doc. de 793 (Meichelbeck, *Historia Frisingensis*, vol. I, *pars instrumentaria*, n^o 111, cpr. n^o 241). L'investiture apparaît en Saxe, en Frise, en même temps que chez les

siècle l'emploi de ce mot est général, comme nous l'indiquent les documents cités plus haut (1).

A cette époque, l'investiture conserve encore dans les différents pays sa signification générale de puissance juridique. Cependant du x^e au xii^e siècle, nous trouvons dans la terminologie une tendance à une précision plus grande : l'investiture tend de plus en plus à se limiter à l'envoi en possession symbolique, tandis que la saisine désigne la possession (2).

C'est ce qu'on remarque particulièrement en France (3) : le mot saisine en concurrence avec les mots *possessio*, *teneura*, *teneuria* y désigne l'état de possession. Les Olim

Visigoths et les Bourguignons (voir doc. cités par Heusler, p. 4 et 5.

1. Voir au mot *investiture*, p. 9 et ss.

2. Voir au X^e siècle pour le mot *investiture* : doc. de 922, Bouquet, IX, p. 557 ; doc. de 936, *ibid.* p. 584 ; doc. de 958, *histoire de Metz*, IV, p. 72 ; doc. de 988, Calmet, *Histoire de Lorraine*, IV p. 393 ; doc. cités par Heusler, *gewere*, p. 338. Pour les XI^e et XII^e siècles : doc. de 1055 Muratori I, 1001 ; doc. de 1137, *Chart.* II, n^o 180. Voir aussi Muratori. *Chart.*, I, 252, III, 201, 2111 ; doc. cités par Heusler, *loc. cit.*, p. 291.

3. Ce mot saisine avait aussi pénétré en Italie, V. doc. de 1182, nous y voyons employer le mot « *Disisiavit* » : Muratori, *Ant.*, I, 738 ; doc. de 1227 : *D. Henricus posuit Amalfitanum archiepiscopum in possessionem omnium vinearum et assignavit sasinam dictarum possessionem*. Ughel, VII, 454 ; cité par Pertile, *loc. cit.*, p. 171, note 4. On le retrouve aussi en Sicile dans les *Constitutiones regni seculi* ; et en Angleterre au temps de Guillaume le Conquérant, on rencontre souvent les mots : *seisin*, *to seize*, *to sit*, *to set*, *sagire*, *saisire*, *sesitore*, voir Pollock et Maitland, *history*, II, p. 29 et 30 note 1. On trouve aussi en Angleterre dans un curieux document : « *investituram, id est saisitionem accepit* », cité par Pollock et Maitland, II, 32, note 2.

n'ont-ils jamais pu arriver à présenter sur ces matières une exposition satisfaisante.

Les mots *gewere* et *tenure* ont une moindre importance pour notre travail. Celui de *gewere* est fréquemment employé dans les coutumiers germains au moment où le latin perdant faveur, la langue populaire prit sa place. La période typique de la *gewere* fut celle des livres de droit du XIII^e siècle. Dans la suite, la *gewere* perdit sa signification spéciale et technique, et l'on ne la trouve plus que dans quelques rares documents, employée avec la signification de jouissance ou possession d'un bien fonds (1). En France nous la retrouvons encore au début du XIV^e siècle sous le mot de « waignerie » des coutumes de Picardie (2).

Quant au mot *tenure*, après avoir désigné l'envoi en possession (sens qu'il conserva en Italie et en Angleterre (3)), il nous paraît être devenu chez nous synonyme tantôt de possession de fait ou jouissance tantôt d'une sorte de propriété utile.

L'effet de la vêtture dans les coutumes de Metz au XIII^e siècle est la mise en « *Tenour* ». « *Et si an sont an-treit a teneure li signor de Saint-Sanor des ce jor ke cist es-criz fuct faiz* (4).

1. Huber, *Die Bedeutung der gewere*, p. 8.

2. Coutumier de Picardie, édit. Marnier : *De entrer en waignerie de terre qui est la main de signeur*, LXXV ; *De entrer en waignerie de terre qui est ex main de juge*, LXXVI.

3. Muratori, I, 857, 827, 877, III, 161, 200, 211, 216, 219, etc., v. Heusler, *gewere*, p. 203. Pour l'Angleterre : Garsonnet, *Hist. des loc. perp.*, p. 307 ; Pollock et Maitland, *loc. cit.*, p. 31.

4. Cartulaire de St-Sauveur n° 52. Cité par Prost, v. N. R. H. 1880, p. 18 ; cpr. *Jostice et plet*. VI, 3 § 2.

Bouteiller nous parle aussi au XIV^e siècle de « celui qui vend sa tenure et en retient la saisine » (1).

C'est aussi le sens que prit en Espagne le mot *tenuta* : « *Et tenutam vero propones solum de mero facto tractas quod possessionem corporalem et actualem respicit* » (2), et dans les *siete Partidas*, nous voyons qu'on parle de « *perder la possecion é la tenencia* » (3).

Enfin notons que, tandis que le mot possession s'employait chez nous dans le sens de détention, les coutumiers de la rédaction officielle conservaient ou introduisaient pour désigner l'envoi en possession une foule de mots. On trouve *œuvres ou devoirs de loi, devoirs de reliefs, deshéritage et adhéritance, adhéritement*, à côté des anciennes formes *vest et devest, vesture et devesture, werpissement, avesture ou avestissement, dévestissement ou désavestissement* (4), *nantissement*. Les mots romains de *main assise, mancipation* font concurrence à *saisine et dessaisine, ensaisinement, inhæredatio, l'erfvenisse ende outerfvenise (erfven ende outerfven) werpe et adhéritement, saisine et propriété, droiture, réalisation* etc.

C'est qu'à cette époque l'envoi en possession solennel avait pris des significations nouvelles, sous l'influence de diverses préoccupations dont nous trouvons les traces

1. Somme rurale. I, 67.

2. Voir le traité de *Tenuta*, de Christophorus de Paz, (cité par Heusler, p. 333 et ss.), l'on y voit que le mot *tenuta* a aussi le sens de possession juridique.

3. *Siete Partidas* III, t. 30. Cité aussi par Heusler, cp. leg. Tauri, 54 : « *possession y tenencia* ».

4. V. Britz, *Institut. du drt droit Belgique*, p. 903 et ss.; Merlin, *Répertoire*, aux mots *nantissement, vêtture, main assise*.

dans cette terminologie. L'on s'occupe tantôt du côté familial de l'envoi possession, tantôt de son côté fiscal, tantôt enfin l'on cherche un rapprochement avec des formalités romaines, souvent même à exprimer l'effet juridique de l'ensaisinement qui est la réalisation. Toutes ces idées sont pêle-mêle dans ces mots multiples dont la nomenclature semblera singulièrement vivante et animée quand nous aurons vu l'histoire de la saisine.

Mais nous ne pouvons aborder directement cette histoire: il nous faut faire préalablement table rase des préjugés, en examinant d'une façon rapide les principaux systèmes qui ont cours sur la saisine.

CHAPITRE II

QUELQUES OPINIONS SUR LA SAISINE

13-14. Ecole des Feudistes. — La saisine, signe d'asservissement de la propriété. — 15. Ecole d'Albrecht. — La saisine, fondement des droits réels. — 16. Ecole d'Heusler. — La saisine, simple expression de la possession juridique. — 17. Nouvelles théories. — 18. Point de départ nécessaire : le droit objectif. — 19. Notre plan.

13. — Qu'est-ce qu'une saisine ? Avant de poser nous-mêmes cette question et d'y chercher une réponse, nous devons examiner les différentes opinions qui ont eu cours jusqu'à ce jour. Nous avons vu le mot saisine désigner soit la possession, soit l'envoi en possession, soit le droit perçu à l'occasion du transfert de la possession. Chacune de ces étymologies a donné naissance à un système différent. Nous allons les résumer le plus brièvement que nous le pourrons (1).

14. — I. Le système qui avait le plus cours chez les

1. Nous avons toujours indiqué l'endroit exact où l'on pourrait trouver les opinions que nous mentionnons : c'est surtout nécessaire quand il s'agit de rendre la pensée d'autrui, car comme le dit Montaigne : « il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses. *Essais*, liv. III, ch. XIII (édit. Didot, p. 559).

foudistes s'attachait au côté fiscal de la saisine. Les droits de saisine payés aux seigneurs à l'occasion du transfert de propriété, devinrent pour eux les restes d'une soi-disant propriété universelle sur tous les héritages situés dans leurs domaines respectifs.

Buridan, dans son commentaire sur la *Coutume de Vermandois*, p. 295, nous expose tout au long cette théorie :

« *En quoi ces coutumes, qui requièrent la dite vêtue ou saisine se ressentent encore de l'ancienne observance dont il est parlé en l'ancien coutumier, livre 2, titre de saisine, où il est dit, qu'en la Coutume de Champagne, si l'acquéreur ne prend saisine dans les huit jours, il doit soixante et un sols six deniers pour sa négligence ; et s'il demeure un an, il doit soixante sols d'amende, comme, pour vente recelée : ce qui a pris son origine de la première et ancienne concession des héritages à titre de censive, lorsque les anciens Francs eurent subjugué les habitants originaires du pays des Gaulois, lesquels ils dédioient à l'agriculture, et à cette fin, leur balloient des héritages et terres labourables sous ce titre, qui aussi, à ce sujet, étoient appelez, censiti homines, a censu, seu Gleba addicti. Et ne leur était loisible de les bailler les uns aux autres, ni se démettre de la possession sans le consentement exprès des bailleurs, lesquels en reconnaissance de la seigneurie directe, et pour marque de supériorité, se réservoient le pouvoir par devers eux, d'agrèer ou rejeter les démissions, que les tenanciers de tels héritages vouloient faire au profit de quelques autres, les leur remettans entre leurs mains, pour en donner la possession aux nouveaux acquéreurs : qui est ce que nous appellons aujourd'hui vest et devest ».*

Cette concession faite par les seigneurs, était due à leur bon cœur, ils l'avaient faite, nous répète Buridan, « pour ne pas désespérer entièrement les habitants naturels des pays par eux conquis » (1).

C'est à cette opinion que nous rattachons une partie de l'ancienne école française de ce siècle, qui voyait dans la saisine « une institution toute féodale » et dont « le caractère fondamental était l'asservissement de la propriété » (2).

« L'ensaisinement féodal, remarque Valentin Smith (3) rappelait l'ancienne investiture de Rome et de la Germanie. Mais les formes Romaines et Germaniques n'avaient pour but que d'imprimer l'authenticité aux actes de la volonté de l'homme ; tandis que la saisine accordée par

1. Note sous l'article 162 de la *Coutume de Rheims* p. 230. Cpr. Merlin, *Répertoire*, au mot nantissement : « Les seigneurs, ont dit les feudistes, étaient autrefois propriétaires de tous les héritages situés dans leurs territoires respectifs ; dans la suite, ils en ont inféodé ou accensé une partie à leurs vassaux ; mais le domaine direct de ces fonds demeurant toujours dans leurs mains, ceux-ci n'ont jamais pu, et ne peuvent pas encore se dire propriétaires dans toute l'étendue de ce mot, par conséquent, a-t-on ajouté, il ne peut pas être en leur pouvoir de transférer leurs droits à des tiers, sans l'intervention des seigneurs ; et les donations, ventes ou constitutions d'hypothèques qu'ils en font, ne sont, pour ainsi dire, que des procurations *ad resignandum*, semblables à des bénéficiers qui ne peuvent pas transporter directement leur prébendes à ceux qu'ils jugent à propos, mais seulement de remettre aux collecteurs, pour les conférer aux personnes qui leur sont indiquées par les actes de résignation. »

2. Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires*, p. 82.

3. *Origine de la possession annale* (suivie d'un compte rendu des Etudes historiques et critiques des actions possessoires, par Valentin Smith, conseiller à la cour impériale de Lyon. Lyon, 1854.

le seigneur n'était autre chose que le signe de l'asservissement du sol ».

« Dans l'origine du droit féodal, dit Charles Giraud (1), le domaine appartenait au seigneur. Les droits du tenancier se résumaient dans une possession précaire et conditionnelle..... (même plus tard), la nécessité de l'ensaisinement du seigneur pesa encore quelque temps sur cette nature de propriétés imparfaites ».

Il n'est plus besoin de réfuter maintenant le système des feudistes. On sait comment le seigneur justicier transforma les impôts perçus, d'abord au nom du souverain, ensuite à titre privé, en signe de reconnaissance de la propriété, et comment la règle : « nulle terre sans seigneur », qui signifiait que nulle terre n'était soustraite à l'impôt justicier, finit par affirmer un prétendu droit de propriété féodale de ceux-ci (2). On trouvera ailleurs, sur tous ces points, des commentaires plus étendus.

La seule chose que nous voulions retenir, c'est qu'à un moment donné, vers le xiv^e siècle, la saisine fut surtout considérée comme le signe de l'asservissement de la propriété et par son côté purement fiscal.

Remarquons en outre, que cette première théorie date d'une époque où la saisine était en décadence, et qu'elle n'envisage la saisine que d'un point de vue externe. Les deux suivantes sont plus sérieuses et touchent davantage aux principes mêmes.

15. — II. La première qui accorde à l'envoi en posses-

1. Thèse, p. 32 ; même opinion dans de Parieu, *loc. cit.*, p. 74.

2. V. Chenon. *Etudes sur l'histoire des alleus*, p. 99 et ss.

sion une grande importance, est représentée surtout par Albrecht. Dans son célèbre ouvrage « *die gewere als grundlage des älteren deutschen sachenrechts* », il enseigne que la gewere est procurée par l'ensaisinement solennel accordé par le seigneur ou le juge à l'acquéreur d'un bien (Auflassung) à la suite de vente (1), ou de concession ou forbannissement non purgé (2), d'expulsion ou d'héritage (3). On aurait acquis de la sorte le « Besitzrecht », le droit de possession. Toutefois, le simple fait de la détention « Besitz » donnait même lieu, d'après lui, à un droit réel relatif contre celui qui vous avait dépouillé injustement. La matière de tout le système était de la sorte établie. Quant à l'idée qui vivifiait cette construction, la voici : la gewere est le fondement des droits réels, elle est le droit en représentation de la chose (4), elle procure un droit réel relatif. Ce droit va se fortifiant depuis la simple détention précaire (5), qui permet au détenteur de protéger son bien et de le poursuivre entre les mains de l'expulseur, jusqu'au droit absolu du propriétaire d'agir contre tous lorsque sa possession a été élevée par la prescription à sa plus haute puissance, que de simple gewere elle est devenue *rechte gewere* (6).

1. 1828, Gewere, p. 72.

2. Gewere, p. 27.

3. Gewere, p. 24.

4. « *Das Recht zur Vertretung der Sache* », p. 125. Elle est l'exercice de fait d'un droit quelconque, on ne la distingue pas du droit dont elle est la manifestation extérieure.

5. Gewere, p. 14, n° 23.

6. Gewere, p. 99 ss., 101 ss.

L'ouvrage eut un retentissement considérable et encore maintenant, il exerce « en quelque sorte, à l'état latent, une influence profonde sur la manière de comprendre les droits réels » (1). Mais il renfermait dans sa théorie, la contradiction de la possession et du droit de possession (Besitz und Besitzrecht) ; aussi nous voyons les auteurs frappés d'incertitude essayer vainement de concilier le droit et le fait. Les uns prennent pour point de départ le degré le plus bas de la gewere, comme Phillips (2), pour qui la gewere est « le droit reconnu par le tribunal qu'a un homme libre de défendre son fonds » ; ou même ils la font dépasser le droit réel proprement dit, comme Sandhaas, pour qui la gewere est « le droit en lui-même d'être protégé », sans qu'on s'occupe spécialement de la possession ou de l'action réelle (3).

Nous rapprochons de cette dernière façon de voir, les opinions de Gaupp et de Gerber.

Pour Gaupp : « la gewere est une simple expression générale désignant tous les droits sur la chose accompagnée de saisine ou non » (4).

Pour Gerber : « la gewere comprend tous les rapports juridiques sur une personne ou sur une chose » (5).

1. Hermann, *Die Grundelemente der altgermanischen Mobilien-Vindication*, 1886, pp. 3/4.

2. *Deutsches Privat-Recht*, § 58 ; cpr. *Deutsche. Reichs und Rechtsgeschichte*, 1845.

3. *Germanistische Abhandlungen*, 1852, p. 81, 162.

4. *Kritische Untersuchungen über die gewere des deutschen R.* : *Zeitschrift für deut. R.*, I, 86-143.

5. *Gesammelten jurist. Abhandlungen*, p. 372-426 ; et *System des*

Tous ces auteurs cherchaient à englober dans le mot de gewere la face entière du droit.

Mais ces systèmes restaient trop dans le vague.

D'autres, voulant plus de précision, s'attachèrent moins à la possession de fait, et plus étroitement à l'ensaisinement.

Pour Schulte : « la gewere est la possession régulière, la possession acquise en vertu d'un ensaisinement solennel » (1).

C'est aussi l'opinion de Stobbe, pour qui la gewere était « un droit de possession formaliste » (2).

En France, l'on était, depuis Klimrath (3), arrivé à un résultat analogue. Klimrath, comme Albrecht, déclarait que « les principes généraux sur la saisine servaient de règle à tous les droits quelconques que

deutschen Privatrechts, 1875, p. 190 : « in dieser anvendung erscheint es als eine der Formelen für die Bezeichnung des rechtlichen Verhältnisses einer Person zu einer Sache. » « Erscheint er dem mittelalterlichen Rechte nur als das aussere juristische Normalkennzeichen sachenrechtlicher Befugnisse » ; même appréciation dans l'édition de Gerber, donnée en 1895 par Cosack (v. p. 108 et 109).

1. *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, traduct. Marcel Fournier, p. 448.

2. 1835 *Gewere*, dans *Erschein und Grüber Encyclopädie*, sect. I, LXV, p. 428 et ss. Il suit du reste le système d'Albrecht, examine le pouvoir de fait (Besitz) §§ 18 et 19, puis le droit de possession (Besitzrecht), § 34. Stobbe a, du reste depuis, abandonné cette théorie pour se rallier à celle d'Heusler, ainsi que nous le verrons plus loin.

3. Etudes sur la saisine : *Revue de législation*, p. 356-400 ; *Travaux sur l'histoire du droit français*, II, p. 339-299. C'est d'après ce dernier recueil que nous citons.

l'on pouvait avoir sur une chose (p. 339) » ; que la saisine embrassait le pouvoir que l'on exerce on fait sur une chose et les droits qui découlent de ce pouvoir de fait, à la fois ce que les romains entendaient par possession et par simple détention. Il admettait la saisine de fait du dépositaire, du créancier gagiste, du fermier, en même temps que la saisine de droit et la possession idéale. Toutefois moins radical qu'Albrecht, il refusait une action réelle relative au simple détenteur.

Pour le reste, c'est le système d'Albrecht, un peu embrouillé par la fausse clarté que Klimrath a cru amener avec ses subtiles divisions de « simple saisine de fait » ou possession, « simple saisine de droit » ou droit réel dérivant du jugement ou de la tradition juridique, de « vraie saisine de fait » qui est la possession d'an et jour engendrant les actions possessoires, de « vraie saisine de fait et de droit » qui est la possession d'an et jour protégée comme droit réel (1).

Cette terminologie a bien amené des protestations, mais le fond de la théorie n'a point été changé : Ni M. Simonnet (2) ni M. Dareste (3) ni MM. Warnkœnig et Stein (4), n'ont introduit de modifications profondes à la théorie de Klimrath. C'est elle qui forme le fond des

1. Elle existe dit Klimrath, p. 356, quand aux causes de la saisine de droit se joint la possession de fait pendant l'an et jour.

2. *Histoire et théorie de la saisine héréditaire*, 1851.

3. *Revue de législation et de jurisprudence*, tome XXXVI, p. 319.

4. *Französische Staats und Rechtsgeschichte*, tome II p. 295, et t. III, p. 275, 560, 561. Ils ramènent les divisions de Klimrath à la saisine de fait et à la saisine de droit.

opinions de MM. Thiercelin (1), Beaune (2), Prost (3), Buche (4), et même dans le récent et remarquable ouvrage de M. Glasson (5), nous en retrouvons tous les traits fondamentaux. Elle est admise en principe par M. Chénon (6), qui toute-fois ramène ce système à de justes proportions, et ne voit pas dans la saisine le fondement des droits réels.

Le « droit réel relatif » d'Albrecht reste la base des théories des auteurs : seulement, au lieu de résulter de la simple détention, comme le voulait Albrecht, il serait fondé sur l'ensaisinement.

En Angleterre, même opinion chez M. Günderman (7) : *l'estate in lands* embrasse tout le cercle des droits réels sur les immeubles : les droits acquis, et même le simple pouvoir de fait susceptible de conséquences juridiques (p. 141). Nous retrouvons ici le droit relatif d'Albrecht

1. V. *Revue critique de la législation*, tome XXXVII, p. 84 et 86, note 1. Il n'admet aussi que la saisine de fait et la saisine de droit.

2. *Introduction à l'étude historique du droit coutumier*, pp. 185 et ss., 423 et ss.

3. *Étude sur la vêtture et la prise de ban à Metz*, N. R. H. 1880, p. 11 ss., 301 ss., 572 ss., 701 ss.

4. *Essai sur l'ancienne coutume de Paris*, N. R. H, 1884, p. 323.

5. *Histoire du droit et des institutions de la France*, 1896, tome VII, p. 272 et ss. Voir la même étude, N. R. H, 1890, p. 589 et ss.

6. Notre travail était terminé quand M. Chénon a bien voulu nous communiquer quelques notes sur un cours qu'il avait déjà professé, à Rennes et dans une conférence à Paris, sur la saisine au XIII^e et au XIV^e siècle. Nous avons vu avec le plus grand plaisir que l'ensemble de nos conclusions sur la saisine à cette époque correspondait à celles du savant professeur, ce qui leur ajoute une chance de probabilité dont nous apprécions l'importance.

7. *Englisches PrivatRecht*, 1864.

(p. 178), et la saisine idéale (p. 234). MM. Pollock et Maitland, avec quelques modifications admettent aussi le droit relatif (1).

En Italie c'est la théorie dominante (2).

L'on nous pardonnera de nous être un peu étendu sur cette école d'Albrecht, mais c'était nécessaire pour faire comprendre l'impossibilité où l'on se trouvait de former une notion claire comprenant en elle le pouvoir de fait et le droit de possession. Dans ces conditions, la constatation désolée de Delbrück : « l'expression de *gewere* juridique est quelque chose de mystique sortant pleinement de la logique du droit », et la colère d'Hensler, indigné de voir les professeurs des universités allemandes laissant ce « Kobold » danser au milieu des droits réels, étaient parfaitement justifiées.

En somme Albrecht a contre lui le grave défaut d'être trop flottant : car rapprochant le fait et le droit, il nous propose une notion insaisissable. De plus il est difficile d'imaginer ce droit réel relatif dont il nous parle : la caractéristique du droit réel étant de valoir contre tous.

En outre, si nous nous reportons aux textes, ils nous montrent que l'ensaisinement ne confère pas par lui-même le droit réel puisque le seigneur ensaisit « sauf tous droits » : la *gerewe* n'est donc pas le fondement des droits réels.

1. *The history of english Law*, tome II, 1895, p. 50. Pour la détermination de la nature de la saisine ils se rapprochent assez d'Hensler.

2. Pertile, *Storia del diritto Italiano*. Rome, 1892, t. IV, p. 170 et suiv., 196.

Enfin ajoutons qu'Albrecht donne à tort une allure possessoire au procès. Dans le procès ce n'est pas sur la saisine mais sur le titre dont elle est la manifestation que porte toujours la discussion.

La saisine n'est donc ni une simple possession de fait ni un droit de possession. Est-ce une sorte de possession juridique analogue à la possession romaine ?

15. — III. L'on avait bien tenté de ramener la gewere à une simple expression désignant la possession de fait, Eichhorn (1) et Brackenhæft (2) soutinrent sans succès cette théorie. Enfin vint Laband qui, dans sa belle étude sur les « vermögenrechtlichen Klagen » (3), entreprit de ramener le gewere à une notion équivalent à celle de la possession juridique romaine : comme cette dernière la gewere aurait procuré l'avantage de la situation de défendeur à celui qui en jouissait et n'aurait pu exister sans pouvoir de fait. Laband refusait de croire que dans des cas de jugement (auflassung), d'ensaisinement solennel et d'expulsion, le propriétaire eut une gewere existant avant la possession de fait ou persistant après ; il niait donc que la gewere résultât de l'ensaisinement solennel, et qu'elle fût attribuée sans possession de fait à l'héritier ou à l'expulsé.

Trois ans après arrivait l'ouvrage d'Heusler (4). Comme

1. Deutsches. Pr. R. § 156.

2. *Über die sogenannte juristische gewere an immobilien* : *Zeitschrift für deutsches Recht.*, III, pp. 1-39. V. p. 133-181.

3. 1869.

4. *Die gewere*, 1872. On trouvera un petit résumé de cet ouvrage dans le compte rendu de Lefort, *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, I, 1877, p. 348-359.

Laband, il admettait que la gewere n'était ni le droit réel ni nécessaire à l'acquisition du droit réel, mais une notion exprimant le pouvoir de fait sur la chose, une possession reconnue à celui qui tirait profit de la chose (1), une possession protégée juridiquement, procurant jusqu'à un certain point l'avantage de la position de défendeur.

Pour donner une idée du véritable soulagement que l'Allemagne savante éprouva, en sortant, grâce au livre d'Heusler, de l'ondoyante et flottante notion d'Albrecht, voici l'appréciation qu'en faisait encore sept ans après le savant jurisconsulte Sohm (2) :

« Les idées d'Heusler parurent des libératrices : tout le voile mystique qui avait couvert la leçon de la gewere se déchira pour faire place à la lumière d'une exposition uniquement juridique ». Ce fut un enthousiasme, il y eut des abjurations solennelles. Stobbe (3) transporta dans son droit privé allemand la somme des résultats nouvellement acquis et déclara expressément renoncer à son

1. « La gewere, dit encore expressément Heusler dans son dernier ouvrage (*Institutionen*, II, p. 20), n'est pas elle-même un droit, et nulle part, dans les sources, elle n'est présentée comme telle, mais elle désigne toujours et partout la relation de fait, l'expression réelle du pouvoir et du droit se tenant dessous comme compris dans la prétention ». « L'état de fait, ajout-il, (page 9), n'est pas compris comme un simple fait, mais comme un droit prétendu ».

2. *Zur geschichte des Auflassung*, 1879, p. 81.

3. En effet, Stobbe nous dit dans son *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, II^e vol. Berlin, 1883 : « Die neueren Arbeiten haben gezeigt, das die Bedeutung der gewere für das alter Sachenrecht oft überschätzt worden und dass Albrecht's Auffassung, die gewere sei die grundlage des deutschen Sacheurechts, unhaltbar ist (p. 11, note).

ancienne exposition de la gewere, au droit formaliste de posséder. L'exposition d'Heusler et de Laband gagna toute la jurisprudence allemande (1).

Cette paix ne fut pas de longue durée. Contrairement à Laband, Heusler admettait une gewere de l'héritier et de l'expulsé en l'absence de toute possession de fait (2).

Laband voulut en vain nier ces « idéale gewere » (3). Les travaux de Planck (4), de Brünner (5) et de Sohm (6) tendirent au contraire, à démontrer qu'il fallait, outre ces deux gewere, rétablir la troisième saisine idéale, conférée par l'investiture. Allait-on voir encore renaître la vieille distinction de la possession et du droit de possession

1. V. Schröder. D. R. G., 2^o édit., p. 261 ; *Alle dinglichen Rechte an unbeweglichen sachen waren nutzungsrechte, der ihnen correspondierende thatsächliche Bestand war die gewere.*

2. Et cela en vertu d'une sorte de fiction, v. Gewere, p. 207/8, cpr. Stobbe, gewere, p. 462.

3. *Zur geschichte des deutschen Sachenrechtes* dans *Krit. Vierteljahrsschrift.* tome XV, pp. 178 à 421.

4. *Das deutsche gerichtsverfahren im Mittelalter*, 1879, tome I, p. 500 et 681 et ss.

5. V. son article sur le droit des choses en Allemagne, dans *l'Encyclopädie des Rechtswissenschaft de Franz Holtzendorff*, 3^o édit. 1876. Nous citons ici cette édition puisque nous indiquons l'histoire de la doctrine, nous citerons dans la suite de notre travail d'après la dernière édition de 1892. L'opinion de Brünner est aussi rappelée dans la monographie de M. Hübner : *Der immobilienprozess der frankischen Zeit.* 1893.

6. *Eheschliessung*, p. 80, 81 ; *Zur Geschichte der Auflassung*, p. 100 et 108 et *passim*. Cette idéale gewere est aussi reconnue par Huber, *Die Bedeutung des gewere*, 1894, p. 46. En ce sens Gierke à son cours, Berlin. Nous devons la communication des feuilles du cours du semestre d'hiver, que M. Gierke a professé à Berlin en 1893-94, à l'obligeance de notre ami M. Alois Steinhauser, docteur juriste de la faculté de Berne.

et retomber dans les incertitudes dont l'on était sorti avec tant de peine ?

16. — C'est ici que commence notre examen proprement dit. Nous devons essayer de chercher s'il n'existe pas quelque conciliation possible entre cette expression de la possession de fait et du droit de possession d'Albrecht et la possession juridique d'Heusler et de Laband ; examiner si, en réalité, l'évolution de la saisine n'explique pas les différentes faces sous lesquelles elle est apparue, et si les notions que l'on nous a présentées sont complémentaires ou contradictoires.

Avant d'arriver à cet examen, disons de suite que si les théories d'Albrecht et d'Heusler doivent être rejetées comme système, elles n'en renferment pas moins chacune de très bonnes parties qui se complètent en quelque sorte.

La nature de la saisine a été en grande partie saisie par Heusler et Laband. Il y a là une question sur laquelle il n'existe plus guère de discussions importantes (1). Pour tous la saisine est la possession juridique. Elle est accordée à celui qui retire immédiatement profit d'une chose ;

Mais Heusler et Laband se sont arrêté en chemin. Ils ne nous expliquent pas pourquoi continuellement

1. Sur ce point nous sommes complètement de l'avis d'Hermann, « die theorie der gewere darf heute allerdings, angesichts der Heusler eben Abhandlung « die gewere » als in wesentlichen abgeschlossen betrachtet werden ». Ainsi la nature même de la saisine est fixée d'une façon définitive et acceptée par les auteurs les plus récents.

dans le moyen-âge, le demandeur et le défendeur invoquent une saisine, et les coutumiers nous déclarent avec les établissements de St. Louis que : « *nul ne puet ni ne doit demander saisine s'il n'a esté en saisine devant, ou cil por lui il la demande n'a avant esté en saisine, ou qu'il est dépoillies* » (1). C'est là le point qu'Albrecht avait précisément voulu mettre en lumière. D'une façon générale, l'on peut dire qu'il a mieux saisi qu'Heusler la portée de la saisine.

Par contre il a eu tort de chercher une solution dans le principe même de la saisine, car ce n'est ni comme droit réel ni comme simple fait que l'on protège la saisine. En effet, nous avons vu que la saisine pouvait d'un côté exister sans ce que nous appellerions aujourd'hui le droit réel, dans le cas où le seigneur investissait une personne sans droits. D'un autre côté un droit pouvait exister sans saisine dans le cas d'un propriétaire ayant engagé son bien, d'une femme l'ayant confié à l'administration de son mari, d'un seigneur censier l'ayant remis à un censier, etc. Ces différentes personnes n'ont pas la saisine pendant la durée du gage, du mariage, de l'engagement. Elles ont pourtant un droit sans saisine.

La saisine n'est donc ni la possession au sens matériel du mot, ni le droit de possession (2), ni le fonde-

1. Établissements de St. Louis. Livre II, ch. IV. Edit. Viollet, tome II, p. 334.

2. M. Gierke, à son cours, repousse aussi la distinction de la possession et du droit de possession. Déjà auparavant, dans son remarquable ouvrage : « *Deutschen genossenschafts Recht* » II, p. 137, il écartait l'opinion d'Albrecht : « *Immer ist in allen ihren Anwendungen*

ment du droit réel, ni le signe de l'asservissement de la propriété.

IV. MM. Gierke et Huber ont cherché s'ils ne trouveraient pas dans la forme l'explication que le fond se refusait à leur donner sur l'importance de la saisie.

Elle serait, au moyen âge, LA FORME DU DROIT RÉEL (1). En ce sens qu'il ne peut y avoir de droit réel là où il n'y a pas eu un ensaisinement, et que la possession juridique est la possession basée sur un ensaisinement. Avant toute autre considération, le demandeur devra prouver que son droit présent, passé ou futur, est ou était enveloppé d'une saisine (saisine qui, dans le cas de succession, est celle de son auteur), et que, par conséquent, son adversaire n'est pas ou n'est plus en bonne saisine. « C'est nous qui somme en bonne saisine » : disent les parties dans les procès des xiii^e et xiv^e siècles (2).

und Wirkungen die gewere weder den gegensatz des Sachenrechts noch mit dem Sachenrecht identisch : *sie ist vielmehr eine für sich aufgefasste bestimmte Seite des Sachenrechts indem in ihr das formale und nach aussen gekehrte Element desselben abgehoben und unter Umständen zu selbständiger Geltung gebracht wird.* Umberührt bleibt von ihrem Begriff die eigentliche substanz, die nach innen gekehrte Seite des Sachenrechts. Es ist daher unrichtig, in der gewere die grundlage des deutschen sachenrechts zu erblicken », t. II, p. 137. Dans son cours récent, il repousse aussi celle d'Heusler et refuse de voir dans le gewere germanique quelque chose d'analogue à la possession *ad interdicta* romaine.

1. Huber, p. 48, 53.

2. « C'est le droit réel affirmé sur un bien dans certaines circonstances de fait jugées suffisantes pour le corpus de la gewere » (Huber, p. 39). « Ce n'est ni l'opposé du droit réel ni un droit réel, c'est un élément du droit réel, son côté formel et extérieur

Ce n'est pas à dire que cette forme elle-même, lorsque le droit n'était pas directement attaqué, n'assurât une certaine protection à celui qui en jouissait (1). Et cela se comprend facilement puisque la saisine n'est pas une possession juridique de fait mais une possession de droit, *Saisina Juris*. A ce point de vue, la notion de saisine du droit doit recevoir un certain complément : on peut y voir « la légitimation extérieure » du droit : « l'extériorité » du droit réel, la « saisina » du droit réel, sa forme faisant présumer un droit jusqu'à ce qu'il soit démontré que l'apparence est fautive et qu'il existe une autre saisine préférable (2). La saisine avait donc une importance, importance d'autant plus grande que la démonstration qu'elle ne correspondait pas à un droit, ne pouvait être faite que dans un laps de temps très court après lequel le droit contenu ou censé contenu sous la saisine devenait inattaquable (3).

L'on voit ainsi se relier les notions qui semblaient s'exclure d'Heusler et d'Albrecht :

présentant sous certaines circonstances une valeur propre » (p. 53).
« Le fait est pris dans sa signification comme forme » (p. 54).

1. La saisine est donc bien la forme sous laquelle le droit réel est défendu, acquis et transporté et non seulement, il n'y a pas, comme le dit Heusler, de droit réel qui ne se manifeste par une saisine, mais le droit réel n'est reconnu juridiquement et ne peut être exercé, que dans la forme d'une saisine présente, passée ou à venir.

2. Ainsi nous verrons, qu'en France comme dans les pays avoisinants, on ne peut être dessaisi sans jugement, v. les documents nombreux cités dans notre chapitre IX. L'état de fait est donc compris, en quelque sorte, comme un droit prétendu. V. Heusler, *Institutionem*, II, p. 42. Le défendeur est en possession de droit (Huber, p. 9).

3. Cpr. Huber, p. 39 et ss., 47, 48, 62.

D'un côté, la saisine est bien l'apparence matérielle du droit comme le dit Heusler et de l'autre côté le droit réel se lie tellement pour les choses mobilières et immobilières avec la saisine, que la saisine paraît être le fondement du droit de poursuite et le droit de poursuite, une suite de la saisine (1).

En outre, comme nous le verrons, la saisine est bien le fondement des droits réels, non dans le sens d'une notion engendrant les droits réels ou d'une institution les présentant simplement extérieurement et les protégeant d'une façon indépendante (comme d'un côté Albrecht l'a cru et de l'autre Heusler), mais dans la signification plus générale que les droits réels sont sortis dans leurs développements subséquents de la saisine, et pendant le xiii^e siècle, et même longtemps après dans nos pays de nantissement du Nord, ont éprouvé la protection du droit sous l'apparence d'une saisine (2).

Ainsi, les derniers travaux de la science allemande tendent à lui faire admettre, que la saisine est l'extériorité du droit réel, et la notion même dans laquelle ont été « cisailés » les droits réels (3).

1. Huber, p. 20.

2. Huber, p. 83, 85 et notre chapitre VI, *in fine*.

3. En France, nous n'avons trouvé qu'une opinion se rapprochant sensiblement de cette façon de concevoir la saisine, c'est celle de M. Chenon :

« Au xiii^e siècle, dit le savant professeur, la saisine consiste
« dans l'exercice d'un droit immobilier quelconque considéré in-
« dépendamment de ce droit (Elle n'est donc pas le droit réel lui-
« même). Elle est alors protégée par elle-même et par des actions
« spéciales (M. Chenon se place au xiii^e siècle après l'introduction
« des actions possessoires). Elle produit des effets toujours les

C'est ici que s'arrête le dernier effort de la littérature possessoire dont nous avons eu connaissance. L'ensemble des travaux actuels, comme nous le verrons d'une façon détaillée dans la suite de cette étude, nous donne donc, d'une façon à peu près concordante :

a La nature de la saisine ;

b Sa fonction ;

c Ils nous font soupçonner aussi qu'il y a eu une évolution, « que la saisine, après avoir fonctionné comme propriété (1), est ensuite devenue une notion formaliste, « un moyen de faire des droits réels », mais ils ne nous satisfont pas complètement. Il y a des lacunes dans ce développement : on ne nous explique pas comment et pourquoi la saisine est devenue la forme du droit réel. En outre, nous ne pouvons rejoindre cette notion possessoire dont nous croyons les éléments, sous la saisine.

Aussi nous avons voulu approfondir davantage les re-

« mêmes, et elle s'acquiert ou se perd par les mêmes modes que
« le droit dont elle est la manifestation extérieure (la forme, avons-
« nous dit), ce qui exclut, comme mode d'acquérir, la simple ap-
« préhension de fait ou le simple exercice de fait et la distingue de
« la nuda detentio ».

1. Huber, p. 76. Que cette évolution ait existé, l'on en voit la preuve dans les variations des auteurs quand ils parlent des diverses époques du droit ancien. Aussi M. Bruns qui dans son premier ouvrage (*das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der gegenwart*, Tubinge, 1848), repoussait les théories d'Albrecht sur la possession et le droit de possession, assimilait la gewere à la propriété (p. 285) et réduisait les avantages de la possession de fait à une preuve facile et à la possibilité de la légitime défense, (p. 303) incline visiblement vers la théorie d'Albrecht dans son dernier ouvrage (*das ältere Besitz und das possessorium ordinarium. Kleinere schriften*, tome I, p. 136 et ss).

lations de la forme et du fond dans le droit primitif et essayé de nous figurer la saisine telle qu'on la concevait à l'origine.

Ces considérations, qui ne sembleront pas prises de trop loin dans le cours de cette étude, nous ont amené à cette idée que la nature et la portée de la saisine s'expliquent par ce fait que le droit des premiers temps était avant tout un droit extérieur et objectif.

Qu'on nous permette d'insister.

Caractère objectif du premier droit.

18. — Nous avouons avoir toujours considéré comme un concept très difficile à comprendre ce « mélange » de propriété et de possession que les auteurs nous présentent comme le trait caractéristique de la propriété primitive : « En réalité, dit M. Vanderkindere (1), la notion de droit de propriété ne se distingue qu'imparfaitement de celle de la possession. L'essentiel était le fait légitime de la puissance, ce que le moyen âge appelle la *gewere*, la possession juridique, et il importe peu que cette possession soit restreinte dans le temps et même dans l'étendue des droits qui s'y rattachent. » L'explication est que la propriété était considérée comme possession, c'est-à-dire comme propriété apparente.

Pour bien juger de la portée de cette affirmation, il

1. Vanderkindere, *loc. cit.* Cpr. Garsonnet. *Histoire des locations perpétuelles*. De Laveleye. *De la propriété et de ses formes primitives*. Claudio Janet. *Les institutions et le droit civil à Sparte*. Glasson, *loc. cit.* VII, p. 273, etc.

nous faut examiner l'importance qu'avait à cette époque le côté visible du droit. Cette étude nous montrera que ce caractère objectif, extérieur du droit, que nous sommes obligé de faire ressortir ici parce que nous ne l'avons point rencontré dans les livres, est une notion fondamentale de l'ancien droit. Sans manifestations extérieures, il n'y avait pas de vie juridique possible, et nous verrons que l'extériorité a été en quelque sorte la condition d'existence du très ancien droit.

L'état social des premiers temps, la mentalité de ceux qui usaient du droit, tout exigeait l'extériorité, « la technique de l'ancien droit, dit le grand de Ihéring (1), porte dans le trait fondamental de l'extériorité, le cachet de son époque. » Il n'en peut être autrement. Le droit, comme le langage, est sorti des constatations matérielles, et de même que l'on voit dans l'étude du langage « le concept matériel devenir constamment le symbole d'une idée » (2), de même l'on constate que l'idée juridique est sortie de l'apparence matérielle fournie par l'état social et économique d'alors.

Écoutons Heusler :

« Tous les droits, dit-il (3), apparaissent au germain comme l'image d'une puissance réelle, d'un fait réel

1. *Esprit du droit romain*, traduit de Meulenaere, § 58, p. 7.

2. Renan, *Origine du Langage*.

3. *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II, p. 13; cpr. I, 377. Bien entendu nous ne voyons pas là un défaut ou une qualité de l'esprit germain : tous les peuples primitifs ont conçu le droit de la sorte, et il ne faudrait point trop interroger les romains des premiers temps pour qu'ils nous donnassent une façon de voir semblable.

dans le miroir du droit. » Et ailleurs il ajoute : « On peut définir le droit des choses comme étant l'abstraction juridique des liens de puissance réelle sur les choses. »

La forme plastique et pratique des proverbes juridiques des premiers temps est encore une trace visible de cette façon de sentir le droit (1).

La conséquence que nous en retirons s'impose. Si le droit se construit d'après les apparences, un fait, pour être juridique, devra être apparent : autrement il n'entrera pas dans la sphère du droit. Et partant de cette idée nécessaire, nous ne serons pas étonnés de rencontrer une façon de sentir le droit, toute différente de la nôtre.

Nous comprendrons pourquoi l'objet même du droit devait être reconnaissable ; pourquoi la convention ne valait que si elle pouvait être prouvée ou que si elle avait été entourée d'une publicité légale (2) ; pourquoi les biens

1. Nous n'avons qu'à renvoyer pour la France à Loysel, et pour l'Allemagne à l'ouvrage de Graf et Dietherr : *deutsche rechtssprücheörter*. 1869, où l'on trouve un grand nombre de proverbes typiques des premiers temps.

2. « Pendant longtemps, dit M. Esmein (*Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 48), notre vieux droit ne distinguera pas nettement ces deux questions : la simple convention est-elle obligatoire ? La simple convention peut-elle être prouvée ? le second point sera même le plus important ». Or, pour être prouvée, il faut qu'elle apparaisse, qu'elle s'exteriorise ; ce que disent en termes précis les *Assises de Jérusalem* : « le convenant doit être si aparissant que clamour s'en puisse fere en cort, et se non, ne doit être oys ». Cour des Bourgeois, ch. 105. Beugnot, 11, p. 183. Aussi la façon normale de contracter est le contrat devant justice (v. *Abrégé des assises de la Cour des Bourgeois*, ch. LXII. Nous retrouvons

non reconnaissables n'étaient pas susceptibles de saisine et de poursuites réelles ; pourquoi le transfert du bien réel était entouré de tant de formalisme, dont l'unique fin était la manifestation plastique du droit ; pourquoi il devait avoir lieu *non in fraude, sed in publico* (1), sous l'azur du ciel : « *unter dem blauen himmel* », comme disent les coutumes du Luxembourg (2), ou tout au moins « *au veu et au seu de ceux qui l'ont voulu voir et savoir* » (3).

Pour quelle raison enfin le procès s'est développé d'une certaine façon et a varié de forme, suivant que les traces de l'injustice étaient, par suite du progrès des marques et des signes, plus ou moins persistantes.

La même idée du droit apparent nous révélera, d'un autre côté, le sens de cette institution parallèle à la saisine, la déchéance annale. Cette déchéance, basée sur le silence gardé par l'ayant droit en face d'une prétention contredisant extérieurement la sienne (4), s'expliquera

ce système dans le livre roisin de Lille (édit. Brun-Lavainne, p. 45 à 47) et aussi dans le miroir de Saxe (E-mein, *op. cit.*, p. 58). A ces documents cités par notre savant maître, nous ajouterons la célèbre ordonnance de 1218 des échevins de Gand concernant les plaids en matière mobilière. Warnkœnig, *Histoire de la Flandre*, t. III, p. 255.

1. Rozière, n° 289.

2. *Coutumes de Luxembourg*, Bourdot de Richebourg, tome II, p. 345, cité par Grimm, R. A., p. 121.

3. This change of possession and the accompanyng declaration must be made in a very formal fashion, otherwise the transactions will be unwitnessed and improvable, wich at this early time is as much as to say, that it wall be well and void. Pollock et Maitland, II, p. 84.

4. En effet, le droit conçu comme coutume est, en réalité, un droit

naturellement, sans que nous soyons obligé de recourir aux bizarres inventions du droit réel relatif.

Enfin, quand nous nous serons bien pénétré de l'idée qu'à l'origine il n'y a pas de droit là où il n'y a pas de publicité, que l'homme injuste c'est le *dieb*, c'est celui « qui agit dans l'ombre » (1), nous ne nous étonnerons pas de voir que c'est dans l'aspect paisible, régulier et vénérable de l'exercice du droit qu'il faut, à une époque où l'écriture est peu répandue et sans grande importance, où les marques sont fragiles, la plupart du temps chercher son titre (2). Une attention spéciale doit donc s'attacher au côté plastique du droit, car la visibilité, l'extériorité du droit informe toute la théorie primitive à tel point, qu'on peut dire que : **L'OBJECTIVITÉ EST LA FORME DU DROIT PRIMITIF**, en ce sens qu'on ne pouvait invoquer empirique. En d'autres termes, le droit est le fait conforme à l'ordre social, c'est le fait durable, non contredit : or on ne pouvait provoquer une contradiction qu'en rendant ce fait très apparent. La prescription, que l'on explique maintenant de tant de façons, sert de pierre de touche au droit primitif. Le fait durable : c'est la coutume, c'est le droit, parce que pour avoir duré sans contradictions, il fallait qu'il eût été au moins en pratique conforme à l'ordre.

1. Sur cette étymologie du mot *dieb* : V. M. Jobbé Duval, *Système de la revendication mobilière*, N. R. H. 1880, p. 472. Encore au XII^e siècle, dans le droit canonique, nous voyons que le *matrimonium legitimum*, est celui qui a lieu avec une publicité suffisante. Gratien, dictum CXVII. C. XXVIII, hostiensis, *Summa de matrim.* p. 344. Voir Esmein, *Le mariage en droit canonique*, tome II, p. 178. C'est ce besoin de publicité que nous rappelle Buridan, sur la coutume de Rheims, p. 243, quand il nous dit : « comme anciennement tous actes légitimes avaient marque ou symbole ».

2 S'il n'y avait pas de mesure de solennisation spéciale du transport de la *gewere* on ne pouvait poursuivre, fait observer M. Huber, *die Bedeutung*, p. 15.

un droit que sous une forme le rendant apparent et reconnaissable (1).

Les conséquences de cette façon de voir sont remarquables. Il en résultera que des caractères importants du droit seront modifiés : par exemple, la propriété paraîtra être essentiellement le *fructus* ou l'*usus*, parce que ce sont là ses manifestations visibles ; et, comme notion corollaire de la précédente, nous pouvons affirmer que le côté caché, secret, de la propriété actuelle : le fait d'être une valeur échangeable, de souffrir l'*abusus*, n'est pas une notion primitivement bien aperçue, parce qu'elle n'offre pas un caractère apparent.

Partant de là l'évolution s'indiquera : l'on comprendra que l'état économique et sociale ayant varié, les commu-

1. Le droit, lui-même, a un signe sensible, comme nous l'avons vu : c'est la main. Le lien de droit, lui-même, a été, à l'origine, un lien matériel : la racine sanscrite du mot pecus, bétail, vient de faihu, ihu, fehu, fie en allemand, vie et vieh qui veut dire corde et chaîne (De Ihering, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, p. 28) ; et les traces que suit dans la poussière le *vestigium minaus* ne sont-elles pas encore en quelque sorte un lien, un signe qui le conduit à son bien ? On pourra voir les indications sur le droit objectif primitif dans Brünner, *wort und form im Altfranzösischen Process*. 1808 ; D. R. G., II, p. 495 et 516 ; Heusler, *gewere*, p. 480 ; *Institutionem*, II, p. 11 et ss., 209 et ss. ; Huber, *die Bedeutung*, 54 et ss. et passim ; Van Bemmelen, *loc. cit.*, 42, 54, 80. L'on comprend donc, d'après tout ceci, que nous ne puissions nous enfermer dans des dilemmes comme ceux de M. Jobbé Duval : « ou les Germains conçoivent la propriété indépendamment de la possession, ou il n'en est rien ». *Loc. cit.*, p. 568. La propriété n'est pas comprise comme étant ce que nous nommons possession, ni comme étant totalement abstraite de la possession. Nous ne pouvons prêter nos idées modernes aux Germains du vi^e siècle. Leur propriété est un *fait coutumier*.

nautés s'étant dispersées, les preuves s'étant procuré des traces plus persistantes que celles que laissait l'acte dans la mémoire des témoins, sous l'influence aussi du droit romain, l'on arriva à imaginer une propriété moins extérieure mais plus profonde avec un nouvel appareil de preuves, un nouveau procès tandis que l'ancien procès, ne produisant plus que des effets provisoires, se condensait autour d'un nouveau principe pour former l'action possessoire.

La forme ou l'extériorité de la propriété, la possession en un mot n'est donc pas, comme on l'a trop superficiellement prétendu, une notion élevée artificiellement par des juristes et des procéduriers autour de la propriété et pour la défendre : c'est le résidu des vieilles façons de voir, c'est un produit organique. La notion possessoire a été l'enveloppe trop large et trop flottante abandonnée par le droit réel lorsqu'il s'est clarifié en quelque sorte et condensé dans la notion pétitoire pure.

19. — Nous pouvons maintenant aborder notre plan. Notre sujet se divise de la façon suivante :

Nous examinerons dans les III^e et IV^e chapitres la nature et les conditions de la saisine ; dans les V^e et VI^e nous parlerons du transfert de la saisine ; dans les VII^e et VIII^e, de la protection et de la perte de la saisine ; dans le IX^e nous traiterons de l'introduction du procès possessoire et de l'évolution générale du droit qui explique celui-ci.

Dans une rapide conclusion enfin, nous indiquons le résultat pratique de notre étude au point de vue du possessoire.

CHAPITRE III

NATURE DE LA SAISINE

Section I. — 20. Nature de la saisine. — 21. Objet de la saisine. Le *corpus*. Indécision de la doctrine. — 22. Inexistence de la distinction des meubles et des immeubles à l'époque franke et dans le haut moyen âge. Notions primitives du bien marqué ou non, familial ou non. Notion subséquente du bien réel ou personnel. — 23. Division des biens réels et personnels révélée : *a)* Par les différents modes de transfert ; — *b)* 24. Par les suites différentes de l'engagement volontaire ou délictuel ; — *c)* 25. Par l'action ; — *d)* 26, 27. Par la terminologie. — 28. Importance de cette distinction pour la limitation de l'action possessoire.

20. — « L'investiture ou saisine, dit Pertile, est la relation entre une chose et une personne, relation méritant la protection de la loi et du tribunal » (1) et Heusler, d'une façon plus serrée, nous indique en quoi cette relation consiste :

« La *gewere* (ou saisine) dit-il, est la possession reposant sur la jouissance du bien, possession exercée avec la volonté d'avoir sur la chose un droit correspondant à cette possession ».

En un mot, nous dirons que c'est une possession juridique.

Sous cette forme générale, la définition que nous donnons de la saisine d'après Heusler et Laband (2) n'est

1. *Storia del Diritto Italiano*, 1892, tome IV, p. 173.

2. *Gewere ist der auf nutzung des guts beruhende und (dürfen wir*

point contestée. La majorité des auteurs l'adopte et nous pensons pouvoir le faire provisoirement en attendant que notre étude subséquente ait démontré jusqu'à quel point elle est exacte et s'il ne faut pas y ajouter que pour la période précédant l'action possessoire c'est une possession acquise en vertu d'un juste titre.

La saisine est donc la possession protégée par la loi : une possession juridique comme nous le verrons, analogue à la possession juridique romaine et composée à l'instar de cette dernière par deux éléments principaux, le *corpus* et l'*animus* (1).

Nous allons examiner ces deux éléments.

Dans les deux parties de ce chapitre, nous verrons le *corpus* et le critère de la saisine.

Dans le chapitre suivant, l'*animus*.

Section I. — Le Corpus.

21. — Il y a différentes façons d'envisager le *corpus* : Les uns le prenant dans le sens possessoire romain y

hinzufügen) eben darum mit dem willen, die sachen zu dem dieser nutzung entsprechendem Rechte für sich zu haben ausgeübte Besitz. » Gewere, p. 117, cpr. p. 501, 114, 288, 338, 419. Cette définition d'Heusler est adoptée expressément par Laband (Kritick: Viertel., p. 390). Elle était déjà contenue en germe dans les *Vermögenrechtlichen Klagen*, p. 158 et ss. ; v. Schulte, *loc. cit.* p. 447 et ss. : Brünner, *Encyclopädie de holtzendorff*, p. 272 et 583 ; Sohm, *zur Geschichte der Auflassung*, p. 107 ; Hermann, *die Grundelemente der mobilien vindicatio*, p. 1 ; Huber, *die Bedeutung der gewere*, p. 1 et 2 ; Stobbe, *handbuch*, II, p. 14 ; Vanderkindere, *Introduction à l'étude du droit coutumier de Belgique*, p. 213 ; Pollock et Maitland, p. 21, Garsonnet, *loc. cit.* p. 431 ; Gierke, *loc. cit.* ; Schröder, *D. R. G.*, p. 625, etc.

1. Huber, p. 22 ; Sohm, p. 107.

voient l'exercice effectif d'un pouvoir de fait. On exigerait la main-mise, la présence effective d'une personne sur un bien pour la considérer comme ayant le *corpus* de ce bien. Cette théorie, particulièrement en faveur chez les glossateurs, n'est point celle de notre ancien droit.

D'autres personnes y voient le résultat d'actes matériels révélant clairement l'idée de domination, de puissance exclusive, d'une personne à l'égard d'une chose. Le *corpus* envisage le pouvoir de fait non comme s'exerçant mais prêt à s'exercer.

Cette théorie qui rapproche la *gewere* ou saisine coutumière de la *custodia* (1) romaine nous semble avoir obtenu jusqu'ici faveur. Elle n'est cependant point exacte à l'origine, car elle considère la possession d'une façon trop abstraite, trop en dehors de la matière pour avoir été admise aux époques primitives.

La véritable théorie du *corpus* pour le droit coutumier part non seulement, comme le croit de Ihering, de l'apparence juridique de la propriété, mais en même temps de son aspect économique (2). Le *corpus*, c'est l'ensemble des actes par lesquels se manifeste le droit d'une époque par rapport à la chose : c'est l'exercice du droit de propriété. Il dépend :

1° De la conception juridique de l'objet ;

2° De son mode d'utilisation économique.

Quelle est la conception juridique de l'objet ? Quels

1. Cpr. Paul. Loi 3 § 3. D. 41, 2.

2. Il y a là une idée que M. Saleilles, (*Études sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon), 1894, a déjà exprimée après un travail pénétrant faite sur les textes du droit romain.

sont les biens susceptibles de saisine ? Quel est leur critère économique ? Ces questions sont importantes. C'est faute de se les être posées, et à plus forte raison faute de les avoir résolues, que les auteurs se heurtent à des embarras si grands dès qu'ils abordent la question de la saisine.

« Que se passait-il encore au xiii^e siècle, dit M. Viollet, « dans une province coutumière où régnait la prescription d'un an, alors qu'un individu, possédant depuis plus d'un an, venait à être dépossédé ? Un procès s'engageait où tout en ne parlant que de possession, les plaideurs agitaient en réalité une question de propriété ?..... (1).

« En d'autres termes, entre deux compétiteurs d'un immeuble, la jouissance tranquille d'un an suffisait. Cette condition requise se rencontrait si souvent qu'on n'avait pas creusé le problème davantage, au point de vue de la théorie du possessoire »

Voilà bien des doutes soulevés en quelques lignes : — Pourquoi fallait-il que la compétition portât sur un immeuble ? Pourquoi en plaidant saisine agitaient-ils une question de propriété ? Pourquoi cette prescription annuelle ? Est-il exact de dire qu'ils n'avaient pas creusé le problème au point de vue de la théorie du possessoire ?

Et d'abord sur quels biens porte la saisine ? La réponse à cette question nous aidera à comprendre jusqu'à quel point l'on pouvait discuter une question de propriété

1. *Histoire du droit civil*, p. 582.

sous l'apparence de discuter une question sur la saisine.

22. — L'opinion encore dominante aujourd'hui est que les Germains auraient établi, depuis longtemps, une différence profonde entre le meuble et l'immeuble ; et pourtant qui ne s'aperçoit, que cette différence est inexplicable aux points de vue économique et juridique : les vêtements, les armes, les troupeaux devaient avoir pour des peuples pasteurs plus d'importance que la terre elle-même. En outre, comme le remarque Heusler (1), la notion de meuble et d'immeuble n'offre par elle-même aucun fondement juridique ; véritablement il n'y a pas de différence de nature entre le meuble et l'immeuble.

Ces deux raisons doivent déjà nous faire mettre en suspicion la division précédente. J'en ajouterai une troisième : la division des biens en mobiles et immobiles est d'essence commerciale. La possibilité ou non du transport : voilà un trait qui frappe le commerçant plus que tout autre. Or cet esprit de commerce n'existait pas chez les Francs qui arrivèrent en Gaule. C'étaient des guerriers, des pillards, tout le contraire de commerçants. Cet esprit n'a pu exister pour les mêmes raisons dans le haut moyen âge. Nous ne le trouvons fort et puissant que vers les débuts du XII^e siècle (2).

1. Heusler, *Institut.*, II, p. 3 et ss., p. 41.

2. De plus si la division de mobile et d'immobile avait été empruntée à la nature matérielle de la chose au lieu de l'être à sa nature commerciale, échangeable, l'on verrait la division des biens en corporels et incorporels exister en même temps que celle de

Ainsi loin de voir dans la notion du meuble et de l'immeuble une notion apportée par les Germains, nous y verrions plutôt une notion subséquente : le produit d'une sorte de réaction qui n'a pu se produire qu'à une époque relativement rapprochée.

En effet, si nous scrutons attentivement les textes et si nous les pensons, nous arrivons à trouver trois concepts qui nous semblent être les restes de trois périodes économiques différentes : la première est celle de la communauté des terres et du bien marqué ; la seconde est celle de la propriété familiale et de l'héritage ; la troisième est celle du bien individuel et échangeable ou du meuble. La première correspond aux débuts de la période franke ; la seconde va jusqu'aux xii^e et xiii^e siècle environ ; la troisième se continue jusqu'à nos jours.

Dans sa remarquable étude sur la revendication mobilière, M. Jobbé Duval parlant de la propriété des communiars germains nous dit : « cette propriété est en quelque sorte matérialisée et rendue visible par l'emploi général de marques de fabrique et de maison (1). »

mobile et d'immobile qui la supposerait. Or, la division des biens en corporels et incorporels ne se dégage bien qu'au xvi^e siècle, d'après M. Glasson, tome VII, p. 226. On la voit toutefois apparaître vers le xiii^e siècle, car elle est impliquée dans la définition romaine que les coutumiers nous donnent du meuble et de l'immeuble et même mentionnée expressément dans les Coutumiers. V. *Livres de Justice et de Plet*, I, 11 § 1, cpr. XVI, 28, § 1.

1. M. Jobbé Duval, N. R. H., 1880, p. 429, 470 ; Poincaré, Thèse, p. 17 ; De Ihering, *Les Indo-Européens*, p. 29, note 21 ; Hermann, *die Grundelemente*, p. 47, 55, 67. Cet usage de la marque était général.

il semble, du reste, ajoute-t-il, que cette marque de famille et de maison ait été dans une certaine mesure envisagée comme la condition nécessaire de l'appropriation individuelle ».

Que ressort-il de cela ? Tout simplement, si l'on veut bien admettre, comme nous essayerons de le prouver plus loin, que la poursuite du bien n'était possible que si l'on avait affaire à un bien marqué, une nouvelle division des biens en biens marqués ou non marqués, revendicables ou non.

Plus tard, sur cette idée maîtresse du bien reconnaissable ou non, marqué ou non, sur laquelle semble tourner la division des biens, il s'en greffa une autre : c'est que parmi les biens il y a des choses susceptibles d'une jouissance plus ou moins longue. Celles dont l'usage est momentané ou de peu de durée appartiendront à l'individu, les autres à la famille ; toutefois dans ces secondes, l'on verrait déjà la terre tendre à prendre une importance dominante (1).

nous le retrouvons chez les Hébreux (*Exode*, ch. XXXI, chez les Germains, *Loi salique*, IX, 2 ; Roth. 343, 348), chez les Romains. (Gaius, IV. 17 ; Virgile, *Georg.* 111, 158). V. Brünner, *D. R. G.*, II, p. 500 et de Ihoring, *loc. cit.*, p. 28. Nous retrouvons encore maintenant dans l'Amérique du Nord des usages analogues. Les éleveurs avant de mettre ensemble leurs troupeaux marquent chacun de leurs animaux. Cette marque est la même que celle du Ranch, c'est-à-dire du bâtiment principal de l'exploitation, ce sera une croix, une étoile, etc... A la fin de l'année, le croît du troupeau, c'est-à-dire le bien non marqué, est partagé proportionnellement, au nombre des têtes que chacun a envoyé paître sur le pâturage commun.

1. « La terre, dit M. Esmein, *Études sur les contrats dans le très*

Cette division du bien individuel et du bien familial est, remarquons-le, une division d'essence agricole, tandis que la précédente est naturelle à un peuple pasteur. Cette seconde division n'a pu exister qu'au moment où les Germains se sont installés définitivement sur le sol : c'est-à-dire vers la fin de l'époque franke.

Si, comme nous le croyons, et nous essayerons de le prouver, ces biens familiaux furent particulièrement soumis à la revendication, nous verrons, comme nous l'avons indiqué, une relation s'introduire entre la division du bien marqué ou non et celle du bien familial, elle nous conduira au bien réel ou personnel, à l'immeuble et au meuble. C'est ce qu'il nous faut démontrer. Nous le ferons brièvement pour ne point sortir trop de notre cadre ; d'une façon suffisante cependant, étant donné l'importance énorme que cette démonstration offre pour la délimitation de l'objet de l'action possessoire.

L'existence de cette division des biens se révèle principalement : 1° Dans le mode de transport.

ancien droit français, p. 161, n'a pas seulement une importance politique, elle joue encore un rôle familial. L'idée antique qui voit en elle la dotation d'une famille entière, a persisté dans la société féodale ; les termes des concessions féodales lui ont même donné une précision nouvelle. Les clauses de l'inféodation attribuent la terre au tenancier actuel et aux hoirs de son corps. De cette formule naît, au jour même de la concession, le droit de toutes les générations. » Elle arrivera même à la personnification et de même que l'on rattacherà certains meubles de valeur à l'individu comme biens personnels on en rattacherà certains autres à la terre comme biens réels.

2° Dans l'engagement volontaire ou délictuel.

3° Dans la poursuite.

a Division des biens réels et personnels révélée par le mode de transfert.

23. — Une idée de simple bon sens : il est clair que pour transférer la propriété d'objets non reconnaissables, de blé, de fourrage, de bois ou d'argent l'on n'allait point devant le Mall, il n'aurait su reconnaître le bien transmis. « Il est permis d'affirmer, dit M. Glasson, que dans notre ancien droit et dès les premiers temps, la simple tradition a toujours suffi pour le transport de la propriété et des meubles corporels, tout au moins de ceux qui ont une valeur ordinaire et servent aux usages de la vie journalière » (1).

Or si nous remarquons que l'apposition de la marque valait comme acte d'occupation (*Lex. Salic*, 27, 19, cpr. *lex. Roth*, 321, *Mon. Germ. Legg.* III, 74), que le changement injuste de la marque valait vol (*Lex. Wisigoth* VIII, 5, 8) (2); Nous pouvons très vraisemblablement croire que le transfert de propriété s'opérait par le changement solennel de la marque pour les biens réels, tandis

1. *Histoire du droit et institutions de la France*, tome VII, p. 340 ; cpr Van Bemmelen, p. 101. En sens divergent pour les créances voir un travail intéressant de Brünner, traduit dans la *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, t. X, p. 11 et 129.

2. Homeyer, *Die Haus und Hofmarke*, Berlin, 1870, p. 8 ; Hermann, *die Grundelemente*, p. 12, 46. Grimm. R. A., p. 596.

que la tradition de la main à la main suffisait pour les autres (1).

Nous arrivons à déterminer approximativement les premiers parceque nous voyons pour le transfert de ces biens (2), outre les formalités anciennes, exiger le consentement des héritiers.

Breviarium de traditione, quam fecit Haholfus, unde postmodum Atto episcopus cum filio Haholfi conventionem simul

1. Cpr. Homeyer, p. 10 ; ajouter *Lex Burgondiorum*, titre IV ; *Petri exceptiones* (édit. Savigny), III, 45. En Angleterre nous ne trouvons pas de textes nous parlant de l'aliénation des meubles dit M. Glasson (*Histoire du droit et Institutions de l'Angleterre*, II, p. 150) ; il en est autrement des immeubles : les formalités de l'ensaisinement sont nécessaires pour le *Bocland*. Nous ajoutons et les meubles réels. L'on pourrait ainsi expliquer la persistance des mentions de saisines de meubles réels dans le droit anglais : « *equus fuit de saisina sua* » « *saisitus fuit de equo* » *habuit saisinam de equo* » qui semblent étonner MM. Pollock et Maitland, II, p. 32.

2. Mais que l'on remarque que le bien fonds n'était pas nécessairement compris dans ces biens importants. Il y a des *possessionculæ* pour lesquelles la loi Ripuaire se contente d'une simple *traditio*, des *portianculæ* que l'on donne volontiers aux églises. Cette possibilité qu'avait le bienfonds d'être rangé suivant son importance dans les biens réels ou non, nous semble indiquée dans cet usage curieux de faire varier les témoins suivant la valeur des biens. Ainsi nous voyons exiger pour la vente d'un bien 3, 7, 12 témoins dans la loi ripuaire. Un décret de Childebert de 550 impose 10 témoins pour un objet mobilier (Pertz, *leges*, II, 6). Ce qui prouve qu'il y avait des immeubles moins importants, moins protégés que les meubles. On pourrait si l'on voulait, je crois, suivre de la sorte les variations de l'importance du bien. Un document de Thierry III de 680, exige 6 témoins pour la revendication ; un placitum de Childebert, III (710), en exige 12, nombre qu'un capitulaire de 749 ramène à 5 ou 7. Voir Pardessus, *Diplomata*, II, p. 185, 223, 286. Nous empruntons l'indication de ces documents à M. Glasson, *Histoire du droit et Institutions de la France*, III, p. 485.

cum amicis et parentibus fecimus... medietatem hereditatis ac S. Mariam relaxavit, medietatem sibi reservavit in hereditatem (1). Il s'agit ici de tout un héritage.

Le consentement des héritiers, remplaçait celui de la communauté (2).

Il pouvait être exigé pour les choses réelles mobilières ou immobilières, la division du mobile ou de l'immobile n'ayant pas encore paru, comme nous le montre un document de 1064 environ. Il s'agit d'un serf héritage : Le vendeur promet le consentement des parents : « *Quamvis non haberet ex hereditate, nec quisquam parentum suorum jus in eis posset reclamare* » (Thevenin, n° 165). « *Serf est héritage* » répétera plus tard le livre de jostice et de plet (XIX, 23 § 2).

Nous retrouvons les mêmes pratiques dans les coutumes ; toutefois l'on cessa d'exiger le consentement préa-

1. Meichelbech, n° 113. Cpr. doc. de 1054 (Thevenin, n° 159). Voir aussi documents cités par Schulte, *loc. cit.*, p. 459 n° 1 ; et surtout par Heusler, *gewere*, pp. 43 et 474 ; *Institut.* II, 521 et ss. Sur le point de savoir si ce consentement était exigible pour tous les biens réels ou pour une certaine quotité. V. Heusler, *loc. cit.*

2. Un document très curieux rappelant ce temps est fourni par le cartulaire de l'abbaye de Saint-Gall. N° 398.

Post obitum meum sive uxoris, si mihi heres deest, tunc ad jus prepositi et advocati seu populorum pertineat quem ipsi elegerint mihi proximum fuisse, qui easdem res in eundem censum habeat sicut et uxor et filii.

Cité par Heusler, *Institut.*, II, p. 616. Cpr. Tacite, *German.*, XX. Plus tard, au lieu du consentement de la communauté, on exigea celui du roi. Pour l'affatome du droit frank, le Thinx ou Garethinx de l'édit Lombard, l'*adoptio in hereditate*, (cpr. *Lex Salica* 46 ; *Lex Rib.* 48 ; *Roth.*, 170), il faut le consentement du roi ; Cpr. Grégoire de Tours, VI, 22 : *res Nonnichii comitis, quia absque liberis erat, diversis a rege concessae sunt.*

lable des héritiers pour se contenter d'un consentement subséquent. C'est sur ces biens, c'est-à-dire sur les biens réels, qu'ils exerceront leurs droits de retrait (1). Dans certaines coutumes on conserva même purement et simplement l'ancien usage.

Ainsi d'après le coutumier d'Artois (2) on ne peut vendre son héritage provenant des ancêtres qu'avec le consentement et l'assistance de son héritier ou pour cause de pauvreté, ou pour en acheter un autre plus considérable. La même chose en Hainaut, pour disposer de ses immeubles après sa mort il faut s'en déshériter et les conditionner (3).

Or, nous voyons que ce ne sont pas des procédés réservés uniquement aux immeubles car d'un côté Loysel permettra plus tard l'exercice du retrait pour les meubles précieux et de l'autre à Bordeaux on discuta longtemps s'il ne fallait pas reconnaître le caractère de propres

1. Sur le retrait lignager en Suisse, il vient de paraître une intéressante étude de M. Steinhauser : *das Zugrecht nach den bündnerischen statutarrechten*, 1896. Pour l'objet du retrait, V. p. 69, 70.

2. *Anciens usages d'Artois*, titre XXXIII.

3. *Coutumier de Hainaut* : titre X, sect. 2, art. 7. « *Omnes posteros meos alieno, et in omnibus bonis... ne jus hereditarium requirant coheredo* » : *Cart de Beze*, Dachery, II, p. 417, doc. de 1017. Il est curieux de voir comment les villes commerciales combattirent avec énergie le retrait lignager et les entraves apportées à la mobilisation du bien. Gand le supprime expressément. Warnkœnig, *Hist. de Flandre*, tome III, p. 76. Coutume de Bayonne. V. 18. Les coutumes de la Bourc permettent de « *recouvrer les choses meubles vendues pour loy de grand six sols, dedans neuf jours.., et pour loy de petit six sols dedans trois jours.* » Titre VI, 6, elles donnent aussi un droit de rétention pour bétail. VI, 1.

à ces meubles. Ces objets pouvant se retrayer faisaient donc partie des biens réels (1).

Cette exigence des formalités et du consentement des héritiers nous aide à comprendre comment on détruisit le bien réel pour introduire l'immeuble romain à sa place. On décida que ce n'était pas leur nature apparente, permanente qui était la cause du caractère réel des biens, mais que c'étaient les formalités qu'ils avaient subies qui les rendaient réels. En d'autres termes, le mode de transfert solennel qui primitivement ne servait qu'à certains biens (les apparents, les familiaux), prit une importance formaliste et fut exigé pour qu'on reconnût aux biens le caractère réel (2). Ce n'était plus la nature mais la loi qui déterminait quels étaient les biens transmissibles solennellement ou non. La division commerciale du meuble et de l'immeuble pouvait s'introduire (3).

Nous avons donc une division des biens indépendante de leur caractère mobile et immobile : division révélée par leur mode de transfert.

1. A Sens et à Meaux, les bagues, bijoux, tableaux étaient sujets au retrait; la valeur fait encore l'immeuble.

2. M. Van Bemmelen reconnaît que l'*investitura* des meubles ne devint point symbolique et finit même par perdre toutes ses formes spéciales pour devenir une simple *traditio* (p. 102).

3. Aussi dans les pays du nord ce sont les œuvres de loi qui font les meubles et les immeubles. « Louages de maisons, baux à cense et même vente personnelle de quelque maison, héritage ou autre bien immeuble sans les œuvres de loi sont choses mobilières » (Valenciennes, art. 33). Cpr. André Boulé, *Institution au droit coutumier de Hainaut*, p. 17-18; Britz, *Code de l'ancien droit de Belgique*, Bruxelles, 1847, p. 577, et notre chapitre VI in fine.

Division des biens réels ou personnels révélée par les suites de l'engagement volontaire ou délictuel.

24. — I. *Engagement volontaire.* — Au début du droit primitif, il semble que l'on ne connaisse pas l'engagement du patrimoine. Il est remplacé par l'engagement de la personne même du débiteur et de celle de son garant (1). Ce qui tendrait à nous faire supposer qu'à une certaine époque il n'existait pas, à proprement parler, de biens représentant la personne.

Plus tard, nous rencontrons une catégorie de biens insaisissables chez les Lombards, les Bavares, les Allemands. Nous pouvons en conclure *a contrario* que le progrès du droit a fait considérer que certains biens seraient plus directement attachés à la personne et répondraient des engagements de celle-ci (2).

Or, regardons les biens insaisissables : ce sont justement les biens susceptibles de marque à l'origine, les

1. La coutume germanique d'après Meibom, *Deutsches Pfandrecht*, p. 37, n'aurait pas connu à l'origine d'autre voie d'exécution. Voir. M. Esmein, *Etudes*, p. 154. Ce n'est que plus tard que le créancier aurait acquis le droit de saisir les meubles. Nous corrigeons ce que cette dernière phrase nous semble avoir de trop général, en disant « certains meubles ». Cpr. le *nezum* à Rome (Girard, *Manuel*, p. 465 ; De Ihering, n° 58 ; II, p. 149). Pour nous, l'obligation primitive était une vente de la personne faite sous condition. Le progrès du droit fut de remplacer cette personne réelle par une personne juridique, « le patrimoine ».

2. Sur ces biens et sur les conditions qu'on mit ensuite à leur saisie, V. Brünner, *D. R. G.*, II, p. 449.

bœufs, les chevaux, les porcs. Les biens saisissables ou personnels étaient donc les biens non marqués, les biens non familiaux, ceux qui furent les meubles plus tard (1). Oui, le débiteur qui n'avait que des biens familiaux était à l'origine insolvable comme le fut plus tard celui qui n'avait que des immeubles. Les choses que saisissait le comte, lorsque le défendeur avait fourni en justice la promesse d'exécuter la sentence (*lex salic*, loi 2), étaient uniquement les biens personnels (2).

En un mot, les créanciers n'eurent pour gage que les biens personnels (non marqués, non familiaux, non réalisés), — que les meubles lorsque cette dernière notion fut introduite.

Et cela se comprend : ces biens sont de si peu d'importance qu'on ne peut se montrer sévère ; ils sont indispensables pour le commerce rudimentaire des premiers temps. On échange un peu de blé contre du bois, contre des fourrages ; l'on reçoit quelques vivres pour un travail. Il y a là tout un ensemble de conventions de peu de portée, qui ne regardent que l'individu et qui pour lui sont d'une grande utilité (3).

1. Nous trouvons encore au moyen âge une publicité donnée à la *gewere* pour la vente des animaux (Glasson, *Histoire du droit et Institutions de l'Angleterre*, p. 150).

2. Ce sont aussi des meubles personnels que s'approprie le créancier dans la saisie extrajudiciaire : *Lex Salic.*, loi 1. Cpr. Esmein, *Études*, p. 153. Notre savant maître appelle déjà ces biens des meubles ; nous croyons que c'est prématuré. Sur le Gage immobilier, voir aussi Van Bemmelen, p. 102.

3. Cpr. Glasson, tome III, p. 429 et 174. M. Brtinner croit à tort que la législation des capitulaires admettait la saisie immobilière ;

Et ce petit patrimoine, je dirai presque cette petite fondation attribuée à l'usage personnel et au commerce de l'individu semble tellement nécessaire qu'on ne la refuse pas même aux esclaves (1) : ils en ont une sorte de possession de fait, si l'on en croit les textes.

Wartmann, n° 18 : Trado vobis servum meum cum oba sua et cum omnia quo vestitus est.

Ibid, n° 47 : Dono servo meo cum alia mancipiu tria cum hoba sua et cum omni peculiare suo ex quibus vestitus est (2).

C'est cette petite propriété individuelle négligée et presque honteuse, qu'on semble ne pas refuser même à l'esclave, qui devait plus tard dévorer l'héritage. Elle fut la porte dérobée par laquelle le créancier entra dans le bien de famille (3).

il a été réfuté par M. Esmein (*Etudes*, p. 156 et ss.). Les anciennes procédures d'exécution ne portaient donc que sur les meubles (personnels). V. Prost, *Ordonnance des Mayours de Metz*, N. R. H., 1878, tome II, p. 313. Ce caractère personnel du meuble nous apparaîtra bien plus quand nous verrons les actions personnelles françaises et anglaises et les *Klagen um Schuld* allemandes.

1. C'est dans ce sens, à notre avis, que l'Eglise soutenait que la possession était un droit naturel : c'est-à-dire un droit nécessaire à l'existence : Rosshirt, *Manuale juris canonici*, au mot *jus naturalis*. Sur cette protection de l'Eglise défendant d'enlever à l'esclave ce qu'il avait amassé par son travail et son économie, V. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, tome I, p. 317 et ss.

2. Cités par Heusler, *Gewere*, p. 54.

3. Sur la façon dont s'opéra cette invasion du créancier se faisant attribuer d'abord les biens personnels, puis la jouissance des immeubles à temps, puis à perpétuité avec l'immeuble lui-même, V. Esmein, *Etudes*, p. 156 et ss., et documents cités pages 159, 165, note 2, 179. On peut ajouter un doc. de 1384, des preuves de l'*Histoire des institutions de Bourgogne*, par Simonet, Dijon, 1867, p. 447. Il s'agit d'une obligation contractée entre Hugues le Roux de

II. *Engagement délictuel.* — Nous dirons la même chose au sujet de l'engagement délictuel. Les conséquences du délit n'atteignent que les biens personnels.

Ceci est certain pour le moyen âge. « Les anciennes coutumes de l'Anjou, du Maine et de la Touraine sont restées fidèles, dit M. Glasson (1), à ces vieilles coutumes. La confiscation n'existe pas pour les héritages ». Mais elle s'étend étroitement aux meubles, « les catalla » : les maisons doivent être démolies, les vignes arrachées, les terres ravagées avant d'être remises aux héritiers (2).

Il y a donc une catégorie de biens sur laquelle ne porte ni la responsabilité des actes délictuels, ni celle des actes contractuels ce sont les biens personnels.

Division des biens réels et personnels révélée par l'action.

25. — Nous arrivons au point décisif, à l'action. Les textes nous montrent encore ça et là, les traces d'une

St-Appolinaire et un Juif de Lyon ; le dit Hugues promet de rendre la somme de douze francs qu'il a empruntée et « *s'en oblige par peine de corps, venchies et esplées de biens* » : esplées correspond à *exploits, exploitation, levées, yssues*.

1. *Histoire du droit et institutions de France*, tome VII, p. 230. On pourrait objecter que les rois mérovingiens et carolingiens pratiquaient, comme le droit romain, la confiscation d'une manière générale (Glasson, *op. cit.*, tome III, p. 550 et 584). Mais cela nous paraît être, avec le savant auteur, contraire à l'idée primitive et d'influence romaine.

2. Dans le cas où c'est la personne elle-même qui est châtiée, le patrimoine reste indemne d'où la maxime « qui confisque le corps ne confisque pas les biens », elle s'applique au meurtrier jugé et exécuté dans les 40 jours.

d'une époque ou le bien marqué était seul revendicable. De Jhéring a mis ce fait en saillie pour le droit Romain (1), et M. Hermann pour le Germain.

La propriété du bien est spécialisée et susceptible de poursuite parce qu'on a publiquement, dans la forme habituelle et avant l'instance, reconnu comme telle la marque de propriété. Cette marque, nous l'indiquerons plus tard au chapitre de la protection de la saisine, est le *Filtort* (2). Elle ne servait pas uniquement comme le prétend M. Jobbé Duval, à la matérialisation, à l'identification du bien ; mais en même temps, c'était un moyen de preuve. Elle donnait une sûreté et une raison à la menée de traces (3).

Quant aux biens non marqués, c'est à ces derniers biens qu'était attachée l'action personnelle. Cela peut paraître étonnant au premier abord : mais il est naturel de penser que si les engagements de la personne ne s'exécutaient que sur certains biens, c'est que ces biens étaient plus particulièrement rattachés à la personne. Nous sommes confirmé dans notre opinion par la discus-

1. *Les Indo-Europeens*, p. 29, note 11. Toutefois il n'en a pas retiré toutes les conséquences, entre autres celle d'une division des biens.

2. *Das ist das grundsätzliche Bestreben die Rechtssicherheit auf die Publicitat des Recht zu gründen* : Hermann, p. 67-68. Le Filtort aurait même permis au propriétaire, suivant Hermann, de conserver son droit dans une autre maison quand il a prêté ou donné en gage la chose (V. *Casa Liutprand*, 131). D'où la ressemblance très grande entre le procès sur la *res prestita* et la *fides facta* (*loc. cit.*, p. 50). Voir en sens contraire Van Bemmelen, pp. 91-92, 198.

3. Hermann, *loc. cit.*, p. 67. Sur la marque de la maison, voir Behrend dans *Anevang und erbengewere*, p. 16.

sion engagé en Allemagne sur le véritable caractère des actions pour dettes (*Klagen um Schuld*) que l'on rencontre dans les coutumiers du moyen âge (1). Pendant que Laband (*die vermögensrechtlichen Klagen*) y voit de simples actions pour dettes d'argent (2); Planck (*das deutsche gerichtsverfahren in Mittelalt.*, I, p. 339 et ss.) en fait des actions contenant une obligation de faire pour le créancier (3); quant à Heusler (*Institutionen*, I, p. 386 et ss.), il range les *Klagen um Schuld* dans les actions personnelles et les *Klagen um gut* dans les actions réelles (4). Il reconnaît les premières à la for-

1. *Le Miroir de Saxe*, I. 70 § 1 et 2, divise les actions en *Klagen um gut* et *Klagen um Schuld*, les premières se subdivisent en actions sur la propriété et actions sur le fief. Cpr. les actions « um Schuld », « um geld » et « um anevangs », du miroir de Souabe. Voir Laband, *loc. cit.*, *passim*, et en particulier, p. 213; après avoir étudié séparément les trois actions: *Klagen um geld* (1 à 43), *Klagen am mobilien* (50 à 149), *Klagen am immobilien*, (p. 158 et ss.), il conclut que les deux premières se confondent.

2. Il prend donc l'expression de dette uniquement au sens de dette d'argent, et considère comme étant des actions *um gut*, c'est-à-dire « vers le bien », toutes les actions qui tendent à faire obtenir une chose. On peut donc agir en revendication aussi bien pour recouvrer une chose enlevée au demandeur contrairement au droit, que pour reprendre une chose prêtée, laissée, déposée, que pour obtenir la livraison d'une chose vendue.

3. Il range donc sous le nom d'action pour dettes, toutes celles qui comprennent une obligation du défendeur à une prestation: ainsi c'est une action *um Schuld* qu'il donne pour l'achat et la livraison de la chose achetée, et il place parmi les *Klagen um gut*, toutes les actions dans lesquelles le demandeur prétend que la chose lui appartient: ainsi les actions pour le retour de la chose prêtée et déposée.

4. L'action pour un bien, dit-il, est toujours une action réelle, et non pas tantôt une action réelle tantôt une action personnelle suivant son fondement de droit. L'action en restitution d'une chose prêtée ou déposée (*actio commodati, depositi*), est une action réelle, une revendication. Les actions pour dettes sont les personnelles.

mule : « *wadia dedisti de solvendo mihi decem solidos* » (1) ;
les secondes à la formule : « *malo ordine possides* ».

nelles. On voit combien cette façon de voir se rapproche de la nôtre : la schuld, la dette, c'est le petit patrimoine personnel et pas seulement l'argent. Ce qui peut répondre de la dette, sera plus tard le meuble.

1. On emploie la formule : *Malo ordine detines*, d'après Heusler, dont nous demandons la permission de résumer ici l'opinion :

a) Dans tous les cas où le demandeur affirme que la chose lui a été prise, a été enlevée de sa possession malgré sa volonté.

b) Quand le demandeur redemande une chose qu'il a remise lui-même en dépôt ou en gage.

On n'emploie pas cette formule :

a) Quand il s'agit du paiement d'une somme d'argent ou d'un dédommagement à fournir au lieu de la prestation procurée.

b) Quand la chose enlevée n'est plus dans la possession du défendeur.

Outre la différence de formule, l'opposition fondamentale des actions « pour bien » et des actions pour « dette » se manifeste, dans le procès, par la défense différente qu'apporte le défendeur, suivant qu'il est attaqué par une action personnelle ou par une action réelle. Dans ce dernier cas, il prétend avoir lui-même sur le bien un droit propre, tandis que dans le cas d'action personnelle il se contente de jurer qu'il est libre. — Cela se comprend facilement, remarque avec raison M. Heusler, on ne pouvait exiger du défendeur qu'il fit valoir un fait repoussant directement l'affirmation du demandeur, laquelle peut être tout à fait inconsiderée : tandis que pour les actions de propriété, l'on peut exiger du défendeur qu'il dise au moins en vertu de quel principe il possède la chose. Il répondra dans le cas d'action personnelle : « *non dedi ego ista vadia* ». Lib. Pap. Roth, 362 ; « *non feci* » Liutpr 8. « *de torto me appellas* » Roth, 382. Cpr. *Richsteig. Landr.* ch. 8, § I. pour l'Allemagne et pour la France, *Livre Roisin*, p. 30, n° 9 et 10, p. 34, n°s 1 et 2, 35 n° 2. (Voir sur ces points : M. Van Bemmelen, pp. 66, 51, 52, 78 ; M. Esmein, *loc. cit.*, p. 59). Voir aussi le *Livre de Justice et Plet.*, IV, 4 § 1 (p. 125) ; VI, 13 § 4 (p. 157). VI, 12 § 4 (p. 156), cité par M. Esmein, p. 54. On peut trouver aussi d'intéressants détails dans l'ordonnance de 1218, concernant les plaids en matière mo-

Nous pensons que ces explications peuvent se concilier avec la nôtre. D'un côté, l'édit de Rotharis n° 228 (Cpr. Lib. Pap. Roth, nos 228, 234, 231), nous parle de re-

mobilière à Gand : Warnkœnig, III, p. 255. Cpr. *Somma de legibus*, C. LXXXIV et CXXIII. Dans le cas l'action réelle il serait obligé d'expliquer pourquoi il tient le bien. Cpr. notre chapitre VII.

Donc lorsqu'on voit, contre une négation pure et simple, le demandeur admis à jurer son droit, il est certain que l'on a affaire à une action réelle. C'est ce qui démontre à Heusler que la procédure pour découvrir la chose confiée n'est pas une action personnelle ; car le demandeur est admis à jurer son droit quand le défendeur se contente de nier le dépôt et n'affirme pas un droit à la possession.

L'opinion de Löning (*Vertragsbruch*, p. 59. note 10), qui essayait de s'appuyer sur les *Extravagantes A. Ad leg. Sal* (Behrend, p. 119), pour essayer de ramener tout le procès à un débat fondé sur un rapport contractuel, est donc inexacte : le texte indiqué ne prouve nullement qu'il y ait eu là un rapport contractuel : *si quis alteri aviaticam terram commendaverit et ei noluerit reddere, si eum admallaverit et convinxerit, sol XV culpabilis judicetur, « reddere nolle »* explique tout. En effet, quand il y a engagement du bien à temps, le droit réel est transporté, vendu à temps à l'acquéreur. A l'échéance du terme, il est résolu de plein droit (nous le verrons plus loin). Dès ce moment l'acquéreur est dans la situation d'un voleur vis-à-vis du propriétaire, qui poursuit d'un côté son bien par l'action réelle, et, d'un autre côté le détenteur par action personnelle. « *L'obligatio restituendi* du détenteur obligé par le contrat, dit Huber (*Die Bedeutung der gewere*, 1874, p. 11), repose sur le *droit réel* limité de la propriété à laquelle le contrat a donné l'existence. Quand le demandeur fait valoir son contrat, il affirme que le droit réel de son adversaire a pris fin et il redemande la chose engagée comme prêteur ou débiteur gagiste ». Cpr. p. 14. « Le demandeur identifie son action avec la preuve qu'il a donné la chose sous l'obligation de restituer ». Le possesseur n'ayant plus droit à la conservation de la chose a perdu la saisine ou *gewere*. En ce sens : Van Bemelen, pp. 46, 52, 78, 199. Cpr. Laband, *die Vermögenrech.*, pp. 133 et 252. Pour l'Angleterre, v. Pollock et Maitland, II, 171-181.

vendications *de re mobili aut immobili*, de bœufs, d'esclaves (pour les esclaves, voir aussi Rozière, n^{os} 480 et 481), en même temps que de revendications d'universalités de biens (Rozière, n^o 427), de servitudes (*ibid.*, n^o 481. Cpr. Lib. Pap. Roth, :216, 227; Lib. Pap. Lut., 77), de terres. Or, nous ferons remarquer : *a*) que ce sont là précisément des biens insaisissables : les premiers biens réels ; *b*) que parmi les biens personnels, l'argent finit par prendre la première place, de sorte qu'on peut considérer l'opinion de Laband, voyant dans les *Klagen um Schuld* des actions pour dettes d'argent, comme à peu près exacte, au moins pour la fin du moyen-âge (1). Quant à l'action dérivant de l'obligation à une prestation qu'y voit Planck (2), il faudrait remplacer cette idée d'une action visant les services de la personne par celle d'une obligation engageant directement la personne elle-même représentée par ses meubles.

L'action qui s'adresse aux biens personnels est donc, d'après nous, l'action personnelle. Celle qui s'adresse aux biens réels, est l'action réelle (3).

1. La coutume du Maine, 358 (et celle d'Anjou, 366), nous parle de « *l'argent et autre meuble qui équipolle à ce* ». (C'est en ce sens que nous interprétons les observations sur la fongibilité des meubles de MM. Jobbé Duval, p. 85, n^o 1 ; Poincarré, thèse, p. 22, 24 et 28. Bethmann-Hollweg, *German. Civil process.*, § 81, p. 101. Cpr. Van Bemmelen, p. 70. V. Pollock et Maitland, II, p. 150, 177 ; cpr. 173. (L'on voit donc la filiation) et l'on peu remonter de l'argent, objet certain d'action personnelle encore maintenant, au meuble, du meuble ; au bien personnel, au bien non familial, enfin au bien non marqué.

2. Du reste Planck, s'est rallié aux idées d'Heusler.

3. Ces textes que nous avons cités, concernant les revendications

C'est cette action réelle que la *Summa de legibus* normande désigne sous le nom de *querela de possessione immobili* (ch. XCI) :

de meubles, avaient suffi pour faire incliner Bruns, *das Recht des Besitzes im mittel.*, vers l'opinion que les actions en revendication des meubles et des immeubles étaient à l'origine identiques. On peut depuis y ajouter, en faveur de cette opinion, un nouvel argument. L'action d'*anefang* ou *l'intertiatio* passait en Allemagne pour l'action mobilière type (Laband la supposait fondée sur la règle: « *hand muss hand wahren die* », *vermog. Klag.*, p. 102; de même Heusler dans son premier travail, *Beschränk der Eigen. verfolg. bei Fahrnuss.*, avant qu'il n'eut modifié ses conclusions dans ses *Institutionen*, I, p. 95). Or M. Brünner a dernièrement découvert des documents du XIV^e siècle, dans lesquels on voit *l'intertiatio* appliquée aux immeubles. L'aliénateur du fonds parle de: *amovere omnem interciationem, quæ teutonice dicitur vorcumber et eciam warandizare anno et die*. (Doc. de 1332 dans les *Annalen des histor. Vereines für den Niederrhein*, 50, 1890, p. 131. Cité par Brünner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tome II, p. 513). Un document de la même époque applique la même expression à un cens; on y parle de: *removere de dicto censu omnem interciationem*. Brünner, *loc. cit.* Or le droit du censier, comme nous le verrons, est un immeuble.

Même constatation pour l'*anefang*. Ce fut encore Brünner qui, le premier, découvrit l'*anefang* s'appliquant aux immeubles: Voir son édition des *Keuren du Baillage, sud-hollandais de Triuns* (*Zeitschs. d. Savigny Stiftung. German. Abtheil.*, IV. 236). Là-dessus est venu le travail de Behrend (*Anefang und Erbgewere*, p. 7-14), qui, aux documents cités par Brünner, en ajouta treize autres, dont onze au moins parlent d'un *anefang* immobilier. Brünner et après lui Behrend (p. 32-53) ont pensé avec raison qu'il fallait rechercher dans l'époque franque l'origine de cet *anefang* immobilier. Hermann (*Gründ-Elemente*, p. 96-98) croit à une origine générale germanique. Au début l'*anefang* jouait exactement le même rôle vis à vis des meubles et des immeubles, conformément à l'opinion du savant hollandais Mortien (rapportée par Behrend, p. 31, n^o 15). Cette généralité de l'*anefang* semble démontrée par des formules frankes (Heusler, *die gewere*, p. 74; *Institutionen*, tome I, p. 385-394.

Dicitur autem possessio immobilis feodum seu hereditas (que ab aliquo possessa de loco ad locum transmoverti non potest).

Tandis que la querela de possessione mobili est l'action personnelle :

De mobili autem est querela cum super aliqua possessione mobili inter partes adversus contentio ventilatur, ut si Petrus petat a Thomas XII denarios quos ei debet.

.

Est ergo querela de mobili possessione contentio inter partes adversas coram iudiciario ventilata super re aliqua possessionali mobili ut sic : Petrus conqueritur de Thoma, qui ei asinum suum difforciat minus juste.

.

Harum autem querelarum quedam sunt de debito, quedam

Voir aussi Behrend, 15-20) ; plus tard il n'aurait plus joué que le rôle d'envoi en possession judiciaire d'un héritage en vertu d'une légitimation formaliste (Behrend, p. 48 ; 50 ss., 54 ss.). Contra Van Bemmelen, p. 201. La distinction que l'on a voulu établir entre les revendications mobilières ou immobilières primitives ne repose donc sur aucune raison ni de fonds ni même de forme, comme nous venons de le voir.

Nous voyons en outre dans cette identité établie entre l'*anefang* mobilier et l'*anefang* immobilier, une raison pour reprendre le rapprochement que Renaud avait déjà essayé de faire entre cette procédure et notre vieille procédure d'aveu et contre aveu. Renaud, t. XVII, *Critische Zeitschrift de Mittermaier*. (Cité par de Pariou). Les similitudes que l'on trouve entre cette procédure et celle de l'applement immobilier, le fait qu'elle exige une possession pareille à celle de la plainte : tout cela nous rappelle la vieille idée d'une procédure identique applicable aux biens réels sans distinction de meubles et d'immeubles. Sur cette procédure d'aven, voir De Pariou, p. 137 ; Glasson, *Droit et Instit. de la France*, VII, p. 253.

de prestito, quedam de adirato, quedam de pacto, quedam de damno illato, quedam de promisso, quedam de ablato, quedam de nautatione, quedam de furto, etc. (ch. LXXXVII).

Toutes ces prétendues actions mobilières sont des actions personnelles.

Sommes-nous donc bien près de « l'hérésie » de Franken (1), de l'idée que les meubles ne sont protégés que tant qu'ils restent dans notre détention : idée de la possession-détention contre laquelle se sont insurgés Van Bemmelen, Heusler, Huber.

Oui et non. Notre exposé a montré qu'en réalité, la distinction des biens était fondée, non sur leur caractère mobile : ce n'est qu'une distinction de commerce (2) ; mais sur leur caractère reconnaissable et sur la longueur de la jouissance qu'ils procurent : c'est une distinction de peu-

1. Franken, *Das Französische Pfandrecht un mittelalter*, pp. 267 et 297.

2. M. Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 100, remarque que « le droit immobilier et le droit mobilier se partageaient pour ainsi dire les diverses classes d'êtres humains dont se composait la société médiévale. Le premier était celui des nobles, du clergé et des paysans, le second celui des bourgeois et des commerçants. Le premier régnait dans les campagnes, les châteaux, les fondations religieuses et pieuses ; le second dans les villes, les marchés et les bourses ». On voit ce qu'il y a de vrai et de faux dans cette distinction : ce n'est pas le bien mobile ou immobile qui partage les différentes classes de la Société ; c'est l'esprit de commerce et de transaction et l'esprit agricole ou sédentaire ; l'un cherche à mobiliser, l'autre à immobiliser les biens. Or cet esprit de commerce ne triomphe que vers le XII^e siècle. V. chapitre de MM. Giry et André Réville. *Histoire générale de MM. Lavisse et Rambaud*, tome II, p. 420 et ss. Une division d'actions basée sur la valeur commerciale des biens ne peut donc être que récente.

ple agriculteur. La classe des héritages comprendra les meubles susceptibles d'une utilité économique prolongée ; celle des biens personnels, l'argent, les fruits, les vêtements, les biens transitoires qui ne sont pas susceptibles de revendication *parce qu'ils ne sont pas susceptibles de détermination*. C'est là tout le secret de la distinction des biens (1). C'est la force des choses, leur nature non reconnaissable, qui place les biens personnels sous la simple garde personnelle, qui les met simplement, pour employer l'expression allemande, *in gewere* (2).

Il y a là une notion analogue à celle dont Nerva le fils nous révèle la trace en droit romain.

« Nous conservons dit-il, la possession des meubles, les esclaves exceptés, tant qu'ils restent sous notre garde » (3).

Au surplus, il ne faut point tant chercher, il suffit de lire le Grand Coutumier, qui, après avoir indiqué que l'action réelle vise la saisine et la propriété :

« *Nota, que toutes actions réelles, ou elles sont sur nouvel trouble de saisine, ou sur vieulx empeschemens, ou elles sont propriétaires, p. 494* ».

s'explique ailleurs, p. 202, de la façon la plus claire :

« *Action personnelle compète pour raison de meuble ou de*

1. Nous avons vu que l'idée de Franken, qu'aucun objet mobile n'était susceptible de revendication, était une erreur manifeste.

2. Ils sont *in leibliche gewahrsam*, sous la garde corporelle, comme le dit M. Gierke à son cours, en s'obstinant toutefois à maintenir la distinction des meubles sous l'ancien droit germanique.

3. Paul, 54 ad. Ed. D. XLI, 23, 13.

maléfice, pour quoy personne peult estre de soy obligée à autre (p. 202).

« Action réelle compète pour raison de héritage et de fons, et poursuivent telles actions les causes à elles pareilles ; car par raison de ce ne sont pas les personnes de soy obligées » (1).

Bouteiller, Somme rurale, XXVII..., la seconde action est réelle et s'estend à toutes demandes qui sont un héritage, et sont de propriété, et qui sans toucher à ce ne peut délibérer ni décider.

Cette distinction est devinée par le grand jurisconsulte Voët (sur le Digeste, livre I, titre VIII, n° 21). Il ne donnait la qualité d'immeubles qu'aux actions réelles et rangeait dans la catégorie des effets mobiliers toutes les espèces d'actions personnelles, qu'elles eussent des meubles ou des fonds pour objet, et la raison qu'il en donne est curieuse et facile à rapprocher de notre sens : *« C'est, dit-il, parce que ces actions existent dans la personne du débiteur, et que, par conséquent, elles doivent être mobilières comme lui » (2).*

1. Cpr. ch. XLIV : *De propriété. Aucuns l'appellent libelle sur action réelle ; cas de propriété est, car cas de « héritage et de propriété » est pour recouvrer saisine (Grd. Coutumier, p. 315).*

2. Le motif invoqué par Merlin est plus moderne. Il ne voit dans les actions personnelles que des actions tendant, la plupart du temps, à procurer à ceux à qui elles appartiennent, non des immeubles, mais une somme d'argent : car il est de la nature des obligations consistant *in faciendo* de se résoudre en dommages et intérêts. On voit de suite la différence de raisonnement et le point de vue plus récent auquel se place notre savant jurisconsulte. (Voir *Répertoire de jurisprudence*, au mot nantissement). Il a oubliée la vieille idée du bien personnel.

Lorsqu'on admit, comme nous l'avons vu, qu'il n'y aurait de biens réels que ceux qui auraient été soumis aux formalités du vest ou dévest, l'on dut forcément admettre que l'on ne pourrait user de l'action réelle que pour ces sortes de biens (1).

C'est ce que montrent dans les coutumes de pays de nantissement et ce que dit encore expressément, au dix-septième siècle, Louis Vrevin dans son Commentaire sur la coutume de Chaulny.

Il nous parle encore d'une enquête par Turbe, faite par le lieutenant-général de Chaulny contre le nommé Martin Grégoire en 1575, en quête où les Turbiens déposent qu'ils savent que par la Coutume de bailliage et prévôté de Chaulny, avant de pouvoir intenter une action *pétitoire ou réelle, il est nécessaire d'être vêtu et saisi de la chose* (ou d'avoir une jouissance de 10 ans) : or les biens dont on était saisi et vêtu étaient les seuls immeubles connus.

C'était la règle générale des pays de nantissement. Dans la suite on permit d'avoir un immeuble sans vêtiture avec une simple possession de fait ; toutefois, jusqu'à la fin de l'ancien droit, on décida que, dans les cas où l'acheteur n'avait pris possession ni de fait ni par nantissement, l'action qu'il avait pour se faire livrer le bien était un effet mobilier.

27.— Nous avons donc une division des biens se manifestant d'une façon évidente dans les formalités de transfert entre-vifs ou à cause de mort, dans la responsabilité

1. V. Merlin, *loc. cit.*

des engagements volontaires ou délictuels, le droit de poursuite ou l'action.

Cela nous suffit ; nous n'avons pas à parler davantage de l'introduction de la notion mobilière sous le pavillon du droit romain qui, cette fois, couvrait une marchandise qui lui était en partie étrangère, puisque le Romain avait tout mobilisé et supprimé en partie la différence primitive du bien réel et personnel. Nous renvoyons sur ces points aux classifications étranges que les premiers juristes font des biens mobiles et immobiliers.

Le caractère familial de l'immeuble est certain pour le moyen âge ; quant au caractère personnel du meuble, il a reçu une définition saisissante dont nous ne croyons pas qu'on ait donné jusqu'ici la véritable portée : « *Mobilia ossibus coherent* » (1).

Ce caractère personnel du meuble et réel de l'immeuble se retrouve dans la juridiction des justices seigneuriales, surtout à la fin de l'ancien droit.

S'il s'agissait d'immeubles, la question devait être portée devant le tribunal de la seigneurie d'où relevait l'héritage ; s'il s'agissait de meubles, la compétence appartenait au seigneur du lieu où le défendeur était « couchant et levant » (Beaumanoir, ch. VI) (2).

1. On trouve, comme une sorte d'*a contrario* de ce principe, différents textes nous montrant le statut personnel d'un individu changeant avec la condition de ses meubles. Qui n'est pas frappé par le passage suivant de Beaumanoir : *Compagnie, dit-il, se fait selon notre coutume pour seulement manoir ensemble à un pain et à un pot, un an et un jour, puisque les meubles de l'un et de l'autre sont mêlés ensemble.*

2. Cpr. M. Lefebvre à son cours.

Cette distinction, qui nous fait comprendre la théorie subséquente des statuts réels et personnels, n'est toutefois, à notre avis, qu'assez tardive ; elle ne commence guère qu'au XIII^e siècle, alors que tout ce qui était immeuble tendait à prendre un caractère féodal.

Quand au droit qui précéda le XIII^e siècle, il connut une compétence judiciaire applicable aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, comme nous le verrons plus loin (1).

27. — Les mots eux-mêmes de biens réels et personnels, que nous avons choisis comme typiques, sont assez fréquemment employés.

Le Grand Coutumier nous dit : « *Nota... si aucun home donne ou vend d'aucune chose réelle* » (2).

Et Bouteiller, à propos de la prescription : « *Si come si aucun de l'héritage et possession d'aucune chose réelle*

1. Le caractère distinctif du meuble, nous le retrouvons dans la communauté : « La communauté qui recueille le meuble, est tenue des dettes ». *Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois*, ch. 133. Et réciproquement, la femme qui renonce aux meubles échappe aux dettes. L'on voit aussi que c'est le légataire des meubles qui supporte les legs. Enfin au point de vue du bail, douaire, partage, hypothèque, on trouve de nombreuses différences. Voir *Lefebvre à son cours* et *Glasson, Histoire du droit et Institution de la France*. Toutes ces différences reposent sur l'idée que le patrimoine mobilier suit la personne et que l'héritier des meubles est l'héritier de la personne, tome VII, p. 232 et ss.

2. Cpr. *Grand Coutumier*, pp. 746, 788, 459. Auparavant Beaumanoir employait le mot de *convenances réelles* pour désigner la manière de réaliser le bien. Ch. XXVII, 8, 9. En Angleterre, cpr. sur la *Real and personal property*, Pollock et Maitland, II, 179.

avait joui et possédé pendant 10 ans (1) (titre XXVII, p. 154, 155).

« Si quelque personne est troublée en la possession et jouissance d'un héritage ou autre chose réelle, elle pourra, dans l'an du trouble, former complainte en cas de saisine et nouvelleté contre le turbateur » (Style du Parlement, chap. IV, art. 1).

Loysel, § 749 : *Qui a joui par an et jour d'aucune chose réelle.*

Dans le droit des fiefs, l'hommage qui a pour cause un bien fonds tenu en fief est « l'hommage réel » (2).

L'on voit donc combien nous différons des auteurs qui essaient d'introduire dans l'ancien droit germanique la division romaine et commerciale des meubles et des immeubles. Nous la limitons énergiquement aux biens personnels pour les origines, et nous expliquons son extension dans la suite par le caractère de non publicité qui est essentiel au bien personnel. Il ne peut se suivre, parce qu'il n'est pas soumis aux formalités de l'ensaisinement ; il n'est pas soumis aux formalités de l'ensaisinement, parce qu'il n'est pas reconnaissable et que son transfert ne peut être prouvé. Il sera poursuivi par une action personnelle.

1. Cette prescription ne s'applique qu'aux choses réelles, tandis que pour les meubles nous avons une sorte d'*usucapion* romaine fondée sur un juste titre (v. Bouteiller, p. 154). On voit la juxtaposition des notions romaines et germaniques. Il n'y a pas de prescription qu'en matière d'immeubles : *Coutume d'Orléans*, Glasson, VII, p. 240.

2. Brussel, *Usage des fiefs*, tome I, p. 110, 113, 114. Cité par Glasson, IV, p. 296.

« *Duplex est dissaisina, ut ait Skeneus : aut enim fit in rebus immobilibus, et vulgo vocatur ejectio, ut in terris et tenementis ; aut fit in rebus mobilibus, ut in catallis, velut in ovibus, bobus, pernui, et sive spoliium, sive spoliatio vocatur* » (Littleton, sect. 233, 273) (1).

N'avons-nous pas un rappel de l'ancienne action personnelle, qui ne s'adressait qu'aux biens que l'on ne

1. Nous ne pouvons naturellement réfuter toutes les opinions. V. Heusler, *Die Beschränkung der eigenthums verfolgung im Deutschen Rechte*, Bâle, 1871. Reproduit en entier dans la *Gewere*, p. 496 ; Jobbé Duval, *loc. cit. passim.* ; Poincaré, *loc. cit.* ; Pollock et Maitland, II, p. 173. Nous ne comprenons pas que M. Heusler, qui, de ses *Institutionen*, I, p. 385 à 394, avait dégagé la division des actions réelles et personnelles, ne l'ait pas poussée jusqu'à l'*intertitio*. Cpr. Hermann, qui l'a fait en partie ; toutefois s'il reconnaît que le meuble est suivi par l'action réelle, il conserve néanmoins cette division du meuble et de l'immeuble. V. aussi Huber, *Die Bedeutung*, p. 13, 56 et ss. ; Hübner, *Das immobiliar*, p. 2 et ss. ; Schulte ; Van Bemmelen, p. 97 et 98. Comme nous, il rapproche le meuble et l'immeuble, mais d'une façon indéfinie : « il n'y avait pas encore dans l'ancien droit germanique de différences essentielles entre les meubles et les immeubles ». Le transfert de propriété pour les uns et les autres s'opère par la mise en possession accompagnée d'actes symboliques et de paroles solennelles. « Plus tard, il ne resta pour les meubles que la tradition » : mais pourquoi ? Comment cela ? La difficulté est escamotée par une phrase. M. Lefebvre, après avoir admis la division des meubles et des immeubles, hésite ; il pense « qu'il faut attribuer la division des meubles et des immeubles moins aux influences germaniques qu'au régime féodal et au système des propres (biens de famille) ». Car si le père de famille était propriétaire à l'égard des tiers, il n'était, par rapport à sa famille, qu'un simple administrateur, et on outre, pour les Germains, la différence des meubles et des immeubles s'explique par ce seul fait que les meubles sont seuls susceptibles d'une appropriation individuelle. N'est-ce pas là au fond une opinion proche de notre théorie ?

pouvait reconnaître, dans l'article de la loi ripuaire qui nous dit : « *Vestimentum seu his similia absque probable signum interciare prohibemus.* »

Peut-être pourrions-nous pousser plus loin et rendre plus évidente notre démonstration en cherchant s'il n'y a pas, comme nous le pensons, une filiation directe à établir entre la *marca*, la *notitia* et le livre foncier, mais cela grossirait par trop notre travail (1).

Nous en avons dit assez pour établir une division des biens fondée sur leur caractère juridique personnel ou réel. Retirons-en la conclusion que nous y cherchions pour l'action possessoire.

28. — A la question : pourquoi l'action possessoire ne

1. Faisons remarquer avec M. Glasson, *Histoire du droit et Institutions de la France*, III, p. 471, que l'on continue, à l'époque carolingienne, à ne pas dresser d'écrit pour les ventes et donations *peu importantes*, et qu'elles ne se font pas davantage devant témoins. Tandis que pour les terres héréditaires, les alleus ou feuda, les cessions étaient, en raison de leur importance constatées par l'écrit; c'est même de cette circonstance que ces terres ont tiré leur nom en Angleterre, car *hocland* signifie littéralement *terra codicillaris*, et on dit quelquefois en latin : *terra testamentaria* (*Testamentum* désigne ici l'écrit passé en présence des témoins. Lois d'Athelotan, VI § 1 ; Lois de Caius, II, 13). Glasson, *Histoire du droit et Institutions en Angleterre*, p. 147. On avait pris l'habitude pour les aliénations de les lire en public, à la Cour du comte et de les y transcrire ensuite. V. Hicks, *Dissert.*, 29, cité par Glasson, *loc. cit.* On voit que nous n'aurions plus qu'à prouver la filiation de la marque et de la carta qui remplissent, semble-t-il, même fonction, et à insister sur ce fait que la carta dans les aliénations est considérée surtout au point de vue objectif, comme représentant le bien et le décrivant, c'est-à-dire de la même façon qu'on envisageait la marca.

pouvait-elle s'appliquer qu'aux immeubles ? nous répondons : « C'est parce que c'était une action réelle » (1).

« Et dient aucuns livres que on ne peut faire applegement sur meuble, fors en deux cas ; l'un de meubles universels d'une succession, et l'autre d'avouer justice en prenant leurs meubles » (2).

L'application de ce principe est faite à l'action de nouvelleté par le Grand Coutumier (3) :

« Item ja soit ce que l'en die que pour meuble l'en ne puisse pas intenter le cas de nouvelleté, toutefois si faut bien en deux cas : primo, en cas d'une succession universelle,

1. Cette solution est au moins plus simple que celles qui ont été proposées. Ainsi, pour M. Jobbé Duval, *Etudes historiques sur la revendication des meubles*, p. 198, cpr. 186, il faudrait chercher à cette limitation une raison de procédure ; la question possessoire n'aurait eu aucun intérêt pour les meubles, parce que, dans la procédure d'aveu et de contre-aveu, le meuble litigieux était dans les mains de justice. Nous répondons qu'il en était de même dans la procédure d'applegement pour les immeubles (V. *Livre des droiz et commandements*, t. I, p. 126 ; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, tome II, p. 349) ; que de plus, quand la mise en séquestre disparut, au xiv^e siècle, on aurait dû établir pour le meuble l'action possessoire, puisque le motif pour la refuser n'existait plus. Cpr. Glasson, tome VII, p. 242 ; mais le système qu'il donne ne nous satisfait pas. Pour M. Glasson, l'exclusion de l'action possessoire viendrait de ce que la saisine d'an et jour avait été inconnue en matière mobilière. Nous croyons cette opinion inexacte : la péremption d'an et jour existait pour les actions réelles et personnelles, pour les meubles et les immeubles, comme nous le prouvent d'innombrables textes (v. notre chapitre VIII. Sur ces points v. pour l'Angleterre, Pollock et Maitland, II, 568, 570).

2. *Anciennes Coutumes d'Anjou et du Maine*. Édit. Beaupré, t. IV, p. 285 et tome II, p. 347.

3. *Grand Coutumier de France*, p. 238-239. Cpr. Johannes Faber, *De Interdictis Retinendæ*.

combien que l'en ne fust pas à recevoir à demander par nouvelleté une pinte ou une robe. Toutefois l'en fait bien à recevoir universellement la succession, supposé qu'il n'y ait que meuble; secundo, se tu prens en ma justice un pourceau ou aultre meuble en justiciant, tu me troubles en ma justice, à raison de quoy l'action de nouvelleté me compète. Mais se je me fonde seulement super re mobili, non competeret interdictum uti possidetis ».

La saisine est défendue par *claim et complaints* (1).

Cette règle est admise par la majorité des coutumes qui nous répètent que la complainte n'a lieu que pour troubles d'immeubles et de droits assimilés : *Paris*, 96 ; *Calais*, 230 ; *Montfort*, 39 ; *Clermont*, 44 ; *Mantes*, 87 ; *Sens*, 267 ; *Valois*, 116 ; *Ponthieu*, 44 ; *Péronne*, 218 ; *Montargis*, XXXI, 1 ; *Orléans*, 486 ; *Anjou*, 426 ; *Maine*, 441 ; *Bourbonnais*, 89.

Pour meuble singulier, il ne compète point de complaints. *Paris*, 97 ; *Calais*, 231 ; *Sens*, 117 ; *Montfort*, 60 ; *Clermont-en-Beauvoisis*, 51 ; *Clermont-en-Argonne*, 27, 4 ; *Montargis*, 31, 6 ; *Orléans*, 489 ; *Bourbonnais*, 91 ; *Auvergne*, 11, 8 ; *Marche*, 1, 7 ; *Poitou*, 40, 1.

Nous ne trouvons d'exception qu'en *Bretagne*, 104, et cela sous l'influence du droit romain.

1. Loysel. Voir un certain nombre d'exceptions dans Bouteiller (*Somme rural*, ch. XXX). Remarquons que malgré tout, dans l'ancien droit, le meuble resta toujours compris d'une certaine façon. Aussi Dumoulin, sur l'art. 97 de la coutume de Paris, nous apprend qu'on avait voulu étendre la complainte au cas de meubles précieux. La vieille idée n'a donc point disparu sans faire de résistance.

Quant aux universalités de meubles ou aux meubles appartenant au fonds, on les assimile aux immeubles sous le rapport de la complainte (1) (2) : *Calais*, 231 ; *Sens*, 117 ; *Clermont*, 51 ; *Orléans*, 498 ; *Bourbonnais*, 91 ; *Poitou*, 401.

Nous retrouvons ces principes résumés au xvii^e siècle par Loysel (3).

Pour simples meubles, on ne peut intenter complainte, mais en iceux échet aveu et contre-aveu. § 15.

Pour ce, les exécuteurs du testament ne peuvent former complainte (4). § 16.

Succession universelle de meubles, et généralement toutes choses qui ont nature d'héritages ou de droit universel, chéent en complainte. § 17.

1. A notre avis, cela tint d'abord à l'idée que l'ensemble du patrimoine mobilier représente la personne, et par conséquent est revendicable comme la personne elle-même : « L'en puet demender mobile par la reson d'eschoete et par autretel manière com l'en puet demender héritage et en cele manière le puet le mostrer à avérer, et deffandre, com l'on puet l'éritage » disent les *Livres de Justice et Plet*, XIX, 23, § 3. Plus tard, on semble avoir rattaché cette règle à la doctrine de personnification de l'immeuble, que l'on fut obligé d'introduire, précisément, quand on introduisit la distinction romaine du meuble. On attachait certains meubles au bien, comme on avait attaché auparavant certains biens à la personne ; mais le caractère artificiel de la classification subséquente apparaît de suite.

2. Cpr. Klimrath, *Droit Coutumier*, p. 98 ; Cpr. *Travaux sur l'histoire du droit français*, tome II, p. 390 ; Benech, p. 390 ; Bourcart, p. 196.

3. Cpr. *Ordonnance de 1667*, titre XVIII, art. 1^{er} ; Pasquier, *Institut.*, livre IV, ch. VII ; Delaurière, *Glossaire*, au mot *complainte* ; Gregorius Tolosanus, *synglugma juris*, livre XXXVI, cap. 25, n^o 14 ; Pothier, *De la possession*, n^o 108, et introduction au titre XXII de la *coutume d'Orléans*, n^o 41. En sens contraire : Denisart, *Complainte*, titre XVI.

4. Pour le droit normand, cpr. Brünner, *die Entstehung*, p. 169 ss., 312 et ss.

CHAPITRE IV (*suite*)

Section II. — 29. Critère économique de la saisine. — 30. La jouissance. — 31. Cette notion ne correspond pas au caractère que nous avons donné au meuble ou catel, mais à celui du bien réel. — 32. Fausses opinions des auteurs sur l'immeuble et sur le fief. — 33. Conséquence de la notion au point de vue de la saisine. — 34. De l'action possessoire. — 35. Elle fixe l'époque spéciale où remontera l'examen possessoire. — 36. Introduction des notions romaines. — 37. La jouissance devient l'objet du possessoire. — 38. Obscurcissement de cette idée. — 39. Correspondance et caractère de l'idée juridique et de l'idée économique du bien réel dans la limitation de l'action possessoire.

Section II. — Le critère de la saisine.

29. — *Caractère économique du bien réel.* — Nous savons maintenant quel est le critère juridique des biens, sur quels objets peut s'exercer la saisine aux différentes époques de son histoire. L'ensaisinement et son signe, la marque, la carte, le livre foncier nous ont permis de reconnaître le bien réel ou réalisé. Notre terrain devient plus sûr. Pour rester fidèles à l'idée du droit objectif, cherchons à quelle conception économique correspond la notion juridique que nous avons donnée du bien réel.

30. — Ce critère économique vaudra non seulement pour le *corpus*, mais encore pour l'*animus*. Car s'il n'y a

que les biens susceptibles d'une certaine exploitation qui offrent à la saisine un objet suffisant, il n'y a aussi que ceux qui usent de cette exploitation qui soient considérés comme ayant économiquement la saisine. La notion économique du *corpus* se trouve donc en quelque sorte entre les notions juridiques du *corpus* et de l'*animus*. Nous avons donc raison d'en parler à cette place.

L'idée que nous avons donnée du bien réel va nous être encore un précieux guide. Le bien réel, avons-nous dit, opposé au bien individuel, c'est la chose apparente susceptible d'un usage périodique durable. C'est le caractère d'utilité permanente, que la famille cherche dans le bien. Elle veut se réserver les choses qui la feront vivre.

Par conséquent, celui qui aura la saisine sera celui qui retirera du bien cette utilité périodique, qui donne au bien son essence réelle ; ce ne sera pas l'homme qui promena par hasard sur le champ, y installa un jour ses animaux et disparut ensuite : non ; ce sera celui qui jouira du bien conformément à sa destination économique permanente : *ille enim habet terre saisinam qui eam per se ut suam possidet, metit vel laborat, vel fructus percipit aut proventus*, nous dit la *summa de legibus*, c. VII § 4 (1).

Aussi dans le procès sur la saisine chaque partie s'attache à démontrer qu'elle a profité de cette utilité du bien. « *Le possesseur répond qu'il a gaignie cele chose sanz*

1. Pour le droit Normand, voir textes cités par Brttnner, *die Entstehung*, p. 169 ss., 312 et ss.

coutens, que il viant avoir les fruiz et entre en la sésine de la chose... » (1).

C'est cette jouissance que l'on reproche à l'adversaire comme la véritable atteinte au droit lui-même : « *Ledict Regnault malicieusement s'est bouté au dict héritage et s'en est ensaisiné et s'efforce de le tenir et de fait detient, en prenant et levant les fruits, proufitez et revenus contre raison* » ; car, nous disent les statuts italiens de Mantoue, doc. de 1327 : « *si per annum steterit et possiderit, possidendo, laborando et fructus percipiendo, possit pronunciari verus possessor* » (2).

Cette idée de jouissance est restée jusqu'à nos jours, et

1. *Livre de Justice et Plet*, édit. Rapetti, livre XVII, livre III, § 2.

2. Cité par Pertile, tome IV, p. 180. Mais nulle part on ne voit cette idée plus vivante qu'en Allemagne : *an liegenschaften hat die leibliche gewere wer aus dem gut nutztes zieht, sei es an zins (in natura oder in geld), oder dienste oder fruchte*. Gierke à son cours ; Stobbe, *Gewere*, p. 450 et 452, et *Handbuch*, p. 4 ; Schröder, *Lehrbuch*, p. 261. Cpr. doc. cités par Heusler, *Gewere*, p. 114 et ss. ; Huber, *Bedeutung*, p. 24. « Là où est la jouissance, là est la gewere », dit Laband, *Kritisch Viertel*, p. 391, et dans les *Vermogenrecht*, p. 160, cpr. 115 : « *das characterilsche Merkmal des Besitzes an grundstucken und Immobiliarrechten ist vielmehr die Nutzung* ». Franken, I, p. 110. Ce principe avait aussi pénétré en droit canonique. M. Rosshirt nous dit avec raison que « les canonistes protègent le commodataire, le dépositaire, le fermier ; enfin, tous les droits que pouvait avoir le défendeur à des fruits ou à une valeur équivalente ; c'était, ajoutait-il, un droit analogue à la gewere allemande (*Canonisches Recht*, p. 522). La même chose en droit anglais : *The idea of seisin seems to be closely conected in our ancestors minds with the idea of enjoyment. a man is in seisin of Land vohen he is enjoyins it or ni a position to enjoy etc.* ; on employait le mot anglais *esplees (expletu)*, qui ne vient pas de *explicare*, comme le dit Skeat, mais de exploits, exploiter. Voir Pollock et Maitland, *The history*, II, p. 34. Les Romains avaient aussi comme la même notion économique du bien. C'est l'*usus* de la loi des XII Tables qu'exprime notre vieille saisine.

le code civil, art. 2228, nous dit encore « la possession est la jouissance » : la jouissance de celui qui profite de l'avantage économique de la chose.

31. — Cette jouissance n'est pas une jouissance quelconque ; elle est spécialisée par son objet : c'est la jouissance périodique du bien réel, de l'« exploitier réel », dirons-nous en détournant un peu de son sens une expression typique du livre des droits § 630 ; et non pas la jouissance d'un bien passager, transitoire, que le feu pourra consumer, que l'usage détruira : des châtels, cha-teux, chaptel, chatiex, chetiex, chetiés, cheté, chetel, cheptel, cateux, catalla (1), que nous voyons dans Ducange opposés aux saisines (v. cit.) et qui équivalent à ce qui sera plus tard le meuble (2).

Au sujet du Catel, M. Glasson (3) nous semble avoir admirablement souligné le caractère distinctif du chatel et de l'héritage, lorsqu'il nous dit que dans diverses coutumes du nord de la France il ne suffisait pas, pour qu'un

1. Dans les *Coutumiers de Normandie*, ch. 87, édit. de Gruchy, p. 198 ; Beaumanoir, ch. XXIII, p. 332 ; *Etablis. de Saint-Louis*, Viollet, I. p. 505, cités par Glasson, tome VII, pp. 221 et 227, nous voyons, en effet, ces mots cateux pris comme synonymes de meubles ; ajouter *Jostice et Plet*, pp. 116, 151, 168, 100, 83, 343.

2. *Histoire du droit et institutions de la France*, tome VII, p. 227.

3. Cette idée de l'importance du bien fruitier est très ancienne et tout à fait conforme à l'état d'esprit d'un monde agricole. Déjà dans les *Leges Burgondiorum* nous voyons une punition contre le Burgondo qui aurait coupé un arbre fruitier, tandis que pour un autre arbre on lui permet de prendre du bois pour son usage : XXVIII, lib. cont., édit. de Salis. *Monumenta germania*, 1892.

bien fut héritage, qu'il fût immobilier, mais qu'il devait produire des fruits. Ainsi les arbres de plus de cinq ans et de moins de soixante n'étaient pas des héritages, mais des cateux, parce qu'ils ne donnaient pas de fruits périodiques (1), à moins d'avoir été mis en coupe réglée ; de même les blés en vert étaient considérés comme cateux, et devenaient ensuite meubles à partir du jour où la récolte pouvait être faite. Tous ces biens portaient le nom général de cateux verts ; on appelait au contraire cateux secs les bâtiments légers, tels que granges, hangars, écuries, qui n'étaient pas attachés au sol par des travaux de maçonnerie etc.

L'opposition des « saisines » avec les « Catalla », que nous avons montrée plus haut en France, ne nous étonnera donc pas plus que celle des « *Lands and tenements* » opposés aux « *goods and chattels* » que nous trouvons en Angleterre. Il y a là l'expression économique de l'opposition du bien personnel au réel, du meuble à l'immeuble.

1. Pour les cateux, on peut voir d'intéressants renseignements dans *le coutumier d'Artois*, édit. Tardif, titre XXXIX, III, n° 23, XL ; XLIV, n° 3, dans les coutumes d'Artois, n° 106, 111, 113, 141, 143, 144 ; Saint-Paul, 27, 37 ; Boulenois, 74, 183, 86, 88, 94 ; Lille, 49, 58, 61, 93, 177, 260, 241 ; Montreuil, 44, 47 ; Beauquesnes, 10, 11, 12 ; Saint-Paul en Arthois, titre I, art. 12. V. Coutumes générales de Charles Dumoulin, Paris, 1664. Les foins à couper étaient cateux généralement à partir du 15 mai, les blés et autres céréales après le 24 juin, les raisins après le 15 septembre. Cette division, se retrouve dans les coutumes du centre et de l'est. V. Metz, Prost, *Etude sur Régime ancien de propriété*, N. R. II., 1880, p. 617. Cpr. Glasson, *op. cit.*, tome VII, p. 228 ; Beaune, *Droit coutumier, condit. des biens*, p. 15 et 17 ss.

Les héritages, au contraire, sont des biens frugifères perpétuels. Ce sont les feuda (1), *prædia*, *feude*, *patrimonia hereditates*, les *terræ hereditariæ*, ou alleus (2) ou blocland en droit anglais (3).

Cette notion est celle qu'exigeait l'état social et économique d'alors. Elle est de plus d'une grande importance, en nous aidant à comprendre l'énorme extension qu'à subie la possession des droits au moyen âge. « On admet, dit M. Gierke (4) (qui pourtant ne pousse pas son idée jusqu'au bien réel), une possession légale pour tous les droits réels susceptibles d'un usage durable ».

L'ensemble des idées du temps a été exprimé avec pénétration par M. Lefebvre (5). « Le régime féodal, dit-il, c'est l'exaltation de la propriété foncière, c'est la personnification de la terre, qui devient créancière ou débitrice,

1. Ce sens du mot *feudum* nous semble mis hors de doute depuis le travail de Flach, *Origines*, II, p. 515. Il est admis par M. Esmein, *Manuel*, p. 218, note 2. Chénon, *loc. cit.* Voir aussi Coutumier de Toulouse qui emploie le mot fief en ce sens, Glasson ; *op. cit.*, t. V, p. 318. Cpr. Coutume de Normandie, art. 210 ; Ragueau, *Glossaire*, au mot fief ferme et fief noble ; Glasson, *Hist. du droit Angl.*, I, p. 172.

2. Chénon, *Études sur l'histoire des alleus*, p. 5 et ss., 31 et ss.

3. Glasson, *Histoire du droit et institutions de l'Angleterre*, I, p. 145. Le livre de Justice et de Plet emploie aussi le mot *teneure* comme synonyme d'héritage ; V. p. 169. C'est uniquement ce bien que l'on transfère, comme nous l'avons vu, avec des formalités ; aussi la terre se nomme *Terra codicellaris* (*ibid.*).

4. A son cours.

5. A son cours. Toutefois nous ne croyons pas que la notion du bien frugifère et perpétuel soit nouvelle. Cpr. Beaumanoir, ch. 23 ; Desfontaines, *Conseil*, p. 385. *Grand Coutumier*, p. 328.

ses possesseurs n'étant que ses ministres.
. ainsi la notion s'élargit.

L'idée nouvelle ? c'est que, de même que la terre, l'immeuble a un caractère de perpétuité assurée et produit des revenus périodiques sans altération de sa substance ».

32. — Ce principe doit être posé franchement, si l'on ne préfère se perdre avec les auteurs qui ne comprennent rien à l'extension de la saisine dans le droit civil et le droit canonique, et se livrent à ce sujet à des considérations parfois divertissantes (1).

Ils s'arrêtent étonnés devant des saisines de communes, d'épiscopat, d'archidiaconat, de droits d'élection, d'offrandes, de sépultures, de relèvements d'accouchées, de bénédiction de mariages, de visite de malades, de confessions, de vigiles, de dimes (2). Ils ne peuvent comprendre les *saisinae chacciae, garennæ, manus mortuæ, aquarum et justitiæ bonorum, terrarum, pratorum, fructuum, furcharum, nemorum, usagiis, annui redditus, franchisiæ, libertatis ab oneribus, coram rege respondendi*. Comment comprendre, en effet, avec l'idée romaine de possession, la *saisina panis positi pro vendendo*, que réclame une partie dans les Olim ; ou l'affirmation pacifique du marescallus dominus de mirapiscis, qui affirme être « *in possessione*

1. Cpr. Bruns, *das Recht des Besitzes im Mittel.*, p. 206, 243 et ss., 277, et les citations que fait d'après lui Bourcart, *Thèse sur les actions possessoires*, p. 144. On peut aussi prendre quelques renseignements dans Rosshirt, *Canonisches Recht*, p. 520 et ss.

2. Sur le droit de *Garenne*, voir Championnière, *De la propriété des eaux courantes et du droit des riverains*, p. 59 et ss.

pacifica comburendi hereticos condemnatos ad ignem per inquisitores Carcassonnensis, et habendi eciam eorum mobilia » et dont parlent aussi les Olim ; et la saisine du grand chambrier, qui se plaint « *quod dominus rex dessaisivit eundem habendi cognitionem et iudicium et executionem falsi operis cordubanariorum et bazannariorum Parisius, ardendo dictum falsum opus »* ; et celle-ci : la saisina justiciandi omnes... *ministeriales non venientes ad quetum mense consueta »* (1).

Ils ne saisissent pas le caractère économique fondamental du fief, qui est d'être un bien réel. Ils ne peuvent donc accorder l'opinion des commentateurs des coutumes lombardes qui, examinant la question de savoir si des choses mobilières pouvaient être données en fief, la résolvaient négativement (2), et les renseignements des cartulaires et des polyptiques, qui nous montrent le contraire. « Tout se donnait en fief, dit Brussel : la guerrie des forêts,

1. Pour les deux dernières citations voir Delisle, *Restitution d'un volume des Olim*, nos 639, 637. Pour les autres, voir Olim, I, p. 317, 235, 297, 27, 101, 25, 7, 888, 67, 290, 452, 466, 399, 4, 86, etc. Les *justitiae*, ce sont les produits de la justice. On retrouve cette notion dès l'époque mérovingienne. Thévenin, *Cours à l'École des Hautes études*, 1897. Notre savant maître suit en cela l'opinion de Championnière, *loc. cit.* « La justice, pour ce dernier, c'est l'ancien impôt romain devenu possession privée ». Dans le même sens, Esmein, *Manuel*. Cette opinion est combattue à tort selon nous par Jacques Flach, *Origines*, p. 383. On peut voir aussi une nombreuse énumération de droits immobiliers dans les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, tome I, p. 397 et 577 ; t. II, p. 313 ; tome III, p. 181 et ss. ; tome IV, p. 284 ; cités par Glasson.

2. Les fiefs, disent les *Libri feudorum*, II, I § 1, ne peuvent s'établir « *non nisi in rebus soli aut solo coherentibus, aut in iis quæ inter immobilia connumerantur »*... Et plus tard Dumoulin définit expressément le fief : « *concessio rei immutabilis, libera et perpetua.*

le droit d'y chasser (1), une part dans les péages, le conduit des marchands, la justice dans le palais du prince, les places du change, les loges des foires, les étuves publiques, les fours banaux, et jusqu'aux essaims d'abeilles qui se trouvaient dans les forêts ». C'est que ce n'était pas comme meubles que l'on envisageait ces sortes de biens, mais comme droits perpétuels et susceptibles de prestations périodiques (2).

1. *Usage des fiefs*, p. I, 42. On trouve aussi de curieux exemples dans Ducange au mot *feodum* : ainsi nous y voyons des officiers, qui composent l'entourage d'un prince ou d'un grand seigneur, avoir pour fief le vin qui tombe des tonneaux : *habet in feodum vinum quod per totum annum de vasis vinariis stillat* ; de même le bain et tout ce qui l'entoure au dedans et au dehors. Ducange cite 88 espèces de fiefs. Cpr. Laurière, v^o fief. Citons encore le curieux fief de Léobin le Charpentier, dont nous parle le *Cart. de St-Père de Chartres*, I, prolég., p. LVIII : il reçoit *quadraginta solidos census et ejus venditiones et omnia penitus jura et placita, excepto sanguine et duello*, et cela pour *carpentare in propria persona in domo episcopi* !

2. Cpr. Huber, *Bedeutung*, p. 23. C'est une grosse erreur que de vouloir relier, avec Bruns, *Das Recht des Besitzes* (p. 331-338), la gewere des droits à la gewere des biens-fonds, comme le fait le droit romain qui attache toujours à une chose les droits pour lesquels il admet une quasi-possession. Ces droits contiendraient, dit Bruns, « un pouvoir limité sur les choses » ; tel l'exercice d'une servitude.

Ce n'est nullement le cas en droit germanique. Les droits sur lesquels est établie une gewere ne sont nullement des *jura in re*. Comme le fait remarquer Heusler, on ne leur demande pas d'être appuyés sur un bien, mais d'être d'un profit durable : « *sondern das einzig Massgebende ist ein dauernder Ertrag* (Gewere, p. 274-277). Ainsi, l'on s'est demandé si la gewere du cens comprenait la gewere du bien, si cette gewere présentait le même caractère pour le *census constitutivus* et le *census reservativus*. Heusler (p. 176) répond que cette gewere du cens est absolument indépendante de la gewere du bien, tandis que les gewere provenant soit du transfert d'un



33. — La conséquence que nous en retirerons est que là où il n'y avait pas de jouissance périodique, il n'y avait pas de bien réel, pas de saisine.

On voit quelle importance cette idée économique acquiert pour aider à déterminer la nature des droits du gagiste, du mari de la douairière, du preneur à temps ou à longue durée. Jouissent-ils véritablement du bien ? Alors peut-être ont-ils une saisine : il suffira alors de voir si à leur corpus se joint l'animus. Mais s'ils ne jouissent pas, certainement ils n'ont pas de saisine.

C'est ce que nous voyons pour les gardiens simples (1) qui furent introduits à l'imitation des tuteurs et curateurs romains : ces sortes de gardiens n'avaient pas la saisine, parce qu'ils ne jouissaient pas (2) ; tandis que nous reconnâtrons une saisine au baillistre du fief (2), à la douairière (3), au créancier gagiste, au mari, etc., parce qu'ils avaient la jouissance des fruits.

bien, soit de l'obtention d'une rente ou de l'achat d'une rente sont identiques. En effet (nous le verrons dans le chapitre suivant) le seigneur censier qui a confié son bien à cens a certainement la saisine du bien vis-à-vis d'un tiers : car vis-à-vis d'un tiers le censier est simplement un remplaçant du seigneur dans la possession ; par contre, vis-à-vis de son fermier le seigneur censier n'a pas de gewere. Ces deux gewere sont donc bien distinctes. Elles appartiennent, nous le vérifierons, à deux cercles de droits bien différents, et ne peuvent coïncider. Pour les détails sur l'opinion de Bruns, voir Bourcart, *loc. cit.*, p. 158, et Meischeider, p. 395 et ss. Randa, p. 534, n° 29. Cpr. Van Bemmelen, p. 105 : il voit dans l'extension de la saisine aux droits un développement médiéval postérieur.

1. Nous adoptons la terminologie de M. Glasson, t. VII, p. 198.

2. Beaumanoir, ch. XV, n° 7. *Coutumes notoires*, n° 157 et *a contrario*, n° 100 ; Desmares, *Décisions*, n° 249.

3. Il avait droit au fruit : V. Grand coutumier de Normandie, édit. de Gruchy, ch. 33 et p. 99 : on peut le considérer comme

Les anciennes coutumes du Vermandois nous disent encore que si « *le bail saisit* » (édit. *Beautemps Beauprè*, III, p. 145), la garde ne donne point ce résultat : « *la veuve qui n'a que la garde ne fait pas les fruits siens* » (*ibid.*, p. 150) (1).

Nous affirmerons de même que l'envoyé en possession dans le cas de contumace n'avait pas la saisine avant l'an et jour, parce qu'avant cette époque il ne jouissait pas du bien et aurait été obligé de rendre les fruits dans l'hypothèse d'un retour de son adversaire (2).

En résumé, l'objet économique de la saisine, c'est la donnant le droit commun de la France (Glasson, VII, p. 184). Cpr. D'Argentré sur l'art. 74 de la coutume de Bretagne. Coutume de Normandie, art. 215. Ancien coutumier de Picardie. Sur les droits analogues accordés ensuite à l'héritier, baillistre du fief, v. doc. cités (Glasson, p. 189, et 190 et ss.).

1. V. Viollet, *Etablis. de Saint-Louis*, tome I, p. 137 ; Glasson, VII, p. 406, et *Histoire du droit et institutions de l'Angleterre*, tome II, p. 294. Toutes ces notions du bail, du douaire s'éclaircissent quand on introduit la notion de bien réel et personnel, et qu'on pose en principe, comme nous le ferons que la propriété était conçue comme jouissance transmissible à temps. Le créancier gagiste, qui avait reçu le bien usque *ad certum terminum*, cessait d'être en saisine à partir de ce moment : « *et quicquid ex eo post terminum levaverit tenetur plene refundere requirenti* » (*summa de legibus*, CXI).

2. Il n'y a pas vraiment saisine quand il n'y a pas de jouissance effective des fruits. Aussi dans la procédure par contumace ce n'est qu'après l'an et jour, que le détenteur du bien sera en vraie saisine. Voir le Livre de Justice et Plet, XIX, 42 § 2 : *s'il ne vient, l'en metra son aversere en sesme, non nire en vroie, mis por la chose garder. Et s'il ne vient de danz les 3 assisses et de dans le quarentème sor il sera en veroie sesine*. Cp. Conseil de P. de Fontaines, XXI, 9, 10, 12 ; XXII, 9. Jusqu'à l'avènement de l'an et jour il n'a qu'une saisine provisoire, une *custodia*, car il n'a pas encore véritablement joui.

jouissance du fonds, c'est la perception du bénéfice périodique que rapporte une chose. C'est donc vers le profit en argent ou en nature du bien envisagé *non comme meuble, mais comme rente*, que portait l'action réelle avant la formation du procès possessoire ; car c'était à celui qui avait le droit de le percevoir qu'appartenait la saisine, la jouissance : c'était lui qui avait le bien, comme disent les Allemands, « *in nutz und gelde* ».

Objet économique de l'action possessoire.

34. — Cet objet de l'ancien procès, la saisine, c'est précisément celui du procès possessoire subséquent. Nous voyons la plainte de dessaisine intentée au sujet d'amendes, de gage reçu par le seigneur en qualité de justicier, toutes choses qui, en elles-mêmes, sont meubles (1) ; et cela se comprend facilement : ce n'est pas le meuble que l'on revendiquait, c'était le droit à la jouissance. Le meuble est envisagé ici comme *fruits*, comme *issues* du bien, comme *reditus*. La *Summa* normande accorde un bref de nouvelle dessaisine *de reditu non soluto*, et l'énumération des objets de l'action en dessaisine est empreinte du même caractère :

Sciendum siquidem est quod dissaisinarum quedam sunt de terra, quedam de herbagiis, quedam de redditibus, quedam de faisanciis, quedam de serviciis, quorum brevia variantur secundum varios terminos perceptionis eorum (2).

1. *Grand Coutumier de France*, p. 239 ; Desmares, *Décisions*, 118.

2. *Summa de legibus*, édit Tardif, XCIII, § 7.

Ce caractère persistera jusqu'à la fin de l'ancien droit, où nous verrons toujours l'action possessoire intentée pour tout ce qui est susceptible de prestations périodiques.

Nous pouvons citer ici un exemple curieux que nous fournit le savant Pathou dans son commentaire sur la coutume de Lille :

Le curé et les habitants du village d'Avelin étaient en possession d'aller à cheval jour de la Trinité, à Seclin, pour y servir saint Piat, d'entrer dans l'église et d'en faire le tour aussi à cheval, même du maître autel, en passant et repassant le chœur. Troublés dans cette possession par les évêques de Tournay et par le chapitre de Seclin, ils se pourvurent par complainte à la gouvernance de Lille pour y être maintenus ; mais par un décret du conseil privé à Bruxelles du 3 Octobre 1642, il fut défendu à ceux d'Avelin d'entrer dans l'église à cheval et déclaré qu'il n'échêoit complainte pour une possession aussi indécente et aussi abusive (1).

35. — On reconnaîtra donc une saisine à la possibilité d'une perception des fruits périodiques ; ce caractère économique influencera même l'examen juridique de la saisine, car cette perception des fruits ne pouvant toujours se prouver, on verra quel était celui qui possédait en fait à l'époque de la perception. On se contentera de la

1. Voir Dulaury et ses arrêts du grand conseil de Malines, arrêt 12. V. aussi l'arrêt rapporté par Desjaunay, tome II, arrêt 265, où il s'agit d'un autre abus qu'avaient introduits les jeunes gens de certaines paroisses, d'exiger un présent, pour boire, des étrangers qui épousaient les filles de leur village.

preuve que le prétendu possesseur possédait au moment de la maturité des fruits, de la récolte ou du cens.

De terris autem in quibus fructus ad augustum colliguntur fit recognitio de ultimo augusto ante istum, et quod dissaisitus est in isto qui saisitus erat in precedenti vel in tempore intermedio, cum fructuum saisina percipiatur in augusto. De herbagiis et pasturis similiter. Summa, CXIII, § 7.

Pour les autres redevances, la reconnaissance doit être faite « *de ultimo termino ad quem redditus solvi statuitur, ante istum qui ultimo preterit, in quo dessaisina fit cum redditus contratenetur.* » Si les redevances sont dues à la Noël, on fera l'*inquisitio* « *per breve de ultimo natali ante istud* » (1). En un mot, on recherchera quel est celui qui a perçu la redevance qui a précédé celle qui est contestée.

Le bref sera donc :

« *Recognoscite utrum Petrus ad ultimum augustum vel post habuit saisinam illius terræ quam nobis monstravit, etc.* (2).

36. — On comprend que le bien réel perpétuel et producteur de fruits périodiques n'avait rien à voir avec la division commerciale romaine du mobile et de l'immobile.

Aussi, lorsque les légistes voulurent à toute force couler les idées coutumières dans les moules romains, ils furent très embarrassés.

1. V. *Summa de legibus*, XCV, § 8. Cpr. XCIII, §§ 7. 8.

2. « Li quieux en ot la saisine el derrenier aost, ou a celui qui fut devant le derrenier ». Marnier, *Etablissements*, p. 20 et 53.

En cherchant le meuble, ils aperçurent le fruit du bien, la perception périodique dont le caractère mobile n'était pas niable : « *se ge achète les fruiz d'un héritage, et les issues d'une terre, et un doere, et un usage à un fons : tex mobles n'ont pas cors* », dit le livre de Jostice et Plet, en s'efforçant d'arriver à la nouvelle notion romaine.

Les légistes appliquèrent donc au fruit une première action. Avant de plaider sur le droit lui-même, on plaida sur la jouissance (1).

C'est ce mélange d'idées qui nous explique que, d'un

1. Nous nous basons sur ce fait que le droit romain leur présentait une *usucapion* de trois ans due à Justinien, *usucapion* qui n'était applicable qu'aux meubles. On peut voir d'intéressants détails sur la doctrine des légistes du XII^e siècle, au sujet de l'*usucapion*, dans la *Summa Stephani Tornatensis*, édition Schulte (p.221) (Etienne de Tournai, né en 1135, mort en 1203), et dans les développements donnés par M. Esmein, *Cours de droit canonique professé à l'École des Hautes études*, 1896-7.

Or, précisément, nous trouvons que, vers les XII^e et XIII^e siècles, le délai d'an et jour est relevé à 3 ans : « *Sire, un tiex hom est venuz à moi et m'a dessesi d'une maison, ou de prez, ou de vignes, ou de terres, ou de cens, ou d'autre chose de novel, que j'ai exploitiée ouan, antan et avant antan. Établissements de Saint-Louis*, ch. LXIX, livre I, édit. Viollet, tome II, p. 104 et ss. Ce passage est tiré de la coutume de Touraine-Anjou, rédigée elle-même vers le milieu de l'année 1246. Cpr. Viollet, tome I, p. 8. Nous surprenons ici le délai d'un an en voie même de transformation. Même phénomène dans un grand nombre de coutumes (Chatel le Blanc, Chartes de Hainaut, Coutumes de Touraine, Lodunois, Anjou et Maine), qui portèrent leur délai de un an à trois ans, avant d'atteindre ceux de cinq, sept, dix, vingt ans, etc. Or pourquoi au moment du triomphe des idées romaines donna-t-on à l'acquisition de la saisine le délai de l'*usucapion* du meuble romain ? La réponse est facile : c'est parce que le fruit s'envisage alors comme meuble à la romaine, et que l'action de dessaisine porte en partie sur lui.

côté, on simplifia la procédure possessoire et on lui attribue les délais sommaires du procès mobilier et personnel ; tandis que, de l'autre, on lui maintient son caractère réel en lui faisant obtenir la jouissance.

« *On acquiert la sentencion par un seul défaut* », nous disent encore au xiv^e siècle les anciennes coutumes de Ponthieu et de Vimeu (éd. Marnier). « *Après veue seur preuves, seur à tort et sans cause, ou en cas de nouveleté, et doit vent estre entendu en question de meuble et de catel, car en question d'yretage, on ne perdroit fors la saisine* » (VII).

Ainsi nous surprenons un rapprochement de procédure entre la saisine et le meuble ; nous examinerons ce fait plus tard.

37. Le point qu'il importe surtout de faire ressortir ici, c'est que le procès possessoire a exactement le même objet économique que l'ancien procès de saisine : la jouissance du fonds.

« *Et s'il est en vraie saisine, il aura les fruits* » dit Beaumanoir, XXIV, 4.

« *L'on enquerra si le gaagneures est en vraie saisine, et s'il est en vraie saisine, il aura les fruits avant qu'un autre plaît core* », répètent le livre de Jostice et Plet, XVII, 3, § 3.

Le même ouvrage nous montre les héritiers demandeurs opposant au défendeur qui « *viat avoir les fruits et estre en la sésine de la chose* », qu'il n'a pas tenu le temps requis (*ibid. loc. cit.* § 2).

Comparer Grand Coutumier de France, p. 250 ; Desmares, n^o 38.

On se mit donc à opposer le droit à l'exercice du droit, la propriété à la jouissance, le fonds au fruit.

Quand on plaide de la propriété, il (le demandeur) doit faire arrester les biens qui sont sur le tresfons en tamps qui fait sen claim, se aucuns en y a, car qui a droit au fons il a droit es ufruis. Coutume de Ponthieu et Vimen I.

A ce point de vue, le passage suivant du vieux Coutumier d'Artois (ch. XXI), qui oppose la propriété à la saisine considérée comme jouissance des fruits, mérite aussi l'attention :

Et c'est de raison et de droit, car, puisque on a perdu saisine, on puet plaidier de ce propriété, et est à entendre que on got tout le plait pendant de la saisine. Et la propriété gaagnie à celui qui la saisine avoit perdue, il doit iestre mis en le saisine, et cieus boutès hors, qui mis s'i estoit, car le droit de la propriété trait à lui la saisine.

En Normandie, le perdant du procès possessoire doit rendre les fruits (1) *Summa*, CXV § 10.

Si quelqu'un a dessaisi une autre personne, *et hoc sciatur per inquisitionem, exitus debent reddi per sacramentum juratorum* (Delisle, n° 442).

Si ille qui impetrat breve de novà dessaisina obtineatur, fructus abbati restituentur illi (*Assisiæ*, Warnkoenig., p. 68 ; *ibid.*, p. 52).

On voit la tactique des légistes, ils ont coupé le meuble de l'immeuble, le fruit de l'héritage. L'action

1. Brünner, *die Entstehung.*, p. 333.

possessoire aura un objet distinct de la propriété nouvelle : la jouissance, la saisine (1).

La complainte procurera donc la jouissance : « *on got tout le plait pendant de la saisine* » (2).

La même règle se trouve dans la coutume de Lorris Montargis, 346 (xiv^e siècle).

Dans celle de Mantes, 97 : *celui qui a joui d'aucun héritage, ou autre droit réel incorporel par an et jour paisiblement publiquement et notoirement ; s'il est troublé et empêché en sadite possession et jouissance, peut dedans l'an et jour dudit trouble, intenter cas de nouvelleté à l'encontre de celui qui l'a troublé, et doit estre maintenu et gardé en ses dites possession et jouissance.*

Cpr. la très ancienne coutume de Bretagne, art 257. La coutume de 1540 nous montre aussi le possesseur d'an et jour triomphant contre celui empêchant « *la saisine pour les choses escheues en l'année* », art. 109. Cpr. coutume de 1581, art. 104. Coutume d'Anjou, art. 426. Cpr. Coutume de Lille, ch. VI, art. 5 :

Quiconque est trouvé possesseur d'an et jour d'aucune chose mise en litige, il en doit avoir la jouissance durant iceluy litige, s'il le requiert.

1. Cette jouissance prenait, du reste, une importance de plus en plus grande au fur et à mesure que le procès s'allongeait avec les nouvelles procédures canoniques et romaines. L'on arrivait au temps où « *un seigneur de paille, feurre ou beurre* » devait vaincre et manger « *un vassal d'acier* » (Loysel, Règl., 102).

2. Cpr. Beaumanoir, XXXII, n^o 30 ; *Grand Coutumier*, p. 250 ; Desmares, *Décisions*, n^o 38. La même chose en Angleterre, Glanville, XIII, ch. 38 ; et en Allemagne, Stobbe, *Gewere*, p. 452.

La Salle de Lille, tit. 18, art. 6. « *Quiconque est trouvé possesseur d'an et jour d'aucune chose litigieuse, il est recevable d'en demander et avoir la jouissance durant le litige* ».

Valenciennes (chef-lieu de), art. 92. « *Quiconque possède paisiblement quelque héritage ou autre bien par an et jour et qu'autrui veut clamer droict, tel possesseur demeurera en sa possession, tant que par la loi et sentence il en sera débouté.* »

Ce principe est si fort qu'encore au xviii^e siècle Pathou nous apprend qu'on l'applique même contre le roi. Le privilège du prince ne s'étend pas jusqu'à dépouiller le possesseur de sa jouissance pendant le litige : « *pendente lite inter fiscum et privatum non est privatus possessioe sua spoliandus* » (1).

Nous n'entrons pas dans les complications qui surgirent plus tard quand l'introduction de la notion de la bonne foi, l'allongement des délais de prescription firent concevoir l'acquisition des fruits et du fonds comme attachée en partie à des principes différents de ceux de la possession (2). Ceci nous expliquera quelques diver-

1. *Covarruvias, Varior. Resal*, lib. I, cap. 16, n^o 9, cité par Pathou, Commentaire sur la coutume de Lille, 1788, tome II, p. 57.

2. Nous n'avons pas à l'origine les notions bien distinctes, romaines, séparant la possession de l'*usucapion*, de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. M. Heusler s'en étonne (p. 210). Ces questions se rattachent, dit-il, à la leçon de la propriété (p. 219). C'est que, loin de voir dans la saisine de propriété objective des anciens temps, il s'obstine à n'y voir que la possession. Toute une partie des applications de la saisine devait donc forcément lui échapper.

gences, nous reviendrons sur ce point à la fin de notre travail ; qu'il nous suffise de le souligner en passant.

38. — L'action de dessaisine conserva son caractère fondé sur le concept économique primitif de l'objet ; elle ne s'appliqua, comme nous l'avons dit, qu'aux biens réels, c'est-à-dire aux biens susceptibles de donner des fruits.

Encore au xvii^e siècle, le grand jurisconsulte Pathou (1), se demandant pourquoi l'interdit *utrubi*, qui avait lieu en droit romain pour les meubles, « *n'a plus lieu selon nos mœurs* », répond : « *On a cru que, le meuble ne produisant aucun fruit, il ne fallait point deux instances* ».

39. — Si, avant de terminer ces deux chapitres sur le corpus, l'on essayait d'en prendre une vue d'ensemble, l'on serait frappé de la différence que présente notre notion avec la notion possessoire romaine. En effet le corpus en droit coutumier n'est pas la simple relation de fait d'une personne avec une chose ; ce n'est pas une simple considération matérielle de la possession qui lui donne naissance. La théorie ancienne va plus loin. Le corpus présente l'apparence juridique et économique de la propriété d'alors. Sous le bien marqué, réel, réalisé, nous retrouvons le bien frugifère et durable dont il est l'abstraction, et nous réunissons facilement ces deux notions dans l'héritage, dans la propriété familiale qu'exigeait la civilisation d'alors. Le corpus ne s'envisage donc point comme rela-

1. Commentaire sur la coutume de Lille, tome II, p. 67, 467. Cpr. Grœwegen, *De legib. abrog. ad. leg. usuce.*

tion de fait, mais comme aspect du droit. C'est la propriété qu'on cherche dans les marques, les signes, les différents moyens employés pour donner à la prétention sa plasticité ; c'est la propriété que l'on poursuit en réclamant la jouissance.

Le corpus de la saisine est donc l'apparence objective juridique et l'apparence objective économique du bien sous un régime agricole et guerrier. Si l'aspect juridique de la propriété et son objet économique sont plastiques à cette époque, faut-il s'étonner de voir les hommes la concevoir comme une possession, une jouissance juridique ? Non. Cette façon de voir est dans la nature même de la société d'alors.

40. — Même notre examen va plus loin. Nous avons retrouvé dans le possessoire les deux concepts dont nous avons précédemment parlé. Le bien poursuivi est un bien réel et frugifère ; l'action est une action réelle. L'avantage procuré par le possessoire est, dans nos anciens coutumiers, annoncé comme étant plutôt la « jouissance intérimaire » que la situation de défendeur. Ceci est de la plus grande importance. La création du possessoire ne tiendrait donc pas avant tout à un avantage de procédure, comme on a voulu en vain l'établir ? Faudrait-il le chercher ailleurs ? La suite de notre travail nous donnera une réponse. Auparavant il nous faut, après avoir examiné le corpus objectif de la propriété moyen-âgeuse, en examiner le sujet, nous disons l'anîmus.

CHAPITRE V

L'ANIMUS DE LA SAISINE

41. Conditions de l'*animus*. — 42. Exception au principe pour le fermier libre, le mandataire et l'administrateur; motif. — 43. Question des multiples saisines. — 44. *Unité de la saisine sur un même objet sauvegardée*. — 1^o) Par l'organisation des différents cycles de juridiction. — 45. Juridiction justicière et juridiction cottière ou censuelle. — 46. Origine et disparition de celle-ci. Réfutation de l'opinion de Secrétan. — 47. Généralité du droit justicier; sa différence avec le droit féodal. — 48. Droit féodal et son extension en France. — 2^o) Par la division du domaine en deux parties opérée dans l'intérieur de chaque cycle à la fin du moyen âge. — 49. 3^o) Par la notion spéciale de la propriété conçue comme *usus*, pour la période précédente. — 50. C'est l'*animus* qui est le principe de la différenciation des droits réels, différence que présente la saisine conçue comme *usus* avec la propriété romaine. — 51. Mécanisme du transfert de la saisine à temps ou sous conditions. — 52. Quelques applications du principe: saisines du créancier gagiste, du bailliste, du mari, de la douairière, du tenant à longue durée. — 53. 4^o) Par le mouvement des juridictions et des fractions du bien vers l'unité de propriété qui, dans la période postérieure, conserve l'unité de possession sur un même bien. — 54. *Résumé*. Importance de la distinction du caractère fixe du *corpus* et mobile de l'*animus* pour la compréhension de la formation du concept possessoire.

Conditions de l'*animus*.

41. — La perception des produits d'un bien réel ne suffit point pour engendrer la saisine. Il faut que cette perception soit faite par une personne juridique, c'est-à-dire par un être capable d'avoir des droits, et préten-

dant les exercer ; par une personne en un mot ayant l'*animus possidendi*, la volonté légale de posséder.

Qu'on le remarque bien, nous insistons, nous n'avons pas ici un *animus domini* reposant sur la volonté subjective, comme celui de la possession romaine (1), mais un *animus* fondé sur l'affirmation de l'existence (et de la publicité) d'un droit objectif sur la chose (2).

C'est dans ce sens que nous faisons de l'*animus* la volonté (apparente) d'exclure un tiers de la chose (3). Cette volonté était extériorisée par les publicités du transfert, par l'usage exclusif du bien constaté par les voisins, et quiconque songe à l'étroitesse de relations qui existait alors, et qui subsiste forcément dans les populations des campagnes, voit qu'il y avait là une notion sérieuse et vérifiable.

Aussi l'examen du juge porte constamment sur ce point : à quel titre a été acquise la saisine ? Est-elle une

1. Pour l'*animus* les Romains exigeaient-ils, non seulement l'intention d'avoir la chose dans son propre intérêt : *animus rem sibi habendi* », mais encore la volonté de se comporter, à son égard, comme propriétaire ? La chose est des plus douteuses. V. De Ihering : *Rôle de la volonté dans la possession* ; Saleilles, *éléments constitutifs de la possession* ; Girard, *manuel*, p. 255. En droit germanique, la *leibliche gewere*, dit M. Gierke à son cours, est la possession de fait d'une chose avec la volonté d'en retirer un *utilite*, ce n'est pas l'*animus* subjectif romain. (Et encore nous ajoutons qu'il est douteux que l'*animus* de la possession romaine ait toujours reposé sur la volonté subjective). Dans ce sens : Sohm, *Auflass.*, p. 107 ; Contra, Stobbe, *Handbuch.*, p. 18.

2. Huber, *die Bedeutung*, p. 45.

3. Sohm, *Auflassung*, p. 107 ; Huber, *loc. cit.* ; Simonnet, *Histoire de la saisine héréd.*, p. 5.

saisine à titre exclusif, une bonne saisine ? Le grand Coutumier de Normandie fait rentrer cet examen dans la *qualitas* de la saisine. Nous voyons dans les documents de l'échiquier de Normandie, que le tribunal se demande contiuellement :

« *Qualem saisinam pater suus habebat de terra illa quam Guilletus petit* ».

« *Si quis enim spontaneus vel per iudicium saisinam quam habet in feodum alii tradiderit, si deinceps eam requisierit, non habebit* » (1).

Cet *animus domini*, cette *possessio feodalis*, la *summa* ne cesse de l'exiger.

« *Ex possessione immobili fit quando contentio occasione alicujus feodi inter aliquas ventilatur* » (2).

« *De aliis autem dissaisinis vel spoliationibus que sine violencia perpetrantur agendum est secundum legem dissaisine in feodis* » (3).

Et plus haut :

1. *Summa de legibus*, XCV, § 1.

2. *Summa de legibus*. XCV, § 4. V. sur cette exigence, Warnkœnig, Tr. R. G. III, p. 301 ; Heusler, p. 369 à 371 et 124 ; Gunderman, *Englisches Privat-Recht*, p. 146 ; Championnière, *loc. cit.*, p. 370 ; Pollock et Maitland, p. 39 à 40 ; et Flach, cité dans le précédent chapitre. Il n'y a pas là l'idée d'un possesseur libre opposé à un possesseur non libre, comme le croit Gunderman ; ni une notion purement féodale comme le dit Championnière. La propriété et le fief se confondaient encore en Angleterre : « *possessionem feudi amittit salva questione proprietatis* » ou « *unde pater suus fuit saisitus in dominico sicut de feodo* ». Ces fiefs n'offraient rien de spécialement militaire du reste.

3. *Summa de legibus*, II, § 2.

« *Si quis alium a possessione sua feodali per vim illatam expulerit, ad justiciarium pertinet super hoc inquirere* » (1).

Il n'y a donc pas de saisine là où il n'y a pas de volonté.

Les serfs n'auront donc pas plus que l'esclave l'action de saisine, ni, plus tard, l'action possessoire (2).

Il ne suffit donc pas d'exploiter, il faut posséder en son nom :

« *Car il est difference, dit le livre des droiz et commandemens, § 630, entre possession et exploit ; car aucun pourroit bien expleter une chose pour autre et non mie en son nom ; et bien pourroit l'en tenir plusieurs raisons contraires. Si l'en prouvoit l'exploit, souffiroit, si partie adverse ne vouloit monstrée que l'exploit soit fait au nom d'autre* ».

Exception au principe.

42. — Cela se comprend facilement pour l'esclave, qui n'est qu'un instrument (3), et ne peut affirmer que sa dé-

1. *Summa de legibus*, II, § 1.

2. Le droit sur le serf, l'esclave, le mainmortable, ou tout autre homme engagé dans les liens du servage, était un droit de propriété pure et simple. Sans doute, l'esclavage des mainmortables des descendants de coloni, d'inquilini, de dedititii, ou censiti romains libres ou attachés à la glèbe, est un esclavage mitigé ; mais l'idée générale reste la même le serf est la chose de son maître ; ses biens appartenant à celui-ci qui pouvait les revendiquer partout où il les trouvait. V. Championnière, *loc. cit.*, p. 243 et ss. ; Secrétan, *Essai sur la féodalité*, Lausanne, 1858, p. 444, 467, 469 ; et Heusler, *Gewere*, 54.

3. Aussi, non seulement le serf ne peut intenter d'actions contre son seigneur (Beaumanoir, ch. XLV, n° 31 ; Livre de justice et

tention correspond à un droit. Mais cela semble plus difficile à admettre quand il s'agit d'hommes libres.

Ici encore il faut recourir à l'évolution historique pour comprendre cette anomalie apparente. Si nous voyons plus tard refuser l'action possessoire au mandataire, locataire, administrateur, cela s'explique par ce fait qu'ils n'étaient à l'origine que des esclaves et ne possédaient pas en nom propre.

Nous trouvons une évolution analogue à Rome. « Quant au fermier et locataire, dit M. Cuq, on leur a refusé l'action possessoire, parce qu'à l'origine le locataire n'était pas lié juridiquement au bailleur; le propriétaire peut, sous réserve d'indemnité, congédier le locataire quand il veut, et l'autre partir quand il veut. Quant au bail à ferme, il est plus tardif (1) ».

Le signe constitutif de la différence entre ces sortes de tenants, possédant ou ne possédant pas (2), nous semble avoir été déterminé d'abord par l'ensainement: notion qui

plet, livre II, titre 4 § 2); mais encore il ne le peut contre aucun homme libre. On conserva cette règle qu'en Cour laïque le serf ne peut pas agir contre l'homme libre sans la permission du prince: Bouteiller, *Somme rural*, livre I, titre IX, p. 42.

Il ne faut point confondre cette tenure servile, dont nous parlons, avec la tenure roturière, dont parlerons plus tard. Les différences entre ces deux tenures sont nettement indiquées par M. Esmein, *Cours élémentaire*, p. 222.

1. Cuq. *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 625.

2. Ils ne furent jamais que des remplaçants: *il you essect the villein tenant you disseise the Lord* », disent MM. Pollock et Maitland, III, p. 36. Cpr. Heusler, p. 54, 117, 370, 395; Huber, *Bedeutung*, p. 22; Van Bemmelen, *Le syst. de la propriété mobil.*, p. 103 et ss.

persista dans les pays de nantissement, ensuite par le peu de durée de la possession. Un esclave, un administrateur, ne possèdent en fait que pour des périodes assez brèves et leurs remplaçants libres se trouveront la plupart du temps dans le même cas. Pas plus que leurs prédécesseurs ils n'auront l'*animus* (1).

C'est ce qui nous explique le principe de Beaumanoir, qu'entre seigneur et tenant il ne peut y avoir de dessaisine.

« *Por ce que, dit Beaumanoir, par moult de resons, pot li sires penre et saizir en ce qui est de li venu* » (XXXII, § 8) (2).

Ipsis turbatis dominus turbatur, cum ipsi non possideant, sed potius possideantur a domino (Cpr. *Grand coutumier*, p. 246. *Instit., de interd. retinend.*, de Johann Faber).

Nous trouvons la même règle en Normandie.

« *Saisitus aliquis dicitur, cum per ipsum vel nomine ipsius vel ad opus ipsius saisina dicitur. Unde patet, quod firmarii*

1. Huber, *Bedeutung*, p. 26.

2. Il n'y a pas de contradiction comme le croyait Warnkœnig (*Frank. R. G.*, II, p. 312), entre ce § 8 qui parle de liens engendrant une dépendance personnelle ou foncière, et le § 13 du même chapitre qui donne, comme nous le verrons, l'action de dessaisine au fermier et au créancier gagiste. Il s'agit dans ce dernier cas de liens de droit dépendant du ressort de la justice royale précisément parce qu'ils ne reposent sur aucune directe foncière ou personnelle (dans ce sens Heusler, *gewere*, p. 395), le gagiste comme le fermier en France ayant reçu une saisine, n'est plus qu'un simple remplaçant du maître.

3. Cpr. pour l'Allemagne, Brünner Schöfflenbre. « *Si homo hereditatem suam alteri locavit, ad respondendum de tali hereditate non ille qui eam convenit, sed qui hereditatis possessor est proprius, ad judicium est citandus.*

*prepositi, senescali et hujusmodi, licet terras excolant, proven-
tus percipiant, sub nomine tamen alieno est et ad opus alienum
auctoritate ejus qui possidet; ille enim dicitur rem possidere,
cujus imperio seu auctoritate res ipsa tractatur, etc.* » (Summa,
XCVIII, 7.

Si le bref de dessaisine est intenté contre une de ces personnes, le demandeur perdra son procès.

« *Si autem discerint juratores quod Petrus saisitus erat non feodaliter, sed ex prestito, vel vadio, vel conductione, vel quacumque alia ratione que feodum non fecerit requirenti, dum tamen sit terminus quo talis saisina debeat terminari, saisina debet remanere possidenti et querulus emendabit* » (1) (XCVI, § 10, Summa).

Quant à M. Heusler (2), il explique cette exclusion du fermier, dans le droit anglo-normand, comme un effet du rigorisme formaliste dont était empreint ce droit. L'on

1. Glanville, III, 1 : *Exigitur autem tam presentia alterius quam tenentis, si idem dicat in curia rem petitam non esse suam, sed eam tenere ut sibi commodatam, vel sibi locatam, vel in vadium datam, vel suae custodiae commendatam, vel aliquo alio modo sibi tamen ut alienam deputatam, tum ille cujus eam esse dixerit summonebitur per aliud breve consimile, et sic de novo versus eum incipietur placitum.*

2. Heusler, *gewere*, p. 125, 126, 364 et ss., 428 et ss.; dans le même sens, Pollock et Maitland, p. 37. Ils ajoutent : *En the days of Henry II when the great possessory remedy, the assize of novel disseisin was being invented, Tenancies for terms of years seem to have been novelties.* V. l'Étude de Wach : *des Ubergang des Patronats-rechts auf der Firmar* (Zeitschr. f. Kirchenrecht, vol. VI p. 254-295). Le cas général semble avoir été l'affermage des revenus d'un baillage pour un certain temps (Wach., p. 268). Cité par Heusler, *Gewere*, p. 396. Voir doc. de 1283, dans lequel le roi Edouard I^{er} baille à ferme pour trois ans la vicomté d'Abbeville aux bourgeois de cette ville, (Thierry, *Recueil des doc. relatifs à l'hist. des Tiers-Etat*, p. 48).

n'avait établi le bref de restitution, en cas de dessaisine, que pour le *liberum tenementum*; aussi seul le libre tenant pouvait être considéré comme possédant.

On pourrait ajouter à cette raison qu'il semble que ce fermier à court terme était connu depuis peu au moment de l'établissement des brefs, et surtout, ce sont pour nous les vraies raisons, que son droit ne pouvait lui procurer une saisine, car d'un côté il n'était pas basé sur un en-saisinement et manquait ainsi de caractère juridique, de l'autre, ne présentant pas une durée suffisante, il n'offrait pas un caractère économique de bien réel suffisamment accentué (1) (Cpr. *Grand coutumier*, p. 248).

Quoi qu'il en soit, la raison donnée par Heusler, ce rigorisme formaliste, nous permet de comprendre pourquoi l'action de dessaisine ne fut pas ensuite étendue au fermier en Angleterre (2), tandis qu'en France et en Allemagne, où l'esprit était moins attaché à la forme, elle pénétrait dès le XIII^e siècle.

Comme nous le montre *Beaumanoir*, XXXII, § : 13 *Se je li ote le coze le tans durant de son engagement, il (le fermier*

1. C'est ce que nous semble indiquer le passage suivant des chartes de Brün (Brünner Schöffeb., 284) : *Emphiteosis differt a locatione..... quia iste (emphiteota) possedit naturaliter sicut fructuarius, sed conductor non.*

2. Dans ce dernier pays, on arriva toutefois à une institution analogue à la *disseisina* : « *Non magis poterit aliquis firmarium ejicere de firma sua quam tenentem aliquem de libero tenemento suo ; unde si ille ejecerit qui tradidit, seysinam restituet cum damnis, quia talis restitutio (seu ejectio) non multum differt a disseisina* ». Bracton. Cité par Heusler; v. Pollock et Maitland, *loc. cit.*, p. 38.

et cil qui tient par reson de son gage) a bien action de nouvelle dessaizine contre moi.

Les multiples saisines.

Notre *animus domini* est donc la volonté d'exclure un tiers de l'utilité de la chose. Cette volonté peut-elle coexister chez plusieurs personnes : en d'autres termes, peut-il y avoir sur le même bien plusieurs saisines ? C'est la grosse question des multiples saisines, sur laquelle on a soulevé tant d'obscurités et de controverses. Examinons-la.

43. — Il est certain que lorsqu'un propriétaire donne son bien à cens, il conserve une saisine, par rapport à son droit. Il jouit du cens et par conséquent d'une certaine partie de l'utilité de la chose (1), et a l'*animus* correspondant.

D'un autre côté, le censitaire qui jouit du bien a aussi une saisine relative à sa jouissance, jouissance qui peut être comparée à celle du gain de l'entreprise, tandis que la première correspondrait plutôt à la rente du sol : nous avons donc ici deux saisines.

Ces deux sortes de saisines avaient même un nom différent : en Allemagne on nommait *hebbende* ou *brukende ge-*

1. C'est à tel point que le Miroir de Souabe disait que pour remettre la *gewere* à quelqu'un il suffisait de lui constituer un cens. Cité par Huber et Heusler. Sur cette question de multiples saisines, v. Huber, p. 24 et ss., 27 ; Heusler, *Gewere*, p. 50 et ss., 56 et ss., 122, 394 ; *Institutionen*, II, p. 20 et ss. ; Laband, *die vermögenrecht*, p. 160 et ss., et *recension*, p. 391.

were la saisine qu'avait le maître concédant un bien, pour en jouir d'une façon médiate ; tandis que l'on réservait le nom de *ledigliche gewere* à la *gewere* de celui qui jouissait immédiatement du bien par lui-même ou par ses domestiques (1). Cette *ledigliche gewere* correspond environ à ce que Beaumanoir appelle la *saisine d'exploitier* : XXXII, § 13.

Le coutumier d'Artois nous montre aussi un demandeur affirmant sa « *saisine de lever et d'exploiter toutes les fois que faire i avient* ». Il a la « seigneurie profitable », dira plus tard le grand coutumier, p. 204

« Co aussi s'ensuit que prouffitable seigneurie est usaige ou possession de foris, avecques les levées et revenues des fruicts qui en yssent. »

Nous pouvons compliquer notre hypothèse de tout à l'heure : supposer un propriétaire qui concède son bien en fief à un vassal, qui le concède à son tour à un censitaire : c'est là une hypothèse dont la réalisation est très fréquente à l'époque féodale (1).

Quel est celui qui a la saisine ? Le criterium que nous avons précédemment posé nous oblige à répondre : c'est celui qui retire du bien son utilité. Reposons notre question sous cette nouvelle forme.

Quel est celui qui peut être considéré comme retirant du bien son utilité ? nous sommes obligé de répondre : tous les trois. Il est certain qu'ils retirent tous les trois une utilité du bien : le seigneur reçoit les services, le vassal un cens, le censier le fruit. *Grand coutumier*, p. 204.

1. V. Heusler, *Gewere*, p. 144, 147 ; Laband, p. 165, n° 16 ; Stobbe, *Handbüch*, p. 14 ; Gierke à son cours.

Nous nous trouvons donc en présence d'une question de la plus grande difficulté ; ces diverses possessions vont-elles se heurter l'une l'autre ? La saisine du censier va-t-elle contredire celle du vassal, celle du vassal la saisine du seigneur ?

Nullement. Pour qui comprend le mécanisme des juridictions du moyen âge, ces saisines ne sont pas subordonnées l'une à l'autre ; elles appartiennent chacune à un cycle juridique différent. La saisine du propriétaire appartient à la juridiction justicière (Landrecht), celle du vassal à la juridiction féodale (Lehrencht), celle du censier nous paraît dériver de l'ancienne juridiction censuelle ou cottière (nofrecht). Chacun de ces cycles transporte sa saisine dans un monde juridique différent. Dans l'intérieur de chacun de ces cycles, elles sont seules (1). Il n'y a qu'une saisine pour la juridiction cottière, celle du censier ; il n'y en a qu'une pour la juridiction féodale, celle du vassal (2) ; il n'y en a qu'une pour le droit justicier, celle du propriétaire.

Unité de la saisine conservée par les différents cycles de juridiction.

44. — C'est que chacun de ces cycles de droit a pour

1. Pour l'étude de ces différentes juridictions nous renvoyons au remarquable ouvrage de Championnière que nous avons déjà cité. Voir le chapitre VIII en entier (p 360 à 441) ; Schulte, p 118 et 163 Stobbe, *Handbuch* ; Jacques Flach, *origines*, tome I, p. ; Esmein, *Cours élémentaire*, p. 258 et ss.

2. Du moins à l'époque du plein épanouissement de la féodalité. Voir ce que dit sur le groupe féodal M. Esmein, *Cours élémentaire*, p. 182 et ss.

base une association différente ou un principe différent. C'est le groupement pour l'exploitation du patrimoine, l'association colongère ou de cour ou censuelle qui produit, comme nous le verrons, la juridiction cottière; c'est l'association féodale qui produit la juridiction féodale (1; c'est l'ancien principe de souveraineté romaine qui forme la base de la juridiction justicière.

« Ainsi, comme le fait remarquer Heusler (2), la saisine cottière ne sera pas en conflit avec la saisine féodale, parce que, par rapport au seigneur du fief, la saisine de son vassal embrasse complètement les saisines que celui-ci a pu constituer. Le cottier, par rapport à lui, n'est qu'un représentant du vassal, de même que par rapport au seigneur concédant, la saisine du sous-vassal est comprise dans celle du vassal immédiatement. »

Ce n'est que vis-à-vis du maître que le cottier a la saisine (3), et c'est devant la juridiction cottière que doit se plaindre le maître. Il en résulte que la saisine cottière ne pourrait entrer en conflit avec celle du vassal. La même chose pour la saisine du vassal vis-à-vis de celle du propriétaire dans un procès engagé contre un tiers, le

1. Et quand les villes se constituèrent, il y eut une saisine particulière à l'association citadine. Il y a là comme autant de propriétés différentes; à chacune des propriétés du droit germanique correspond une possession (V. Huber, *gewere*, p. 134).

2. *Eod. loc.*, p. 186; voir aussi Championnière, *op. citato, passim*; *Gewere*, p. 131, et *Institutionen*, II, p. 37. Miroir de Saxe (Lehn. Recht, 7 § 3; 38 § 2; Richt. Lehn., 15 § 8. Dans le même sens, cpr. Pollock et Maitland: Il montre aussi la « *series ascending of courts* », et que les saisines ne peuvent venir en conflit: « *each seisin being protected by a different court* » : *history.*, II, p. 37.

3. Heusler, *gewere*, p. 133.

vassal ne sera considéré que comme un remplaçant du seigneur.

44. — Cette notion des différents cycles de droit subsiste même après l'introduction des actions possessoires. Nous la retrouvons dans le Grand Coutumier :

Le seigneur qui voit troubler la justice de son vassal peut intenter complainte de nouvelleté, et user d'icelle, non mye pour la possession naturelle, id est prouffitable, que a son dit vassal, mais pour la possession civile, id est directe, en laquelle il se voit troublé. Gr. Coutumier, p. 239.

C'est ce qui nous explique aussi pourquoi le vassal ne peut prescrire contre son seigneur sans intervertir le titre de sa possession vis-à-vis de la directe ; il est détenteur précaire.

Par contre « *le vassal peut contre son seigneur et la court d'icelluy seigneur intenter le cas de saisine et de nouvelleté* ». *Grand Coutumier, loc cit.*

Ainsi vis-à-vis de son vassal, ce ne sera pas le seigneur qui aura la saisine, mais le vassal qui jouit et se trouve bénéficiaire d'une situation dans laquelle le seigneur lui-même l'a placé (1). Par rapport à son fief, le

1. La formule juridique applicable à un tel *animus* nous paraît pouvoir être celle d'Heusler, *gewere*, p. 134 : « l'on peut dire que tant que le possesseur n'a que la volonté de posséder pour un autre, ce qui arrive quand c'est le droit du seigneur qui est contesté, il n'est considéré que comme un remplaçant, tandis qu'il est considéré comme possédant en son propre nom lorsqu'on entend exercer ses actes de jouissance, ce qui arrive notamment lorsqu'il se trouve en conflit avec celui qui lui a cédé cette jouissance du bien. Par contre, si c'est le titre même qui est discuté, si Primus prétend avoir reçu du bien de Secundus en fief et que Secundus le nie, c'est

vassal a une saisine à laquelle le seigneur ne peut toucher. C'est ce qui nous explique aussi pourquoi le « seigneur ne peut prescrire contre son vassal » : Coutume de Paris, art. 7.

45. — Il nous faut, avant d'aller plus loin, examiner de plus près chacune de ces juridictions et les saisines qui s'y rattachent. Nous allons donc parler de la juridiction censuelle ou cottière (1); ensuite nous parlerons de la juridiction féodale, enfin de la juridiction justicière et de la royale.

a. — *Juridiction censuelle ou cottière.*

La juridiction justicière ou territoriale (Landrecht allemand) fondée sur le principe de souveraineté, dominait la juridiction cottière et l'englobait.

Secundus qui aura à faire la preuve, parce que de l'aveu de Primus, il est en possession de propriétaire.» Libri feudorum 4, § 4 : *si aliquis possederit castrum quod dixerit se pro feudo tenere, et e contra dominus per guardiam dixerit se ei dedisse, domini est probatio, et s² poterit probare, tunc ille qui tenet domino debet restituere, vel probare per pares curtis vel per breve testatum, postquam in guardiam suscepisset, se a domino pro feudo investituram accepisse, domino vero in probatione deficiente, tum illius erit defensio qui possidet.* Il s'agit de l'existence du contrat même, de la propriété, et non pas d'une modalité ou d'une exécution du contrat : c'est le seigneur qui a la saisine comme propriétaire.

1. Nous avons adopté ce nom qui se rapproche du mot *hofrecht* adopté en Allemagne et qui rappelle l'ancienne *curia dominicalis*; c'est du reste le nom véritable au dire de Delaurière (sur Loysel, livre, 4, titre 3, règle 14) : « Ces sortes de juridictions, dit-il, sont pareillement en usage en l'landre et dans quelques-unes de nos provinces comme celle d'Artois, où elles ont nommées cours ou juridictions cottières ». On leur donne aussi d'autres noms. Cpr. Flach, *Origines*, tome I, p. 280 et ss.

Le droit national, dit Heusler (1), était celui qui trouvait ses limitations dans la subordination à la puissance publique, tandis qu'au droit cottier appartenait la saisine qui reposait sur des liens de droit privé vis-à-vis du seigneur foncier.

Cette définition ne nous semble pas tout à fait exacte pour l'origine. Il y a un droit cottier dérivant comme le droit national du principe de souveraineté romaine. Ce seigneur cottier est un justicier (2).

Faut-il alors voir avec Stobbe dans le droit national (Landrecht) le droit des hommes libres, par opposition uhofrecht, qui serait le droit des personnes non libres ? Pas davantage, car nous trouvons des hommes libres soumis à la juridiction cottière ou censuelle (3).

Nous croyons qu'il est nécessaire d'établir une distinction entre la juridiction cottière et la justicière d'un côté, la féodale de l'autre ; autrement l'on se trouve pris entre des idées contradictoires.

1. « *Landrecht ist das nur in der unterordnung unter die öffentliche gewalt seine Schranke findende Recht ; Hofrecht das durch privatrechtlichen Abhängigkeit von einem Grundheern bedingte gewere* » p. 137. Toutefois, faisons remarquer que le droit justicier français ne correspond pas exactement au Landrecht allemand ; car en Allemagne l'empereur conserva toujours un pouvoir au moins théorique, pendant qu'en France les pouvoirs de justice tombaient dans le domaine privé d'une façon beaucoup plus accentuée qu'en Allemagne.

2. C'est lui, le seigneur censier, qui tient le terrier et qui veut obliger même les féodaux à inscrire leurs possessions sur son terrier comme nous le montre Brussel.

3. V. Heusler, *loc. cit.*, et Flach, *Origines*, p. 280.

Nous croyons, quant à nous, avec Championnière (1), que le véritable signe distinctif de cette juridiction, le cens, est dérivé du cens romain, de l'impôt. Il est possible que ce cens ait été réservé parfois à certains particuliers, maîtres de nombreux colons, lors de l'établissement des juridictions colongères. La Novelle 80, cap. 2 et 3, fait mention de propriétaires constitués par l'empereur juges de leurs colons, « *agricolarum domus qui a nobis sunt iudices statuti* ». Mais ce ne fut pas là l'origine habituelle ; le droit cottier ou censuel vint bien d'un droit justicier, mais d'un droit justicier d'une époque postérieure.

Lorsque, plus tard, à l'époque franke, les idées de protection prévalurent, un grand nombre d'hommes libres devinrent tenanciers. Mais comme la juridiction populaire (le Volksrecht) existait encore, que le mall se

1. Championnière, *op. cit.*, p. 411, note 2. Cpr. Viollet, *Histoire du dr. fr.*, p. 674 et ss. Cpr. Delisle, *Etudes sur la condition de la classe agricole en Normandie*. C'était aussi l'opinion du roi des jurisconsultes, de Cujas : « *Servi, dit-il (Code, titr. De agric.) et census et alia immunera prædiorum hominumque onera, e jure romano originem sumpsisse* ». Il s'en était aperçu lorsqu'il s'était proposé d'aborder la nature des droits seigneuriaux. « *Interea testor dum me ad consuetudinum nostrarum jus eadem via explicandum paro qua reipublicæ romanæ vetus primum deinde novum jus aperui et disposui.* » Cité par Championnière, p. 103. Nous ne pouvons entrer dans les controverses ; toutefois disons que l'opinion générale au xvii^e siècle est d'y voir une institution simplement contractuelle : on pensait que la censive dérivait du bail à cens. Dans ce sens Lafons, Buridan, Argou, avec une modification dans Montesquieu qui y voit la suite du servage et de la main-morte. Loyseau et Laurière croient plutôt à un résultat de l'usurpation des seigneurs. L'école moderne cherche une filiation historique au cens. Guérard le fait descendre de la *terra censilis* du Polyptique d'Irminon (*Prolegomenes*, I § 154) ;

réunissait aux époques fixées, ces hommes libres conservaient leur juridiction spéciale (1).

Quand ce droit fut brisé, et qu'il ne resta que les juridictions tombées dans le domaine privé ou fondées sur l'association, les hommes libres furent bien obligés de recourir au tribunal justicier (2).

Alors il y eut, suivant les circonstances de race et de lieu, suivant la puissance du seigneur ou des hommes libres, un développement différent. En France, dans certains pays, ils furent absorbés et réduits à une condition inférieure. Ils devinrent vilains, parce qu'ils faisaient œuvre vilaine en cultivant la terre (3), et l'on finit même par leur refuser toute justice et les assimiler à des tenanciers serviles (4).

Pépin Lehalleur l'attribue au jeu de fief, *Histoire de l'emphyteose*, p. 247; Garsonnet, *Hist. des locat. perpétuelles*, p. 260 et 406, y voit plutôt un fief roturier. C'est aussi l'opinion de M. Esmein, *Cours élémentaires*, p. 219. Sur ces théories, v. Glasson, *Histoire du droit de France*, IV, p. 389 et ss.

1. C'est ce que nous voyons encore dans les pays on se conservèrent les idées des anciens temps. Voir Cartulaire de Machiennes, M. S., f^o 150 (xii^e siècle). Cité par Flach, *Origines*, p. 280.

2. C'est aussi l'opinion de M. Heusler: « à l'époque francque, dit-il, le droit cottier n'existe pas encore, *ein hofrecht existirt noch nicht, sondern bildet sich erst im spätern Mittelalter in folge des eintritts Freier in gutsherrliche abhängigkeit, und der durchdungung des bauerlichen colonats mit freien elementen* (Gewere, p. 54).

3. Déjà sous les Carolingiens l'idée prévaut que celui-là est déchu de sa pleine dignité et indépendance qui vit sur la terre d'autrui pour la cultiver. Esmein, *Cours élémentaire*, p. 87.

4. « Nous appelous villenage héritage qui est venu de seigneur à cens, à rente et champart ». Beaumanoir, XIV, 9.

Ainsi, on leur refuse l'*animus* et plus tard l'action de dessaisine (1).

Dans d'autres pays, par contre, où les hommes de poôtes étant plus forts, maintinrent leur indépendance et leur tribunal vis-à-vis du seigneur justicier (2), ils eurent un tribunal composé de leurs pairs. Ce tribunal restait toutefois sous l'autorité du justicier.

46. — Par la suite, on transforma si bien, en y introduisant des principes contractuels, l'ancienne juridiction justicière territoriale ou censuelle, que l'on vit dans le droit cottier une juridiction foncière rentrant dans la classe contractuelle des contrats féodaux.

C'est ce que prétendait M. Secrétan (3) et, tout en reconnaissant que la juridiction seigneuriale française, qui avait pour objet « la justice à rendre aux censitaires féodaux et aux serfs », correspondait aux *hofgerichte* allemandes, il prétendait qu'il existait entre ces deux sortes de juridictions une différence, tandis que les tenures inférieures au fief rentraient, en Allemagne, dans

1. Beaumanoir, XXXII § 8.

2. « Terre qui n'est tenue en fief, que rurallement ou appelle entre les coutumiers terre vilaine... doivent à leur seigneur service d'eschevinage, car le seigneur de tels tenants peut faire ces eschevins pour traiter et demener les héritages entre tels sujets ». Bouteiller, *Somme rural*, I, 84, p. 489. V. Les coutumes de Hainaut, et d'une façon générale le Nord et la Belgique, montrent la main-ferme, qui donna jusqu'à la fin de l'ancien régime le droit au tenancier d'être traduit devant ses pairs, c'est-à-dire, d'autres tenanciers. V. du Cange, V° Mainferma. Merlin, *Répertoire*, V° Mainferma Laurière, même mot; Garsonnet, *loc. cit.*, p. 410.

3. *Essai sur la féodalité*, Lausanne, 1858, p. 375, 482.

le droit justicier ou territorial, elles rentraient, en France, dans le droit féodal.

C'est une erreur qui nous étonne d'autant plus que M. Secrétan, suivant les traces de Championnière, avait admirablement indiqué la situation de l'homme de poète libre vis-à-vis du justicier.

« Lorsqu'à la fin de l'époque barbare, dit M. Secrétan, le pouvoir de l'Etat succomba, lorsque les fonctions judiciaires usurpées par leurs détenteurs devinrent elles-mêmes des possessions privées, les associations particulières cessèrent d'être rattachées les unes aux autres par le lien commun de l'autorité supérieure résidant dans l'Etat. Alors, la juridiction des anciens employés publics, devenus seigneurs justiciers, ne s'exerça plus que par districts dans la circonscription où domine chaque seigneur ; mais, entre les habitants de deux districts justiciers différents, il n'y eut plus de juge commun auquel on pût recourir ; il n'y eut pas davantage de recours, faute de supérieur commun » (1).

« On comprend combien cet état de choses déplorable dut favoriser le progrès des associations particulières ; car celui qui en faisait partie avait derrière lui la force de l'association, qui lui devait sa protection ; le seigneur féodal la devait à son vassal, l'évêque et l'abbé à ses clercs et à ses hommes, la commune à ses bourgeois ; le particulier seul ne devait rien à ses sujets, à ses hommes de poète ; ceux-ci furent obligés d'acheter par

1. Secrétan, *op. cit.*, p. 464 et ss.

« engagements, par leurs biens et leur liberté, cette protection que l'homme libre et isolé ne trouvait nulle part » (1).

Les hommes de poêle durent donc tantôt acheter la protection du justicier, le droit de recourir à ce tribunal d'origine souveraine, dont nous avons parlé plus haut : et pour cela, ils s'engagèrent, la plupart du temps, à payer un nouveau cens, un surcens, un gros cens ou *cens cottier* (2) ; tantôt ils recoururent à un propriétaire assez fort pour les défendre, quoique non justicier : ils payèrent uniquement le second cens (3), et furent protégés par une juridiction fondée sur l'association, juridiction analogue à la juridiction féodale.

Ainsi nous voyons encore au xvi^e siècle les coutumes du Poitou, d'Amiens, de Montreuil, de St-Omer qualifier de tenancier cottier « *celui qui tient et poud de l'héritage redevable de cens, surcens ou rente* ».

Cette juridiction comprend le cens, avons-nous dit, et les prestations analogues. Elle a donc un objet spé-

1. Voilà pourquoi le droit de guerre n'existait pas entre « *gens de poste, ni entre bourgeois* », comme dit Beaumanoir. Ce qui ne veut pas dire qu'à l'origine la juridiction féodale dérive nécessairement de l'engagement, comme nous le verrons plus loin. Mais nous parlons du plein épanouissement de la juridiction féodale.

2. Il y a donc deux cens, l'ancien cens romain qui est très modique, qui n'est à proprement parler qu'un impôt, et le véritable cens conventionnel, le surcens, le cens costier (V^o Laurière, *Glossaire*, au mot costier). Cpr. Viollet, *hist. du dr. privé*, p. 683. Plus tard ce cens costier ne parut plus qu'une annexe, une augmentation du 1^{er}. Cpr. Beaumanoir, XXIV, 20.

3. Il est clair que la maxime « *cens sur cens ne vaut* » (Loysel, *Instit.*, IV, 2, 4) ne s'applique pas en même temps au chef cens et

cial. « *Neque pro ea (terra) justiciabunt eum nisi de censu tantum*, dit le Cartulaire de St-Martin-des-Champs; et les coutumes de St-Eloi de Noyon ajoutent : *Famulos serviente in dominica curte abbatis nullo modo justificabit præter illos qui mansos tenent, et illos non justificabit nisi de prefata consuetudine* (1) » doc. de 1046, Dom Grenier, n° 233.

au cens costier, puisqu'on les voit à chaque instant superposés l'un à l'autre. Elle ne s'applique qu'à l'un des deux. Il n'y a aucune raison de l'appliquer au second (Voir exemple de deux crois-cens dans Viollet, *Histoire du droit civil*, p. 683, note 2). Quant au premier, il est facile de comprendre cet axiome : il signifie qu'on ne porte pas deux fois le même impôt sur un même bien, ou, pour prendre la question à un autre point de vue, comme l'impôt indique la seigneurie justicière, qu'il est récongnitif de seigneurie. Cette origine du cens explique que, vers l'époque du XIII^e siècle (la justice tendant de plus en plus à prendre la forme, l'aspect de la seigneurie féodale), on décida que pour pouvoir accenser une terre il fallait la tenir noblement : on rattacha la justice à la noblesse.

1. Dans ces prestations il ne serait pas difficile de reconnaître de fortes analogies avec les canons payés par les anciens colons romains (nombreux exemples dans le polytique de l'abbé d'Irminon) ou d'une façon générale avec le tribut en nature, cens ou deniers, corvées, tourteau, gelines, etc. Livre de justice et Plet., XII, II § 2 : « *cil (services) qui sont deu par la reson de terres sont cens, obliez, gelines, corvées et plusors autres choses, qui plus doivent par la reson des terres que par autres.* » Cpr. Guy Coquille, *Institut.*, p. 151 ; et à l'époque précédente (doc. de 1112) : *Diffinitum est ne liceat ipsi Guillelmo vel successoribus ejus, jam dictos homines et hospites nostros, pro aliquo forisfacto, in jus per suam justitiam cogere, nisi adversus eos querelam habuerit de his quæ sibi ab illis rusticis ex antiqua consuetudine debentur, videlicet de denario et tortello et corvata.* *Cartulaire de Notre-Dame de Paris.*, I, p. 378. Cité par Flach, I, p. 282. Cpr. aussi les doc. cités tome II, p. 513, 516 : *Concessit, ut numquam amplius aliquam violentiam hominibus inferret, vel aliqua occasione cogeret, nisi tantum pro his que de aquis vel vineis reddere debent, si forte in illis deliquerint* (*Cartulaire de Saint Etienne de Vaux*, ch. 8 ; n° 1117-1130). Cité par Flach, *loc. cit.*, p. 280 note 2.

Cette limitation est expressément mentionnée par le jurisconsulte Jacques Rhem : « *Quemadmodum dominus feudi jus habet in personam vassali et jurisdictionem restrictam ad causas feudales, sic etiam dominus curiæ dominicalis jus habet et jurisdictionem in personam emphyteutarum, restrictam tamen ad causas emphyteuticas (1)* ».

Nous nous trouvons donc en présence d'une juridiction d'origine justicière et de nature contractuelle (2), qui se présente à nous avec une physionomie propre. Ce n'est pas la juridiction féodale :

« *Chose cottière ou courtière, dit Ragueau, c'est une même chose qui est opposée à la chose féodale.*

« *Héritages cottiers, dit la coutume de Saint-Omer, art. 22, auquel lieu ils sont opposés aux héritages féodaux* ».

Ce n'est pas non plus la justice justicière ordinaire dont elle n'est souvent qu'une branche spéciale et n'a pas la généralité. Nous voyons l'opposition des deux juridictions dans un passage du coutumier d'Artois, III, 17 : « *Robers qui est tes couchans et tes levans, fu adjornes par de-*

1. Les deux documents précédents sont cités par Flach, nos 279, 280 et ss., le dernier par Championnière, *de la propriété des eaux courantes*, p. 411 et note 2.

2. Ces sortes de contrats existent encore au xiv^e siècle dans le Bordelais. On voit dans une charte du 27 mars 1315 Gautier-Etrangle-fromage déclarer tenir de « *master R. Judeu* » une vigne, et promettre de lui payer un cens. N. R. H., 1896, p. 533, note de Brutails. Le censitaire s'engageait en même temps à comparaître devant la justice du bailleur. On trouve de nombreuses allusions à cet usage dans les coutumes de Bordeaux, d'Agen, de Bergerac. Voir aussi deux textes relatifs à l'exercice de cette juridiction foncière *ibid.*, p. 534, 535.

vant son seigneur, pour chateus et por mæbles; et à ce jour meismes avoit jour par devant .j. sien autre seigneur d'iretage qu'il tenoit de lui... » Il doit se rendre de préférence à la convocation du premier car « moult gringneur révérence doit il à la court son seigneur, dessous qui il couce et liève, que à celui de qui il tient la terre à cens sans plus ».

La grosse différence est que la justice cottière est réciproque; que tandis que le simple homme de poste n'a pas de juge contre son seigneur, « entre seigneur et son vilain, il n'y a de juge fors Dieu », comme dit Beaumanoir (1), le censitaire peut appeler pour défaut de droit (2).

Et comme le droit des villes était un droit justicier, que d'autre part l'esprit commercial tendait à tout mobiliser, on arriva à confondre en quelque sorte le droit justicier et le droit mobilier (3). Ainsi nous voyons dans les coutumes du pays de Langle (4), « qu'en cas d'obligation, on ne saisit le fief qu'à défaut de meubles et d'héritages cottièrs » : Ch. XIX;

Que « le retrait des héritages cottièrs doit s'opérer dans les 40 jours et celui du fief dedans l'an » *ibid.* XVIII;

1. Beaumanoir, XXXII, 8.

2. La seconde manière de gens as qui il est messier, qu'ils nomment leur seigneur, ce sont cil qui tiennent d'eux héritages vilans, de qui la connaissance appartient au seigneur. Li seigneurs ne peut mettre en difaute envers cil qui tiennent d'eux en vilenage ». Beaumanoir, cité par Secrétan, p. 474.

3. Le seigneur dont la compétence s'étend sur le meuble et le catel au XIII^e siècle, en même temps que sur le couchant et levant (question d'Etat), est le justicier.

4. Coutume de Langle, Ch. XIX : Bourdot de Richebourg, I, p. 298.

Enfin, qu'il y a une même juridiction pour « toutes matières personnelles des acquêts et des héritages cottières. » *Ibid.* IV.

L'héritage cottier fut donc mobilisé avant le fief dans un certain nombre de villes. Il cessa de faire partie des biens réels pour rentrer dans les choses mobiles et les choses vilaines, « *res viles* ».

b. — *Juridiction justicière.*

46. — Nous avons essayé d'indiquer la saisine du censier et la juridiction cottière. Retournons au droit national et à la juridiction justicière. Son principe, disons-nous, est le principe de souveraineté romaine (1), et son objet est la propriété : non pas seulement le meuble et le chatel, mais d'une façon générale tous les biens, sauf ceux qui ont été concédés à fief ou à censive. Il ne faut donc pas s'étonner de voir le droit justicier englober et dominer, comme nous l'avons vu, les deux autres. Ce droit justicier fut le premier recouvert par la juridiction royale, lorsque celle-ci reprit la puissance en mains (V. Grand Coutumier, p. 280-282, 286-7, 289, etc.).

Le droit justicier, distinct, comme nous l'avons vu, de la juridiction cottière, l'est encore bien davantage de la

1. Et non pas la propriété, comme le répètent à l'envie un grand nombre d'auteurs. Bruns, *das Recht des Besitz im Mittel.*, p. 3. Guizot, *Histoire de la civilisation*, 9^e édit., III, p. 54 ; Fustel de Coulanges. Seignobos, *Introduction à l'étude du droit féodal en Bourgogne*, p. 241. Dans notre sens Championnière, livre cité, *passim* ; Secrétan, *Essai sur la féodalité*, *passim* ; M. Chénon, *Histoire de l'alleu en France*, p. 38 : il réfute la théorie de M. Flach ; dans ce sens M. Thévenin, *Cours à l'école des Hautes Etudes*, 1896-97.

justice féodale. C'est ce que nous dit la vieille maxime : « fief et justice n'ont rien de commun ensemble » (1), une

1. Loysel, *Instit.*, livre 2, titre 2, règle 44 ; on retrouve la même disposition dans les coutumes du Berry, de Blois, titre 65, d'Auvergne, titre 4, de Bourbonnais, de Touraine, 379, de la Marche, art. 5. Voir aussi commentaire de Ferrière sur la coutume de Paris, tome I, p. 54, n° 35 ; Bucquet, *Traité des justices*, ch. 6, n° 4 : *Et sic nihil commune habet proprietas feudi cum proprietate jurisdictionis : et concessio feudo non censetur data jurisdictio*. Dans ce sens M. Viollet, *Inst. pol.*, I, p. 435 ; il reconnaît que le fief n'implique pas nécessairement un droit de justice. Mais le mouvement général de la justice fut de chercher à s'approprier le domaine. Dans plusieurs provinces la justice et le fief furent la plupart du temps réunis. (Voir Championnière, *loco citat.*, p. 153 à 189. Secrétan, *loc. cit.*, p. 455 et ss. C'est ce qui avait lieu en Normandie, v. *Grand Coutumier*, ch. 11, où nous voyons la juridiction féodale absorber la justice et s'étendre même *contra residentes feudi*. Beaumanoir, X, § 2 ; t. VIII, 1. Cpr. Coutumes du Maine et d'Anjou. Il ne faut voir là qu'une exception. D'Argentré nous montre bien que le fief et la justice sont deux choses différentes : *jurisdictio exerceri potest etiam separata a feudo ; sed rarum est in Britannia feudum sine jurisdictione reperiri*. Cette séparation était encore plus profonde au XIII^e siècle ; nous voyons dans les établissements de Saint-Louis un seigneur tenant de deux seigneurs différents sa terre et sa justice. *Etablissements de Saint-Louis*, I, 115. Viollet, tome II, p. 207. Les deux justices ont donc des ressorts différents. En outre on remarque qu'il y a plus de justiciers que de barons. On ne peut donc confondre la baronnie féodale avec la justice. Pour l'alleu, il faut aussi écarter l'école moderne des historiens qui prétendent que « la justice propre est attachée à la possession même de l'alleu ». V. Flach, *Origines*, I, p. 190 et 202. Seignobos, *Histoire du régime féodal en Bourgogne*, p. 237 et 238 ; système réfuté par M. Chénon, *Etude sur l'histoire de l'alleu*, p. 35 à 38. « Alleu et justice n'ont rien de commun ». Claude de Ferrière, sur la Coutume de Paris, tome I, col. 1009, n° 8. Cpr. le compte-rendu de l'ouvrage de M. Flach, par M. Esmein, N. R. H., 1086, p. 634. M. Glasson dans son *Histoire du droit et institutions en Angleterre* avait admis que la propriété impliquait souveraineté directe ou déléguée (I, p. 50) ; le sa-

maxime dont le sens profond est la distinction tranchée des juridictions féodales et seigneuriales, que l'effort des xvii^e et xviii^e siècles tenta vainement de confondre.

Ainsi notre droit justicier, qui correspond au Landrecht allemand (1), étant un droit territorial, n'englobe pas les deux autres; il porte sur toutes choses, « *exceptis feudis et censivis* »; il comprend en lui la saisine de l'alloutier, du vassal, du censier; tandis que d'après le droit des fiefs les vassaux ont une saisine indépendante, et d'après le droit cottier, le censier. En conséquence: 1^o par rapport au justicier, il n'y a qu'une saisine, celle du propriétaire, et les concessionnaires, vassaux et censiers, ne sont considérés que comme remplaçants;

2^o Par rapport à ses droits justiciers le seigneur est toujours saisi.

Contre les exploitz du haut-justicier, faits en forme de justice, ne peut t'on contrevénir par doléance ou cor plaincte en cas de nouvelleté, mais par opposition ou appellacion, nous disent les coutumes de Lorris-Montargis, Edit. Tardif, ch. xxi § 357. Il se complaindra « de la nouvelleté faite à son homme de corps ». Grand Coutumier, p. 246 a contrario.

vant auteur a modifié son opinion dans l'*Histoire du droit et des institutions de la France*, IV, p. 378. La formule de M. Viollet « absorption de la souveraineté par la propriété » nous semble se rattacher aux opinions de M. Flach, *Inst. polit.* II. p. 448, 455.

1. Sans toutefois se confondre avec lui, parce qu'en Allemagne, le pouvoir impérial dont toute juridiction est censée provenir ne fut jamais entièrement brisé. La justice n'y devint jamais un droit purement privé comme en France (v. Secrétan, p. 477-481, qui exage peut-être ce côté purement privé). De même en Italie où le pouvoir impérial fut toujours fort (*ibid.*, 487-488).

« *Le seigneur, pour ses droits seigneuriaux notoires et dont il est possesseur, en doit point plaider dessaisi, soit en demandant, soit en défendant* », nous répéteront en 1506 les coutumes de Sens CCXXXIX (1).

C'est dans cette acception qu'il faut prendre la règle de Loysel : « *L'on dit vulgairement qu'entre le roi, le seigneur et le sujet ou vassal, n'y a point de nouvelleté* » (2).

c. — *Jurisdiction féodale.*

47. — Quant à la justice féodale, elle naît du contrat de fief, du moins pour la période féodale, et est devenue une justice contractuelle (3). Elle embrasse toutes les contes-

1. Bourdot de Richebourg, III, p. 501.

2. Loysel, LXIV. Cpr. de Ferrière sur l'article 9 de la coutume de Paris, glose unique, nos 9 et 10. Dans ce sens, Papon dans ses *Notaires*, tome 2, p. 585 ; Jean Galli, *Quæstiones*. Dumoulin, *Commentaires sur l'ancienne coutume de Paris*, § 1, glose 4, quest. 5.

3. Voir *Livre de Justice et de Plet*, livre XIX, titre 26 § 2, p. 302. *Ancien coutumier d'Artois*, titre II, p. 12. Bouteiller, *Somme rural*, I, titre 84, p. 484. *Grand Coutumier de Normandie*, ch. 29 et 53, p. 93 et 151. V. aussi Durant, *Speculum juris*, titre de *feudis*, n° 17, cité par M. Esmein, *Cours élémentaire*, p. 280. Nous ne disons pas qu'elle est d'origine contractuelle, car M. Beaudoin nous semble avoir récemment démontré qu'il n'est pas vrai que dans le droit franc le sénior devienne, par la recommandation même, le juge de son vassus. Le vassus était alors toujours justiciable du tribunal public, de la même façon qu'il était justiciable de l'armée du roi. Ce n'est que peu à peu que les justices seigneuriales sortirent des règles du droit franc, par suite de ce fait que le droit franc donnait d'une part au senior l'obligation de présenter son vassus au tribunal public, et d'autre part décidait qu'en cas d'accusation contre le vassus le seigneur devrait être prévenu d'abord, pour faire rendre rançon à la victime. On arriva par ce moyen à faire compa-

tations auxquelles peut donner lieu le service du fief et les obligations qui naissent du contrat féodal; en un mot, depuis la prestation de la foi (Grand Coutumier, p. 286), elle est la justice propre à l'association qui existe entre le seigneur et les hommes du fief.

Le fondement de cette justice n'est plus la souveraineté, mais l'association. Les pairs, les covassaux réunis en tribunal assureront le respect des engagements du vassal envers le seigneur, et aussi du seigneur envers le vassal (1).

raître le vassus devant le tribunal du senior lui-même. V. Beaudoin, *Étude sur les origines du régime féodal*, dans les *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, Paris, 1889, p. 35 à 133. Cpr. Schulte, *loc. cit.*, p. 105, note 4; pour lui les vassi sont justiciables du comte. Cpr. Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire*, p. 474 à 480; Schrœder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgesch.*, I, p. 174 et ss. qui nient la justice du senior sur le vassus. Sur cette question les auteurs sont divisés : V. Championnière, *loc. cit.* p. 386, et ss. ; Warnkœnig, *Franz. r. g.*, I, p. 142; Laferrière, *Histoire du droit français*, III, p. 417; Guizot, *Civilisation en France*, IV, 3^e leçon; et avant eux Montesquieu, *Esprit des lois*, XXX, 20 et 21. Ces auteurs croyaient en effet que le contrat de recommandation engendrait la justice du senior sur le vassus. D'autres ne l'ont pas dériver la justice de la recommandation proprement dite, mais de la concession de terre qui accompagne la recommandation. V. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 401; Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 276. Cpr. Glasson, *Inst. franç.*, III, p. 1315, 377 et ss. Quant à M. Flach, *Origines*, I, p. 215-16, cpr. 70 et ss., il voit, comme nous l'avons dit, dans la justice féodale une sorte de dérivé de la propriété proprement dite; mais les textes qu'il invoque ne nous paraissent pas probants.

1. Le vassal pourrait aussi dans le cas où le seigneur lui fait tort être délié de sa foi et la porter ailleurs. *Cartulaire de la Trinité de Vendôme*, M. S., nouv. acquisit., 1232, f^o 122 (xi^e siècle): « Quando Gervasius episcopus guerram inicit contra seniozem suum, Gauffredum

Ils ont pour cela un moyen, ils menaceront le seigneur de se dégager unanimement de son service, de rompre le lien de la fidélité et de l'hommage.

Ils pourront même aller plus loin et attaquer dans son château le seigneur qui refuse de rendre justice (1),

Ce tribunal intervenait aussi parfois quand le vassal était en litige avec un tiers comme défendeur ou comme demandeur (2).

Quand la théorie possessoire sera admise, ce sera le vassal qui aura la saisine. *Libri feudorum*, 4, § 1 : « *si (fidelis) fuerit in possessione, et mota fuerit ei controversia a domino, ei defensio detur propter possessionem.* Cpr. *ibid.* 26 pr.

Toutefois, si le seigneur prouvait l'expiration du temps pour lequel le fief a été concédé, ou que le vassal a aliéné

videlicet andegavensium comitem, qui pivit quidam miles seniore suum Salomonem de Lavarzino sine forfacto et vertit se ad Gervasium, propter quod tulit ei Salomon suum feidum quod ab eo tenebat.

1. V. Assises de Jérusalem, *Haute-Cour*, ch. 205 ; Geoffroy le Fort, ch. 6 ; Jacques d'Ibelin, ch. IX ; Philippe de Navarre, ch. 40 ; Beugnot, I, p. 329, 346, 457, 517, liv. 1^{er} : cité par Flach, I, p. 234, et les autres par Warnkœnig, II, p. 305. Cpr. Brussel, I, p. 159 ; si le seigneur féodal avait privé son vassal de la possession par violence, c'est-à-dire sans « *esgart et connaissance de court* », il y a un moyen de droit qui consiste en ceci, que le déjeté convoquera ses pairs et ira avec eux devant le seigneur du fief ou son remplaçant, le sommer de replacer le demandeur dans sa possession, et lui déclarer que s'il ne le fait pas volontairement, ils l'obtiendront par la force des armes. On se demandera longtemps encore après si l'on peut user de ce moyen contre le roi. Dumoulin, *Traité des fiefs*, annoté par Henrion de Pansey, p. 348.

2. V. doc. de 1022-1055 ; *Cart. de St. Flor. de Saumur*, Dom Housseau, II, n° 37.

sans son consentement ou perdu le fief par sa faute, la saisine du vassal étant brisée, le seigneur reprendrait le bien en vertu de sa précédente saisine, à laquelle le contrat de fief ne mettrait plus obstacle.

Ainsi s'il ne s'agissait pas du droit du vassal, mais des « *droits dans un fief dominant* », il n'y aurait pas de saisine pour le vassal.

Cette règle est vraie dans tous les cas où le seigneur agit comme seigneur contre son vassal (1) : tels sont les cas, par exemple, de saisie faute de foi ou de dénombrement. Hors de ces cas, si le seigneur troublait son vassal, il y aurait lieu à la complainte.

Nous trouvons cette règle appliquée au seigneur dans le Grand Coutumier, p. 139 : « *Item le vassal peult contre son seigneur et la court d'icelluy seigneur intenter le cas de saisine et de nouvelleté* » (2). Cpr. coutume de Lorris, titre 21, art, 12 ; coutume de Berry, titre 32.

Cette juridiction féodale finit par absorber les deux autres. Sous le mouvement du droit royal et du droit des villes, les seigneurs tendirent à faire valider par contrats ou par des titres les prestations juridiques qu'ils obtenaient d'abord en vertu de leurs droits de justice. La justice féodale devint la plus noble. C'est elle que l'ancien coutumier d'Artois met en première ligne : « *et cieus aussi*

1. Par conséquent, devant le justicier ordinaire, le vassal, le censier n'étaient considérés que comme des remplaçants. V. Gierke à son cours.

2. *Grand Coutumier*, p. 139, et arrêt du Parlement du 18 septembre 1524.

qui tient en fief doit à son seigneur plus de revirence que à celui desous qui il couche et lieve » III, 18 ; et c'est conforme à la nature des choses, car à la suite des périodes troublées c'est le groupement militaire qui prend la première importance. Aussi nous voyons qu'au xiv^e siècle, toutes les terres sont féodales.

« *In regno Franciæ ubi omnes terræ vel quasi sunt feudales, vel aliis pensionibus seu censibus affectæ, itaque possessores quasi omnes sunt utiles domini* », nous dit Faber, *Ad instit., De action., § 1, n^o 23.*

Il se produisit alors une confusion extraordinaire dans les juridictions. Nous n'avons point l'intention d'y entrer, ayant suffisamment, croyons-nous, distingué les différents cercles de juridictions pour faire comprendre combien peu les différentes saisines appartenant à chaque cercle empiétaient l'une sur l'autre.

C'est alors que se forma la théorie de la saisine générale du roi, seigneur général de tout le royaume (1).

On retrouve les traces dans les établissements de Saint-Louis.

Be aucune joutise a à marchir au roi, de quelque joutice que ce soit, soit de hêritage ou de seigneurie, ou d'autre chose, li rois, por le debat, pandra la chose en sa main et esgardera droit à soi et à autrui, car li rois n'anporte pas saisine d'autrui,

1. Pour le fief, v. doc. de 1224, Brussel, *Usages des fiefs*, I, p. 245 ; epr. p. 262. Pour la justice, v. doc. de 1280. Le roi prétend être en bonne possession de connaître de toutes les causes mobilières de nobles « *licet sub aliquo alio immediate sint cubantes et levantes* ».

mais l'en l'anporte de lui, selonc l'usage de la cort de baronie (1).

Elle est encore plus fortement exposée dans le passage suivant :

Car l'en emporte saisine du roi, non pas li rois d'autrui, si come nos avons dit dessus ; car li rois n'a point de souverain es choses temporelx ; ni il ne tient de nelui que de Dieu et de soi ; ne de son jugement l'en ne puet apeler que à Dieu, car cil qui en apeleroit ne troveroit pas qui li en peüst droit faire (2).

Cette théorie devait nous mener à la directe royale universelle pour l'époque subséquente.

Unité de la saisine obtenue par la distinction du domaine direct et du domaine utile.

47. — Cette unité de saisine dans un même cycle de droit fut brisée lors de la constitution du droit royal, qui reconnut comme placées l'une à côté de l'autre la saisine de la propriété et du cens. Avec cette extension de la royauté, les différents droits se trouvèrent ramenés devant un même tribunal, et c'est devant lui qu'eurent lieu les contestations sur le droit du censier et la saisine du censitaire. L'on vit donc les anciens tribunaux disparaître

1. Ch. III, liv. II. Edit. Viollet, tome II, p. 333. Cpr. Usages d'Orléans, § 2.

2. Livre II, ch. XIV (tome II, p. 370), édit. ch. XX, livre II, (p. 403 et 404), § 38. 1. Plus tard on essaya d'expliquer la chose en déclarant que, la plainte étant une sorte d'accusation, on ne pouvait l'intenter contre le roi (v. Pathou, § t. XIII).

en partie et se transformer dans la nouvelle organisation bourgeoise (1).

Il semblerait avoir dû résulter de cette confusion que deux saisines purent désormais exister sur un même bien dans un même cycle de droit. On évita cet inconvénient.

Le moyen employé nous semble avoir été la division romaine du dessus et du dessous, du vide et du plein (2), du fonds et du tréfonds etc. On considéra, à notre avis, que le bien immobilier était divisé en quelque sorte en deux parties : au propriétaire appartenait le dessous, au censier le dessus. L'un eut la saisine civile, l'autre la naturelle (3) ; plus tard l'un le domaine direct, l'autre le prouffitable (Grand Coutumier, p. 204 ; cpr. 278).

1. Cpr. Heusler, *Gewere*, p. 143 et ss. En France, dans un assez grand nombre d'endroits, la Cour colongère ou cottière avait disparu par suite du morcellement du domaine qui se brisait et laissait le pas au village. Flach, *Origines*, II, p. 121. Pour le droit des villes il produisit aussi un rapprochement des saisines du terrain cottier et du propriétaire. Il en résulta une grande confusion. Nous trouvons de nombreux documents sur le cens des villes ; voir entre autres ceux cités par Prost, dans sa belle *Étude sur le régime de la propriété à Metz*, N. R. H., 1889, p. 9, 19, app. 11. Cpr. 20.

2. Dans les formules de Rozière, tome I, nous trouvons à chaque instant qu'on donne un champ : « *cum omni superposito* » « *cum cartitiis superpositis* » « *cum mobilibus et immobilibus omnique suppellectile domus* » (Le suppellex, cela comprend les petits meubles, l'aysina) : Nos 130, 132, 140, 160, 166, 170, 172, 195, 203, 230, 253, 341, etc. ; dans les formules de Metz, on retrouve à chaque instant l'investiture *en aine et en fonds* : Prost. N. R. II., 1880, *Études sur le rég. de la propriété*. V. preuves, nos 5, 8, 9, 14, 20, 23, 27, 28, 39, 40, 54, etc. Cette façon de voir matérielle a dû ainsi influencer sur le concept d'immeuble.

3. Sur cette possession *civilis et naturalis* en France, V. *Grand cou-*

L'on conçoit donc que, s'il n'y avait eu que deux degrés de juridiction, cette section du bien en deux parties aurait suffi pour remplacer les deux cycles disparus. Il n'en était pas ainsi : il y avait au moins trois degrés de juridiction. Et la difficulté était de savoir quelle serait la possession accordée à chacun, au maître, au vassal, au censier. On répartit le droit cottier ou censuel entre le droit justicier et le droit féodal, dans une proportion difficilement appréciable. Il devint en partie un droit mobilier, opposé comme nous l'avons vu à la chose féodale, et en partie une sorte de succédané du droit féodal, de droit foncier (1).

Nous trouvons l'écho de ces préoccupations, pour le cens et le fief, dans le texte suivant de Johan. Faber, *Ad Instit., De locat.*, § 2, n° 6 : « *In censualibus servatur de consuetudine quod primus et directus dominus investit, et vo-*

tumier, p. 239, qui parle du *dominium directum et utile*, de la saisine directe et profitable, et Beaumanoir, XXXIV, 13, qui parle de la « saisine de seigneur et saisine à exploiter ». En Italie, Bruns, *Besitz im Mittel.*, p. 108 et ss. Toutefois, l'on voit très bien les difficultés éprouvées : « *sed quid si ille, qui habet naturalem tantum possessionem ut vassalus, et similes alii det in feudum vel in emphytensim, an habeat postea civilem? respon. secundum Joan naturalem transferre* ». *Accurse., Gl. ad. l. 3 § 5. D. 41, 2.* Le Grand Coutumier invente pour les éviter la théorie du seigneur *par moyen et sans moyen*, p. 205. Voir aussi sur ce point *Summa in Cod. ad int. de acq. et ret. poss.*, 7, 32 ; Glose, *ad l.*, 4, C., 7, 32. Cpr. Bartole, *ad l.*, 1. *D. de acq. vel ret. poss.*, n° 8, et les autres documents cités par Heusler, p. 300 à 304. En Espagne, Bruns, *Besitz im Mittel.* p. 344, et Heusler, p. 328.

1. P. l'Allemagne, v. Huber, *bedeutung*, 28 à 32, et pour toute cette question des multiples possessions Laband, *Recension*, p. 3 ; Heusler, *Gewere*, 53, 121, 209, 327, 340, 432 ; Stobbe, *gewere*, p. 450.

catur primus et directus dominus ille qui primo tradidit ad censum quamvis forte teneat ab alio in feudum ».

On voit le système adopté ici : les saisines du seigneur censier et du censitaire sont ramenées dans un même cycle, le féodal ; dans l'intérieur de ce cycle, le vassal est seigneur censier et a le domaine direct.

On agissait de la même façon dans le cas du bail à longue durée à l'égard du fermier libre, vis-à-vis du propriétaire libre. La division du bien en deux parties, dans l'intérieur de chaque cycle, conservait les deux possessions civiles et naturelles, qui, s'attachant à deux objets différents, produisaient deux saisines qui ne pouvaient se contredire.

Il resta toutefois des traces de cette sorte d'incorporation au sol du cycle de justice, dans lequel chacun possédait, pour ceux se trouvant dans les cycles inférieurs. Ces traces sont les directes féodales, censuelles et seigneuriales, privées. On s'explique de la sorte que les directes aient été imprescriptibles, parce que par rapport à la saisine de la directe le vassal n'est qu'un représentant du suzerain, le censier un représentant du vassal, le bailleur un représentant du propriétaire (1).

48. — Un doute peut rester dans les esprits. Cette disposition du domaine en usufruit et nue propriété, domaine utile et domaine direct, est relativement récente. Elle sent son origine romaine, elle n'a prévalu qu'avec le

1. Sur les différentes directes, voir l'exposition de M. Chenon *Étude sur les démembrements de la propriété foncière*, p. 31 et ss., 41 et ss., 49 et ss. Cpr. Viollet, *Hist. du droit privé*, p. 689.

droit romain. Or nous trouvons dès le plus ancien temps des saisines différentes dans un même cycle du droit. Nous citerons en premier lieu la saisine du précariste (1) qui semble coexister en même temps que la saisine du vrai propriétaire dès l'époque franke. Et pour l'époque subséquente nous citerons encore les saisines du créancier gagiste, du baillistre, du mari et de la douairière, du preneur à long terme; saisines que nous pouvons rencontrer indifféremment dans chacun des trois cycles précités. Comment concilier ces saisines avec celles du propriétaire, du vassal, du censier, sans admettre deux possessions portant sur un même objet?

Unité de la saisine sauvegardée dans chaque cycle par la notion spéciale de la propriété conçue comme usus.

49. — Avant d'aborder ce point, faisons remarquer de nouveau qu'il nous faut parler de l'idée du droit objectif. Avec ce droit, l'avantage apparent de la propriété, c'est la jouissance : c'est *l'usus*. Or *l'usus* peut être concédé à temps : tandis que si nous étions parti de l'idée de propriété romaine, qui est une idée de commerce, nous aurions

1. « *Ego richarius trado omnia quod abeo; pro precario volo abere usque vita mea annos singulos modo compionu; si deus mihi filio dedit illi sit vestidum et si mater mea me supervive illa in ipso cinsu sit vestita*, Wartmann, n° 22. Cpr. *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, I, n° 77; *Cartulaire de Redon*, 134, et autres documents cités par Heusler, p. 55. Cette *investitura* du précariste « n'est pas niabile », dit Laband dans sa *Recension*, *Kritick. Viertel. XV*, p. 391 : *das Kloster, die Kirche, der Eigenthümer bleibt in vestitura, auch wenn der zinsmann die Frucht zieht.*, v. aussi Stobbe, *Handbuch*, p. 12.

trouvé que pour elle, la caractéristique de la propriété c'est d'être transportable, d'être échangeable : c'est *l'abusus*. Or *l'abusus* ne peut être concédé à temps.

Cette idée directrice nous suffira pour comprendre comment, jusqu'à l'introduction du nouveau concept de propriété, il put y avoir sur un même bien une saisine de propriétaire, de baillistre, de mari etc., sans qu'aucune de ces saisines ne détruisît l'autre.

Nous devons d'abord prouver l'existence de cette façon de voir et ensuite en donner l'explication juridique. « Plus haut nous plaçons le début de la formation du droit, dit Heusler(1), dont nous demandons la permission de résumer ici la magistrale théorie); plus nous arrivons à l'idée que les différents droits réels paraissent être les différents degrés d'une même expression fondamentale que nous pouvons désigner comme étant le droit de puissance sur les choses. Avoir un droit, une chose en son pouvoir, c'est avoir ou un droit appartenant *in perpetuum sibi et pro heredibus suis*, ou un droit à une résolution ou à une condition ; et les différences que nous rencontrons plus tard, les droits de propriété, de douaire, de gage etc., n'expriment que les modalités d'un droit unique (2). La propriété est le *jus rem in perpe-*

1. *Institutionen*, pp. 16 et ss. Huber, *die Bedeutung*, pp. 54, 60. En suivant cette théorie on arrive à l'unité du droit réel à l'origine Cpr. Hermann, *die Grundelemente*, p. 50 et note 2.

2. On trouve encore dans le droit de Metz au XIII^e siècle, une preuve curieuse de la subsistance de cette idée dans la terminologie. La tenure en tréfonds a fondamentalement le sens de « à toujours et en permanent » « *pénitus, hoc est in trefundo* » (Prost, *op. cit.*, app., XXXVIII. Ce qui montre bien que ce n'est pas la propriété com-

« *tuum in dominico et potestate habendi*, le douaire le *jus rem*
« *quamdiu vixero in potestate et dominatione habendi* (1), et
« une formule que nous rencontrons fréquemment, à l'é-
« poque franque, pour le transport de biens avec réserve
« de jouissance, déclare : *hæc a die præsentis de jure meo*
« *in jus et dominium sancti illius trado, ea ratione ut quamdiu*
« *vixero habeam res in mea potestate, post obitum meum res*
« *ad monasterium recipiantur et in ejus potestate et dominio*
permanent » (2). C'est là l'idée qui ressort inévitablement

plète à la romaine, c'est qu'on pouvait acheter en tréfonds des cens aussi bien que des héritages, des alleux, des fiefs, des avoueries. V. Prost, *op. cit.*, p. 55.

1. Voir aussi Codex. Lauresh : *Nostro monarcho, ad dies vitæ suæ, in proprium habere nostra concedo potestate*. Cité par Pertile, *Storia*, IV, p. 173, 947. *Sibi et uxori ut res in proprietate possiderent usque ad obitum vitæ ac eorum*. Phillips, *Deut. Pr. Rech.*

2. « Nicht die verchiedene juristische Natur, sondern die grossere oder geringere Dauerbarkeit begründete die Unterscheidung zwischen vererblichem Eigentum, lebenslanglichem Eigentum und Leibzucht, Lehnrecht und Leiherecht, ablösbarer Satzung und vormundschaftlichen Nutzungsrecht » Schröder, *Lehrbuch*, p. 261. Aussi l'on investit *jure proprietario* ou *ad proprietatem*. *Jure proprietario investitus erat*, *Dipl.*, 799. Mühlbacher. Cpr. Muratori, *Ant. It.*, I, 495, 503, II, 241. Cité par Pertile, *Storia del dirit.*, IV, p. 172. Ou bien *jure censu* ou *in proprietatem diebus vitæ suæ*. *Codex Diplomaticus Fuldensis*, n° 658 ; gr. *Saint-Gall.*, n° 663. Voir Roth, *Feudalität*, pp. 49, 176, 183, 199. Et nous voyons en France traduire par le mot propriété la concession du vassal. Ces concessions de propriété temporaire pouvaient aussi servir au crédit et furent le premier moyen d'arriver au gage immobilier. Nous trouvons dans l'ancienne Coutume de Bourgogne : « *l'en ne puet vendre simplement la chose de fié sans le consentement du seigneur du dit fié, toutes voyes la puet ou bien vendre a trois ans sans son consentement* ». M. Esmein, *Etudes*, p. 162, note 1. Nous retrouverons la même règle dans les *Usages de Guines*, édit. Tailliar, p. 343 ; *Somme rural* de Bouteiller,

de la lecture des textes de l'époque franke et encore davantage peut-être de ceux du premier moyen-âge. Gage, douaire, fief noble ou roturier, concession quelconque à terme ou sous condition d'un droit immobilier: tout s'exécute par le transfert d'une saisine à terme ou sous condition. Ainsi tous les droits des choses nous apparaissent comme faits d'une même étoffe dans laquelle les ciseaux des conventions découpent des quantités différentes.

50. — L'idée que nous avons donnée du droit objectif portant sur *l'usus*, nous permet de comprendre plus profondément cette propriété médiévale (1): en effet tandis que dans le droit romain, la propriété est placée seule et comme isolée en face des *jura in re* qui sont considérés comme des charges, des servitudes (Gaius), des démembrements vis-à-vis d'elle (il fallait retirer du bien la masse échangeable), dans nos vieilles traditions tout est encore confondu, les démembrements de la propriété ne sont que des fractions de la propriété: parce que la propriété c'est avant tout la jouissance: *l'usus* (2).

livre I, titre 25, p. 136; anc. Coutumier d'Artois, V, 1; *Le droit et la coutume de Champagne et de Brie*, ch. III; dans Pithou, la *Coutume de Troyes*, p. 436.

1. Heusler, *Institutionen*, II, p. 13; *Gewere*, pp. 58, 106, 149. Et ce n'est que sous l'influence du droit romain que l'on aurait donc opposé dans le sens, la *gewere* du propriétaire, *die eigentliche gewere* à la *gewere limitée (mit beschränkten inhalt)*, dont parlent les commentateurs, Gierke à son cours. Cpr. *Genossenschaft recht*, II, p. 137. Stobbe, *Handbuch*, p. 13 et Schröder, *Lehrbuch*, 2^o édit., p. 261.

2. Ce point de vue semble plus serré que celui d'Heusler qui, en

51. — Juridiquement comment expliquer ce transfert à temps ? L'on y arrive facilement par *l'animus*.

La saisine. avons-nous dit, comprend le *corpus* et *l'animus*.

a) Le *corpus*, c'est l'élément immuable, toujours identique, la forme apparente de la propriété, la jouissance. Qu'un propriétaire, qu'un gagiste, qu'un douairier jouissent du bien, nulle circonstance extérieure ne différencie l'exercice de leurs droits pourtant bien différents. Leur *corpus* est le même. L'extériorité de la possession du précariste est identique à celle du propriétaire. La différence n'est pas dans le *corpus*, elle est dans *l'animus*.

b) C'est *l'animus* qui cerne, qui encadre, qui différencie le droit sur les choses. Suivant que le contrat, l'acte qui aura donné naissance au droit affirmé, sera ou non soumis à un terme ou à une condition différente, nous aurons un *animus proprietarii, infeudati, emphyteutæ, tutoris*, un *animus* de baillistre, de créancier. Le rôle de *l'animus*, dans la formation des droits réels, est donc indiqué : tandis que le *corpus* est l'élément commun et toujours en apparence identique, *l'animus* est le terrain sur lequel se sont différenciés les droits réels.

négligeant ce droit objectif, arrive à faire des différents droits de saisine simplement les modalités « d'une même expression fondamentale, le pouvoir de droit sur le bien ». Heusler, *Institut.*, II, p. 15. A part cela nous afflemons avec lui l'unité de *gewere*. « Das « muss man dabei festhalten, dass doch in allen diesen fallen die « *gewere* eine und dieselbe ist, und dass es nicht verschiedene arten der *gewere* giebt je nach dem Recht, das man ausübt » (Heusler, *Gewere*, 410).

Mais cet *animus* est en même temps, avons-nous dit, un *animus* objectif : Lorsqu'expirera le terme fini ou lorsqu'écherra la condition convenue, cet *animus* disparaîtra, car il n'est point l'*animus* invisible du jouisseur, mais l'*animus* objectif, l'*animus* correspondant au droit affirmé solennellement lors du contrat (1). Nous ne nous étonnons donc pas que les jurisconsultes romains, en parlant de la possession, nous aient régulièrement amené au mode d'acquisition de la possession. Car c'est en ce moment que s'affirme devant les auditeurs l'*animus* objectif, et quiconque affirmerait un droit contredit par les affirmations solennelles du contrat cesserait d'être possesseur, eût-il encore le bien entre les mains : le *corpus* cessant de coexister avec l'*animus*, sa possession disparaîtrait.

C'est ce mécanisme de droit réel qui a nécessité de notre part précédemment des explications peut-être un peu longues. Nous le voyons fonctionner avec précision.

Le droit concédé à temps arrive à sa fin ; aussitôt il est résolu (2), et le propriétaire censier, le nu propriétaire, le seigneur féodal, le débiteur gagiste, la femme ou le mineur devenu capable réclament leur droit, en vertu non d'un droit personnel, non pas d'un contrat, mais de leur

1. C'est de là que vient la règle que nul ne peut changer par lui-même la nature de sa possession, v. *Libri feudorum*, I, titre II § 1 : « *si vero gastaldi aliquid nomine proprii feudi possederint, non valebunt propterea possessionem sibi defendere nisi per pares curtis, vel breve testatum potuerint probare, se antequam gastaldi essent, vel postquam desierunt esse, investituram accepisse.* »

2. Dans notre sens, v. Huber, *die Bedeutung*, pp. 10, 60 ; Heusler, *Institut.*, I, p. 386 et ss. ; Van Bemmelen, pp. 52, 72 ; *Contra*, Stobbe, cité par Huber. Cpr. Jobbé Duval., *op. cit.*, 464 et 465.

précédente saisine, de leur droit précédent auquel aucune saisine, aucun contrat, ne fait plus obstacle (1). Et dans les temps où les formalités du transfert solennel étaient nécessaires (2), ils obligeront le possesseur à leur retransférer la possession.

52. — Nous voyons l'application de ces principes à l'époque franque pour le propriétaire et le précariste; nous la retrouvons à l'époque subséquente dans les saisines du créancier gagiste, du baillistre, du mari, de la douairière, du tenant noble ou roturier.

a) Créancier gagiste.

Le contrat, du moins au moment où l'on admit le gage immobilier (3), se présenta sous la forme d'une vente de

1. Cela arrivera de même si le cens n'est pas payé. *Si censum duos annos reddere dimiserunt, revertatur hoba ad monasterium et domus dei vestietur in evum habenda*, Wartman, n° 308, *id.*, 386. La même chose pour le fief; à la fin du temps *feudum ad ecclesiam (cujus proprietas est), revertatur*. Fantuzzi, I, 25. Cité par Pertile, IV, p. 201. Pour le fermier arrivé à la fin de son terme: Beaumanoir, XXXVIII, 2; pour la douairière: *Livre de justice et de plet.*, p. 249; le baillistre, le mari; voir *infra*.

2. On se relâcha, par la suite, dans certains cas de cette rigueur: aussi Deghewiet, *Institut. au droit Belgique*, nous apprend que dans le nord « le bien arrêté à temps repasse tellement aux propriétaires, après l'arrentement fini, qu'il ne faut aucun devoir ni œuvre de loi » suivant une sentence rendue au haillage de Tournai, entre Arnauld Boula et Nicolas Pontus, au mois de juillet 1631. Cité par Merlin au mot nantissement.

3. Au début, le gage était personnel, d'après M. Esmein: dont nous suivons l'opinion. *Lex. salic.*, livre XL § 2 et livre L § 1; Roth., 250; *Liutpr.*, ch. 36. Ce n'est que plus tard que l'on permit d'engager la jouissance des immeubles (V. *Etudes*, p. 162) puis les immeubles eux-mêmes.

jouissance à terme, ce terme étant le paiement de la dette (1).

La saisine est transportée au créancier gagiste (2). Au moment du paiement, la saisine retourne au débiteur qui a payé : « *mais s'il (l'héritage) i estoit mis por dete, revenir deveuoit à lui, sans contredit, le saisi paiiet* » *Coutumier d'Artois*, II, § 30. Et si, nonobstant ce paiement, le créancier avait voulu retenir le bien, il aurait perdu à la fois son gage et sa créance, et encouru une amende (3).

Nous retrouvons l'application exacte de ces principes dans le cas d'action possessoire « *Et aussi (il ne peut se plaindre de moi de novele dessaisine) s'il l'a (le bien), par reson de gage qu'il ait engagé à anées, et les anées sunt hors, et je rentre en le coze, il n'a pas action de novele dessaisine vers moi, car male coze serait se cil qui tient mon héritage à gage ou par raison d'engagement après son tans*

1. Sur ces points voir *Cartulaire de Redon*, nos 35 et 135 ; Beaumanoir, ch. XLIV, no 52 ; *Ancienne coutume d'Anjou et du Maine*, F. no 632, tome II, p. 232 ; *Ancienne coutume de Champagne*, chap. 4. V. Glasson, *Histoire du droit et instit. de la France*, tome III, p. 142 et ss., tome VII, p. 663 et ss. ; Cpr. *Histoire du droit et institut. de l'Angleterre*, tome II, p. 300 et ss., Cpr. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 735.

2. Cette saisine est si bien transportée au gagiste que l'on voit dans certains endroits l'usage remarquable de rendre le bien au débiteur à titre de précaire. Cpr. Viollet, *Histoire du droit privé*, p. 672. Aussi dans le bief normand, on examinera si le gage était constitué « *usque ad certum terminum, ut interim res traditi precium de proventu feodi traditi persolvatur.* »

3. Assises des Bourgeois, art. 228. *T. A. C. de Normandie*, c. LXXXVI, § 3 ; *summa de legibus* ch. XXII ; Beaumanoir, LXX, no 10. Plus tard on se départit de cette rigueur. V. Glasson, tome VII, p. 670.

passé povit aquerre saizine contre moi. Mes se je li ote le coze le tans durant son engagement, il a bien action de nouvele dessaizine contre moi » (Beaumanoir, XXXII, § 13 (1)).

Pendant le temps du contrat, ce sera donc le créancier gagiste qui aura la saisine et nous ne nous étonnons pas de voir, même quand sera introduite l'action possessoire, que ce sera à lui que l'on accordera une action, non seulement contre les tiers, mais encore contre le débiteur lui-même durant le temps de son engagement. Celui-ci, en effet, ne peut invoquer la saisine, puisqu'en vertu du contrat il n'avait plus l'*animus*, et s'il avait enlevé la chose pendant le temps de l'engagement, il aurait commis un véritable larcin (2).

b). *Le baillistre.*

Nous disons la même chose de la saisine du baillistre sur les biens du mineur. Elle constitue, comme le dit excellemment M. Glasson, « une véritable propriété temporaire » (3) qui durait jusqu'au moment de la majorité du vassal mineur, moment à partir duquel le droit était

1. Après le temps, le possesseur devient un simple représentant.

2. Coutumes d'Alais, ar. 6 et 49. Montpellier, art. 49. Beaumanoir, ch. LXVIII, n° 10. Assises des Bourgeois, ch. LVI. Livre au roi, ch. XLIX, et les autres documents, cités par M. Glasson, tome VII, p. 470. Ce que nous disons ici doit être généralisé : « Il faut nier en règle générale, dit Huber, *die Bedeutung*, p. 17, que celui qui transporte son bien à temps (dans le même cycle de droit bien entendu) conserve une *gewere* ». Sur cette saisine du créancier gagiste en Allemagne, V. Albrecht, p. 642 et ss. ; Stobbe, *Gewere*, p. 436 ; *Handbuch*, p. 15 ; voir Heusler, *Institutionen*, I, p. 25.

3. Que d'aucuns voulurent parfois transformer en saisine définitive. M. Heusler nous cite à ce sujet un curieux document cité par

résolu, et le mineur pouvait s'adresser à la justice pour obtenir la reddition de comptes (1).

On retrouve des traces de cette façon de voir dans la garde noble et garde bourgeoise, encore à une période assez avancée de l'ancien droit (2).

Les gardiens, dans la coutume susdite de Paris du XIV^e « font les fruitiers des héritages d'iceulx mineurs, sans rendre compte ». Cité par Viollet, Inst. du droit privé, p. 536, note 3.

c) Le mari et la douairière.

Le mari et la douairière eurent aussi les actions possessoires parce que, primitivement, ils avaient la saisine, le mari (3) sur les propres de sa femme et la femme

Tomaschek, *der Oberhof Iglau in Mahren und seine Schöffensprüche* (n^o 305). L'on y voit les tuteurs d'un enfant défunt se croire, parce qu'ils étaient en puissance et gewere du bien, autorisés à réclamer la propriété. Cpr. même ouvrage, n^o 297 : *die Gewere*, p. 157 ; *Institution.*, II, p. 26.

1. *Anciennes coutumes d'Artois*, titre XXVIII, p. 72, titre XXX, n^o 1 à 5, p. 78. Cpr. Beaumanoir, XVI, 14, 16 ; *Grand Coutumier* (livre 2, ch. 41).

2. Sur ces gardes, voir Glasson, tome VII, p. 198 et ss. Nous ne les confondons pas avec la garde simple qui ne donne que l'administration au gardien, qui n'a pas la saisine et ne perçoit les fruits que pour le compte du mineur. Aussi pour les anciennes coutumes de Vermandois, le Bail de la jeune veuve saisit (édit. Beaupré, p. 145), tandis que la garde ne saisit point (*ibid.*, p. 150) ; la tutelle ne donne aussi qu'un droit d'administration. V. Pollock et Maitland, II, p. 37 et 39. Quant au livre de Jostice et Plet, il nous dit aussi : « sa teneur est donnée en douaire, et la feme et le mari sont possession par la seisine qu'ils en ont », X, 27. Pour le reste, les livres de Jostice et de Plet sont du droit romain. V. *ibid.* § 26.

3. *Grand Coutumier*, p. 322 ; Beaumanoir, XXI, 2 ; Des Mares, Déc., 152, 70 ; *Livres des droits et commendements*, n^{os} 308, 483,

sur son douaire. Aussi si la femme meurt durant le mariage et que l'héritier Guillelmus réclame le bien, on cherchera si : « *Guillelmus de Ouvila, maritus matris dicti Guillelmi, erat sesitus de terra de qua agitur quando obiit eadem mater* », Olim, I, n° IV ; nous pouvons aussi ajouter le document suivant de 1284 : une femme réclame son douaire, « *hereditatem suam propriam quam gentes Regis Navarrae (comites Campaniae) saisierant ratione forisfacti dicti milites, sibi deliberari et reddi* » ; son argument est que le délit de son mari lui est personnel « *eam propter delictum mariti sui hereditatem propriam amittere non deberet ; vel saltem gratiam sibi fieri et servari quam fecit eidem dominus Edmundus dies tempore balli, cum hoc etiam alias preceptum fuisset Ballivo* ». En effet, puisqu'on avait accordé à son mari sa grâce, il serait injuste de faire supporter à la femme les conséquences du délit pardonné. A cela le bailli lui répondit que sa prétention valait rien du vivant du mari.

Dicto autem Ballivo in contrarium dicente, quod secundum consuetuduum campaniae dicta dominica, VIVENTE MARITO, non debebat hereditate gaudere... (cité par Brussel, *Usage des fiefs*, I, p. 218.

d) Le caractère du droit de la douairière est nettement indiqué par les dernières études des auteurs, parmi lesquels nous citerons M. Viollet, et nous pensons qu'il est vérifié et pénétré davantage par ce que nous avons dit de

581 ; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, l. n° 37 (tome I, p. 374) et I, n° 345, tome III, p. 460. Toutefois la prescription ne courra pas contre la femme (Cités par Glasson, tome VII, p. 368). Loysel, *Institut*.

la saisine. Cette propriété qui se transforme en usufruit, n'est-ce pas toujours l'ancienne saisine envisagée d'un point différent et nommée d'un nouveau nom ? (1)

C'est donc la douairière qui aura la saisine et cela dès le moment de la mort de son mari (2), et elle la conservera jusqu'à sa propre mort (3).

« Une feme, qui tient en doaire, s'on le despuelle de son doaire, se pot bien plaindre de novele dessaizine, tout soit ce contre l'oir à qui le coze venroit se le feme estoit morte, car il n'i a riens tant comme ele vive » (Beaumanoir, XXXII, § 16).

On peut trouver de longues explications sur le douaire dans les anciennes coutumes de Vermandois (4). Le douaire de la femme noble y a conservé son caractère, il saisit ; quant au douaire coutumier, il ne saisit point. Ce douaire était une chose très importante en Artois, Boulenois, Flandre, Lille, etc., où il portait sur tous les biens

1. V. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, tome I^{er}, p. 137 et note 1. Pour le douaire en usufruit à Cambrai en 1376, V. Le Glay, *Analectes*, p. 124. Voir un douaire d'usufruit en 1207, dans la thaum. *Cout. loc. du Berry*, p. 439 ; cité par Viollet, *Histoire du droit privé*, p. 777 ; cpr. Glasson, *Droit et institutions de la France*, t. II, p. 294 ; VII, p. 406. Klimrath, II, p. 381. Pour l'Angleterre, Pollock et Maitland, II, p. 32 ; Pour l'Allemagne, Heusler, *Institution.*, II, p. 26.

2. Et non dès le moment du contrat comme le prétendait Albrecht. Ce qui le prouve c'est la demande en possession que doit faire la femme en Allemagne, Heusler, *Gewere*, 158 à 159, et en France, Defontaines, ch. 21, n^o 45. Desmares, décisions n^o 127 et 216 ; Grand coutumier, II, ch. 33.

3. Livres de justice et de plet., p. 249 ; voir aussi Brünner *Encyclop.*, p. 504, 516. Huber, *Bedeutung*, p. 27, et 28.

4. V. *Coutumes de Vermandois*, édit. Boautemps-Beaupré, p. 113, 114, 115, 112.

du mari. En Vermandois, il ne portait que sur « *la moitié des prouffictz des biens du mari* ».

Ce que nous disons du douaire immobilier, nous le dirions aussi du douaire costier (1) et des différents droits de survie (2) que nous trouvons dans les cycles de diverses juridictions.

Nous dirons la même chose des diverses tenures nobles ou roturières concédées pour un certain temps.

e) La tenure noble ou en fief.

Le vassal par rapport à la saisine est un tenancier à temps, et dans le cycle féodal sa tenure joue le même rôle que la censive dans le cycle costier ou censuel. Il n'a d'abord qu'une concession « *ad proprietatem diebus vitæ suæ* » ; la *proprietas*, c'est la jouissance, la saisine ; quant à son *animus*, il ne dépassera pas son souffle. Le fief sera résolu à sa mort. Aussi le suzerain devra reconcéder à nouveau le bien : nous verrons le roi rendant au fils libé-

1. Pour ce douaire costier, Bouteiller nous apprend que dans certaines coutumes du nord, la veuve roturière obtenait sous le nom de *vivelotte* la jouissance de tous les biens que son mari tenait en *Coterie*, c'est à dire en censure. Bouteiller, *Somme rural*, livre I, titre 98. V. aussi des traces de ce douaire qui ne s'applique qu'aux villenages dans Beaumanoir, ch. XIII ; Grand Coutumier, livre II, ch. 32 ; Livres de justice et de plet., p. 231 et 251 ; Loysel, § 158 ; Coutume de Paris, 249, 253, 255 ; Cités par Glasson, tome VII, p. 420.

2. Et des différents droits individuels que l'on rencontre (voir celui qui est accordé au mari) dans l'Anjou, la Touraine, le Maine, la Normandie, la Picardie et en Angleterre, sous le nom de « *Curtosy of england* ». Glasson, *Instit. Anglot.*, II, p. 301 ; III, p. 333 ; *Institut.*, France, VII, p. 418 et ss., la *curtosy* donnait au mari survivant la saisine sur l'apport de sa femme.

ralement le bénéfice du père, « *rex... provinciam a patre pridem possessam ei largiens* », ou la reprenant pour lui-même « *eam que dedit beneficio cuidam Hilduino nomine comiti de Monte qui vocatur Desiderius. Qui cum dicetino tempore vivens vita decessisset, iterum Hugo dux... in proprios usus illam sibi vindicavit* » (1). Toute la théorie du fief repose sur cette idée.

Sans doute, l'on est arrivé à admettre que le seigneur devait réinvestir l'héritier du vassal ; mais ce n'est pas parce que le seigneur avait perdu son droit, c'est parce que les héritiers le revendiquaient « *hereditario jure* » comme formant la lignée du défunt, continuant sa personne ; cela ne change rien à la nature de la saisine du fief : quand le corps du vassal continué par ses hoirs sera mort, la saisine reviendra au seigneur.

f) La tenure roturière ou censive.

Nous dirons la même chose du bail à rente foncière, de la concession d'un bien à longue durée. Elle conférerait une saisine, une véritable propriété temporaire ; c'est

1. M. Luchaire, *Hist. des instit. mon.*, p. 13, indique ce caractère d'inamovibilité que tendent à prendre les bénéfices d'ancienne formation ; mais malheureusement il paraît se tenir en dehors de la considération juridique du fief. Ce qui lui fait méconnaître la véritable nature de celui-ci. On peut toutefois tirer d'utiles arguments des nombreux documents cités sur la question de l'hérédité féodale, pp. 1-29. Voir particulièrement l'histoire des mutations successives du bénéfice de Combs, *ibid.*, p. 18. M. Viollet, *Inst. pol.*, I, p. 451 et ss. marque bien ce caractère révocable des donations chez les germains ; mais cela tient-il à l'idée que « dans leur esprit, comme dans l'esprit de l'enfant, un donateur peut toujours révoquer la donation qu'il a faite », ou à l'essence même du droit qu'a l'individu et à l'idée que l'on se fait de la famille ?

là le principe dont il faut partir ; il est ensuite facile en faisant passer cette idée du cycle justicier dans le cycle féodal ou costier, de retrouver les principales divisions théoriques, le bail à cens, le bail à rente seigneurial, le bail à rente simple.

Aussi quand l'action possessoire sera établie, nous verrons que, comme le vassal, le fermier a l'action possessoire durant le temps de son engagement ; qu'enfin celui-ci passé, la saisine est résolue.

« *Cil qui tient autrui terre à ferme ou de grain ou de denier, d certain tans, se li tans est passés et je me remet en me terre, il ne se pot pas plaindre de moi de novele dessaizine* » (Beaumanoir, XXXII, § 13).

Ainsi, à l'intérieur d'un même cycle juridique, il n'y a pas plusieurs saisines coexistant sur un même bien. Le débiteur gagiste, la femme, le mineur, les héritiers du mari, le concédant, n'ont pas de saisine (dans un même cycle), tant que les saisines du gagiste, du mari, du bailliste, de la douairière, du preneur à longue durée, persistent. Il n'y avait, comme le remarque Stobbe, aucune saisine éventuelle ou provisoire (1).

53. — L'on comprend donc pourquoi ce transfert de la saisine à temps n'en rompait point l'unité, et comment grâce à ce concept du droit objectif, puis à l'organisation des différentes juridictions, l'on pouvait affirmer l'unité de la saisine et répéter avec le droit romain : « *Duo non*

1. Stobbe, *Gewere*, p. 454, 463 ; *Handbuch*, II, p. 15 ; *Contra*, Schroder, *Ehel. Güterr.*, II, 2, p. 220.

possunt eandem rem in solidum possidere (1) ». La rupture des différents cycles par l'introduction du droit royal, qui venait évoquer devant un même tribunal les affaires qui se rapportaient au droit justicier et au droit costier, la confusion qui tendit à se produire d'une part entre les droits féodal et seigneurial, et d'autre part entre ce dernier et le droit royal (2), tout cela amena peu à peu la prédominance d'un seul groupement, d'un seul cycle de juridiction (3), sous lequel les autres ne se distinguent plus qu'avec difficulté.

La séparation du domaine en usufruit (4) et nue propriété, puis en domaine utile et domaine direct, permit toutefois de conserver à l'aide d'une image plastique la

1. Sur ces différents points voir aussi Heusler, *Institutionen*, II, p. 11 et ss. Van Bemmelen, p. 104.

2. Dans les pays qui n'appartiennent pas immédiatement au roi (Pierre de Fontaines, XXXII, 17), l'on peut aussi bien aller devant le juge local que devant le juge royal. Ce dernier est juxtaposé au premier pour presque toutes les affaires. *Cartulaire de Saint-Quentin*, titre 17. Arrêt de 1304 dans lequel on voit l'une des parties affirmer : *quod per generalem consuetudinem totius Baillivie Viromandenses super novis violentiis dessaisinis vel impedimentis, licebat recurrere vel ad justitiam loci, vel ad regem, vel ad Baillivum regis*, cité par Lafons, p. 55. Sur les limitations que crut devoir s'imposer la royauté, V. Ordonnance de 1315 § 12, 13, cité par de Parieu, p. 127.

3. Le mouvement du droit royal produisit un effet analogue en Angleterre. L'introduction de la procédure des writs royaux détruisit la juridiction cottière. Pollock et Maitland, II, p. 39.

4. L'usufruit est une notion romaine ; il y a même des pays qui ne l'ont pas connu : telle l'Angleterre, Glasson, *Histoire du droit et et instit. de la France*, tome VII, p. 406. Cpr. Pollock et Maitland, II, p. 37.

distinction qui résultait naturellement des différents cycles, jusqu'au moment où l'idée primitive et nationale, — assouplie cependant et analysée avec les méthodes romaines, — entraînée cette fois par l'esprit de commerce qui veut que la propriété soit une pour qu'elle soit échangeable, amena le triomphe du domaine utile et une nouvelle unité de la propriété immobilière. Il n'y eut plus qu'un cycle de droit et qu'un domaine, il n'y eut plus qu'un *animus* et qu'une action possessoire.

Nous avons terminé notre première partie. Nous connaissons la nature de la saisine ; nous pouvons dire indifféremment que c'est le droit objectif, ou la possession juridique au sens romain de *possessio ad usucapionem* ; que son caractère est la jouissance, son objet le bien réel, son sujet toute personne que sa situation dans les différents groupes de la société rend capable de droits. Nous avons vu aussi combien toutes les théories actuelles étaient loin de cette conception du *corpus* et de l'*animus* de la saisine, et ne fournissaient à vrai dire que des fragments à la théorie d'ensemble que nous tentons.

A ce propos nous avons fait remarquer que malgré leur étroite juxtaposition le *corpus* et l'*animus* ne se confondaient pas. Quelle importance cette idée offre pour le possessoire ! Qui ne s'aperçoit pas déjà qu'entre ce *corpus* immuable et cet *animus* changeant une différenciation devra se produire, tôt ou tard, et que le travail qui va amener la séparation de l'examen du *corpus*, « de l'extériorité de la propriété », et celui du droit de la propriété s'introduit lentement ?

Ajoutons que la nécessité où l'on était, pour connaître *l'animum* au moins objectivement, de se reporter au contrat et aux déclarations de l'investiture, nous amène naturellement à faire rentrer dans la théorie de la saisine celle de *l'investitura*, que Laband et Heusler se sont efforcés systématiquement d'écarter. Ce sera l'objet de notre seconde partie « sur le transfert de la saisine ».

CHAPITRE V

FORMES ET PRIX DU TRANSFERT

58. Intérêt de l'étude du transfert. — 59. Eléments du transfert : la *tradition*, la *vestitura*. — 60. Lieu du transfert. Preuves du transfert sur le bien. — 61. Moyens employés pour obtenir la publicité du transfert. — 62. Origine de l'investiture symbolique. Réfutation de l'opinion d'Heusler. — 63. Résultat de l'opinion de Brünner. — 64. Véritables motifs de l'investiture symbolique, besoin de publicité, facilités offertes par les bans. — 65. Influence de la publicité sur les formalités mêmes du transfert. — 66. Description de ces formalités et leur sens. — 67. Leur transformation. — 68. Persistance de l'investiture réelle dans le midi et le droit des fiefs. — 69. Prédominance de l'investiture symbolique dans le nord ; réfutation de l'opinion d'Heusler sur la saisine de fait. — 70. Motifs. — 71. Fausse opinion de Klimrath sur la saisine de droit. — 72. Explication des formalités admises à ce sujet dans certains pays. — 73. Résultat de cette étude des formes. — 74. Le prix de la saisine, distinction des *venta* et des *saysinae*. — 75. Résultat des confusions faites entre ces différents droits. — 76. (Suite).

58. — Si la saisine est véritablement une possession analogue à la *possessio civilis romaine*, c'est-à-dire une possession entrée dans notre patrimoine en vertu d'un acte tendant à nous faire acquérir la propriété de l'objet transféré (1), la question des conditions initiales de l'acquisition de la possession, question qui s'est toujours

1. Pour le droit romain, v. M. Cuq., N. R. H., 1894, p. 39, 41.

posée même pour le cas de possession *ad interdicta* dans le sens *romain* du mot (1), est de la plus haute importance. Pour savoir s'il y a saisine, il faudra reconnaître s'il y a eu vêtue, une vêtue régulière. Il y aura lieu au même examen que nous mentionne le droit romain lorsque, quelqu'un invoquant la possession juridique, on lui demandait de justifier d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio* coloratrice de son droit.

La question semblerait ne point souffrir de difficultés. C'est au contraire l'une des plus discutées. C'est le point litigieux des théories possessoires. Chacun sent que, selon qu'il déclarera la saisine transportée ou non directement par la vêtue réelle ou symbolique (nous expliquerons ces mots plus loin), la théorie tout entière de la saisine sera modifiée.

Discussions qui s'expliquent : certaines études sur le contrat dans le très ancien droit ont révélé tout récemment des points jusque là confus sur les effets des vêtues. La valeur des textes, leur portée, le sens des mots employés ont été remis en question, et parfois considérablement éclaircis. Il nous faut montrer que quelques-uns des doutes soulevés sur la portée et les effets de l'ensaisinement n'ont plus de raison d'être : que la théorie d'Heusler en particulier, qui regarde l'étude de la vêtue comme inutile à celle de la saisine, doit être rejetée.

1. V. Bruns, *Besitz im Mittel.*, 4 à 5 ; Saleilles, *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, 1894, p. 6, 8, etc.

Pour arriver à notre but nous examinerons le transfert quant au *corpus* et quant à l'*animus*.

Nous étudierons d'abord les cérémonies de la vêtue, leur sens, la raison de leur changement. Nous y verrons qu'en réalité elles ne sont que des gestes exprimant le transfert du droit. Ce sera l'objet de notre premier chapitre, qui traitera ainsi de l'aspect plastique du transfert, du transfert du *corpus*.

Dans ce chapitre nous étudierons successivement : 1° les éléments du transfert ; 2° le lieu du transfert ; 3° les deux modes successifs du transfert : réel d'abord, symbolique ensuite ; 4° l'influence de la publicité sur l'organisation interne du transfert ; 5° enfin son prix.

C'est dire que l'idée du droit apparent et objectif, qui modèle, nous l'avons dit, toute la théorie de la saisine, nous allons la retrouver ici, comme partout, dominante. Les formalités de la saisine, le choix du lieu du transfert et le motif de l'origine de l'investiture symbolique, le secret de la grandeur et de la décadence de l'investiture symbolique vis-à-vis de l'investiture réelle : tout cela nous sera relevé, expliqué, confirmé par l'idée de publicité.

Il y a là une notion d'une importance extrême et que les jurisconsultes qui revoient vivre le droit ne peuvent trop fixer et méditer.

Ce caractère objectivé du droit, vivant de publicité, fera, ainsi que nous le vérifierons, que LE TRANSFERT DE LA SAISINE MARCHERA TOUJOURS VERS LA PLUS GRANDE PUBLICITÉ POSSIBLE : c'est la loi des formes de la saisine. Tantôt

cette publicité sera, suivant le temps et les lieux, celle dérivant de l'acte même fait en l'assemblée générale du Mall ou de la commune, de la simple proclamation des sergents banniers; elle consistera soit dans un simulacre exécuté devant la foule, soit dans une publication orale d'un acte: et nous aurons l'investiture symbolique. Tantôt ce sera simplement la publicité de fait qui résulte de la main mise sur le bien lui-même et de son exploitation; et nous aurons l'investiture réelle. Nous n'avons donc point ici une saisine de droit et une saisine de fait, mais une publicité de droit ou une publicité de fait, c'est-à-dire la manifestation du caractère objectif essentiel au droit, caractère qui seul lui permet de recevoir la protection de la coutume.

Et maintenant disons quelles étaient les formes de la *vestitura*.

Eléments du transfert.

59. — Les Romains distinguaient deux choses dans le transport du droit: le contrat qui se passait entre les parties, et la *traditio* du bien qui avait lieu à la suite de ce contrat. La propriété du bien n'était pas transportée tant qu'il n'y avait pas eu de tradition. Toutefois l'acheteur qui avait reçu la promesse de vente pouvait contraindre son vendeur à exécuter celle-ci.

Les Germains, eux, ne divisaient point ainsi à l'origine le transfert. Celui-ci ne comprenait, à notre avis,

qu'un seul ensemble de formalités : la vêtüre. Ce n'est que plus tard et sous l'influence du droit romain qu'on distingua, à la romaine, le contrat d'avec l'envoi en possession réelle. On appela le premier *traditio*, ou *sala*, *salunga* (1), *datio*, *data*, *tenea*, et le second *vestitura*, *werpiti*, *exfestucatio* (2). Nous avons ici, et nous le disons une fois pour toutes, des mots employés dans un sens inverse du sens romain. La *traditio*, qui en droit romain signifiait la mise en possession du bien qui avait lieu à la suite du contrat, signifie en droit frank le contrat lui-même.

Cette division, à la romaine, de l'acte de transfert en deux parties nous est prouvée par des *traditiones fuldenses*, lesquelles opposent les *testes traditionis* aux *testes investiture* (3). Citons aussi un Document de 816 : *accessit ad altare et tradidit... fidejussores : S., A., C. ad vestituram seu firmitatem hujus traditionis perficiendam.* — Gr. cap. de 817, c. 6.

Nous nous occuperons spécialement de la *vestitura*, la question du contrat lui-même ne rentrant pas dans le cadre de notre étude (4). Notons simplement que la *tra-*

1. *Saljan*, en anglo-saxon, *Sellan*, *selja*, équivaut à *dare*, *tradere*. V. Grimm, *Rechtalt*, p. 555, cité par Schulte, *loc. cit.*, p. 457. Cpr. Sohm, *Eheschliessung*, p. 80. Pertile, IV, p. 227, fait remarquer que le mot *traditio* a certainement des relations avec le sens romain.

2. On emploie aussi les mots *guerpitio*, *werpitio*, *abnegatio curvatis digitis*, *renunciatio ore et digito*. Grimm, *Rechtalter*, p. 556.

3. V. aussi charte de 1049 (Mæser, *Osnabr. Gesch.*, II, num. 21). « *Libertus miles tradidit... statimque justa legem et ritum Westfalensium ejusdem rei investituram digito suo promisit* ».

4. Le symbole de ce contrat paraît-être le pilum, qui indique la promesse ou engagement solennel. V. Thévenin, *Textes*, nos 16, 20,

ditio précédait d'ordinaire l'investiture (1), parfois elle la suivait.

Nous allons donc examiner la vêtue. Successivement nous étudierons, comme nous l'avons indiqué, *a*) le lieu où se passait l'investiture réelle, *b*) puis l'investiture symbolique, *c*) l'origine de cette dernière, *d*) la signification des formalités de l'investiture, *e*) les pays où l'on vit fleurir de préférence et se conserver l'usage des différents modes de l'investiture.

Lieu du transfert du bien.

60. — Un des points les plus discutés est précisément celui de savoir en quel lieu s'exécutait le transfert du bien, cette discussion se rattachant à la conception générale que chacun se fait sur la saisine. En effet si, avec Albrecht, on admet que l'investiture a toujours lieu devant le mall, en présence du peuple assemblé, l'on est porté à préjuger, de l'importance des formalités, l'importance juridique de l'acte qu'elles figurent. Si l'on admet au contraire, avec Heusler, que cette investiture devant le mall n'est pas la véritable investiture, qu'elle n'a pris naissance qu'à la suite de considérations étrangères au fond du droit, l'on est porté à refuser à cette investiture toute valeur.

45 etc., 48, 49, et *Contributions à l'étude du droit germanique*, N. R. H., 1880, p. 69 et ss., 447 ss. La *festuca* ne marquerait que le moment de la conclusion du contrat. Voir en sens contraire Esmoin, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 70 ; Cpr. Prost, *Ordonnances des mayours de Metz*, N. R. H., 1878, p. 212, et les intéressantes remarques de Schröder, *Lehrbuch*, p. 51, 57.

1. *Cartulaire de Redon*, n° 115.

L'on voit donc combien cette simple question du lieu où se passait l'investiture a porté loin et influencé la théorie générale de la saisine.

Examinons d'abord les textes par lesquels M. Heusler s'efforce de démontrer que primitivement *l'investitura* avait lieu sur le bien lui-même.

Il puise son principal argument dans un passage de la loi Ripuaire qui, d'après Sohm, daterait de l'époque de Childebert II, roi d'Austrasie (575-576). Ch. LIX :

Si quis alteri aliquid vinderit et emptor testamentum vindicionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet, precium in presente tradat, et rem (possessionem) accipiat, et testamentum publici conscribatur. Quod si parva res fuerit, septem testibus firmetur ; si autem magna, duodecim roboretur (1).

Il faut rapprocher ce passage du Ch. LX, § 1 (2).

Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio comparaverit, et testamentum accipere non potuerit, si mediocres res est, cum 6 testibus, et si parva, cum tres, quod si magna, cum 12, ad locum traditionis (ad fundum qui traditur) cum totidem numero pueros accedat, et sic eis presentibus praetium tradat et possessionem accipiat.

M. Heusler voit dans le rapprochement de ces deux textes la preuve que les formalités du transfert avaient lieu d'abord sur le bien lui-même, et qu'on allait devant

1. Nous citons d'après la petite édition de travail de la *lex Ribuarica*, Hanovre, 1882. Cpr. Schroder : *Testamentum vindicionis* signifiait une *carta vindicionis*. Cpr. Sohm, *Auflassung*, p. 93 ; Brunner, *R.G. der Urk.*, 211 ss., et encore Heusler, *Institut.*, II, 69.

2. *Lex Ribuarica*, édit. Sohm, p. 86.

le mall uniquement pour se procurer un *testamentum* (nous verrons que le savant auteur se trompe sur la portée de ce *testamentum*). M. Sohm croit, au contraire, que dans le second cas, l'investiture symbolique (nous expliquerons ce mot plus loin) ayant déjà eu lieu, il suffisait d'un envoi en possession sans formes (1). Nous pencherions vers ce dernier avis, toutefois en faisant remarquer que la valeur du bien semble avoir d'abord influencé les formalités, et que le texte conserve des traces visibles de cette façon de voir primitive.

Du reste, si le texte présent est douteux, il en existe un certain nombre qui nous prouvent assez nettement que l'*investitura* devait se confondre à l'origine avec la *traditio*, et avoir lieu sur le bien lui-même.

Nous citerons en premier lieu un doc. de 845 : c'est un *preceptum* de Charles le Chauve (2). Nous y voyons que l'acte de transfert (*traditio* ou *sala*) est accompli le 27 décembre 845, tandis que l'investiture solennelle, qui a lieu sur le fonds, se présente 10 jours plus tard (6 janvier 846) ; or, dans la *notitia* qui nous rapporte ce dernier acte, nous trouvons mention et de l'appréhension et du déguerpiement : « *secundum legis ordinem per fistucam de omnibus supradictis se exitum facit, et partibus fratrum perpetualiter tradidit ad possidendum in presentibus* ».

Nous y ajouterons un document de 920 (Cartulaire de Cluny n° 219). C'est une *notitia traditura* à la fin de la-

1. Sohm, *Auflassung*, p. 179, note 130 ; Laband, *Critich.*, p. 384 et s. ; Huber, *Bedeutung*, p. 61 et s. ; Heusler, *gewere*, p. 7 et ss. ; *Institutionen*, II, p. 10 ; Schulte, p. 459.

2. Il est cité en entier par Sohm (*Auflassung*, p. 88).

quelle nous trouverons la mention de la *traditio* et de l'abandon :

Sic tradidit jam dictus Otkarius..., totum ad integrum per exquisita de terra (1) et erba et per unum fistucum se in omnibus exinde exitum fecit (Thév., n° 125).

Nous retrouvons le même usage en Bretagne dans le Cartulaire de Redon, n° 22 : *pascueten dedit locum et immisit unum de suis missum, qui hanc donationem vice sua monachis ostendit et tradidit; factum est hoc super ipsam terram; et aussi n° 115 : Venit Cornual in ecclesia St Salvatoris et tradidit ad vesperum petiolam de terra. Et postea venit Cornual supra supradictam terram, manifestans suam eleemosinam, tradens supradictam terram in suam tridbondi. — Cpr. 40, 58, 64, 117, 151.*

En Bavière, dans l'histoire de l'abbaye de Freissingue (Meichelbeck n° 492), l'on voit l'une des parties couper un rameau sur le bien lui-même : *placuit ut traditionem perfecisset et absciso arboris ramo tradidit et ita iterum perficit. — Cpr. nos 395, 400 (2).*

Le transfert se serait donc opéré d'abord sur le bien lui-même, et aurait peut-être été compris en entier sous le nom de « gewere » ou investiture. On peut voir peut-être un argument dans ce fait que, dans un assez grand nombre de documents, on emploie les mots *traditoria* ou

1. *Per exquisita de terra*, ce sont, d'après M. Thévenin, les objets trouvés sur les lieux eux-mêmes. Les serfs sont compris dans les *exquisita*.

2. Voir aussi Stobbe, *Handbuch*, II, p. 186 et s.; Kraut, *Grundriss*, p. 56.

investitura l'un pour l'autre (1), ce qui indiquerait que les deux actes étaient d'abord confondus (2).

Ajoutons que le nombre remarquable de symboles employés pour l'investiture indiquerait une floraison plus ancienne, une forme exubérante sortie du sol encore fécond du formalisme primitif.

Toutefois il nous semble établi que si, dans certains cas, et avec des formalités plus ou moins imposantes, un nombre de témoins plus ou moins grand, le transfert du droit a été effectué sur le bien lui-même, on ne peut pas en tirer une conséquence pour ou contre l'importance des formalités accomplies devant le mall et qui deviendront plus tard l'investiture symbolique. Il est possible que les Franks répandus en Gaule, ne pouvant par conséquent suivre rigoureusement leurs coutumes, aient adopté momentanément des méthodes et des procédures qui leur étaient inspirées par la force des choses au moment de l'invasion. Cela même paraît très probable, si l'on considère le peu d'importance que devaient présenter les petites terres en elles-mêmes, pour des hommes ayant sous la main toute la riche mine des impôts romains et les biens immenses du fisc ; l'on comprend que pour les possessions, surtout celles de peu d'importance, les *possessiunculæ*, les *mediocres res*, les *portiunculæ*, l'on se soit contenté des formalités les plus simples, de la remise

1. Rozière, n° 255, 256. *Cartulaire de Redon*, nos 22, 40, 58, 64, 117, 151, etc.

2. C'est l'avis du moins des auteurs les plus récents, d'Heusler, Brunner, Pertile (*V. Storia del Dirit. italiano*, IV, p. 225).

de la chose devant quelques témoins suffisants pour assurer une certaine publicité locale.

61. — Cette influence romaine momentanée nous apparaît d'autant plus accentuée, que la plupart des documents qui nous sont parvenus proviennent d'abbayes ou de chancelleries royales, c'est-à-dire de milieux imbus d'idées romaines.

Mais ce ne pouvait être qu'une déviation de peu de durée, une contrainte passagère imposée de l'extérieur. Les autres actes les plus importants s'étaient toujours passés et continuaient à se passer devant le mall. C'est lui qui voit s'accomplir l'émancipation (Tacite, XII), l'affranchissement (1), l'adoption (2). Le transfert du bien réel ne pouvait donc s'y soustraire longtemps (3), et nous voyons en effet, dès que les éléments sociaux commencèrent à se reformer dans de nouveaux groupements, la vieille idée de la publicité du droit s'imposer avec une nouvelle forme, et attirer dans un moule déterminé tout l'acte de transfert du bien.

De nombreux documents nous prouvent qu'avec le

1. Voir l'étude de Marcel Fournier sur l'*Affranchissement en droit gallo-franc*. Bibliothèque des Hautes-Études.

2. Heusler, *Institut.*, II, p. 62.

3. Il est en effet très probable, dit M. Huber, *Bedeutung*, p. 56, que le transfert du bien avait lieu primitivement en présence des associés. Nous ajouterons que cela devait exister depuis longtemps. D'un côté les limites et les bornages, dès l'époque gauloise, avaient un caractère sacré; d'un autre côté, les distributions de terres et les arpentages se faisaient à l'occasion des grandes fêtes de l'année qui réunissaient toute la tribu. La publicité des limites et de la marque de la propriété a donc un caractère très ancien.

transport avait lieu une *firmatio* solennelle, une confirmation solennelle du droit dans un endroit public, à une date de réunions générales. Il semble qu'il y ait là un usage impérieux, car, dans la formule 15 de Marculfe, nous voyons une concession d'un bien faite à un donataire « *ita ut jure proprietario absque ullius expectata iudicum traditione habeat, teneat atque possideat.* »

Dans les *Traditiones Fuldenses*, a. 819, on nous mentionne expressément que : « *Facta hæc traditio in conventu publico in villa S. coram comite et iudicibus suis* ». Dans le cap. Aquisgr., de 809, c. 26, on nous mentionne longuement l'intérêt du côté apparent de la tradition : « *De traditionibus, ut in abscondito non fiant, propter contentiones diversas* ». Cpr. Cap. Ludov. (a. 817), leg. add. c. 6.

La cartulaire de Redon nous offre de très intéressants exemples montrant avec quel soin la publicité était exigée.

Tantôt au contrat succède une *firmatio* solennelle. Doc. de 838 : *Facta est ista donatio prima vice, V. feria in quadagesima paschali, in plebe nuncupante Motoriæ, testes...*

Et in alia vice, firmatum est quando supradictus Riduneten promisit regulam S^{ti} Benedicti in Rotonensi monasterio, tradens supradictam terram super altare sancti ex manu propria (1).

Ou bien :

Donaverunt terram... postea vero firmaverunt hanc donationem coram multis nobilibus ante ecclesiam (2).

1. Courson, n° 188.

2. Courson, n° 16,

Et non seulement c'est devant une assemblée nombreuse que l'on transfère le bien « *coram multis nobilibus qui ibi aderant, qui viderunt et audierunt* » (1), « *facta est ista traditio adsistentibus multis nobilibus viris quorum nomina hæc sunt... (2)* » ; mais on choisit un jour de réunion nombreuse, d'assemblée populaire : « *Factum est hoc in Liscanac... in die sabata, presentibus istis hominibus* » (3) ; un endroit connu, un lieu d'assemblée : « *In aula que vocatur Hegodobert... coram multis nobilibus qui ibi aderunt, qui viderunt et audierunt* » (4), « *in Lascanac* » (5), « *grancampo vico* » (4), « *in plebe Unearan in villa Allii* » (5) ; un marché par exemple : « *Ut loco Marchato Ramisco* » (6) ; enfin, une église : « *In ecclesia Siz. coram his testibus* » (7), « *in Rotonno monasterio* » (8).

Souvent même, on faisait les proclamations à la porte même de l'église : « *Facta est ista elemosina II idus Octobris ante ecclesiam Caranctuer* » (9), nous dit encore le même cartulaire.

Que les associations germaniques se reforment, et rétablissent les anciens usages et leurs anciens procédés, nous verrons rapidement toute l'investiture réelle se transporter peu à peu dans cette *firmatio* solennelle. L'on ira de nouveau mimer devant le public la scène du transfert et parfois même la publier ; l'investiture, de réelle et de fait, deviendra symbolique et légale.

1. Courson, n° 53.

2. Courson, n° 46.

3. Courson, n° 17, cpr. n° 18.

4. Courson, n° 16.

5. 6. 7. 8. 9. Courson, nos 19, 43, 170, 153, 46, 17 et 18, 16.

Origine de l'investiture symbolique.

62. — Le souci de la publicité, qui faisait courir le terme extinctif des actions qu'auraient eu sur le bien d'autres personnes et affermissait le possesseur dans son droit, et aussi, comme nous allons le voir, le désir de se procurer un témoignage d'une valeur sérieuse, nous expliquent beaucoup mieux la séparation de la *traditio* et de l'*investitura* que la théorie d'Heusler. Il voit dans cette séparation un moyen commode employé pour donner plus d'efficacité aux sermons sur l'enfer ; il fallait permettre aux fidèles de donner de suite leurs biens, pour que l'effet du sermon sur le spirituel fut salutaire au temporel (1).

1. Wenn nunc. wie das n° 510 : bei Meichelbeck so drastisch beschbeirt, nach feierlichem gottes dienste, wo der bischof mit beredter zunge den trost der göttlichen Verheissungen und die himmlische vergeltung für die hingabe irdischen Besitzes gepriesen hatte, ein zuhörer in raschem Eifer der Begeisterung eine Vergabung auf den Altar gelobte und andre, durch das Beispiel entflammt zerknirschten herzens nachfolgten, so war der federgewandte Priester oder Diacon sofort bei der Hand, um dieses Rechts geschäft zu verbriefen, und das man in der Urkunde nun auch in althergebrachter weise von *traditio* sprach, est sehr natürlich, Gewere, p. 18. Que l'effet des sermons fût souvent tel à une époque de foi et qu'on en ait abusé, nous n'en disconvenons pas : mais les traditions par Chartes faites sur l'autel des églises ne datent pas de l'époque franke, et c'est un emprunt au droit romain. Dans le sens d'Heusler : Pollock et Maitland, II, p. 85. A notre avis, une des erreurs d'Heusler est d'avoir toujours donné au mot *traditio* le sens de contrat, alors que comme il l'avait remarqué lui-même, les mots *intravit in ecclesiam, tradidit hereditatem* (*Cartulaire de Redon*, n° 188), *tradidit in altare* (*historia Frisingenus Meichelbeck*, n° 300), désignent des *investitures* symboliques faites par des remises de la Carta, comme le montre du reste très bien Brunner dans son savant travail *Carta et Notitia* (*Festgeben für Mommsen*, 1877, p. 11, 12).

Nous croyons que l'esprit de combativité que le savant auteur allemand reproche aux savants français, se rencontre fortement dans cette hypothèse. Celle-ci est du reste amenée par l'ensemble de la théorie de l'auteur : si l'investiture ne sert à rien à un moment donné, s'il suffit qu'il y ait eu contrat pour que le tribunal se croit autorisé à contraindre l'aliénateur à achever le transfert, à procéder à l'investiture, on ne conçoit pas cette publicité, cette importance donnée à l'investiture dans la procédure. Il fallait donc la chercher ailleurs : dans des considérations extérieures, dans des exigences spéciales aux donations dans les églises et non pas seulement dans un désir d'exploitation pieuse.

Ainsi, d'après Heusler, le développement subséquent de l'investiture symbolique serait résulté de cette section opérée dans le transfert par la remise des *carta* sur l'autel ; on aurait pris l'habitude de voir dans cette investiture symbolique, la véritable investiture. Dès lors, le transfert du bien étant ainsi rendu en quelque sorte plus maniable, les parties auraient usé d'expédients. Elles auraient intenté devant le tribunal des procès simulés, dans lesquels le défendeur avouait que son adversaire était en possession, et lui transmettait symboliquement la propriété. L'investiture symbolique serait sortie de l'emploi devant les tribunaux d'un procédé analogue à celui dont on usait dans les églises.

Nous ne croyons point cette théorie exacte.

Heusler, disons-nous, croit que le tribunal pouvait, après la conclusion du contrat, obliger le vendeur à le

parfaire, en transférant l'investiture. Il nous propose en même temps un certain nombre de documents nous prouvant l'*existence* de revendications apparentes (1). Cette tentative d'assimilation entre le procès simulé et l'investiture symbolique a été très vivement repoussée par Laband, qui a, d'une façon magistrale, montré les différences existant entre les *notitiæ* des revendications apparentes et les *judicia* des revendications réelles, d'un côté, et le transfert de propriété tel que nous le révèlent les *cartæ, concamiaturæ, vendiciones* que nous possédons sur cette époque, d'autre part (2).

1. *Gewere*, p. 29, II, et 164. Il invoque les documents cités par Bréquigny-Pardessus, n° 429, 456, 473, 479, 535 dans lesquels on voit : « *quod actor terram ab eo concambiavit ; quod ipse (reus) villam ad parte basilicæ per venditionis titulum delegasset vel formasset et pretium ecinde fecissent* » : dont il rapproche les revendications simulées que l'on trouve fréquemment dans la pratique du droit Lombard. Ces documents prouveraient d'après Heusler que le tribunal s'occupe uniquement de la convention, vente, donation : si celle-ci est prouvée il ordonne au défendeur de transférer l'investiture à l'autre : « *ille vero confessus est altero die eum vestire quod ita et factum est* ». Meichelbeck, *Historia Frisingensis*, n° 661.

2. Récension, von Heusler, *Kritisch Vierteljahr*, XV, p. 384 et ss. Il rapproche trois formules de Marculte, parlant de la revendication réelle (cité dans Rozière, 284 et Bréquigny-Pardessus, II, n° 454, 461, 478), des formules que nous possédons sur la revendication simulée (Rozière, 284 et Bréquigny-Pardessus, II, n° 429, 434, 456, 476, 479, 535) [ces formules sont aussi analysées par Bethman Holweg, I, p. 493, note 72, et dans un travail de Brünner postérieur à celui de Laband, *Das gerichtszeygniss und die Fränkische Königsurkunde, Festgabe*, Berlin, 1873, p. 161 et ss.]; et il oppose ces formules de revendication réelle ou simulée aux formules diverses que nous possédons sur cette époque (Rozière, 269, 275, 295).

Et d'abord l'analogie entre les formules de revendication réelle

L'opinion d'Heusler est donc deux fois fausse : 1° parce qu'il établit entre la *carta* et la *notitia* une filiation qui n'existe pas, et 2° comme nous le verrons plus tard, en ce qu'il confond souvent l'investiture symbolique avec la tradition (1).

63. — Quant à M. Brünner, tout en constatant des dif-
et de revendication simulée est facile à prouver. Dans les deux sortes de formules on rappelle le lieu, le temps et les personnes parties au procès, ainsi que le fondement de leur plainte (Voir les citat. de la note précédente); enfin l'on confirme l'une d'elles dans sa prétention. On parle à la 3° personne, il est constaté que la partie victorieuse : « *ipsam terram habeat evindicatam atque elidiatam et sit in postmodum in hac re omnique tempore subita causatio.* » « La seule différence, dit Brünner (*op. cit.*, p. 163) est que dans les procès simulés le demandeur n'affirme pas que le détenteur possède *malo ordine*, et que le défendeur ne contredit pas le revendiquant simulé qui affirme avoir acheté le fonds et l'avoir payé ». Enfin les formules de revendications réelle ou simulée se présentent comme *notitia* ou *judicia* toutes deux.

Au contraire, les formules de vente sont des *cartæ, concamiationæ, vendiciones*. Elles ne mentionnent ni le pays, ni le lieu, ni le temps; mais elles débutent par un préambule sur l'utilité de la preuve. Elles se présentent sous la forme d'une lettre écrite par l'aliénateur à l'acquéreur. Il parle à la première personne : « *magnifico fratri illo ego ille; domine illuster illo* »; l'aliénateur parle de lui : « *vendere me tibi constat* ». Enfin elles finissent par promettre l'amende contre celui qui entreindrait l'aliénation, ce qui ne correspond pas à l'idée qu'elles sont faites sur une revendication simulée, comme le prouvent, du reste, les formules employées. Rozière, 269 : *Idcirco nulli cogentes imperium nec a judiciaria potestate coactus sed mea propria et spontanea voluntate arbitrium, accepto vero pretio, constat me vendidisse vel tradidisse*. Voir des formules analogues, (Rozière, 275, 299) citées par Laband, p. 386, dont nous n'avons fait que présenter on le résumant le travail. Voir aussi les observations de Giry, *Manuel diplomatique*, p. 547 et 845,

1. Cela est surtout visible pour les documents italiens.

férences entre les revendications apparentes et l'abandon judiciaire, il tend néanmoins à voir, dans les premières, le germe du second (1).

L'on aurait recouru d'abord au procès simulé pour obtenir une charte royale, inattaquable : car, on ne pouvait attaquer une telle charte que par une procédure spéciale, la *perforatio*, qui mettait celui qui la tentait en danger de perdre la vie (2).

1. « Scheinvindication von grüdstücken und gerichtliche Auffassung fallen nicht zusammen » (*Gerichtszeugniss*, p. 161 et ss.). Le signe caractéristique de l'abandon judiciaire est l'*exfestucatio* ou la *werpitio*. Il n'y a d'abandon judiciaire que lorsqu'on trouve un abandon, un déguerpissement, d'après Brünner. Les six placita mérovingiens que nous avons cités (v. note précédente, Bréquigny-Pardessus), n'en contiennent point. Nous ne trouvons qu'un *se exitum dicere*, dans la formule 456 de Pardessus. Voir un procès de Charlemagne en 772 contre l'abbaye de Lorsch dans lequel on voit le défendeur « *per festucam se exitum dicere* ». (Cité par Hübner, *das immobiliar.*, p. 69 et 72, et dans son. U. B., n° 84). Il est probable, dit Hübner, que l'on n'employait pas les symboles positifs de l'*investiture* et de la tradition ; dans le cas même où le demandeur n'a rien à transporter, on le laisse revêtir le défendeur déjà possesseur de fait, dans le but de lui laisser exprimer une renonciation, qui pouvait être utile en l'empêchant d'élever plus tard de nouvelles prétentions. V. doc. de 818 : Meichelbeck, I. 2 p. 194, n° 368 ; Hübner, *Textes*, n° 219 ; *das immobiliar.*, p. 72 et 53.

Sur les procès simulés v. aussi Brünner, *Rechtsgeschichte der Urkunde*, I, p. 292 ; Sohm, *Frankrecht und Römrrecht*, p. 39, n° 53. Cette procédure a persisté en Italie où elle devint une forme d'affermissement de la possession et du droit, en union avec le ban du comte et du roi. Hors de l'Italie, elle disparaît dès le VIII^e siècle. En France nous en trouvons trace en 780 dans le Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, n° 31. Voir aussi en 781, dans Vaissette (II, n° 5) : *Nos iudices ordinavimus Milone Comite, ut de ipsas villas se exigere (exire) fecisset, et Danielo archiepiscopo per suam sajone[m] revestire fecisset, sicut et fuit.*

2. C'est là du moins l'opinion de Brünner, *Deutsche G. R.*, II,

Nous éprouvons, quant à nous, certaines répugnances à admettre cette solution. En réalité, dans le haut moyen âge, ceux qui allaient demander au seigneur une mise en saisine n'allaient point lui demander un document inattaquable, puisque le seigneur « ensaisinaut sauf tous droits ». On aurait donc développé l'investiture judiciaire en supprimant son principal avantage ! En outre, cette charte royale inattaquable ne pouvait être accordée que dans des cas exceptionnels ; sa nature même lui défendait trop d'importance et d'extension. De plus, comme le fait remarquer Sohm (*Auflassung*, p. 116), dans les investitures par *preceptum* pour les donations royales, il n'y avait pas de *werpitio* ; par conséquent la forme de l'investiture symbolique leur manque. Enfin, et c'est un des principaux arguments, l'on voit ces procès simulés disparaître en France et en Europe, sauf en Italie, dès le viii^e siècle, tandis que les investitures extrajudiciaires, les *notitie werpitionis* n'apparaissent que vers le x^e siècle (1).

p. 420 ; Hübner, *das immobilienrecht*, p. 71. Cpr. Sohm, *Auflassung*, p. 91 ; Pertile, *Storia del Diritto Italiano*, IV, p. 179. Heusler voit aussi dans le désir d'une preuve simplement écrite le succès des revendications apparentes, p. 10 à 15. Cpr. Schröder, p. 276.

1. Doc. de 948 : Cartulaire de Cluny, n^o 719 (Thévenin, n^o 130). On y voit le vicomte Vualterius contraint de reconnaître que la donation qui lui a été faite est postérieure à celle du monastère. *Ipsa Vualterius, ut recognovit eorum rectitudinem* (de la *Carta monasterii*), *uerpivit contra illos totum quod de ipsa ratione tenebat*. Doc. de 950, même cartulaire, n^o 767 (Thévenin, n^o 131) : *uerpiverunt ipsas res contra eos his presentibus*. Doc. de 960 : Cartulaire de Beaulieu, n^o 47 : *judicaverunt iterum dictus comes... quod exinde Deo et S. Petro werpitionem, Bernardus, et uxor sua Stevena, et Gerbertus, facere debent ; quod ita et fecerunt*. Ces *notitie werpitionis* se présentent dès la fin du

Etablir une filiation entre les deux paraît donc bien hardi (1).

63. — Nous aurions plus de tendance à attribuer au *besoin de publicité* cette séparation de l'investiture symbolique en deux actes, l'un accompli sur le bien lui-même, l'autre en justice (2). Ce qui tendrait à le montrer, c'est

ix^e siècle. Pérard (doc. de 896, p. 40 : « *notitia warpitura et eos qui hanc notitiam subterfirmaverunt... istas res warpiverunt et se exitum fecerunt* ». Ajouter aussi en 1001, Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, p. 69, etc. (à partir de cette époque, elles deviennent très abondantes).

1. Aussi les auteurs qui le font ont soin de l'appuyer sur quelque conjecture : on n'aurait pas mentionné le *se exitum fecit* dans les *cartæ venditionis*, cet usage ne se serait introduit que par la suite (Brünner, *Gerichts zeugniss*, *loc. cit.*). Mais nous ajouterons que le jugement, contrairement aux idées d'Heusler (Gew. p. 205, 164, 97, 201) transfère si peu la saisine par lui-même, que, dans la procédure par contumace, l'investiture donnée par le juge n'a qu'une signification : celle de proclamer le droit prétendu sur le bien, ce qui permet au délai extinctif d'an et jour de courir. La saisine n'est pas transportée avant ce délai, et ce qui nous le prouve c'est qu'il n'est pas permis pendant cet an et jour au possesseur du bien de jouir des fruits. V. Pierre Defontaines, XXII § 3 ; Desmares, *Décis.*, 413 ; *Grand Coutumier*, p. 453 ; Beaumanoir, ch. XXX, XXXII, *Très ancien Coutumier de Bretagne*, ch. 108, 109, p. 446 et 455. Et parmi les auteurs Heusler, *loc. cit.* ; Planiol, N. R. H., p. 442 ; Thiercelin, *loc. cit.*, p. 84.

2. C'est l'opinion de M. Glasson : « la tradition d'un immeuble, dit-il, avait lieu souvent à l'époque franque *in mullo publico*. C'était dans l'intention certaine de lui donner une grande publicité et de marquer avec précision le jour où commençait le droit du nouveau propriétaire ». Glasson, tome VII, p. 340. Cpr. de Parieu, p. 72. Et c'était déjà l'opinion d'un certain nombre d'auteurs dans l'ancien droit, parmi lesquels nous citerons de la Fons (*Commentaire sur l'article 126 de la Coutume du Vermandois*, p. 51, et Louis Vrevin, sur la *Coutume de Chaubny*, p. 42. Il fait remonter cet usage de-

d'abord la forme même des actes chargés de constater l'investiture. Ce sont des notices que l'on devait lire à haute voix, à en juger par leur début : « *notum sit omnium fidelium* ». « *noverint universi presentes et futuri* », « *notum facio omnibus* », « *universis notificari volumus* ».

Il faut remarquer en outre que les lieux où l'on voit ces proclamations indifféremment faites (marché, justice, église) sont des lieux de grandes réunions. Ces proclamations, que l'on trouve déjà ordonnées dans la loi ripuaire au sujet d'un objet perdu (*per tres marcas ostendat*), auraient eu, quant à nous, l'effet de faire courir les délais de prescription coutumière, et par conséquent d'affermir l'acheteur dans sa possession.

Enfin cette théorie s'adapte à l'évolution. Les marchés, les fêtes solennelles de l'église, les assises de justice ont lieu à la même époque (1) : le sergent bannier du comté ou du monastère était là prêt à proclamer les actes reçus par les juges. Il est naturel de penser qu'on se servit de cette forme de publicité, dont les avantages étaient de fournir des garanties au point de vue de l'exécution, et dont preuve était conservée, avant même qu'elle ne fût devenue obligatoire.

64. — Il y avait en outre une autre raison de recourir à l'investiture symbolique.

l'investiture à la plus haute antiquité et voit cette investiture per hastam aut vexillum dans un débat qui eut lieu entre les « Andriens et les Chalcediens ».

1. Qui est, croyons-nous, celle des anciens malls, qui était, suivant nous, elle-même celle de la fin des trois saisons germaniques.

Le justicier avait, et c'était là, croyons-nous, un pouvoir d'origine germanique, le droit de faire des bans (1) : c'est-à-dire le droit de défendre à quiconque de briser sans son assentiment la saisine dans laquelle il a mis une autre personne. Quand la royauté rompue échappa aux puissantes mains de Charlemagne, les comtes,

1. Le mot *bannum* s'entendait surtout dans le sens d'un ordre prohibitif : « *bannum id est interdictum* », dit Deudo, livre 2, de act. Norman. (Ducange). C'est un pouvoir de contraindre. Le ban, dit M. Glasson, IV, p. 459, confère avant tout un pouvoir de police ; ainsi il était attaché à la justice seigneuriale : preuve manifeste qu'il dérivait du pouvoir royal démembré par la féodalité. Pour avoir droit au ban il fallait être seigneur justicier. Aussi en Bretagne, il resta un des attributs les plus essentiels de la haute justice : art. 47, 269, et la note de d'Argentré (Hévin, *Questions féodales*, p. 206). C'est le moyen d'exécution de toutes les obligations judiciaires. C'est par le monopole du ban, suivant l'observation très juste de Championnière, p. 213 et 224, que les Établissements de Saint-Louis expriment la puissance souveraine et indépendante de tout justicier dans son territoire : « *Bers si a toute justice en sa terre ; ni le roi ne peut mettre ban en la terre du baron sans son assentiment, ni li bers ne peut mettre ban en la terre au vavassor* ». *Établissements de Saint-Louis*, livre II, ch. 18. — L'origine du ban, avons-nous dit, est germanique. Cpr. Esmoin, *Cours élémentaire*, p. 71. Le *bannum* du roi et de ses officiers a eu pour objet essentiel de maintenir la paix. *Capitulare Saxon.* (797), cap. 9 (Boretius, p. 72) : « *Quandoquidem voluit dominus rex propter pacem (et propter fœdum) et propter majores causas bannum fortiolem statuere una cum consensu Francorum et fidelium saxonum, secundum quod ei placueret juxta quod causa exigat et oportunitas fuerit, solidos LX multiplicare in duplum et solidos centum sive usque ad mille componere faciat qui ejus mandatum transgressus fuerit* ». Cpr. *Admonitio ad omnes regni ordines* (823-825) cap. 8 (Boretius, p. 304) : « *illos quoque qui temeritate et latrociniis sive rapinis communem pacem populi perturbare moliantur vestro studio et correctione, sicut decet, compescite* ». Ces deux documents cités par Flach, *Origines*, I, p. 323. Le ban doit être publié solennel-

vicomtes, etc., en profitèrent pour rendre obligatoire ce recours à leur bannier. Dans le cas de vente de biens, cela se comprenait d'autant mieux que le bien réel avait acquis toute sa valeur, et l'on ne pouvait plus admettre qu'un bien fonds fût livré sans formalités.

Aussi nous ne pouvons que souligner les indications données par M. Prost.

« La vêtture, dit-il (1) (il parle de l'investiture réelle), est l'acte initial qui marque authentiquement le commencement de la jouissance ».

« La prise de ban est la proclamation solennelle de ce même fait » (2).

Nous verrons, à la fin de ce chapitre, que cette proclamation se distingue nettement du transfert, et qu'à ce titre, il faut bien se garder, comme le font beaucoup d'auteurs, de confondre les *ventæ* et les *saisinæ*.

Influence de la publicité sur les formalités mêmes du transfert.

65. — En même temps que les idées de publicité inhérentes à l'esprit du droit coutumier faisaient évoluer

l'usage : voir *Capit. Aquisgran. (809) cap. 4 (Boretus, p. 148)*, cité par Flach, p. 324. Nous le voyons vers la même époque employé dans les églises à propos des fiançailles et du mariage.

1. N. R. H., 1880, p. 66, 301.

2. N. R. H., 1880, p. 67. C'est parce que l'investiture symbolique avec sa complète efficacité ne s'introduisit que sur le tard à Metz, que nous y voyons coexister l'investiture (réelle) et la prise de ban, de 1203 à 1262 ; enfin la prise de ban demeurera seule jusqu'au xvii^e siècle, époque où elle disparut.

l'investiture dans le sens des proclamations et de la publicité légale, un mouvement inverse et commandé par l'autre amenait progressivement la diminution de l'importance de l'investiture réelle, de la publicité de fait, pratiquée d'abord sur le bien lui-même.

Nous allons suivre cette évolution dans les deux parties que comprend l'acte d'investiture : l'abandon formaliste, (1) la saisie formaliste du bien.

Nous avons dit que les formalités se pratiquaient sur le bien lui-même ; nous pouvons donc voir dans les cérémonies dont nous parle la loi salique au titre de *chónécru* un exemple d'abandon réel. On y voit l'aliénateur, qui abandonne le bien pour le céder à sa famille ou à ses créanciers, sauter par dessus la haie un bâton à la main.

L'abandon effectif du bien se pratiqua assez longtemps. Encore au ix^e siècle nous le trouvons mentionné (2). Mais on tendit toutefois de bonne heure à se montrer moins exigeant ; et lorsque l'investiture symbolique fut admise (3),

1. C'est même de là que venaient les mots *werpitio*, *exfestucatio*, abandon, *auflassung*, *devest*, etc.... Rozière, form. 216 ; Pérard, p. 153 ; Thévenin, nos 118 et 164. Sur les différentes formalités que nous avons citées : voir Heusler, *Gewere*, p. 20 et ss. ; Sohm, *Auflassung*, p. 86 ; Brünner, *Zur Rechtsgeschichte der germanischen Urkunde*, p. 274 et ss. ; Schulte, trad. Fournier, *Histoire du droit et instit. de l'Allemagne*, p. 456 ; Glasson, *Histoire du droit et institut. de la France*, tome III, p. 137 ; Esmoln, *Études*, p. 78.

2. Doc. de 831 : *Per superliminare domus in omnibus firmiter vestivit et exivit R. archipresbytes et intravit H. episcopus.*

3. On trouve aussi des traces de ce changement dans la terminologie : les mots *abnegatio*, *abdicationis* concourent avec le *werpire*, etc.

l'on se contenta d'un *se exitum dicere, se extium werpire*, d'une renonciation verbale au lieu d'un abandon effectif. On pratiquera cette renonciation *curvatis digitiis*, et peut être remettra-t-on en même temps la *festuca* (1).

66. — Quant à la saisie qui, elle aussi, avait lieu naturellement sur le bien lui-même, elle comprenait les formalités suivantes.

Nous lui donnons la plus grande importance, car elle nous semble avoir d'abord surtout consisté dans l'imposition au bien de la marque de l'acheteur. On imprime sa marque à l'animal, on change les signes des bornes : « *circuierunt et novis signis obfirmaverunt* », nous dit un document du pays bas-Rhénan (cité par Lacomblet, I, 29, n° 64) ; c'est l'*investitura per circuitum* : « *per circuitum vestivit* », nous dit un document bavarois (Meichelbeck n° 111) ; investiture dont les cartulaires du moyen-âge nous donnent de nombreux exemples (2).

En outre il faut que l'acquéreur attire à lui une partie du bien. Il mettra la main sur quelque partie reconnaissable et typique. Nous voyons qu'il saisissait l'huis de la porte, l'*anaticula* ou la clef (3), un rameau d'arbre,

1. Heusler, *Gewere*, p. 7 ss. ; *Institutionen*, II, p. 15 ; Schröder, *Lehrbuch*, p. 263 : il donne de nombreux détails. Ajouter Brünner, *Geschichte der Römer und german. Urkunde*, I, p. 263 ; Pollock et Maitland, II, p. 88 et ss.

2. Sur cet effet des marques, V. notre chapitre VII, et Flach, *Origines*, II, p. 182 et ss., 364 et ss.

3. Thóvenin, *Textes*, nos 30, 37, 124. On emploie aussi la colonne de l'église: en 854, on voit l'abbé de Saint-Ambroise prendre l'*investiture* d'une église en parcourant le pourtour et en embrassant un

ramum arboris (1), *arbusta* (2), *radicem* (3), une motte de gazon, *wasonem terræ* (4), *terra* (5), *herba* (6); quand on acquièrait un esclave c'était la chevelure, *comam capitis* (7), ou la corde qu'il portait autour du cou (8); c'était le gant ou l'épée pour les fiançailles et le mariage : « *Adjudica per hunc ense et wantonem istum sponso Chistinam filiam tuam* » (9).

Toutes ces cérémonies montrent qu'il n'y avait pas là simplement la saisie d'une partie du tout, comme le disent Heusler et Grimm (10); mais qu'il y avait, en outre, une petite cérémonie résumant et illustrant en quelque sorte le droit du nouveau possesseur de l'objet, représentant en raccourci l'image de l'exercice du droit. Celui

pillier. Pertile, *Storia de Diritto italiano*, p. 172. L'*investitura per claves* fut une des plus répandues. Voir Simonet, *Doc. pour servir à l'histoire de Bourgogne, Preuves*, p. 95 : on trouve encore en 1375, une *investitura* par réception réelle et corporelle des clefs. Pour le sens qu'il faut attacher à chacun de ces symboles, les avis sont très partagés. Voir Thévenin, *Contribution à l'étude du droit germanique*, N. R. H., 1880 ; Sohm, *Aufassung*, p. 92 ; Marcel Fournier, *Les affranchissements dans le droit gallo-franc*, p. 102 et ss.

1. Thévenin, n° 52.

2. *Ibid.*, n° 98.

3. *Ibid.*, n° 121.

4. *Ibid.*, n° 52.

5. *Ibid.*, nos 29, 30, 98, 124, 79.

6. *Ibid.*, n° 29.

7. *Ibid.*, n° 38.

8. *Ibid.*, n° 155.

9. *Ibid.*, n° 48.

10. Grimm., R. A., p. 109 et ss. ; Albrecht, note 126 ; Heusler, *Gewere*, p. 20. En Angleterre et en Normandie on employait beaucoup le couteau. Voir Cartulaire de l'abbaye de la Sainte Trinité

qui trace un sillon, qui touche la corde de la cloche du monastère, ou la nappe de l'autel, ou l'arbre du bosquet, indique par cela même l'usage qu'il fera de l'objet : il exerce rapidement son droit devant les témoins pour que ceux-ci puissent affirmer dans quelle intention et pour quel but il a mis la main sur l'objet (1).

Encore au xiii^e siècle, en Lorraine, nous voyons que cette mise en possession du bien ne comprend pas, comme on le croit, un seul acte, mais une série de petits actes tels qu'ils se produiront dans l'exercice journalier du droit. « Le notaire donne la clef pour fermer ou ouvrir la porte ; il fait feu, flamme et fumée dans la pièce principale ; il remet une motte de terre ou une branche d'arbre prise dans le jardin » (2).

Les témoins qui voient s'accomplir devant eux tous ces actes n'ont pas besoin qu'on leur dise quel est le *corpus*, quel est l'objet. Ils peuvent retourner chez eux ; ils ont vu l'acquéreur s'installer sur le bien, labourer le champ, creuser le sol, planter un arbre, faucher l'herbe : aucun doute n'est possible, ils savent de quel droit il veut exercer une saisine ; et la proclamation du contrat n'a plus à leur apprendre qu'une chose, c'est la durée que pourrait avoir cette jouissance. Ils pourront alors certifier le *corpus* et l'*animus*, les ayant en quelque sorte vus et entendus (3).

du Mont de Rouen (documents inédits), p. 455 : *Hæc donatio facta est per unum cultellum quem præfatus Rex joculariter dans Abbati quasi ejus palmæ minatus infigere : Ita, inquit, terra dari debet* ». Pollock et Maitland, II, 87. Cpr. Giry, *Manuel*, p. 569, note 3.

1. On en voit un curieux exemple dans l'investiture *per cibum et potum* que nous révèle le Cartulaire de Redon, n^o 45.

2. Bonvalot, *Histoire du droit et instit. de la Lorraine*, I, p. 42 et 44.

3. V. Mabillon, *de re diplomatica*, p. 542, doc. cité par Sohm,

67. — Lorsque, vers le x^e ou xi^e siècle, l'investiture symbolique supplanta l'investiture réelle, on comprend que les différents symboles aient vite perdu leur signification propre. On les confondit, on les résuma dans le rain et le bâton que nous voyons employer de préférence dans les pays de nantissement ; on les remplaça aussi souvent par la charte elle-même.

On peut suivre dans les textes une diminution progressive de l'investiture réelle (1). Nous l'avons vue précéder la *firmatio* solennelle dans les documents du cartulaire de Redon que nous avons précédemment cités. On la voit encore employée en 870. Mais de plus en plus dans les pays du Nord, elle tend à ne devenir qu'un simple moyen de matérialisation et de désignation du bien. Elle joue dans le transport un rôle analogue à celui que la vue et montrée remplissaient dans les procès (2). Il n'y a

Aufassung, p. 96. Nous pouvons y ajouter un doc. de 844 : « *de tuis manibus in manibus meis misistis domum presbiteri qui corporaliter eum investiat in tua vice de ipsa clausura* ». Fantuzzi, I, 2. Cité par Pertile, *Storia del diritto Italiano*, IV, p. 173.

1. Nous verrons dans notre chapitre VII que cette diminution de l'investiture réelle tenait aussi à une raison de fond.

2. Ce n'est plus une partie de l'investiture, c'est une simple *conductio*. V. le Cartulaire de Sainte-Marie de Metz (Prost, *op. cit.*, p. 12) : on y voit pour la transmission d'un bénéfice ecclésiastique que le nouveau titulaire, conduit d'abord sur le bien (*ab abbatibus conductus*), est ensuite solennellement investi (*ab archidiacone investitus*). Cpr. un document de 1109, cité par Pertile, *loc. cit.*, p. 172. On voit la comtesse Mathilde donner certains biens à l'évêque de Ferrare de la manière suivante : *hec omnia refutavit in prefato episcopo, unde dedit ei investituram, et in suis manibus misit Joannem nuncium, qui eum de predictis rebus corporaliter investiat*. Muratori, *Antiq.* III, 736. On suivait le même mode dans la procédure par contumace italienne. V. Heusler, p. 290.

plus qu'un effet juridique restreint attaché à cette formalité.

68. — Le mouvement n'eut pas lieu avec autant d'énergie dans les pays du Midi, où il paraît que l'investiture réelle a toujours conservé une grande importance. Nous verrons dans le chapitre suivant que les jurisconsultes Lombards nomment l'investiture symbolique l'investiture abusive et n'y virent qu'une sorte de tradition, de contrat réel. On semble donc avoir toujours exigé l'investiture en Italie et dans les pays du Midi de la France. On y conservait pour ainsi dire à l'état latent la règle « appréhension de fait équipolle à saisine » (1).

69. — Dans les pays où se développa, au contraire, la véritable idée coutumière, l'envoi en possession réelle fut complètement absorbé par les formalités solennelles de l'investiture symbolique.

M. Heusler (2) s'est vainement efforcé d'écarter une conclusion qui aurait tendu à faire croire que la saisine était transmise par le juge, et aurait, croyait-il, ouvert à nouveau la porte au Besitzrecht. Il s'appuie particulièrement sur le passage suivant du grand coutumier :

« Ils sont trois espèces de possessions suffisant à saisine ; c'est assavoir : possession acquise par occupation, possession

1. Loysel, § 745.

2. *Gewere*, p. 17, 163, ss., 33, 8. Cpr. *Institutionen*, II § 91 et 93.

acquise par succession, possession acquise par tradition de fait » (1).

La tradition de fait, dit Heusler, c'est donc bien la tradition opérée sur le bien lui-même.

Nullement. Ces termes sont employés dans un autre sens par le grand coutumier, il nous est facile de le démontrer.

L'on ne saurait trop se défier de la terminologie du temps. La *saisine de fait* du grand coutumier, c'est l'analogie de la « *saisine réelle, actuelle*, que l'on acquiert par tradition de fust et baston », dans la coutume de Chaulny (2) ; c'est la *saisine de fait* des coutumes de Vermandois (3), c'est la *saisine réelle et de fait* des coutumes notoires (4).

On conçoit que dans ces pays, où les idées de publicité étaient prédominantes et où cette publicité était établie, il n'y avait plus besoin de possession matérielle pour la saisine.

1. *Grand Coutumier de France*, p. 231.

2. « *Nous avons à iceluy Tavernier (l'acheteur) baillé et délivré, baillons et délivrons par ces présentes, la vestiture et saisine réelle, actuelle et corporelle par fust et bâton* », nous dit une formule de devest citée par Louis Vrevin, *Commentaire sur la coutume de Chaulny*, art. XXII.

3. Elles requièrent, art. 126, la vêturo ou saisine de fait « et se fait communément la dite vêturo, par tradition d'un petit bâton ou buchette ».

4. *Coutumes notoires*, art. 72 : « *Aucun ne peut être propriétaire s'il n'est ensaisiné réaulment et de fait par le seigneur d'icelle propriété ou par les gens du dit seigneur sous qui elle est* ». Ces mots « réaulment et de fait », je ne leur vois pas d'autre signification que celle que nous leur avons déjà vu donner : c'est la remise de l'objet représentatif.

On distinguait si bien ces deux sortes de possession que les archives législatives de Reims nous le disent expressément.

« *Il faut avant qu'il entre audict héritage, qu'il en soit vestu et saisi en justice foncière.* » (1).

Lors donc que le grand coutumier nous dit : « *qui a facti traditio saisinam generat et inducit* », il n'entend nous parler que de la mise en saisine par le seigneur, de l'investiture symbolique en un mot.

La tradition de fait, dans le grand coutumier, c'est la tradition faite par le seigneur, c'est la mise en saisine solennelle.

« *Aussi fait celui qui possède la chose par tradition de fait, c'est assavoir quand le seigneur foncier luy en baille la saisine à cause de vendicion, eschange ou aliénation ou aultre tiltre* » (2).

Puis il ajoute : « *Noter que par la coustume de la prévosté de Paris, nulle saisine n'est acquise à aucun, ni de droit, ni de faict, par aucun faict ou contrat entre vifs, jusques à ce que la saisine soit faicte en la main du seigneur temporel* » (3).

Par contre, nous voyons que si, dans des cas particuliers, l'on requiert encore la pièce de possession sur le bien, c'est en présence de justice.

« *A ceste cause, le procureur d'icelles religieuses appréhenda la possession de faict en la présence de justice à ce appelée, et l'a tenue paisiblement jusques à ce que ledict Philippe y a mis ledict empeschement* » (4).

1. Varin, *Archives de Reims*, 1^{re} partie, p. 711.

2. *Grand Coutumier*, p. 232.

3. *Grand Coutumier*, p. 233.

4. *Grand Coutumier*, p. 528.

Et plus loin : « Saisine ou vest est un acte solennel fait par le seigneur foncier par la tradition d'un petit baston à l'acquéreur, par lequel le dict acquéreur acquiert droit de propriété et possession » (1).

Nous ne comprenons point qu'en présence de ces textes M. Heusler ait pu nier que la saisine était transportée par l'ensaisinement qu'opéraient les actes publics symboliques. Le savant auteur cherche à opposer l'un à l'autre les deux premiers textes des coutumes de Reims que nous avons cités ; il veut mettre en relief, dans le second, le premier membre de phrase : « il faut avant qu'il entre au dict héritage — qu'il en soit vestu et saisi en justice foncière » ; mais il est clair que c'est le second qui a toute l'importance (2).

Un intéressant passage du commentaire de Buridan (3)

1. *Grand Coutumier*, p. 961.

2. Heusler, *Gewere*, p. 356 et ss. Il cherche à montrer comment, en présence de l'importance de plus en plus grande que prenait le domaine utile, le seigneur se voyait obligé de fortifier ce qui lui restait de pouvoir sur le bien, pour continuer à percevoir les lods et ventes. *Grand Coutumier*, p. 265, 329, 346. Le seigneur ne peut plus s'opposer aux aliénations (p. 268, etc.) : il fallait, en rendant obligatoire la mise en saisine, consolider un pouvoir qui déclinait. Cela est très vrai, mais n'infirmes pas notre façon de voir. Les textes sont très précis : 1° nul n'est ensaisiné que s'il l'est par le seigneur ; 2° cette saisine transfère propriété et possession (juridique). Il est vrai que le Livre des droiz accorde la saisine à celui qui a possédé un an et un jour contre le seigneur (§ 912). Mais cela prouve que l'on était moins occupé d'assurer au seigneur son droit que de la question de publicité ; et que le livre des droiz était parvenu à une époque où, l'action du droit romain se faisant de plus en plus sentir, la publicité de fait tendait à remplacer la publicité légale.

3. Ce passage est cité par Louis Vrevin dans son commentaire sur l'article 22 de la Coutume de Chaulny.

nous montre jusqu'à quel point l'on poussait cette idée. Il indique qu'il est défendu de se mettre après contrat passé devant notaires en possession de la chose, « *sans en avoir au préalable demandé la vêtue, laquelle comme dit est, équipolle à la délivrance actuelle de la chose, sans laquelle non-seulement la propriété, mais aussi la possession est déniée à l'acquéreur, parce que la possession est de fait, et ne se peut acquérir sans le ministère de l'homme par le seul consentement ou volonté nue. Adispicimur possessionem corpore et animo.* » On voit comment est interprétée la règle romaine : c'est l'investissement qui donne le *corpus*.

L'investiture symbolique s'appelle même « *mise de fait* » dans les coutumiers d'Artois (1).

70. — La suppression de l'investiture réelle au profit de l'investiture symbolique dans les pays du Nord nous semble tenir à plusieurs raisons.

La première est que la carta fut considérée comme représentant le bien lui-même. Résultat obtenu peut-être parce qu'une certaine confusion se serait produite dans

1. *Coutumes d'Artois*, art. 71. C'est aussi le « *livrement de fût et de terres* » des coutumes de Laon, Rheims, et Sole, la « *prise d'herbe et wason* » des coutumes du Hainaut ; la « *scoratio* » dont parle une décrétale d'Innocent III (ch. 2, X, *de consuet.*) ; le *Torfahrt* des Allemands (Grimm., R.A., p. 1, 44) ; la *livery an deed* des Anglais. Sur ces points v. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 336 ; Sohm, *Auflassung*, p. 116 ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, tome II, p. 183 ; Pollock et Maitland, II, p. 86 ; et notre page 25.

la *traditio per cartam* entre les différents objets placés sur la *carta* d'une part (1), et la *carta* elle-même d'autre part.

Le rapprochement entre les différents objets de l'investiture et la *notitia* ou la *carta*, semble indiqué dans le passage suivant d'Engulphus, qui, parlant du transfert établi de son temps, le rapproche des *modus* employés en Angleterre avant Guillaume le conquérant.

« *Conferebantur primo multa prædia nudo verbo, absque scripto vel charta tantum cum domini gladio, vel galea, vel cornu, vel cratere, et plurima tenementa cum calcari, cum strigili, cum arcu, et nonnulla cum sagitta ; sed hæc initio regni fuit. Posterioribus annis immutatus est iste modus.* »

Mais nous pensons que cela ne tient pas aux objets mis

1. Toujours en vertu de ce fait, que c'est l'aspect concret des choses qui frappe le plus en ces temps primitifs. MM. Pollock et Maitland nous semblent avoir bien mis en relief cette signification donnée en Angleterre à la charte : « when under roman influence, the written document comes in to use, this also can be treated as a symbol ; et is delivered in the name of the land ; the effectual act is not the signyng and sealing but the delivery of the deed and the parchement can be regarded as being as good a representative of land as a Knife or a glove would be Just as of old the sod was taken up from the ground in order that it might be delivered, so now the charter is laid on the ground and thence it is solemnly ifted up or levred « *levatio cartæ* » Englishmen hereafter will know how to « *levy à fino* ». Par contre en droit anglo-saxon il semble que la signature ait été exigée, (ce qui est pour nous plus conforme à l'ancien droit) on place un gazon sur ce titre (*ibid.*, p. 86 et 87). Dans ce cas, selon nous, la *carta* servirait spécialement pour la désignation du bien, comme l'ancienne marque (s. p. 4). Sur ces points v. Brunner, *Geschichte der Urkunde*, p. 104, 303, et les documents cités par Thévenin, *Textes*, nos 60, 105, 136, 147 ; Cpr. Prost, *N. R. H.*, 1880, p. 8. Giry, *Manuel*, p. 570.

sur la carte. C'est parce que la marque, la signature, la désignation du bien se trouvent sur la carte qu'on y voit le bien en miniature, et que sa possession confère la saisine, comme nous le verrons à la fin de cette étude. On peut de la sorte arriver à s'expliquer beaucoup mieux qu'avec le premier système comment l'on est arrivé ainsi peu à peu à un transport du bien par la simple inscription sur les registres fonciers.

On pourrait en outre attribuer la faveur de l'investiture symbolique à ce fait que les biens réels, comme nous l'avons indiqué, étaient la plupart du temps des biens incorporels, pour lesquels par conséquent il ne pouvait y avoir d'investiture réelle (1); il fallait bien pour eux se contenter d'un objet quelconque permettant d'accomplir la solennité.

Que l'on ait vu dans la charte l'objet ayant force translatrice, ou qu'à l'inverse, on ait attribué au rain et au bâton la puissance translatrice, l'idée pratique qui amenait cette transformation était toujours la même : ramener le bien à une petite quantité, et donner au transfert de cette petite quantité la plus grande publicité possible. Le bien est représenté tout entier par la motte de terre, le bâton, la charte (2), nous dit le jurisconsulte Hotom : « *his ficta rei praesentia inducitur, cum nempe cogita-*

1. Même dans ce cas, M. Heusler cherche une *investiture* réelle qui pourtant n'était point dans la nature de la chose ; *Gewere*, p. 277. Cpr. Pollock et Maitland, p. 89.

2. C'est en vertu de la même fiction qu'en droit romain on revendiquait sur une motte de terre un bien tout entier.

tione, vel nota et symbolo representatur » (1). L'avantage pratique de cette fiction nous est donné par le vieux juriconsulte belge, Goudelin : « *Non enim commodum est semper ducere illum, in quem rei transferre volumus, in rem presentem; quare utiliter usu comparatum est traditionem rei presentis atque immobilis symbolo alicujus rei presentis et mobilis representari* » (2).

Le système de la saisine publique aboutit à l'axiome de Loysel : *Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession* (3) ; principe que nous trouvons dès auparavant dans les coutumes de Lorris : « *Saisine et dessaisine faicte en présence de notaire et témoins, ou notaire en court laye, de la chose aliénée vallent et équipollent à tradition de fait et possession... sans que autre appréhension soit requise* » (4).

1. Cité par de la Fons, *Commentaire sur les Coutumes du Vermandois* (art. 126), p. 52.

2. *Syntagm. reg. jur.*, cap. XXIII, n° 3.

3. Loysel, § 746. Dans le même sens pour ce texte, Warnkœnig *Französische Staats und Rechtsgeschichte*, II, (mais Warnkœnig a le défaut d'étendre à toute la France son système sur la saisine). On arriva à cet axiome en faisant stipuler fréquemment dans les actes notariés contenant aliénation que la simple tradition de la chose vaudrait ensaisinement (Merlin, *Répertoire*, v° Devoirs de loi). L'institution des notaires et tabellions favorisa puissamment cet usage : v. Thiercelin, *loc. cit.*, p. 90.

4. Coutumes de Lorris, édit. Tardif, § 233. On se contente de la reconnaissance du contrat d'aliénation dans les Coutumes de Roulers, Lierre, Douai. Autre part, on l'explique à la romaine au moyen de constitut, précaire, rétention d'usufruit, tradition des clefs : Buridan, *Commentaire sur la Coutume de Vermandois*, p. 241 ; Dumoulin, sur l'art. 20, Coutume de Paris, glose, 5, n° 14. Dans ces *artificiales et dativas transferendæ possessionis rationes, seu fictiones*

L'on voit donc combien Heusler se trompait en voulant donner au mot « saisine de fait » une signification qu'il n'avait pas. La terminologie des anciens auteurs est du reste si peu sûre que, dans un vieux coutumier du Poitou, nous voyons qu'un arrêt avait décidé que le propriétaire spolié de la chose « *n'en perdait pas la possession naturelle ou la détention, et qu'en conservant par sa volonté ou son intention la possession civile ou saisine, il pouvait être maintenu dans la possession, et intenter la complainte en cas de saisine et de nouvelleté, comme si la force et la dessaisine n'avaient été qu'un trouble* » (1).

71. — Le reproche que nous adressons dans notre dernier chapitre à Heusler, au sujet de la saisine de fait, lui même l'avait déjà, et à juste raison, adressé à Klimrath au sujet de la saisine de droit, dans laquelle Klimrath, trompé lui aussi par la terminologie des anciens auteurs, croyait voir une possession idéale, opposée à la possession de fait (2), en un mot le droit réel synonyme de propriété. Cette façon de voir est inexacte. La saisine de droit, c'est la saisine de l'héritier, qui se transfère sans nouvelle

juris, dont parle aussi Balde *in cap. I de causa possessionis*, on peut aussi retrouver la préoccupation des anciennes formalités. Pour les pays de nantissement, voir Merlin aux mots : Devoirs de loi, Main assise et Mise de fait.

1. Cité par Minier, *Revue historique*, 1856, p. 355.

2. M. Planiol dans son intéressant article sur l'origine romaine de la saisine héréditaire (*Revue critique*, 1885, p. 437 à 453), commet, à notre avis, la même erreur que Klimrath, en voyant dans la saisine du grand Coutumier une « *saisina juris tantummodo et non facti* ».

vôture, c'est-à-dire sans saisine de fait : « *Item la coutume qui dit le mort saisit le vif est à entendre en ligne directe et en ligne collatérale, saisina juris tantummodo et non facti, par la manière qui s'ensuyt. C'est à savoir que si notoirement il appert de la ligne et du lignaige, le successeur en est tout saisi de droit ainsi comme dit est, et ne luy est nécessaire de aller ne au seigneur, ne au juge, ne à autre, etc.* (1).

Du reste Klimrath a une singulière façon d'arranger les textes du grand coutumier. A côté de cette saisine de droit, il voit une saisine d'an et jour, qui combinée avec la saisine de droit donnerait la propriété pure et simple (2). Heusler (3) a très bien montré que non seulement la théorie de Klimrath était fautive, mais encore que la citation qu'il faisait du grand Coutumier n'était pas exacte.

Il ne faut donc pas hésiter à écarter ces expressions de saisine de droit, saisine de fait, simple saisine, etc., qui embarrassent tant les auteurs français (4). Il n'y a qu'une seule saisine, et un seul mode de transfert de la saisine : l'investiture soit réelle, soit symbolique.

72. — Si dans certains pays on recourait à des solennités et à des mesures de publicité, ce n'était pas qu'on voulût indiquer ainsi l'acquisition d'une nouvelle saisine,

1. *Grand Coutumier*, p. 234.

2. Comme le fait remarquer M. Chénon, Klimrath a confondu la saisine avec les modes d'acquisition au XIII^e siècle. Mais alors, comme le fait remarquer le savant professeur, pour être logique il lui aurait fallu admettre cinq ou six espèces de saisine.

3. *Genève*, p. 348.

4. Cpr. Dufourmantelle, *Thèse*, 1890.

mais simplement constater que telle personne se prétendait héritière de la saisine du défunt.

C'est ainsi que nous ne nous étonnons pas de voir de vieilles coutumes de Hollande, d'anciennes ordonnances de Magdebourg, des coutumes du ^{xiv}^e siècle du Rhin et de l'Elbe ordonner à l'héritier de manifester solennellement sa volonté et d'appréhender publiquement le bien. Nous ne voyons pas ici, avec Behrend et Laband, une preuve que la gewere ne pouvait s'obtenir sans contact avec la chose, mais simplement un acte de constatation de la saisine déjà obtenue (3), acte destiné à empêcher l'effet extinctif de l'an et jour.

Cette saisine est donc acquise sans appréhension de fait ; et c'est pourquoi, lorsque des actions possessoires seront introduites, l'héritier les obtiendra sans appréhension de fait. C'est l'avis de Johan. Faber : *eos (les héritiers) possessores sine apprehensione reputat curia Franciæ* (4).

1. *Anevang und Erbgewere festschrift*, 1885, p. 48. Cpr. 25, 52.

2. Recension von Heusler, p. 410.

3. En ce sens Huber, *die Bedeutung*, p. 38; Heusler, *Gewere*, p. 182, avec toutefois la fausse idée toujours qu'il a sur la gewere au moyen âge. Cpr. *Institutionen*, II, p. 565, n°66. Nous dirons la même chose pour l'Angleterre contre MM. Pollock et Maitland, II, p. 61. Ils se fondent sur le passage suivant des lois d'Ev., I, 53-5 : « *Sola pedis positio vero heredi seisinam contulit* ». Ici l'on accorde au mot saisine le sens de la *possessio* romaine.

4. « *Et par vertu d'icelle (saisine), sans possession de fait, se puet l'en complaindre en cas de saisine et nouvelleté ou appleger dedans l'an et jours* », nous disent d'anciennes Coutumes du Poitou, citées par Minier, *Revue historiq. du droit français et étranger*, 1856. Sur cette acquisition de la saisine héréditaire sans possession de fait : « *mortuus saisit vivum et investit* » ; Coutume de Bourgogne, art. 310.

73. — En résumé, les opinions théoriques d'Heusler et de Klimrath leur ont fait modifier les formalités qui accompagnent le transfert de la saisine. Heusler, qui cherchait la possession romaine, a voulu absolument retrouver la saisine dans l'envoi en possession réelle sur les biens ; et Sohm arrivait au fond à des conclusions analogues au moyen de clauses de *constitut possessoire* (1). Klimrath au contraire a voulu voir dans la saisine de droit une sorte de saisine idéale, la propriété elle-même et non sa forme. Ces deux théories méconnaissent la véritable terminologie de la saisine.

Si, avant de terminer, nous jetons un coup d'œil sur l'ensemble des formalités décrites, nous ne pouvons que remarquer une grande unité de pensée sous toutes ces formes. Que le transfert ait lieu sur le bien lui-même ou devant les tribunaux, qu'il soit mimé par le geste des parties, figuré par la remise d'un fragment du bien transféré ou d'une charte, symbolisé dans le gant ou la lance,

Cpr. Coutume d'Anjou, titre XII, art. 272 ; d'Angoumois, ch. 7, art. 84 ; Arras, titre 3, art. 16 ; Chartres, ch. 18, art. 94 ; Châteauneuf, ch. 18, art. 116 ; Nivernais, ch. 34, art 1^{er} ; Bourbonnais, 299 ; Blois, 136 ; Dumoulin, *in consuet. Bourbon.*, § 299 : « *nota quod virtus et effectus illius consustudinis nihil aliud est quam continuatio possessionis a moriente in heredem* ». Pothier, *Successions*, ch. III, section II. Voir Brissaud, Note sur les origines de la saisine héréditaire, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1886, p. 260, et les doc. cités.

1. Il s'appuie sur quelques documents aussi : un document de 505, (Sohm, *Aufassung*, p. 109, d'après Fiker), nous dit : *Investivit prædictam P. ejus sponsam et pro ea et ejus nomine se possedere vel quasi manifestavit.*

nous avons toujours en réalité en présence de nous les mêmes concepts et le même aspect.

Tout se réduit à la remise de la saisine comprise comme un signe visible du droit, remise effectuée suivant un ensemble de pratiques variant selon que la publicité légale est plus ou moins bien organisée.

C'est sur cette souplesse de la plastique du droit de nos pays que nous voudrions arrêter l'attention. L'on a beaucoup abusé, croyons-nous, d'un prétendu formalisme excessif de l'esprit frank. Nous ne croyons pas cette idée exacte pour la belle époque du droit concret, et il nous semble qu'au contraire l'étude des formes de la vêtue prouve une grande élasticité dans la compréhension de la publicité, une facilité énorme dans l'invention des symboles, dans le maniement du symbolisme. Que la communauté se disperse ou se resserre, nous voyons tour à tour l'investiture réelle, l'investiture symbolique, la bannie. Il y a là une sorte de pouls, sur lequel on peut suivre la cohésion des peuples régis par les coutumes. Tel état de la communauté, telle investiture, dit notre droit coutumier. Il fallut que les notions romaines vinsent réduire en poussière la solide idée des ancêtres sur l'organisation du transfert des biens, et produire ces bizarres systèmes mal coordonnés et mal construits, dans lesquels nous sommes restés engagés jusqu'à aujourd'hui.

Le prix de la saisine.

74. — On payait à propos de la mise en saisine un droit modique « les saisines », qu'il ne faut pas confondre avec « les ventes ». M. Glasson nous dit que : « dans « certaines coutumes on percevait aussi, outre les lods et « ventes, le droit de saisine en cas de vente, probable- « ment sous prétexte que l'ensaisinement était néces- « saire dans ce cas comme dans les autres ; mais il sem- « ble bien que le *cumul* de ces deux droits ait été le ré- sultat d'un *abus* » (1). Il cite Beaumanoir, ch. III, n° 20.

A notre avis la distinction serait au contraire très nette entre le droit de lods et ventes et le droit de saisine : ils sont perçus chacun pour un objet différent. Nous nous basons sur les raisons suivantes.

a) Le savant auteur nous montre lui-même que dans certains cas (2) le seigneur ne pouvait prétendre de lods et ventes, mais touchait un droit de saisine

b) D'un autre côté, alors que les lods et ventes sont des droits très lourds, les droits de saisines sont presque insignifiants. Les lods et ventes sont des droits proportionnels, tandis que les saisines sont des droits fixes (3).

1. Glasson, tome IV, p. 403.

2. Par exemple le cas d'échange, les mutations à titre gratuit, etc. Beaumanoir, ch. XXVIII, n° 6 ; *Constitution du Châtelet*, § 82, édit. Mortel, p. 86 ; *Grand Coutumier de France*, liv. II. ch. 24 ; Glasson, *loc. cit.*, tome VII, p. 375.

3. Dans la coutume de Lorris, § 105, les droits de lods et ventes sont estimés de la façon suivante : « *Chacun franc de rente est pris*

Ainsi les droits de saisine sont de douze deniers parisis dans la coutume de Paris de 1510. Dans la charte de Bresricieux de 1288, c'est simplement un droit de deux deniers (1). à Metz on paie deux sols, puis deux gros pour la vesture (2). Il est vrai qu'on augmentera le prix pour la proclamation proprement dite ou prise de ban (3). L'amende de celui qui ne s'est pas fait ensaisiner n'est pas plus forte ; elle est de six sols Parisis à Reims et à Senlis ; On la nomme à Reims *amende de tôt entrée* (4), et à Senlis *amende de saisine happée* (5).

c) Jusqu'au xvi^e siècle les lods et ventes sont payés directement par le vendeur, tandis que les droits de saisines sont payés par le nouveau tenancier.

d) Les lods et ventes dérivent de l'impôt romain (6), *et estimé à la somme de quinze livres tournois ; et de chacun desdictz francs doit..... là où il y a lotz et ventes, trente deux deniers* ». Cpr. § 144, pour la châtellenie de Bleveau : « *En ladite chastellenie, pour le droit de ventes et lotz, est due la somme de deux solz six deniers tournois pour franc en matière d'achapt de chose immobilière, que paie l'acheteur, et sur le tout douze deniers tournois pour la saisine* ». § 148 : « *Prend le dit seigneur lotz et ventes en cas d'échanges en diverses censives et aussi douze deniers pour la saisine.* »

1. N. R. H., 1895, p. 303 et ss.

2. Prost, N. R. H., 1880, p. 67.

3. Prost, N. R. H., 1878, pp. 27 et 345.

4. Coutume de Reims, art. 150.

5. Coutume de Senlis, art. 14.

6. La perception romaine d'un droit sur les ventes, *centesima rerum venalium*, établie sous les guerres civiles. (Tacite, *Annales*, I, 75), étendue par Caracalla à l'Italie et aux provinces, se retrouve dans les chartes des x^e, xi^e, xii^e et xiii^e siècles sous le nom de *foragia*, *vendæ*, *venditiones*, *ledda*, *leddæ*, *laudes*, *laudimia*. On perçoit ces droits pour toute espèce de vente mobilière ou immobilière. Une charte de 1060 nous dit : *Ventas etiam, quas teloneum dicunt, de*

dis que les saisines viennent de l'investiture symbolique et du droit de ban.

e) Enfin l'opposition des *ventæ* et des *saysinæ* est fréquemment soulignée par les textes : « *Respondetur quod ventæ et saysinæ sunt jura debita ratione rerum immobilium quæ in alios dominos transferuntur* (1).

Les coutumes de Châlons nous opposent aussi les « *lods et ventes, saisines et amendes* » (2).

Quant à nous, nous disons que les saisines sont des droits perçus à l'occasion de la proclamation d'un transfert de biens et de la paix procurée par le seigneur (3). Les

diversis quibuslibet rebus (Citée par Ducange, au mot *venda*) ; et en 1079 une ordonnance royale nous dit : « *Si quis emerit vel permutaverit domum vel possessiones, vicarius vel bajulus loci teneatur laudare... nec recipiat pro laudimiis ultra vicesimam partem precii* (Recueil des ordonnances du Louvre, tome IV, p. 45). C'est bien un droit justicier. Voir aussi une disposition analogue dans les statuts d'Aigues-Mortes en 1146 (Galland, *Traité du franc-alleu*, p. 366). Dans les Coutumes de Lorris, on voit les vilains payer des ventes : or les vilains ne payaient que des droits de justice (Voir Galland, *loc.cit.*, p. 377, et Championnière, p. 321). Dans un autre document cité par Flach (*Origines*, I, p. 374), nous voyons les lods et ventes compris dans l'honneur : *Retineo de isto honore albergos quos ibi debeo habere et quistam et placita vel laudimia ; alia vero omnia que debent nobis ewire dimitto tibi supradicto usatico* : Cartulaire de Saint-Sauveur d'Amiens. Nous voyons encore ce nom d'honneur conservé aux lods et ventes dans les coutumes de Tours, art. 165 ; Lodunois, ch. II, art. 6 ; Poitou, art. 21, 22, 23, etc.

1. Grand Coutumier, p. 276.

2. Coutumes de Châlons, p. 123.

3. Nous retrouvons cette pax dans les Coutumes de Toulouse, 135 et 143. M. Glasson semble à tort la confondre avec les lods et ventes (tome VII, p. 330). Il y a pourtant, comme nous l'avons vu, de grosses différences. La proclamation de la paix du duc est le

ventes sont des droits perçus à l'occasion du fait même du transfert à titre onéreux.

73. — Les ventæ et les saysinæ ont cependant des points de ressemblance. Ce sont originellement des droits de justice, perçus à l'occasion du transfert d'un bien, et, comme droits de justice, s'étendant à tous les biens compris dans la baronnie, même aux alleux (1). C'est ce qui nous explique que les auteurs les aient plus tard facilement confondus.

On se rappelle que le seigneur censier et le seigneur justicier percevaient tous deux un cens sur les biens fonds. Pour le premier, ce cens ou surcens était la suite d'un contrat ou engagement ; pour le justicier, c'était simplement la représentation de l'ancien impôt romain. Nous avons dit que les justiciers avaient toujours tendu à faire attribuer au second cens, représentatif de l'impôt, le caractère du cens, récognitif de propriété. On devine le but :

début des prises de ban. V. Bonvalot, *Histoire du droit et institutions de la Lorraine*, p. 296 et ss., et Prost, N. R. II., 1880, *op. cit.*, p. 177. L'on conçoit que l'on ait payé un certain droit pour obtenir cette paix, droit tout différent de l'impôt payé au sujet du transfert.

1. La dessaisine a lieu devant le juge du lieu, juge royal ou seigneurial (compétence territoriale : donc justicière). Cpr. *Grand Coutumier*, p. 645 et ss. Cpr. Klimrath, *Trav. sur l'hist.*, II, p. 268. En Hainaut on va devant le majeur et quatre échevins (sept échevins à Valenciennes) : Chartes générales du Hainaut, ch. 106, 1 ; 94, 1 ; 30, 1 ; 34, 14 ; devant le *bailli* et quatre hommes pour les fiefs (donc encore compétence judiciaire). Nous dirons la même chose de la Flandre ; le devost a lieu devant le majeur et les échevins, à Poperinghe devant cinq membres de la loi. A Paris, la dessaisine des censives se fait au Parloir des Bourgeois. V. Le Roux de Lincy, *Histoire de l'Hôtel-de-Ville*, p. 145 et 163.

si le cens est récognitif, il indique que le propriétaire véritable est le seigneur; ce n'est plus un impôt : c'est une redevance due à un propriétaire.

Evidemment la perception du droit de saisine a joué, dans le cours des temps, un rôle analogue au profit du seigneur. De ce que l'on payait un droit de publicité pour l'investiture symbolique et les bannies et un droit de vente pour le transfert du bien, l'on tira la conséquence que les saisines étaient des droits spécialement récognitifs de propriété. A l'époque où se produisit cette confusion dans la portée attribuée aux saisines, les formalités de publicité étant en fait tombées, l'on ne comprenait plus à quoi correspondaient les droits payés en sus des ventes. Le résultat fut que ceux qui payaient des saisines furent considérés comme reconnaissant la propriété du seigneur. Aussi des alleutiers, qui avaient accepté de payer les saisines comme impôt, refusèrent de les payer comme redevances récognitives de propriété. Là où ils l'emportèrent, ils abolirent le droit de justice (1) lui-même, l'ancien impôt. Là où ils succombèrent, ils furent obligés de reconnaître à leur possession un caractère précaire, de renoncer par conséquent à leur titre d'alleutier, d'avouer en un mot que leur terre avait un seigneur.

Les pays où prévalut la notion de non-allodialité dé-

1. Dans la Coutume d'Anjou, 146, les *falsa allodia* paient les lods et ventes; à Rheims, art. 90, et Senlis, 240, le propriétaire doit se faire onsaisiner. Au contraire les Coutumes du Vermandois déclarent, art. 133 : « en franc alleu n'est requis vest ni de vest pour en acquérir la saisine; mais suffit l'appelans en possession réelle de droit équipollent à icelle ». Cpr. *Grand Coutumier*, p. 325.

clarèrent, avec le Livre de Justice et Plet, que « nul n'est en veroye saisine si le verai seignor ne l'y met » (1), et. avec le grand coutumier (2), que « aucun peult bien faire dessaisine et soy dessaisir par lettres, ou par instrument, ou devant tesmoins », mais que cela n'a pas d'effets pour la saisine selon la coutume : « ne le bail des lettres de vendition ou accensement, ne la retenue de l'usufruit n'y fait rien selon la coustume, jusques à ce que par le seigneur temporel l'en ait eu la saisine ».

Cette règle fut d'ailleurs naturellement étendue à l'étranger : « un estrangier, qui ne peut jouir de la coutume par laquelle le mort saisit le vif son héritier, ne peult estre en possession du fons, fors par la main de son seigneur (3) ».

Elle était particulièrement employée pour le fief : « si c'est un fief noble, saisine de droit ne aultre n'est acquise sans foy, car le seigneur direct est avant saisy que l'héritier » (4).

« On ne peut acquérir vraie saisine du fief sans foi ou assentement du seigneur », répétera plus tard Loysel (5).

Il résulta de cette modification apportée à la signification des saisines, que les formalités du transfert perdirent leur portée : du moment que le seigneur est propriétaire,

1. Livre de justice et plet, XII, 6 § 26. Cpr. Beaumanoir, 21, 18, 20.

2. Grand Coutumier. p. 233.

3. Grand Coutumier, p. 281.

4. Grand Coutumier, p. 234, cpr. 365. Cpr. Coutumes tenues toutes notoires et jugées au châtelet de Paris, art. 72. Cité par Belime, p. 219. Cpr. Chopin, lib. 1, de Mor. Par., titre 2, no 29 ; Brodeau, sur art. 83 de la Cout. de Paris.

5. Loysel § 747.

c'est lui qui devra mettre le bâton entre les mains de l'acquéreur, et non pas le vassal; de plus quand il concède un bien, il ne le concède pas tout entier. On modifia donc les formalités de la saisine. La werpitio, l'abandon du bien disparut: le seigneur ne saurait déguerpir, puisqu'il conserve un droit sur la chose (1). De plus ce fut lui qui reçut le bâton des mains du vendeur et le remit à l'acheteur.

« *Le vassal est dewesti et mis hors de souche en pleine cour, nous dit Wieland (2), par le jet d'un festu ou d'autres tuyaux de blé hors de ses mains et avec les termes qui sont à ce requis, mettant le fief purement et absolument dans les mains du seigneur, afin qu'il soit donné par lui à l'acquéreur, à celui qui le réclame ou à autre à qui il appartient.* » (3). A Reims on admettait la démission entre les mains du seigneur pour le fief (4), et on la refusait dans les autres cas.

L'aliénation consentie par le vendeur devint ainsi simplement une sorte de procuration *ad resignandum*: quelque chose d'analogue à ce qui se passait pour la transmission des bénéfices ecclésiastiques, et à ce qui se passe encore de nos jours pour la cession des offices ministériels (5).

1. C'est du moins l'opinion de Sohm, *Auflassung*, p. 115 et ss. Cpr. Jean d'Ibelin, ch. CXLIV; CLXXXV; CLXXXVI. Cpr. *Livre des droits et commandements*, n° 99.

2. Wieland, *De Feud.*, ch. XXXIV.

3. Cpr. Coutume de Hainaut, ch. 72; de Valenciennes, art. 54 et ss.; de Lille, I, art. 62 et ss.

4. Coutumes de Reims, art. 136. Cpr. Coutumes de Laon et d'Artois.

5. Sohm, p. 116 et ss. V. Thiercelin, *Revue critique de législation*, tome XXXVI, p. 42; Merlin, au mot Nantissement; Glasson,

Ce furent les seuls changements apportés. Par ailleurs nous retrouvons les mêmes formalités et le même symbolisme. La *confirmatio* se fait toujours « *cum baculo vel chiroteca* », l'investiture « *virga vel pileo* » (1).

Il fallut longtemps pour faire disparaître ces derniers débris du droit objectif. L'on y arriva cependant. L'on admit que si le vassal était en saisine du fief, il n'avait qu'à attendre que le seigneur se montrât disposé à recevoir son hommage ; on lui reconnaissait le droit de se maintenir en possession à la condition d'être prêt à donner son hommage à première requisition (2).

On décida enfin qu'il suffirait de la passation de lettres de fief.

76. — Cette disparition des formalités de la saisine et de leur prix, les saisines, était nécessaire, car la confusion des droits de justice et des droits féodaux était telle que l'on arrivait à payer pour les mêmes formalités quelquefois deux et trois droits.

Ainsi prenons, par exemple, un fonds quelconque des pays du Nord.

lome VII, p. 343. En Angleterre, pour les grades d'officiers dans l'armée, nous voyons subsister le même mode jusqu'en 1871.

1. *Durantis speculum juris*, lit. de feudis. Cité par Esmein, *Cours élémentaire*, p. 196. Dans notre sens. Stobbo, *Gewere*, 458.

2. Grand Coutumier, livre II, ch. 23, pour les censives ; Cpr. Coutumes notoires, n° 124 ; Desmares, *Décisions*, 189. *Nul ne prend saisine qui ne veut*, disait Loysel, § 46. V. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, tome I, p. 118. Cpr. *Ordonnances des rois de France*, VII, p. 175. En Angleterre, on usa d'une sorte d'*Auflassung*, au moyen d'une procédure spéciale, le *writ de precipe*. Glisson, *Inst. d'Angleterre*, p. 193 à 196.

Supposez que ce fonds ait été transmis moyennant une redevance annuelle et moyennant un droit de relief. Dans les cas de transmission, nous nous trouvons en présence :

Tous les ans, de deux droits de cens, l'un représentant le paiement de l'impôt, l'autre le paiement de la redevance contractuelle due au concédant.

Lors des transferts, de trois et quelquefois quatre droits :

1° Les lods et ventes dérivant de l'impôt romain ;

2° Le droit de relief ou rachat dérivant du maintien perpétuel de la concession volontaire ;

3° Le droit de saisine ou droit de gant (1) dérivant de la publicité de fait de l'investiture symbolique ;

4° Enfin, souvent, en sus de ce dernier droit, d'un droit de bannie spécial dérivant de la publicité légale (2).

Tant qu'on conserve à tous ces droits une origine différente, on les comprend ; mais une fois qu'on voulut les faire dériver tous d'une source unique, la conquête, et leur faire représenter à tous la reconnaissance d'un droit de propriété, et le prix moyennant lequel un propriétaire consentait à laisser transmettre ses biens par son tenancier à un nouveau tenancier, il arriva que tous ces droits firent double emploi.

1. C'est aussi le nom donné au droit de saisine dans les Coutumes d'Orléans, 107, et de Chartres, 78.

2. Nous rencontrons la coexistence de ces deux derniers droits de véturo et de prise de ban à Metz, de 1203 à 1263. Mais est-ce là une exception et une singularité, comme le croit M. Prost ?

On fondit les droits de saisine et le droit de ban. Puis on tenta de fondre les droits de saisine et de relief. Ainsi Laurière, sur Loysel, nous dit : « *Autrefois, toute personne qui mourait était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur, et les héritiers reprenaient ses biens du seigneur en payant les droits de relief ou de scisine* » (1).

Il paraît confondre le relief et la saisine. Or, rien n'est plus faux que cette théorie, et M. Planiol (2) nous paraît en avoir fait, à bon droit, justice : « S'il y avait véritablement, nous dit-il, correspondance entre la saisine et la dispense de rachat, les héritiers saisis devraient être exemptés de cet impôt, et ceux qui s'y trouvent soumis devraient être privés de la saisine. Or, la coutume de Paris (3) nous dit qu' « *en toutes mutations de fief est dû droit de rachat ou de relief, fors et excepté pour... et pour celles qui se font par succession et donation en ligne directe* ». La dispense ne profitait donc pas aux héritiers de la ligne collatérale, quoiqu'ils fussent saisis comme ceux de la ligne directe, puisque l'article de la coutume de Paris (4) accorde la saisine à tous les héritiers légitimes sans distinguer ».

Nous voyons de même que, dans la coutume nouvelle de Bretagne, les collatéraux non saisis doivent le relief

1. Loysel § 744.

2. *Loc. cit.* Toutefois il nous semble que M. Planiol, en voulant rattacher le relief ou rachat au rachat de bail, n'a pas rencontré la véritable origine.

3. Coutume de Paris, art. 33.

4. Coutume de Paris, art. 318.

aussi bien que les héritiers en ligne directe saisis (1) : donc, le relief ou rachat est bien différent des saisines (2).

Il y avait une raison à ces fausses assimilations ; c'est qu'on avait rattaché à une cause unique des droits dérivant de différentes causes. S'ils arrivaient à se répéter tous, c'est qu'ils signifiaient tous, au dire des auteurs d'alors, que la propriété appartenait au seigneur. Finalement ils parurent monstrueux. « Quoi, deux droits récognitifs à payer tous les ans pour mon bien ! » et dans le cas de transfert « quatre droits à payer pour obtenir le consentement du seigneur ! »

Nous comprenons dès lors que les auteurs qui n'avaient approfondi ni le transfert du bien ni les justices aient poussé de hauts cris, et vu dans la saisine, avec Montesquieu, Guizot, Alauzet, de Parieu et tant d'autres, le signe de « l'asservissement de la propriété ».

Les différentes théories que nous avons rencontrées dès le début de cet ouvrage s'expliquent donc d'elles-mêmes. La nature objective de la saisine a fait croire à Heusler et à son école qu'elle n'était qu'une possession ; son transfert par la vêtue a fait croire à Albrecht, comme nous le verrons plus loin, qu'elle était le fondement du droit réel ; le prix de son transfert a fait croire aux an-

1. Coutume de Bretagne, 67, 70, 71, p. 538 et 540.

2. On pourrait encore ajouter à ces différences si l'on admettait avec M. Planiol que le relief provient du rachat du bail : la saisine serait alors un droit d'origine judiciaire, et le relief un droit d'origine purement féodale. Mais nous ne croyons pas que le relief provienne du rachat du bail.

ciennes écoles et aux auteurs français du début du siècle qu'elle n'était que le signe de la propriété usurpée par seigneur dominant.

Notre exposé n'est donc pas inutile, et voici qu'un simple examen des formalités plastiques et de l'importance de la publicité projetée sur l'ensemble du transfert du bien un peu de lumière.

Nous connaissons la loi qui a modelé les formes du transfert, les lieux où il était pratiqué, ses parties intrinsèques, leur disparition. Nous pouvons maintenant, après avoir débarrassé notre terrain de toutes ces questions adjacentes, aborder le point principal de notre seconde partie : les effets juridiques de l'investiture.

CHAPITRE VI

EFFETS DE L'ENSAISEINEMENT

77. Opinion d'Heusler et de Laband. — 78. Cas d'une aliénation non suivie d'investiture. — 79. Cas d'une aliénation faite à deux acquéreurs successifs. — 80. Cas d'une donation non suivie d'investiture. — 81. Vritable effet de l'ensaisinement. — 82. Le *jus ad rem*. — 83. Le *jus in re*. — 84. Quid de la saisine héréditaire. — 85. Le droit est transporté sous la saisine. — 86. Autres effets du transfert du droit : le droit aux fruits. — 87. La légitime défense, la situation de défendeur au procès. — 88. Point de départ de l'an et jour de prescription et de garantie. — 89. Autres effets. — 90. Vritable rôle de l'investiture ; quid des autres modes d'acquérir : l'occupation, la prescription, le jugement. — 91. Y a-t-il un véritable transfert par la saisine héréditaire ? — 92. La vêtura est l'unique mode de transfert. — 93. Universalité de l'emploi de la vêtura. — La vêtura, mode de transfert du bien réel d'abord, ensuite mode de réalisation du bien. — 95. Importance de ces constatations pour la théorie de la saisine. La vêtura est la seule forme par laquelle puisse se transférer la saisine.

77. — La question qui doit faire l'objet de ce chapitre est celle de savoir quels sont les effets de l'ensaisinement, de la *vetura*. L'importance extrême que tout l'ancien droit attachait à manifester extérieurement et sous une forme pratique les idées abstraites, nous permet de supposer avant tout examen que ces cérémonies nombreuses, ce symbolisme varié n'étaient pas sans objet, que le transfert apparent correspondait à un transfert abstrait.

Il faudrait pourtant renverser tout cela, si l'on admettait avec M. Heusler que l'investiture (il réserve ce nom pour l'investiture symbolique proprement dite) ne produit aucun effet ni pour l'acquisition de la propriété, ni pour celle de la possession, ni pour la perfection du contrat (1).

Ainsi, après avoir posé l'importance de la publicité et du caractère apparent dans le droit primitif, on renoncera à en tirer les conséquences. Tout ce symbolisme varié n'aurait plus aucune signification, du moins dès la fin de l'époque franke. Cette étonnante vie objective, que la *vetura* donne au transfert, ne serait plus qu'une ombre morte, un reste persistant d'anciens concepts disparus.

Cette opinion n'étonnera pas, si l'on se rappelle qu'Heusler voulait ne reconnaître comme véritable investiture que celle qui avait lieu sur le bien lui-même. Il était donc contraint de méconnaître l'investiture symbolique, et de tourmenter les textes nombreux qui en affirment l'importance. Il ne s'en est pas fait faute, comme nous allons le voir.

Le sens de la *vêtura* lui a été caché par une interprétation trop moderne des mots *traditio*, *investitura*, saisine de fait, etc. Il s'est laissé trop entraîner par le désir d'un rapprochement avec le droit romain, et, malgré une puissance d'exposition merveilleuse et une érudition considérable, il a méconnu l'importance de l'investiture, et par là la signification et la portée de la saisine.

1. Heusler, *Gewere*, p. 49. Laband, *Critisch Vierteljahr.*, p. 390, adopte expressément la théorie d'Heusler.

Voyons quel est l'effet de la vêtiture, et pourquoi Heusler l'a méconnu.

Le jurisconsulte allemand (1) n'est pas sans être troublé dès le début de son exposition par l'idée d'une formalité complètement inutile au point de vue juridique. Aussi admet-il dans son système que, tout à l'origine, l'investiture jouait probablement un rôle analogue à celui que l'achèvement matériel du transfert jouait dans les *leges imperfectæ* romaines. Mais cette période aurait été très courte. Dès que l'on se trouverait en présence de textes précis, ces textes attesteraient que ce n'est pas à l'investiture que l'on s'attache dans le cas de procès entre l'aliénateur et l'acquéreur, mais au contrat, à la *traditio*, la *sala* ou *salunga* dont nous avons parlé dans le chapitre précédent.

En effet l'examen des textes montrerait que c'est le contrat seul qui décide du droit, dans le cas de vente à deux acquéreurs successifs : le premier acquéreur, non investi, dit Heusler, est préféré au second, quoiqu'investi. Bien plus, poussant plus loin ses investigations, il s'attache à prouver que si l'on exige l'*investitura* en cas de donation, ce n'est nullement parce que l'investiture a une force particulière, mais parce que les engagements à cause de mort ne lient point l'héritier.

La conclusion se tire d'elle-même. Si la mise en possession solennelle ne produit aucun effet, c'est que la saisine n'est qu'une simple possession, une jouissance sans effets sur l'acquisition du droit. L'on voit qu'il est im-

1. Gewere, p. 29.

portant d'examiner les textes par lesquels on veut nous ramener à une telle conviction.

Cas d'une aliénation non suivie d'investiture

78. — Un document Bavarois nous montrerait d'abord que, dans un procès entre l'aliénateur et l'acquéreur, l'on s'attache uniquement à la tradition.

Erchanfrid a donné un bien à l'église de Freissingue. Plus tard, changeant d'avis, il essaie de revenir sur sa libéralité, et affirme n'avoir jamais accomplie cette *traditio* : « *se hanc traditionem nunquam peregisse* » ; mais il est bientôt convaincu de fausseté par les témoins et par l'écrit : « *testibus et scriptis superatus confessus est priorem traditionem. Tunc episcopus querebat vestituram ab eo. Ille vero confessus est altera die eum vestire, quod ita et factum est* » (1).

Il est certain qu'ici le seigneur a conservé le bien, puisque l'évêque lui demande d'être investi. Mais d'un autre côté un écrit a été remis, qui prouvait la *traditio*, le contrat. Dès lors ne peut-on se demander si l'on n'a pas eu affaire à une *traditio per carta* (2), qui valait investi-

1. Meichelbeck, n° 661.

2. Sur les *Traditiones per cartæ*, v. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der German. Urkund.*, p. 96, 112, 288 ; *Carta et notitia*, 9-12. Sohm, *Auflassung*, notes 14 et 31. Pertile, IV, p. 229, et doc. cités, note 19. Schröder, *Lehrbuch*, p. 271. La transmission pouvait se faire, d'après Brunner, par la simple remise d'une charte. Cette charte était un acte d'investiture symbolique. Voir dans le Cartulaire Langob., n° 8 et n° 2, *Monum. Germ. Leg.*, IV, 596, 2 et 595, 1 (Cités dans Thévenin, *Textes*, nos 50 et 52), Cpr. deux intéressants documents

ture symbolique, et non pas à une simple tradition, comme le prétend Heusler ? Nous en dirons autant des autres documents qu'il nous présente. Ainsi dans un document Lombard, de l'année 756, l'on voit le défendeur opposer au demandeur, qui prétend avoir été expulsé injustement, sa donation : *ecce offertio quam nobis exinde fuisti* (1); et c'est sur cette *offertio* que portent la preuve et le serment. De même dans d'autres documents, où l'on voit les parties opposer des écrits prouvant la vente et le précaire.

Si cette *traditio per cartam* valait investiture symbolique, on ne peut donc pas dire que celle-ci fût inutile pour l'acquisition du droit.

Cette opinion se confirmera quand nous retrouverons les mêmes principes appliqués au moyen-âge. Et ici je remarque combien il est invraisemblable que le droit frank,

du XI^e siècle du droit Lombard. On la voit appliquée chez les Saliens, les Galles, les Allemands, les Bavares, les Bourguignons, précisément dans toutes les contrées d'où Heusler tire des documents. Toutefois Sohm combat cet usage pour le droit franc : ce ne serait pas la charte, mais les objets mis dessus qui amèneraient le transfert, qui représenteraient le bien. Voir d'autres exemples de *traditio per cartam* dans Thévenin, *Textes*, n^o 105, 132, 136, 147, et Rozière, n^{os} 255-258, 286-289, 128-135, et dans Esmein, *Études*, p. 20, note 2. Dans le *Livre Roisin* de Lille on en trouve encore une curieuse mention : « Nous avons transporté et transportons dans la main de notre dit cousin de Flandre les villes, châteaux... et li en baillons la possession par la tradition de ces presentes ». Voir les documents cités par Brunner, *Zur Rechts G. der Urkunde*, p. 288-302. voir aussi Tardif, *Le droit privé au XIII^e siècle* ; il nous montre d'après les Coutumes de Toulouse et de Montpellier, la persistance du bail de la cède ou *traditio per chartam* en Languedoc, p. 5-7.

1. Troya, *Codice diplomatico Longobardo*, IV, p. 619 ; la même chose dans Bréquigny Pardessus, n^o 440, 418.

parti de l'idée du contrat imparfait à l'origine, comme l'avoue Heusler, l'ait abandonné pour y revenir ensuite. Nous voulons, avant d'aborder ce point, écarter les autres objections, car elles proviennent de la même erreur.

2° Cas où l'aliénateur transfère son bien à deux acquéreurs successifs.

79. — Dans ce cas, nous verrions, d'après Heusler, le premier acquéreur, même non investi, être préféré au second investi. L'on ne s'attacherait donc pas à l'investiture, mais seulement au moment du contrat pour décider quand le droit réel était transporté.

Il cite un document de 844 (1). On y voit le demandeur Teutpald, avoué de saint Ambroise, et le défendeur Teutpert et son fils Adabert invoquer chacun un titre du même auteur; le premier une *cartula* « *qualiter casas in Balerna Bruningus de Maliasi venundaverat a parte monasteris St Ambrosis abbati ejusdem monasterii* »; et les autres « *cartolam ostendunt, qualiter ipse Bruningus casas in Balerna dederat filice suæ conjugii Adelberti* ». — On examine les deux chartes. « *Et relecta illa suprascripta cartola de parte monasterii erat anterior; judicatum est inter nos ut Teutpertus daret mihi (Teutpald) vuadium de auctore Bruningo qui postea cartolam in filia sua emiserat* ». A l'assise suivante, Bruningus arrive et dit : « *quod de casas auctor*

1. Fumagalli, *Codice Diplomatico Saint-Ambrosiano*, n° 57.

non esset, et ibi ceciderunt de auctore, et ita iudicatum est eis, ut parti monasterii casas relaxarint » (1).

Nous trouvons un document languedocien analogue. Devant le missus du roi Imbert, tenant les assises à Narbonne, le monastère de St-Jean de Carcassonne se plaint de Duvigild, qui aurait pris au monastère, contre tous droits, certains biens que le monastère avait reçus de Peter et de son épouse Warnetrud. A cette plainte, Duvigild répond qu'il retient parce qu'il a un titre : « *scriptura emptionis* ». On lui accorde 14 jours pour la production de son titre et de son *auctor*. Le jour venu, les défendeurs comparaissent avec l'*auctor*. On interroge ce dernier, il répond : *Scripturam ego feci, sed legibus eam auctoricare non possum, quia ego et uxor mea Warnetrudes antea tradidimus ipsas res per scripturam donationis ad jam dictam casam Dei*. Là encore, Duvigild se trouve abandonné par son *auctor* et déclare qu'il est sans droits (2).

Il serait fastidieux de multiplier ces exemples, auxquels nous donnons la même interprétation. L'erreur d'Heusler et de Laband nous semble avoir été encore ici

1. Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*, I, n° 88.

2. Sur ces documents voir Heusler, *Gewere*, p. 33 et ss. Il cite encore un document Lombard de 761 : Troya, V, n° 763 (p. 123). On y voit le jugement déclarer l'antériorité du titre du monastère de Farfa : *quod ipsum casalem* (le bien discuté) *vel casas antea monasterio traditas inde finita causa habuisset* (l'adversaire); le bien appartiendra donc au monastère. Cpr. doc. de 786, *Memorie di Lucca*, V, B, n° 211 ; doc. de 983, Muratori, I, col. 379 ; et en Bavière, pour l'abbaye de Freisingue, Meichelbeck, n° 470. Mais ce dernier document semble peu probant à Laband lui-même. Il s'agit d'un procès entre les évêques de Freisingue et d'Augsburg, au sujet d'une église qu'ils prétendent tous deux avoir reçue d'un

de donner à ce mot *traditio* un sens technique absolu (1). Or ce mot, comme nous l'avons vu, s'emploie souvent, Heusler le reconnaît lui-même, dans le sens d'investiture symbolique. L'on peut citer, à l'appui de cette opinion, un document frappant du ix^e siècle (2), dans lequel on voit le vendeur déclarer : « *Tibi exinde coram testes legitimam facio tradicionem et vestituram, et me exinde foras expuli... et bergamela cum atramentario dextra elevans D. notarius et judex sacri palatri tradidi et scribere rogavi* ».

Le principe que nous devons admettre est l'opposé de celui d'Heusler ; c'est que « *l'acheteur second vestu de l'héritage est préféré au premier non vestu* », comme nous le diront encore plus tard les coutumes de Vermandois (3),

certain Adalhard. Cet Adalhard aurait été, à la suite d'un procès malheureux, obligé de revêtir l'évêque d'Augsburg. L'évêque de Freisingue répond : il n'en avait pas le droit : « *eo quod ipsum vel quidquid aliud habuit in beneficium de domo S. Mariæ illo anno, quo Hitto in regimen successit episcopus, totum reddidit atque revestivit in manus suas, et iterum inde in beneficium accepit cum censu, et hoc jam ante pridem fuisse, quam eum Hanto aut defensor ejus pro hoc mallarent. Et cette affirmation est confirmée par les témoins ; ils déclarent : se presentes esse, ubi Adalhardus hoc relaxavit in manus Hittonis episcopi, et iterum de eodem episcopo in beneficium sub censu accepit ante illo placito, quæ apud Hantone habetur* ». On voit les raisons d'écarter l'acheteur second vêtu : Adalhard a remis le bien à l'évêque Hitto et l'en a revêtu (*reddidit atque revestivit*) : il ne pouvait plus le transférer à un autre. Cpr. Laband, *Krit. Viertel*, XV, p. 390.

1. V. *Gewere*, p. 19, et les *notitiæ traditionis* ou *traditoria* (la *notitia* s'emploie pour constater le jugement, et non pas le contrat), dont nous parle Rozière, 286-289.

2. Cité par Brünner, *Zur Rg. der Urkund.*, p. 95.

3. Art. 128. Et elles ajoutent : « *et pourroit valablement intenter complainte contre le dit premier acheteur, qui n'en auroit joui par an et jour, s'il le voulait troubler* ». Cpr. Rheims, art. 169.

de Chaulny (1), et les anciennes coutumes de Toulouse (2).

« Une vente ou donation réalisée, rapportent les coutumes de la Châtellenie de Lille (3), fait préférer à une vendition ou donation précédente verbalement faite seulement » (4).

1. Coutumes de Chaulny, art. 33.

2. Anciennes coutumes de Toulouse, art. 93.

3. Coutumes de Chatel. de Lille, titre 10, art. 4.

4. « Par les arrêts de Toulouse l'investiture se considère ; par ceux de Paris, la possession réelle » rapporte encore de la Fons : Commentaire sur l'art. 128 de la Coutume de Vermandois. Il cite à ce propos les lois romaines qui disent que *sine traditione non transfertur dominium*, et s'indigne fort contre un certain Petrus Blesensis, grand jurisconsulte et théologien, ancien chanoine de Saint-Quentin, qui, ayant eu à traiter cette question pour des livres de droit, par lui achetés à Paris et payés, depuis vendus et livrés à un autre, avait omis dans son épître 71 précisément toutes les lois qui étaient contre sa cause. « On peut voir par là, dit de la Fons, comme le droit se manioit et alleguoit auparavant les gloses et commentaires qui sont survenus ». Plus tard on introduisit des exceptions au principe qui exigeait l'investiture : 1^o il fut décidé que le refus du seigneur vaudrait *investiture* au profit du premier acquéreur, ce que l'on exprime en disant que la « *négligence du premier acheteur pour se faire vêtir équipolle à vêtire* » : V. Coutumes de Normandie, art. 12, et Coutumes de Rheims, art. 169. 2^o Une seconde exception, d'après Merlin, serait à ajouter pour le cas où le premier acheteur aurait joui l'an et jour. Il s'agit de l'article 169 de la Coutume de Rheims : « *peut ledit premier acheteur depuis l'an et jour d'icelle acquisition intenter cas de nouvelleté contre le dit second acheteur qui le voudrait troubler en sa possession, sous ombre qu'il eût été le premier vestu et ensaisiné dudit héritage par lui acquis* ». Si Merlin avait rapproché ce passage de l'art. 128 des coutumes de Vermandois, il aurait vu qu'il n'y avait pas là une exception au principe précédent, mais un cas tout différent. Par la vêtire le second acheteur a acquis la propriété et la possession ; aussi il peut intenter la complainte dans l'an et jour contre le premier acheteur non *vestu* qui le voudrait troubler (Coutumes de Vermandois, art. 128) ; tandis que s'il laisse au contraire le premier acquéreur non *vestu* jouir pendant l'an et jour, il per-

3^o Cas d'une donation non suivie d'investiture.

80. — Nous nous trouverons en présence du même principe si, au lieu du donateur, nous avons affaire à son héritier. Le contrat non suivi d'investiture ne le liera nullement. C'est inutilement, par exemple, que le donateur Crimheri aura livré par contrat (ici *traditio*) ses biens à l'église de Freisingue, et cela devant témoins (*cum veracis testibus confirmavit*), s'il meurt avant d'avoir fait l'investiture (*præoccupato mortis articulo, ante quam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territorio tradito perfecisset*). Le contrat n'est point parfait et son frère Kerhoh pourra demeurer tranquillement en possession du bien. Il faudra que l'évêque l'appelle et lui parle en tête à tête (*in silentium Kerhohium fideliter vocavit et ammonuit, ut ipso inde se legitimum emendasset*), et obtienne à la fin que Kerhoh, de son propre gré, accomplisse l'investiture (1).

dra sa possession et verra, au contraire, la plainte attribuée à celui-ci. Il ne s'agit nullement d'un second acquéreur de mauvaise foi, comme le croient Merlin et Desmases (observations, livre 3, titre 10). L'exemple choisi par eux est donc mauvais. Celui de Cogniaux, avocat au Conseil souverain de Mons, nous paraît meilleur. *Pratique du retrait*, p. 97 : « si le même fief, dit-il, a été vendu à deux diverses personnes, et que le second acheteur ait su, lors de son contrat, que la vente du même fief était déjà faite à un autre, quoique le second en ait été le premier investi... il est certain qu'en ce cas le second acheteur est tenu de remettre le fief acheté au premier. » Nous citons ces cas pour montrer comment furent peu à peu rongés les vrais principes de l'investiture, et non pour notre exposé auquel ils ne se rapportent que de loin.

1. Meichelbeck, *Historia Frising.*, n^o 345, doc. de 816.

Nous retrouvons le même principe dans un document français, que nous empruntons aussi à Heusler (1), et qui montre l'abbesse du monastère de Laon, l'abbesse Salaberga, inquiète sur le sort d'une donation qu'elle n'avait pas achevée, et pour laquelle il n'y avait pas eu, par conséquent, d'investiture, demandant à son frère de bien vouloir accomplir celle-ci.

Doc du VII^e siècle : « ...interea, ut assolet in rerum opulentiâ, discordiam inter propinquos generari. Germanus (Salabergæ) Bodo aliquas villas, quas per chartarum seriem ad ipsum condonaverat cænobium, illicita usurpatione retinebat. Sed comperta germanæ ægritudine, dum illa pro hac re anxia Dominum deprecaretur, summa cum festinatione ad eam venit, moxque chartas invicem roborantes hactenus totum ratum perduxit (2).

Nous pourrions encore citer un document du X^e siècle (3), et un autre du XII^e (1109), (cartulaire de St-Père de Chartres, II, p. 417) (4), nous présentant des ratifications de donation analogues.

C'est ici simplement l'application du vieux principe de l'abrégé des assises de Jérusalem : « *Nul don n'est parfait qui est fait en dit sans être parfait (5)* », principe mentionné expressément dans la Cour des Bourgeois : « *don ne vaut sans saisine de la chose* » (6).

1. *Gewere*, p. 42.

2. Bolland. *Vita Sanctæ Salabergæ*.

3. Cité par Laboulaye, *Recherches sur la condition civile des femmes*.

4. Cité par Flach, *Origines*, I, p. 224.

5. Abrégé des assises, § 194.

6. Assises de la Cour des Bourgeois, ch. 214.

La raison en est donnée par le livre de Jean d'Ibelin : *parce que le don n'aura été que en dit et non en fait* » (1).

L'ancienne coutume de Toulouse (2) nous montre une application intéressante de la même idée.

Noverint, quod usus sive consuetudo est Tholose, quod si homo de corpore facit testamentum, filiis suis vel nepotibus qui sibi in eadem succedant conditione non extantibus, si homo ille habeat bona, potest de mobilibus donare et tradere; si vero non tradat mobilia donata donatorio, et decedat donator ante traditionem, et dominus illius donatoris occupet bona antequam legatarius vel donatorius adeptus fuerit possessionem legatorum vel donatorum auctoritate iudicis, vel traditione facta per donatorem, ut dictum est, prevalet occupatio domini, et præcluditur via petendi donatario vel legatario.

Les coutumes de Reims sont très explicites : *« dons entre viz de héritages ne saisissent pas les donataires des héritages à eulx donnez, mais est requis qu'il y ayt dévest par les donateurs ès mains des justices, et que par icelles justices les donataires en soyent vestuz et saisiz »* (3).

Enfin le grand *Coutumier* (4) de France nous rapporte que la question avait été tranchée dans ce sens à la suite de quelques difficultés.

Nota qu'il a esté tenu en turbe que se aucun homme donne ou vent aucune chose réelle à ung aultre sans soy dessaisir

1. Livre de Jean d'Ibelin, ch. 144.

2. Ancienne coutume de Toulouse, art. 147 et 148, édit. Tardif, p. 73.

3. Coutumes de Rheims, Varin, *Arch. législ.*, I, p. 675.

4. Grand *Coutumier*, p. 297.

par l'usage et coutume de court laye, se celluy qui a vendu ou donné jouist toujours de l'héritage, après sa mort la saisine va à ses hoirs ; mais se celluy, à qui l'on a vendu ou donné, par an et jour appréhende la saisine de fait et jouit par an et jour, en ce cas la saisine ne va pas aux hoirs... pour ce qu'il n'en est pas mort saisi et vestu.

Cette règle était communément adoptée non seulement en France, mais encore dans tous les pays étrangers (1).

1. En Angleterre, Glanville, VII, 1 : *quilibet potest dare quamdam partem sui liberi tenementi loco religioso in eleemosinam, ita quod si donationem illam seisinam fuerit sequuta, perpetuo remanebit illi cui donata fuerit terra. Si vero donationem nulla sequuta fuerit seisinam, nihil post mortem donatoris ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest, quia id intelligitur potius esse nuda promissio quam aliqua vera promissio vel donatio.* Cpr. Britton, livre II, ch. 2 : « ne suffit nul donn sauntz le bayl de la saysine ». En Italie, *Libri feudorum* III^o pro em: *Si vero archiepiscopus investituram ejus feudi quod alius detinebat eo tenore alicui dederit, ut post decessum ejus qui possidet habeat, et ante decesserit quam ille qui feudum possidet, successores non coguntur eam investituram facere vel confirmare... nisi ille qui investituram acceperit nomine ejus feudi in possessionem missus sit... Sed si ille qui feudum possidet prius decesserit quam ille qui investituram fecit, jure cogitur eam ratam habere.* Nous voyons qu'ici, tant que l'investiture n'est pas faite, il n'y a dans la teneur du contrat qu'une obligation personnelle, un *jus ad rem* en faveur de l'acquéreur. Que cet engagement personnel ne lie point les héritiers, cela se comprend facilement dans les idées du temps. Mais la question qui nous intéresse n'est point celle-là ; c'est celle-ci : qu'une donation suivie d'envoi en possession réelle lie véritablement l'héritier, car le *jus in re* est transporté, la propriété est perdue. Dans la Flandre flamande, une donation de biens immeubles ne peut sortir son effet sans que le donateur s'en devête par dessaisine et tradition convenable devant la loi : Alost, rubr. II, art. 1, 2, 3 ; Bruges, rub. 15, art. 1.

C'est le principe des pays de nantissement. Ainsi Rousseau de La Combe rapporte un arrêt du 22 juillet 1743, confirmant une sentence par laquelle le Châtelet « avait déclaré nulle une donation

MM. Heusler et Laband (1) se refusent toutefois à cette conclusion. Ils expliquent le fait que l'héritier n'était point tenu comme une conséquence, non du défaut d'investiture, mais du principe que les engagements de dernière volonté, au sens romain du mot, ne lient pas l'héritier. Il nous semble que c'est là une autre idée. Pourquoi les engagements suivis d'une investiture lient-ils l'héritier? Pourquoi ne produisent-ils pas cet effet quand ils ne sont pas suivis d'investiture?

La réponse à cette question sera la même qu'aux précédentes. C'est parce que l'investiture est la condition nécessaire de l'acquisition de la propriété qu'il n'y a pas, à proprement parler, de transfert de saisine possible sans investiture. Nous ne disons point qu'elle constitue le fondement même de l'acquisition : ce fondement, c'est le

de biens situés dans les coutumes de Senlis et Clermont, faite par le donataire d'avoir pris nantissement ou fait appréhension de fait du vivant du donateur.

Dans le reste de la France on se contentait alors de l'insinuation. L'ancienne règle y prit alors un sens tout spécial : « *donner et retenir ne vaut* ». V. Très ancienne coutume de Bretagne, art. 40 ; Ancienne coutume de Lorris de 1494, ch. XI, art. 16 ; V. la Thaumassière, Coutumes locales du Berry. Sur l'origine de cette règle, v. les importantes remarques de M. Esmein, *Etudes*, p. 31, 44, et un article de M. Desjardins dans la *Revue critique*, Tome XXXIII, 1858.

Une exception au principe que la donation exige un envoi en possession réelle existe dès l'époque franke en faveur de la donation royale. Néostade, dans son recueil d'arrêts du conseil souverain de Hollande, § 15 (cité par Merlin, au mot nantissement), nous rapporte encore que les contrats souscrits par le prince sont par eux-mêmes translatifs de propriété ; « *eo ipso quod princeps vendit, donat, transfert, non requiritur alia traditio* ». Cette exception semble d'origine romaine.

1. *Gewere*, p. 41 à 49 ; Laband, *Critich*, p. 390.

contrat ; mais elle constitue la forme du transfert du droit réel. En d'autres termes, l'on ne peut transporter de droit réel que par une investiture. C'est l'investiture qui donne la légalité, la forme légale de l'acquisition tandis que c'est le contrat qui lui donne sa base. C'est l'investiture qui fait voir le moment de l'acquisition de la saisine. En un mot, pour prendre à Sohm et à Brünner une formule typique, nous dirons : « L'investiture n'est pas le fondement de l'acquisition de la saisine, elle en est seulement la condition sine qua non » (1).

Et comme à cette époque toute différence interne devait se traduire par quelque signe extérieur, tandis que

1. *Auflassung*, p. 97, 99 et ss. C'est à la suite de son étude sur le droit du mariage que Sohm est arrivé à ses conclusions. Dans le mariage il faut distinguer le contrat (le *verlobung*), qui équivaut à la *traditio franka*, et l'acte qui achevait le contrat (*die Traung*), et qui correspondait à l'investiture. Après bien des hésitations Sohm arriva à la conclusion que le *Verlobung* ne créait que des obligations réciproques, tandis que le *Traung* faisait naître la puissance maritale. V. *Traung und Verlobung*, Weimar, 1876, p. 139 et ss., et cpr. son précédent ouvrage *das Recht des Eheschliessung*, Weimar, 1875. Cpr. Brünner, *Jenaer Litt. zeitung*, 1876, p. 500 ; Heusler, *Institutionen*, II, p. 100 ; Schröder, *Lehrbuch*, p. 275 et ss. Nous ajouterons aux documents qu'ils citent une réponse intéressante d'Halitgarius, évêque de Cambrai en 817, à la question de savoir si après les fiançailles (la *traditio*) le mari pouvait épouser une autre femme : « *de conjugali autem velatione requisisti, si desponsatam alii puellam alter in matrimonium possit accipere ; hoc ne fiat modis omnibus inhibemus, quia illa benedictio quam nupturæ sacerdos imponit apud fideles cujusdam sacrilegii instar est, si illa transgressione violetur* ». *Tractatus de vitiis et virtutibus*, ch. XV : Migne, *patrologie*, tome 105. Cette question était posée parce que le droit populaire permettait de considérer la simple promesse comme n'étant pas obligatoire, et Halitgarius invoque, pour combattre l'effet qu'on voulait en tirer, non pas la promesse faite, mais la bénédiction donnée.

l'acte dispositif était conservé dans une *carta*, l'investiture l'était dans une *NOTITIA* (1).

Les exemples cités par Heusler ne démontrent donc pas sa thèse; au contraire ils prouvent, contrairement à son assertion, la grande utilité de l'investiture (2).

Toutefois notons que pour bien comprendre tous ces documents, il faut toujours distinguer soigneusement l'investiture symbolique de l'investiture réelle se passant sur le bien lui-même, comme il faut distinguer ces deux investitures du contrat ou *traditio, sala*. Cette précaution nous permettra de comprendre comment dans un document de 816, nous voyons en même temps qu'une *traditio in altare*, promettre une investiture (3), et la même chose dans

1. V. Brünner, *Carta und notitia*, p. 6, note 8. Mais il ne faut pas, avec lui, en conclure que l'investiture, n'étant mentionnée que par une *notitia*, était sans importance; car les actes les plus importants sont mentionnés uniquement par des *notitiæ* (Sohm, *op. cit.*, p. 97). Nous citerons les jugements en premier lieu (voir de nombreux exemples de ces *notitiæ* dans les Textes de Thév., *notitia de servo*, n° 36; *de oruce evendicata*, n° 39, *werpitionis*, 130, 131, 133, 141, etc.), et l'on ne peut certes pas dire que les jugements soient des actes insignifiants. Si l'on n'a point conservé davantage de *notitiæ investituræ* dans les documents, c'est que la saisine pouvait se prouver autrement que par la *notitia* (Sohm, *op. cit.*, p. 98), tandis que pour le fondement juridique de la prétention il fallait nécessairement recourir à la *carta*; plus tard, une fois l'an et jour passé, il n'y eut guère plus d'utilité à retirer de la preuve de la vêtue.

2. C'est aussi la conclusion de Schröder : « Eigentum und Besitz wurden erst durch die Investitur an Ort und Stelle übertragen, aber der Investiturstakt als solcher war keineswegs der Eigentumstübertragungsakt selbst, sondern nur der unentbehrliche Schlusssakt desselben, die Sale kam... als formell unentbehrlicher Vorakt der Investitur in Betracht, und hatte selbst für sich, ohne die Investitur, gewisse dingliche Wirkungen »: *Lehrbuch*, p. 275.

3. Meichelbeck, n° 395.

un document de 1049 (1); tandis que les *formulae* du ix^e siècle nous montrent au contraire la propriété acquise dès le moment de l'investiture solennelle: « *de nostro jure in jus et dominationem jam dicti monasterii; per hunc chartulam donationis sive per festucam atque andelangum a die presente donamus, tradimus, atque perpetualiter in omnibus transfirmamus* » (2). Dans le premier cas la remise de la charte avait été considérée comme simple preuve de la *traditio*; dans le second, comme symbole d'investiture.

L'importance de l'investiture est du reste attestée par de nombreux textes, qui, au cours de procès, nous montrent les parties invoquant une investiture basée sur un contrat. « *Petrus et Warnetrudes tradiderunt, et habuit ipsa casa dei legitimam vestituram* » (3), « *ipse casalis nobis traditus est et possessus est* » (4). Dans un document cité par Fumagalli (5), le demandeur affirme qu'il doit avoir le bien « *quia parte monasterii exinde vestitus fuit et eum habuit* ».

Par contre, on voit dénier le droit de l'adversaire « *quod... vestitura de ipso monasterio non fuisset* » (6).

Enfin dans un autre document on déclare: « *nec de ipsa curte. B. mano vestita nunquam habuisset...* » (7).

1. Mœser, *Osnab. Gesch.*, II, n^o 21.

2. *Formul. Lindenbrog.*, 18, cité par Schulte, p. 458; Cpr. Heusler, *gewere*, 41, 470.

3. *Vaissette*, I, n^o 88.

4. Troya, n^o 763.

5. Fumagalli, n^o 86.

6. Doc. de 833. Muratori, V, 923.

7. Ces documents sont cités par Heusler, *loc. cit.*, et p. 38 et ss., le dernier par M. Esmein, *Etudes*, p. 18. Voir aussi *Lex Bajuv.*,

Il paraît donc qu'à l'époque franke, le transfert de la propriété, sous forme de saisine datait de l'investiture et non de la *traditio*. — Pour le moyen âge c'est une chose certaine. L'on arriva même, sous l'influence du droit romain, à distinguer nettement le droit de l'acquéreur avant l'investiture, ou *jus ad rem*, du droit de l'acquéreur après l'investiture, du *jus in re*, pour employer la terminologie du temps.

LE JUS AD REM

82. — On décida que, tant que l'investiture n'était pas accomplie, l'acquéreur n'avait que la « saisine vuide », comme le dit Bouteiller (1) : « *saisine vuide n'est de jouyr de la chose sans estre ens de loy, et sans avoir eu escrit ; comme aucun droit à un autre : il me plaist que vous jouysier de ceste maison, et luy en bailleroit les clefs ou l'issue.* » L'acquéreur n'est pas propriétaire ; toutefois il a déjà un *jus ad rem*, un droit de contraindre l'autre à la transmission de la peine, saisine (2).

« *Celui qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par devers lui, et n'en fait vest à l'acheteur, saches qu'il est encore sire de la chose ; mais toutefois il peut être contraint à fere le werp ou adhéritement de la chose* » (3).

« *Une personne ayant donné ou vendu verbalement ses mai-*

XVII, c. 2 : « *mei antecessores tenuerunt et mihi in alodem relinquerunt et vestita est illius manus cui tradidi* ». Cpr. Schulte, p. 460.

1. *Somme rural*, XXII, p. 110, édit. Char. ; *Grand Coutumier*, p. 266.

2. En Allemagne, la possession sans investiture est *recht*. Secretan, *Essai sur la féodalité*, p. 335.

3. Bouteiller, *Somme rural*, ch. LXVII.

sons, fiefs ou héritages est et demeure vraie héritière et propriétaire, jusqu'à ce qu'elle en soit deshéritée, ou que les donataires ou acheteurs y soient tenus et décrétés par voie de fait ou autre appréhension judiciaire », nous répètent les coutumes de la Châtellenie de Lille (1).

L'acquéreur n'a, nous le montrent ces textes, qu'un *jus ad rem* (2), un droit vers la chose. Cette physionomie du *jus ad rem* nous semble avoir été particulièrement bien conservée dans le Hainaut jusqu'à la fin de l'ancien droit.

« Tous droits et actions, quoique pour immeubles et héritages, dit André Boulé (3), ne nous donnent point la faculté d'agir contre l'héritage ou le bien tenu par immeuble, mais seulement à la charge de celui qui a contracté avec nous, comme par exemple, contre celui qui nous l'a vendu et pas encore livré ; c'est-à-dire que tous droits qu'on ne peut pas encore appeler *jus in re*, mais *jus ad rem*, scilicet immobilem, sont pareillement réputés meubles. »

1. Coutume de la Châtellenie de Lille, titre 10, art. 3. On retrouve les mêmes dispositions dans les Coutumes du Cambrésis, titre V, art. 1 ; d'Amiens, art. 137 ; du Boulonnais, art. 115 ; de Ponthieu, art. 111 ; de Péronne, art. 162 ; de Chaulny, art. 32 ; de Logo, ch. 6, art. 11, etc. Une conséquence, tirée par Antoine de Fourcroi de ce principe (voir le commentaire d'Héricourt, sur l'art. 126 des Coutumes de Vermandois), fut que le vendeur peut hypothéquer son fonds, tant que l'acquéreur n'est pas vêtu. A l'époque d'Héricourt ce n'était plus admis.

2. Sur ce *jus ad rem*: v. Heusler *Institutionen*, I, p. 380 et ss. ; Brünnek, *das sogenannt jus ad Rem*, p. 53 ; Lansberg, *die glosse des Accursius*, p. 88 : il fait du *jus ad rem* le droit à l'exécution réelle sur le fondement d'un droit personnel. Cpr. Pertile, IV, p. 234, et note 32.

3. *Institution au droit coutumier du Hainaut*, p. 17, 18. Sur le caractère mobilier du droit engendré par le *jus ad rem*, v. la fin de ce chapitre.

Ce *jus ad rem* donna, comme le montre Britz (1), un titre valide pour exiger la délivrance de la chose par l'obligé, ou pour repousser l'action de celui-ci dans le cas où il aurait voulu évincer; mais ce titre n'engendrait qu'une action personnelle.

Il en résulta que l'on s'en servit pour créer de nouveaux contrats dans lesquels on considéra le *jus ad rem* comme conférant tantôt un droit purement personnel, tantôt une sorte de droit réel inférieur.

En Vermandois, il ne conférait qu'un droit personnel : tels les cas de louage, où l'on ne recourait point au dévestissement. « La raison en est, nous dit Buridan (2), que si le bailleur se dévêtait de l'héritage au profit du preneur, il aliénerait complètement le droit qu'il y avait, comme en vendition, ce qui serait contre la nature du bail » (3).

1. *Institution au droit Belgique*, p. 909.

2. Commentaire des Coutumes de Vermandois, art. 132, v. p. 310. Cpr. Rheims, art. 172. Aussi tous louages de maisons, baux à cens se font de cette manière (Valenciennes, art. 33). Le *jus ad rem* était déjà appliqué de la sorte au xiv^e siècle. On finit par en étendre la portée à la fin de l'ancien droit. Rousseau de Lacombe cite un arrêt du parlement de Paris du 13 août 1763, décidant « que le défaut de vêtue, en Vermandois et autres coutumes qui exigent le vest et devest, ne rend pas nulle et sans effet une vente sous signature privée ». L'acquéreur non en saisine finit, d'une façon générale, par jouir à peu près des mêmes droits que s'il avait rempli les formalités du nantissement. V. note de Dumoulin sur l'art. 119 de la Coutume de Vermandois; cpr. art. 129 et 167 de Rheims, 34 de Chaulny. On exigeait au lieu du nantissement une possession de fait. Cpr. Merlin, au mot nantissement; Britz, *Institut. du droit Belgique*, p. 909.

3. *Style du Châtelet*, m. s. fr., 1076, fol. 127 v^o, cité par M. Viollet, *Hist. du droit civil*, p. 553, note 1.

Dans d'autres endroits nous le voyons employé avec la signification de droit réel inférieur. « *Tel a droit à la chose qui ne l'a pas en la chose, et pour ce dit-on : jus ad rem et jus in rem. Jus ad rem est usufruit, comme douaire, rente et talia; jus in re est avoir la propriété de cette chose* (grand coutumier p. 195) ». Ceci provient d'une époque où l'on ne comprend plus le transfert de propriété à temps, et en même temps d'une fausse compréhension des formalités de l'investiture : influence romaine que l'on remarque surtout en Italie.

C'est qu'en effet le *jus ad rem* n'était pas resté le même dans le droit des fiefs codifié par les pays lombards, que dans le droit des coutumes du Nord (1).

Pour les premiers le symbolisme de l'investiture se rattacha au contrat. Ils finirent même par faire de l'investiture un contrat spécial, une sorte de louage de longue durée.

C'est dans ce sens qu'Anselminus de Orto (2) nous dit : « *investitura debet fieri per lignum vel aliud aliquid, quod in manu habeatur, cum homines in perpetuum terras suas locant aliis; quæ si non fiat prædicto modo, nullius momenti est contractus ipse qui vocatur investitura* » (3).

1. On comprend l'erreur d'Heusler, qui a étendu au droit national de la France et de l'Allemagne le système du droit des fiefs.

2. *Anselminus de Orto*, édit. Jacobi, Weimar, 1884. Cpr. Brunneck, *loc. cit.*, p. 44.

3. Cité par Sohm, *Auflassung*, p. 114. « C'est moins un contrat proprement dit qu'une forme particulière de l'emphytéose, soumise aux mêmes conditions, et n'en différant que par le mode de son établissement. L'emphytéose doit toujours être établie par écrit ; l'investiture est constituée par certaines formalités symboliques » : nous dit M. de Rozière, *Revue historique du droit français et étranger*, 1856, p. 105, 6. Du reste Anselminus de Orto rapproche,

L'*investitura* symbolique devint l'*investitura abusiva*. Le contrat de fief fut une sorte de contrat formaliste, réalisé par le contact de quelque chose de corporel (*baculum vel aliquid corporeum*).

Cette *investitura* ne conféra, comme nous le montre Jacobus de Ravenne, qu'un *jus ad rem* :

« *Certe ego puto etiam per investituram verbalem et baculi porrectionem, quæ abusiva investitura dicitur, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investito dominus præcise cogatur tradere possessionem. Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus jus non habeat in re, habet tamen jus ad rem; nam minus est investituram facere, quam eam possessionis traditione perficere (1)* ».

Pour certains, cette investiture confondue avec le contrat faisait même acquérir au vassal le droit de se mettre en possession de sa propre autorité. Toutefois, les jurisconsultes italiens sont encore hésitants : sous l'influence

comme formant autant de contrats spéciaux, l'emphytéose, le précaire, le libelle et l'*investiture*.

La véritable raison est que ces derniers contrats ne donnaient qu'un droit personnel. M. Rosshirt a très bien aperçu la caractéristique du *jus ad rem*. *Jus in re acquisitur, vel privilegio concesso et possessione immemoriali, vel alienatione et præscriptione*, dit-il ; *jus ad rem, pactis et votis. Manuale latinitalis juris canonici*, 1842, au mot *privatum jus*. Par contre, en Vermandois, le jurisconsulte Buridan invente une possession qui serait donnée par le contrat. L'idée de la saisine y est restée plus forte : « le contrat ne donnant autre chose, sinon une *possession de droit*, et un pouvoir de se mettre en possession de la chose en observant les formalités requises par la loi... et non de s'instruire et s'immiscer de son autorité privée, au mépris de la coutume, sans en avoir, au préalable, demandé la vêtue, laquelle... équivolle à tradition actuelle de la chose ».

1. Sur le mot d'*investitura abusiva*, V. *Libri feudorum*, II, præm.

des idées germaniques, ils hésitent sur la véritable portée de ce *jus ad rem*.

Ces difficultés se révèlent dans les conséquences tirées par les *libri feudorum*. Des feudistes tendaient à accorder à celui qui n'avait qu'une investiture symbolique, une quasi-revendication contre les tiers ; tandis que d'autres ne voyaient dans l'investiture symbolique qu'un contrat purement obligatoire. On finit par s'accorder : le *jus ad rem* permet au vassal de contraindre son seigneur à l'envoi réel en possession, et, de plus, ce *jus ad rem* put s'employer contre un tiers acquéreur de mauvaise foi.

« *Investitura autem facta, omnimodo cogatur dominus investitum in vacuum possessionem mittere* » (1).

La raison de cette déviation de l'investiture, nous la trouvons non pas, comme le pense Huber, dans les rapports personnels existant entre le vassal et son seigneur (lesquels auraient fait refuser au vassal le droit de s'affermir sur le

1. *Libri feudorum*, § 1, 28 § 15, et 8 § 1 ; Heusler, *Institut.*, I, p. 384 ; Brünner, *der sogenannte jus ad rem*. L'emploi le plus curieux du *jus ad rem* fut fait dans l'Église. Dans les cas d'élection, le roi, l'évêque, le prébendaire, le bénéficiaire n'obtiennent par leur élection qu'un *jus ad rem vis-à-vis* de leurs électeurs : les électeurs sont liés et ne peuvent plus faire de nouveaux choix pendant le temps fixé pour la réception de la confirmation. C'est seulement l'envoi en possession réel, c'est-à-dire le couronnement, la confirmation, la collation, qui confèrent le droit réel, le *jus in re*. Mais ce mode de procéder est une adaptation de l'investiture proprement dite, qui continue à être en vigueur pour le temporel. Ainsi jusqu'à la révolution nous voyons en Lorraine les évêques de Metz, de Toul, de Verdun recevoir l'investiture du temporel des mains de l'empereur, et les abbés des mains du seigneur duquel dépendait leur monastère. Quant aux formalités usitées pour la prise de possession, elles restèrent en vigueur jusqu'à la Révolution. V. Bonvalot, *Histoire du droit et institutions de la Lorraine*, p. 347.

bien), mais dans l'influence superficielle du droit romain (1), qui fit mal comprendre les anciens symboles, et dans celle plus profonde de la loi qui veut que, là où une publicité légale du transfert du bien n'est pas organisée, la publicité réelle la remplace, comme étant le seul moyen de faire connaître aux tiers les prétentions au bien. Or dans les pays méridionaux, l'organisation des mesures de publicité fut toujours moins sérieuse que dans le Nord. Il n'est donc pas étonnant que l'investiture symbolique y ait perdu plus rapidement qu'ailleurs sa véritable signification.

Droit de l'acquéreur après l'investiture : le jus in re.

83. — L'effet de la vêtiture est d'opérer le transfert du droit réel, dans le cas où, bien entendu, ce droit

1. On comprend facilement l'innovation des jurisconsultes Lombards. Ils trouvaient dans le Code que : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur* », loi 20, livre 2, titre 3. Ils devaient nécessairement appliquer à l'investiture ce passage du Code. Aussi voyons nous que la glose ajoute : « *nudum appellat omne quod non est traditione subnixum, id quod non habet rei traditionem annexam, licet sit vestitum* ». Avec le livre des fiefs, cette invention du *jus ad rem* pénétra partout. Nous retrouvons l'opposition de l'*investitura abusiva sive verbalis* et de l'*investitura realis sive propria* en Belgique (cpr. Wielant, dans Declercq, titre XLV et XLVI; voir aussi Chustin, vol. VI, *décis.* 3, n° 10, cité par Britz, p. 901); en Allemagne, où la saisine n'est pas acquise « *ante demonstrationem beneficii* » (comme nous le montre l'*auctor vetus*, l § 30). Cpr. Lehn. Sachspieg., 10 § 3; Schwab. spieg., Lehn, 20. 158. Conf. Sohm, *loc. cit.*; Heusler, *gewere*, p. 165; *Institutionen*, I, p. 380; II, 35; Huber, *die Bedeutung*, p. 37.

réel existait dans la main de l'aliénateur : car il ne faut pas oublier que le seigneur ensaisine sauf tous droits. C'est dans cette hypothèse que nous nous plaçons pour ce chapitre. Plus loin nous étudierons, au chapitre de la possession annale, le cas où une personne aurait transmis à un acquéreur, par une vêtue, un droit ne lui appartenant pas.

L'investiture permet donc le transfert du droit réel. C'est la conclusion des derniers travaux effectués sur cette question ; c'était aussi celle de quelques anciens auteurs (1).

Les résultats de l'investiture seront, par suite, ceux du droit réel.

a) Elle permet à l'investi de se mettre d'autorité privée en possession du bien. Il a la saisine, c'est-à-dire la jouissance pleine et entière, celle qu'on peut exercer soi-même.

« Il se peut, dit le grand Coutumier en parlant de l'héritier saisi, de son auctorité ensuisiner sans danger, et autrement il seroit pugny à l'arbitrage de son seigneur (2). »

« Se aucuns ne li empesche saisine, il ne li est pas mestier qu'il en fasse demande, car il peut entrer en la chose dont droit ou coutume li donne la saisine sans parler à seigneur » (3).

1. Renaud de Berne, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, tome II, p. 74. *Contra* Alauzet. Parmi les auteurs récents : Sohm, *Auflassung, passim* ; Huber, *die Bedeutung*, p. 383 et 334. Notre maître, M. Thévenin, a bien voulu nous faire savoir que cette question avait été, de sa part, l'objet d'un travail inédit, et qu'il était arrivé aux mêmes résultats que Sohm.

2. Grand Coutumier, p. 235.

3. Beaumanoir. C'est à peu près la formule du droit grec, l'héritier saisi peut : *εμβατεύειν εις την ουσίαν, βαδίζειν εις τα πατρωα*. Isée, *de Pyrrhê here*, § 62.

La vestiture permet la « mise en tenour ou possession d'un héritage », nous disent les documents messins (1).

Cet effet de l'investiture est particulièrement bien mis en relief dans un document des pays du Nord (2).

Nous y voyons, en 1282, l'évêque Ingram de Kame-rick jurer que, comme commissaire de la cour impériale, il a envoyé le comte Jean d'Avesnes *in corporalem possessionem* de certains biens, que le comte de Flandre se refusait à lui délivrer. Aussi on décide le maintien du comte d'Avesnes en possession : « *Ut dictarum terrarum possessionem quam per juris executionem jam habet liberam et vacuam, amoto quolibet detentore, et specialiter Guidone comite Flandriæ, nancisci valeat.* »

Les expressions qu'emploient les documents italiens cités par Sohm (3) n'ont pas moins de force.

Cpr. Charles Giraud, *Revue de législation* (Wolowski), XVI (1847), p. 105, et Daresto, *Introduction aux plaidoyers de Démosthène*, Paris, 1876, p. XXIX. Cette formule est adoptée généralement en Allemagne. Pour Huber, l'*Auflassung* donne la gewere parce qu'elle place, dit-il, l'acquéreur en état de se mettre en possession du bien et d'en jouir par lui même sans l'aide du vendeur : *Die Bedeutung*, p. 35. *Contra*, Heusler, *gewere*, p. 190, 165; toutefois le savant auteur est revenu sur son opinion dans les *Institutionen*, II, p. 34.

1. Prost, N. R. H., 1880, p. 18. Cpr. pour la Flandre Warnkœnig, R. G., III, p. 79 et ss.

2. Cité par Laband, *Vierteljahr*, p. 406. Cpr. Lacomblet, *Urkundenbuch für die geschichte der Niederrheins* : doc. de 1280 (II, 743), de 1286 (II, 821), de 1303 (III, n° 30). Cités par Laband, *op. cit.*, p. 404 et ss., 407 et ss. En Angleterre, on voit le formulaire de Madox, p. XII, parler de l'investiture symbolique comme d'une délivrance de la pleine saisine. Voir aussi les doc. indiqués par Pollock et Maitland, p. 87 et 88.

3. *Auflassung*, pp. 95, 108. Heusler, pour écarter ces documents,

Licentiam habeatis per hanc chartulam a me in vobis factam introire et preoccupare seu ingredi in rebus, sicut tanquam per legitimam et corporalem traditionem potestative (1).

Tradidi atque confirmavi potestatem ingrediendi, habendi, aut faciendi exinde quam volueris (2).

Donamus et transferimus et de nostro dominio transcribimus in dominium tuum, ut liceat tibi in his omnibus introire et potestatem per hec pagine donationis, tanquam per legitimam et nostram corporalem traditionem, et de nostris manibus in tuis mittimus atque corporaliter tradimus (3).

La propriété est transférée comme saisine. C'est ce qui nous explique comment l'on pourra plus tard, immédiatement après l'investiture symbolique, intenter l'action possessoire (4).

84. — Il n'y avait point sous ce rapport de différence entre la saisine conférée par le seigneur, et la saisine héréditaire qui descend de plein droit sur l'héritier. Nous l'avons déjà vu. « *Et par la vertu d'icelle saisine, sans possession de fait, se peut l'en complaindre en cas de saisine et de nouvelleté ou appleger dedans l'an et jour, pour y avoir esté troublé ou empesché des biens d'icelle succession ou*

voit dans cette investiture le pendant de l'*investitura abusiva* du droit des fiefs : ce serait en réalité une *traditio* à laquelle nous aurions affaire, *traditio* qui aurait dépouillé l'investiture de ses symboles précédents (*gewere*, pp. 4, 290).

1. Brunetti, *Cod. dipl. tosc.*, 1, p. 103.

2. Fumagalli, n° 22.

3. Doc. de 1004, Muratori, 1, 295; cpr. 1, 139.

4. V. Coutumes de Vermandois, art. 128, et de Rheims, art. 169, que nous avons discutées plus haut.

pour partie d'iceux ou pour en avoir esté dessaisi », disent les anciennes coutumes de Poitou (1).

85. — Nous repoussons donc les théories qui prétendent que l'acquéreur acquiert séparément la saisine et la propriété. Nous traiterons ce point plus loin. Nous affirmerons qu'on ne peut avoir de droit réel qu'avec une saisine. Cette dernière est la forme indispensable, dirons-nous, sous laquelle on peut manier juridiquement le droit réel. La simultanéité du transport de la saisine et de la *gewere* nous sera attestée du reste par les sources, qui non seulement emploient fréquemment le mot *saisine* pour le mot *propriété*, mais encore déclarent que la propriété résulte de l'ensaisinement (2).

86. — *b*) Il va de soi que la saisine donnait la propriété dans la forme sous laquelle on concevait celle-ci, c'est-à-dire sous forme de jouissance. Nous écartons la controverse qui s'était élevée à ce sujet entre Heusler et Stobbe. Stobbe (3) prétendait que la saisine donnait un droit aux fruits ; Heusler, que ce n'était pas là l'effet de la saisine, mais celui du droit réel. Nous concilions ces deux aperçus en acceptant, avec Heusler, que le droit de jouissance

1. Cité par Minier, *Revue historique du droit français et étranger* 1856, p. 334 et suiv. Cpr. Beaumanoir, VI, 4 ; Jean d'Ibelin, ch. CLIII, CLIV.

2. *Établissements de Saint-Louis*, livr. II, ch. IV (Viollet, tome II, p. 334). Jean d'Ibelin, ch. LXIX. La même chose en Allemagne : cpr. Albrecht, p. 23 ; Kraut, *Vormundschaft*, II, 528 ; Sohm, *Auflassung*, pp. 96 et ss., 107 et ss. ; Schulte, p. 453.

3. V. Stobbe, *die gewere*, p. 452, et Heusler, *die gewere*, p. 211. Dans notre sens, Gierke à son cours.

est l'objet du droit réel, mais en corrigeant ce point par l'affirmation que le droit réel n'est pas transmissible sans vêtture. Si bien que l'on peut dire, dans un sens formaliste, qu'il ne peut y avoir de transfert de jouissance sans vêtture.

Nous ne voulons pas pousser plus loin la justification de Stobbe ; car, d'un autre côté, il est certain que ce n'est pas à la saisine, mais au droit sur le fonds, qu'est attachée la jouissance des fruits. En d'autres termes, la jouissance est envisagée comme la matière même du droit réel.

Les anciens auteurs ne s'y trompent pas, ils nous répètent que :

« *Saisine du fonds emporte saisine des fruits* » (1).

« *Que le gaaquierres est en veraie sésine et quandra la dable (récolte)* » (2). »

Les anciennes coutumes de Toulouse posent la même règle ; toutefois, elles la rattachent, — à tort, nous le verrons, — à la bonne foi :

« *Illi scilicet qui ab initio bone fidei possessores fuerunt, non tenentur de fructibus ab eis perceptis, sive extant sive sint consumpti, licet de rebus que ab eis petuntur evincantur, nisi a litis contestatione usque ad finem causæ* » (3).

Cet effet spécial de la saisine, correspondant à la façon dont un peuple agricole envisage la propriété, lui res-

1. Anciennes Coutumes de Picardie, ch. IV.

2. *Livres de jost. et de plet*, Rapetti, livre XVII, titre III § 2. Cpr. Beaumanoir, XXII, n° 30 ; XX, § 2 et 3.

3. Ancienne Coutume de Toulouse, art. 145. L'avantage, on le voit, de la notion germanique pure était de donner les fruits, non pas seulement jusqu'à la *litis contestatio*, mais jusqu'à l'issue du procès.

tera à toujours attaché. Même quand la saisine ne procurera plus qu'une protection possessoire, elle continuera à donner la jouissance intérimaire des fruits jusqu'au procès pétitoire.

En résumé, ce n'est que par l'investiture qu'est transporté le droit de propriété sous forme de possession « juridique ». Ce droit, comme le droit réel actuel, permettra d'agir en propriétaire et de se mettre de soi-même en possession ; et cela dès le moment, non du contrat, mais du transfert. « *Quod non facit venditio reconciliat traditio* », nous disent en leur bref langage les assises de Jérusalem (1). C'est seulement à ce moment que la propriété et la possession sont transmises (grand Coutumier, p. 961). L'acquéreur ne peut, nous répète Buridan, se mettre en possession de la chose « *de son autorité privée au mépris de la coutume, sans en avoir au préalable demandé la véture, laquelle, comme dit est, équipolle à la délivrance actuelle de la chose, sans laquelle non seulement la propriété, mais aussi la possession est déniée à l'acquéreur* (2). »

87. — Outre ces effets la saisine procurait, du moins dans le dernier état du droit féodal, un double droit de défense.

c) Elle permettait à celui qui en jouissait de repousser par la force une agression illégitime, et par simple serment une agression judiciaire injuste, dans certains cas. Ce dernier point sera développé dans les chapitres suivants.

1. Cour des Bourgeois, Beugnot, II, p. 34.

2. Buridan, *Comment. sur Cout. de Vermandois*, loc. cit.

88. — *d)* En dehors du transfert de la propriété et de la possession, la vêtue solennelle faisait courir le délai d'an et jour laissé à ceux qui prétendraient un droit sur la chose. « *Vente d'yretage ne fait à tenir comment que saisine et dessaisine en soit faite, jusquez à tant que elle est rapportée par devant le seigneur, et wers et otrois et forjurements fais selon la coutume des lieux, car ainsi le fait on pour les fraudes des proximes oster (1)* ».

Il en résultera que la garantie due par le vendeur ne durera, comme nous le verrons, qu'un an et un jour.

Elle partira du même moment : « *Si seigneur sunt tenu à garantir à lor homes ce qu'il tiennent (2)* ».

« *Promittens (dominus) ei ipsam rem ab omnibus, persona et universitate, legitime defendere, autorizare et defendere (3)* ».

Elle durera un an et un jour : « *Et cist cenz est à payer à feste St-Martin, et c'est agnait lor doit il varantir an et jor à droit de Mez, tant ke lor bans soient courut an pai (4)* ».

Cet usage est très répandu. Un document Bas-Rhénan de 1332 nous parle de « *amovere omnem interciationem et etiam warandizare anno et die* » (5).

1. Anciennes Coutumes de Ponthieu et de Vimeu, III (édit. Marnier, ancien Coutumier de Picardie, p. 114-115). Cpr. Beaumanoir, LII, 25.

2. Beaumanoir, XLVI, 4; cpr. *Abrégé de la cour des bourgeois*, XXII.

3. *Durantis Speculum juris, de feudis*, n° 1. Cité par Esmein, *Cours élémentaire*, p. 197.

4. V. Prost, N. R. H., 1880, p. 302, p. 306 et ss. ; Append., V, XX, XI, XIII, XXX, LX, LXV, LVII, XXXIX, LIV, etc.

5. Cité par Brünner, D. R. G., II, p. 513, note 9. Une application de cette règle est faite par le livre Roisin de Lille, qui défend de se porter garant du serf réclamé par le seigneur dans l'an et jour.

Le livre des anciennes constitutions du Châtelet, art. 149, nous dit aussi que la garantie due par le vendeur et ses plèges ne durait que l'an et jour.

Enfin une charte de la même époque environ (1) nous montre la persistance de l'ancien usage : le vendeur garantit à toujours « *non obstant droit ou coustume de pais disant que qui ait garanti par an et jour est suffisamment garanti* ».

89. — Nous ne voulons pas nous étendre davantage sur les effets de l'ancienne vêtüre, effets somme toute expliqués par le transfert du droit réel. Ainsi elle transportait les risques à l'acheteur ; elle permettait au seigneur de pratiquer la saisie faute de dénombrement sur son vassal, ce qui ne lui était permis que quand il était lui-même saisi (2) ; enfin il pouvait après la vêtüre toucher les droits seigneuriaux tels que les lods et ventes droit de quint (3), droit de saisine, et quelquefois même droits supplémentaires de ban.

De tous ces effets, il n'en persista que quatre lorsque la forme de la saisine eut abandonnée au XIII^e siècle le droit réel, et se présenta comme un élément de la notion possessoire. La vêtüre, ou la possession la remplaçant,

1. Collection Viollet, liasse-Loches.

2. Desmares, *Décis.*, 85 ; Grand Coutumier, p. 273 et ss. ; Loysel, *Inst. Cout.*, IV, titre 3, règle 50. Sur tous ces points v. Glasson, *Histoire du droit et institutions de la France*, IV, p. 312 ; Albrecht, *gewere*, p. 71 et 79 ; Housler, *gewere*, p. 212 et ss., 214 et note 1.

3. Ce n'est pas la vente consentie, mais la vente réalisée qui donne ouverture aux droits de quint pour les fiefs. Cpr. Beaumanoir, XXVII, 7 ; Desmares, *Décis.*, 203.

continua : *a*) à transmettre la saisine sous forme de jouissance (Jostice et Plet, XVII, 36, § 3) ; et le procès possessoire, à agiter la jouissance intérimaire de la chose ; *b*) à former le point de départ de l'an et jour extinctif ; *c*) à permettre la défense légitime contre l'agression (Beu-manoir, XXXII, n° 26) ; *d*) à procurer à celui qui pouvait l'invoquer la position de défendeur (1). Ces effets persis-tèrent, disons-nous, même après que la saisine eut cessé d'être une possession légitime, pour être une simple pos-session *ad interdicta* à la romaine, acquise en dehors de toute vêtture.

Un dernier point nous resterait à éclaircir : la vêtture ne procure-t-elle qu'un droit réel relatif ? Nous ne le croyons pas. Cette idée du droit réel relatif est venue d'une mauvaise interprétation que l'on a faite de la prescription d'an et jour. Si une personne a reçu un bien d'un non-proprétaire et s'est fait investir par le seigneur, elle se présente comme possédant justement vis-à-vis du seigneur et des tiers, mais non vis-à-vis du légitime propriétaire : « *juste possidet et injuste*, dit Brac-ton, *sed tamen secundum diversos respectus : juste quantum ad feoffatorem suum et alios omnes qui jus non habent ; in-juste tantum, quantum ad ipsum qui jus habet* (c'est-à-dire le *verus dominus*) ». Bracton, lib. IV, n° 1, c. 27, § 1 ; cpr. II, 5, 2 ; II, 18, § 2. Cpr. abrégé de la cour des Bour-geois, XL. Cela ne veut pas dire qu'il y ait là un droit

1. Jostice et Plet, XII, 26, § 3. Toutefois ces effets se présentent sous un jour nouveau par le fait même de la séparation de la sai-sine et de la propriété. Cpr. législation du Grand Coutumier, p. 247. Nos chapitres IX et X éclairciront ces points.

réel relatif. Le vendeur n'a cédé que les droits qu'il avait ; l'acheteur ne peut opposer rien d'autre que la saisine telle qu'il l'a reçue. Il le peut contre toute personne. Cette saisine sera inattaquable tant qu'on n'aura point démontré qu'elle était fautive. L'acheteur se trouve dans la situation qu'aurait actuellement un possesseur à juste titre, qui ne pourrait pas encore invoquer la prescription de dix ou vingt ans. Rien de cela ne ressemble à un droit réel relatif.

La vêtue unique forme de transfert de la propriété des biens réels.

90. — Nous avons examiné les formes de la vêtue et ses effets, et nous avons tenté de les analyser. Nous devons maintenant embrasser notre exposition d'un coup d'œil d'ensemble, et chercher à synthétiser en quelque sorte le rôle de la saisine dans le transfert.

Ce rôle est considérable. Plus on examine la vêtue et plus on la compare aux autres modes de transport du bien, plus elle apparaît large et souple, s'agrandit, et paraît englober les autres.

Oui ! l'occupation, la prescription, le jugement, le transfert à cause de mort nous paraissent emprunter à la vêtue et à sa publicité, leur force et leur efficacité.

a) *L'occupation.*

Il nous semble que l'occupation, dans la mesure res-

treinte où elle put avoir lieu à l'origine (1), employa les publications et l'appareil des vêtures (2). Ceci est certain du moins lorsque le prince se chargea d'accorder les terres que partageait auparavant la communauté elle-même. Il fallait saisir la terre suivant l'appareil reçu : « *legibus comprehendere* ».

Dixerunt quod aliqui pagenses eos exinde expellant et tollant nostram vestituram, quam per triginta annos seu amplius vestiti fuimus, et ipsi per nostrum donitum de eremo per nostram datam licentiam retraxerunt (3).

Et habuisset per suam adprisionem, absque ullo socio vel erede et per adictum domni imperatoris (4).

Enfin citons le doc, suivant de 801 : *Tradidit enim comprehansionem illam, quam ipse... in propria hereditate et in communione proximorum suorum proprio labore et ad-*

1. Sur ces points, voir Esmein, *Cours élémentaire* ; Gierke, *Genossenschaftrecht*, I, p. 68, note 28 ; II, p. 146. Voir aussi Heusler, *Institutionen*, II, p. 65 ; Schulte, p. 454. Sur les droits du peuple, voir l'intéressant document du cartulaire de l'abbaye de Saint-Gall, cité par Heusler, n° 398. L'idée que le prince est le propriétaire du royaume vint ensuite ; elle subsista en Angleterre : « The King is Lord of all England. » Pollock et Maitland, *The history of englische Law*. II, p. 80. Elle y dure encore : V. *an Essay on Possession in the common Law*, by Pollock, and Wright, Oxford, 1888.

2. Toutefois quand il s'agissait d'une acquisition originare, opérée à l'aide des *præcepta*, il n'y aurait pas eu de *werpitio* d'après Sohm. Ce point qui reste douteux pourrait s'expliquer par ce fait que la communauté ou le prince n'abandonne pas complètement son droit, procédé qui continua à être en usage dans le droit des fiefs.

3. Vaisselle, I, n° 16.

4. Thévenin, n° 71.

jutorio amicorum suorum legibus comprehendit et stirpavit » (1).

Les cérémonies par lesquelles s'effectuaient la donation, le *donitum*, l'*adictum*, la *comprehensio legibus* étaient celles de la vêtue. Nous avons donc ici un premier mode d'acquisition de la saisine qui, du moins pour les biens sur lesquels la communauté et le prince maintiennent leurs droits, se réduit à la vêtue.

b) *La prescription.*

Arrivons à un second mode : la prescription.

La prescription acquisitive n'existe pas avant la fin du moyen âge. La notion d'acquisition originaire par la prescription n'est pas une notion germanique (2). Il n'existe au début qu'une prescription extinctive, basée non sur le fait de l'appréhension, mais sur la publicité de la prétention au bien : publicité donnée par la vêtue. L'invocation de la prescription extinctive se ramène donc à l'invocation d'une vêtue, indice et affirmation d'un droit préexistant et non contredit, dont il n'est plus permis de rechercher les vices. Ici encore, c'est par la publicité que donne la vêtue qu'est confirmé le transfert du bien. La prescription dispense simplement à l'origine celui qui l'invoque de présenter un garant : la vêtue lui donne l'aspect d'un propriétaire légitime, il lui suffira de jurer son droit. Plus tard on n'exigera plus ce serment (3).

1. Lacomblot, *Urk. B. des Niederrh.*, I, 12 ; Thévenin, *Textes*, n° 64.

2. Pollock et Maitland, II, p. 81.

3. V. notre Chapitre VIII pour ce point et le précédent.

c) *Le jugement.*

Nous dirons la même chose du jugement. Ce n'est pas un mode d'acquisition de la saisine. Le jugement déclare un droit préexistant ; il ne le crée pas. Ce n'est donc pas le jugement qui transférera la saisine, mais l'investiture symbolique qui y est jointe, confirmée par une publicité d'an et jour.

En d'autres termes, il n'y a pas de transfert du droit sans vêtiture, même en jugement. Pourtant cette vêtiture n'est pas le fondement du transfert, mais sa forme. On le voit en particulier dans les jugements par défaut, où il n'est pas permis au juge d'attribuer immédiatement les fruits, la jouissance, c'est-à-dire ce qui constitue la véritable matière de la saisine, au demandeur comparant. Ce dernier est obligé d'attendre un an et un jour (que la prescription extinctive ait fonctionné), pour pouvoir jouir enfin du bien. C'est ce qui se passait dans la *missio in bannum franke* : « *si infra annum non venerit* (le défaillant), *de rebus ejus quæ in bannum missæ sunt rex interrogetur, et quicquid inde judicaverit fiat* (1).

S'il ne vient, l'en mettra son adversaire en saisine, non mis en vraie, mais pour la chose garder (2) ». Ce n'est qu'un an après qu'on aura la « *veroie saisine* » (3). Nous trouvons les mêmes errements en Italie, avec l'investiture *salva que-*

1. Cap. de 803, c. 7. Pertz, I, p. 117.

2. *Jostice et Plet*, XIX, 42 § 2. Cpr. Pierre de Fontaines, XXI, 10, 12 et 19, XXII, 9, et les documents que nous avons cités, p. 18, note 2.

3. Schulto, p. 461.

rela, en Allemagne, en Angleterre, en droit canonique.

Le demandeur prend donc possession, non en vertu du jugement, mais en vertu d'un droit préexistant, proclamé pendant un temps suffisant, et non contredit. Il n'y a pas là un mode spécial d'acquisition de la saisine. De plus ce n'est pas du moment du prononcé du jugement que date la sentence, mais de la *werpitio*, c'est-à-dire des formalités de l'investiture symbolique.

d) *Transfert à cause de mort.*

Ainsi nous n'avons point trouvé jusqu'ici de mode de transfert entre vifs de la saisine indépendant de la vêtue. Le transfert à cause de mort nous offrira-t-il des résultats plus satisfaisants ?

91. — Nous ne le croyons pas, quoique les anciens livres de droit séparent soigneusement la saisine acquise entre vifs de la saisine d'antécédent. En réalité, il n'y a pas transfert de la saisine à l'héritier lors de la mort du défunt, mais simplement continuation de la saisine du *de cuius*. Cette question est importante non seulement au point de vue fiscal, puisqu'elle dispensait l'héritier de payer un droit de transfert, mais encore au point de vue du fond du droit : la prescription d'an et jour courant à partir de la mort du défunt, ou plutôt de la proclamation de cette mort, et l'examen juridique portant sur le titre du défunt et non sur le titre de l'héritier. On voit de suite les conséquences : si l'on examine le titre même du défunt, l'on est conduit à examiner la régularité de son mode d'acquisition : si le père est mort « *saisi et vestus* ».

Il n'y a pas de doute possible : dans le cas de saisine héréditaire il n'y a pas de transfert de possession ; l'on n'examine que la possession du père.

Non seulement cette règle est prouvée par les textes ; mais elle est le fondement même du droit de succession, qui repose sur la copropriété familiale (1). Le père se trouve sur le bien lui-même, qu'il cultive avec ses enfants : tous possèdent, ou plutôt il possède en leur nom. Quand il

1. Il est inutile d'approfondir ici la grosse discussion élevée sur le point de savoir d'où vient la saisine héréditaire.

Les uns prétendent y voir une institution du droit coutumier : Alauzet, p. 88 à 89 ; Thiercelin, p. 80 et ss. ; Beaune, introduction, p. 40 ; et les anciens auteurs : Laurière sur Loysel, tome I, p. 371 (de l'édit. de 1783).

Les autres y voient une institution romaine : Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, IV, p. 113 ; *Histoire du droit civil*, p. 831 ; Cujas, *Comment. in libro XII Pauli ad Ed.*, tome II, col. 178 ; ou au moins une création du Bas-Empire : V. Planiol, *Revue critique*, 1885, p. 437 à 453. Elle viendrait de la *bonorum possessio* : *Institutes de Justinien*, III, 9 § 10.

Les auteurs allemands lui attribuent une origine germane avec Heineccius, *Elementa*, II, X, nos 33, 296, 308, 301. Nous citerons les noms d'Albrecht, Heusler, Laband, Schulte, Gierke, Schröder, Stobbe, Huber, Cosak, etc. En France, Chauffour, *Compte rendu de l'ouvrage de Renault de Berne, Revue de législation et jurisprudence*, 1847, tome II, p. 74 ; Simonot, *La saisine héréditaire*, p. 31 à 61, 73 et ss. ; Glasson, *hist. des Inst. franç.*, VII, p. 483 et ss.

On peut même dire que c'est un usage général et primitif. V. Ernest Dubois, *La saisine héréditaire en droit romain*, N. R. H., 1880, n° 1 ; et en Grèce, v. Caillemet, *Opuscules juridiques, Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes, le crédit foncier*, p. 9 : on y voit que l'héritier légitime était saisi de plein droit. Pour la saisine des héritiers en droit grec, voir aussi Marcel Dubois, N. R. H., 1881, p. 133. Cpr. Daroste, *Observations sur le traité des lois de Théophraste (Revue de législation ancienne et moderne, tome I, p. 290)*, et *Notes sur les plaiuoyers*

meurt, les enfants continuent à posséder comme auparavant. La saisine leur passe avec ses qualités et ses défauts, avec son *quomodo* et sa *qualitas*. C'est sur la façon dont le père a acquis la saisine que portera l'examen possessoire (1).

Præcipe H quod permittat R habere talem saisinam qualem pater suus, vel antecessor suus, habuerit in terra illa die et anno quo obiit, et qui obiit post ultimum augustum vel preultimum. Quod nisi facerit etc... dit le très ancien coutumier de Normandie (2).

Et un document de 1208 nous montre toute la marche de l'examen du juge : *Eustasius Callot infra étate interrogavit saisinam terre patris sui, scilicet de manerio de Rofetot, unde pater ejus fuerat saisitus anno et die quo obiit, quam Ricardus Callot, avunculus ejus, ei disforciebat. Recognitio inde facta fuit per legales homines, et juraverunt quod Robertus Callot, pater ejus, defuerat saisitus in aliquo tempore, sed nesciebant utrum inde fuerat saisitus die qua obiit vel non. Et ideo judicatum est quod qui tenebat teneret et rectum inter eos remaneret* (3).

civils de Démosthène, tome I^{er}, p. 71, 126, 151, et tome II, p. 185. Nous retrouvons la même règle dans les droits les plus éloignés : en droit Hindou, V. *Aperçu historique et analytique du droit Hindou*, par M. Boscheron Desportès. *Revue historique du droit français et étranger*, tome I (1855).

1. « *Der Vater erbet offen son die gewere des gutes mit sament dem gute* ». Sachs. spieg., I, 17 § 1. Cité par Behrend, p. 36 ; pour le droit de Magdebourg, V. Housler, *gewere*, p. 183 à 186 ; sur différentes applications en Allemagne, Italie, Angleterre, Flandre : Cosak, *op. cit.*, p. 71 et 72.

2. Edit. Tardif, ch. LXXIV § 2 ; cpr. § 3.

3. Dolisles, n^o 49.

P. tient une meson qui fut mon père, don mis pères mori seisiz et vestuz, n'a pas un an (1).

On examine toujours si l'auteur est mort « *saisi et vêtu* » (2). C'est donc uniquement le titre du père qui sera invoqué, et le jugement le constatera : « *judicatum est quod inquiratur qualem saisinam dominus Ernandus... res habebat quando obiit de terra visa, et talem habebit heres per inquisitionem factam* (3) ».

Et en outre « *et utrum sit propinquior heres ad habendam escietam illius* (4) ». La raison en est très simple : l'héritier ne doit avoir la saisine que des choses qui doivent lui échoir, *heredes enim saisinam habere non debent que in successionem hereditatis ad eos non debet pervenire* (5).

Ce dernier examen ne signifie pas que l'héritier fasse valoir en réalité un titre. C'est simplement une question préalable : l'héritier invoque son titre d'héritier comme fondement de la légitimité de sa prétention à la chose (6). On en voit un intéressant exemple dans le document suivant de 1236 :

« *Il fut jugié en l'assise de Falone en l'an de grâce 1236, le jor devant la translacion Saint Benoist, que l'entain (arita) qui demandoit brief de novele aschéoite, come li plus prouchiens air, devoit avoir (saisinam de hereditate sororis suæ) contre sa nièce qui estoit sésie de la sesine de l'éritage sa sœur,*

1. Livres de jostice et de plet, livre IV, titre IV § 1.

2. Livre des droiz et commandemens, nos 345 et 496.

3. Dolisles, n° 448 ; cpr. n° 815.

4. Edit. Tardif, Summa de legibus, ch. XCVIII § 1.

5. Summa, ch. XCXIX § 3.

6. Heusler, gewere, p. 379, cpr. 184.

parce que la nièce ne disoit pas que ele fust née de mariage » (1). Les usages d'Orlenois nous indiquent aussi qu'on pourra élever la question de savoir qui a « plus grand droit en la chose », c'est-à-dire qui est le plus proche héritier.

« Et li usages d'Orlenois si est que li mor saisit le vif et que il doit avoir saisine, si autre ne se tret avant, qui ait plus grant droit en la chose que cil (2) ».

Le droit de Jérusalem nous offre la même règle.

1. *Coutume, style et usage au temps de l'échiqu. norm.*, ch. 65, p. 100, édit. Marnier, cité par Heusler, *loc. cit.* Adde *Anciennes coutumes de Picardie*, § XLIII : il s'agit de deux personnes qui réclament le même héritage ; chacune prouvera l'âge de son père et son lignage ; on poursuivra ensuite le procès et l'on nommera des auditeurs.

2. *Établissements de Saint-Louis*, livre II, ch. IV (édit. Viollet, tome II, p. 334 et 337). D'une façon analogue le vassal qui réclamait le fief devait prouver sa qualité de vassal. *Livres de justice et de plet*, p. 255.

Il suffit de prouver qu'on est héritier en rang utile, comme nous le dira plus tard d'Argentré : « *Agenti pro rebus hereditariis, sufficit probare se esse in gradu possidendi, nec necesse habet probare alium non esse propinquiores se* ». Art. 551, *Anc. Cout. de Bretagne*, Gl. 3, n° 6.

Du reste on prenait certaines précautions avant d'accorder la saisine. Ainsi dans les assises des Bourgeois, quand les parents viennent réclamer la saisine du fief devant le vicomte : « *Et il est tenu de monstrer par deuz bons garenz qui fassent garens devant le vesconte et devant les jurés, que celui soit parent dou mort ; et puis dei celui jurer sur sains que il est dreit heir de celui mort, enci li ait Dieu et ces sains qu'il a juré* ». V. ch. CX, CIII.

Outre ces garants et ce serment, il faudra que le prétendant donne de sûretés pour le cas où le droit *heir* reviendrait dans l'an et jour : « *Se aucun de ces avversaires, nous dit à ce sujet l'Abrégé du livre des assises des bourgeois, chap. LVII, ne vient contre ce que celui qui aurait enci requis, la cour doit esgarder que sertesiant tout ce que celui a dit et offert, que il doit avoir la saizine et la teneur dou dit héritage et des autres biens. Et doit doner seurté selonc l'usage d'an et de jour. Et lors le visconte le doit mettre en saisine de l'héritage et des autres biens, lesquels*

L'héritier devra donc prouver que son père est mort saisi et tenant : « *Le fils ou la fille, nous disent les assises de Jérusalem (1), ne demorre en la teneure des dreis de son père ou de sa mère, que de ce quei il muert saisi et tenant come de son dreit, ou de ce quei il ou elle ont été les dereains crestiens saisis et tenant come de leur dret.* »

De ce fait, il résultera que si l'héritier mourait même avant d'avoir saisi le bien, il transporterait la saisine à son propre héritier (2).

Par contre, s'il n'avait point agi dans l'an et jour, il aurait perdu son droit, de même que le défunt aurait perdu le sien s'il avait laissé une prétention s'affirmer contre lui un an et un jour sans la contredire. Plus tard, lorsqu'on introduisit la notion possessoire, il ne perdit plus que la possession (3).

biens doivent être reconneus et par point et par escrit de la Cour, et dire li : « Je vos mes en saisine sauf autruy raizon », selonc l'usage, por ce que il porroit estre que dedens l'an et jour vendroit aucune autre personne plus prochain parent, que celui qui auroit requis ».

On se contente donc de voir si l'hoir est héritier apparent : « *Li plus prochains hoirs apparens demourans après le mort du père, qui le suisinne requiert del hyretage qui a esté ses père, de quoy il est mors saisis, le doit savoir, et quand il l'a, demouré li doit* », disent les anciennes Coutumes de Ponthieu et de Vimeu (xiv^e siècle), édition Marnier.

1. Il doit faire la demande en personne : Jean d'Ibelin, ch. CLXXII.

2. Pour l'Allemagne, Sachs. sp., I, 33. Cpr. Heusler, p. 178, 208 ; *Institution.*, II, p. 562 et s. ; Cosak, *Besitz der Erben*, p. 8 à 89 ; Behrend, p. 31 et 38. Pour l'Angleterre, Pollock et Mailland, II, p. 56.

3. Nous tranchons donc la question de savoir si l'héritier est pleinement investi dès la mort du défunt et ne pourra se soustraire à la succession que par une renonciation expresse, ques-

En résumé, nous l'avons déjà indiqué, c'est sur la saisine du père, et sur son mode d'acquisition, la vêtue, que porte l'examen du juge dans le cas de saisine héréditaire.

92. — La conséquence à tirer de ces diverses constatations est considérable. Il n'y a en réalité qu'un seul mode de transfert de la saisine : la vêtue. Le droit réel ne peut changer de titulaire que sous forme d'un changement de saisine. On en tirera comme conséquence que tout droit qui n'était pas transmis par une vêtue n'était pas véritablement un droit réel. Et puisque, nous l'avons vu, le droit réel ne peut exister que sur le bien réel, nous dirons qu'on ne peut transférer de bien réel que par une vêtue.

94. — Si, partant de cette constatation, nous examinons les anciens contrats, nous ne pouvons qu'être frappés par la fréquence et la diversité des emplois qu'ils font de la vêtue.

tion très discutée dans l'ancien droit et encore à l'époque actuelle. Pour nous, l'héritier étant pleinement investi, il faudra une renonciation expresse : Coutume d'Auvergne, ch. XII, art 54 ; Pasquier, *Inter. des Instit.*, livre II, ch. CVI ; L'opinion contraire est inspirée du droit romain : Coutume de Poitou, 278 ; Coutume de Normandie, 235 ; avec un mélange d'idées composites : Forriéro, sur l'art. 316 de la Coutume de Paris ; Davot sur Loysel, livre II, tome 5, R. 4 ; d'Argentré, sur l'art. 67 de Bretagne ; Lebrun, *Inter. des Instit.*, livre II, ch. CVI ; ces derniers auteurs cités par Delalande, *De la saisine héréditaire*, thèse, 1874, Bordeaux, p. 196-200.

Il y a là une notion qui nous ramène à l'unité du premier droit, et nous pouvons, sans mériter le reproche de nous abandonner trop rapidement à des vues générales, soupçonner fortement que, de même qu'il n'y avait à l'origine qu'une façon plastique de concevoir la puissance juridique sur les personnes et sur les choses, le *mund* ou *gewere*, de même et par suite de ce caractère plastique il n'y avait qu'un seul mode de transfert de cette puissance juridique, la *vestitura*, la vêtture.

On tend de plus en plus à croire que c'est la vente des services de la personne au Dieu de la cité qui constituait le lien des premières communautés (1), et nous croyons que les études entreprises sur ce point fourniraient d'étonnants aperçus. C'est par la vente du service de la lance à la cité que le père germain affranchit le fils, qui devient ainsi « *pars reipublicæ* » (2).

De même, l'affranchissement du serf semble s'être réalisé primitivement par une vente tantôt au Dieu, tantôt

1. Cpr. Huber, *die Bedeutung*, p. 80. On pourrait de la sorte expliquer de nombreux points laissés jusque dans l'ombre. Ainsi le culte national que l'on rencontre chez les peuples de l'antiquité: Jouault, *Transmission des sacra privata*, Thèse 1893, pp. 23, 33; — l'usage de s'emparer des dieux du peuple vaincu, usage général; — et au moyen-âge la formation des associations persistant soit autour d'un saint comme dans les corporations et les communes, soit autour d'une divinité probablement païenne, comme ce fut le cas de beaucoup de guildes. On peut trouver des indications à ce propos dans Flach, *Origines*, II, p. 359 et ss., 376, note 4, 379, note 2. — C'est particulièrement dans les documents religieux qu'il faudrait pousser des recherches à ce sujet.

2. Tacite, XIII.

au saint de la communauté, etc. (1).

Le mariage, lui aussi, était accompli par une vente. Les derniers travaux de Sohm ont rendu notamment ce point indiscutable (2). De même l'adoption (3).

Nous allons plus loin. L'engagement personnel nous paraît avoir été réalisé par une vente, qu'il s'agisse d'un engagement de services guerriers ou non (4), d'un engagement de biens entre vifs (5), ou d'un transfert de biens à titre universel (6), avec ou sans la personne (7).

C'est la vente, enfin, la vêtüre qui, faite suivant différents termes ou différentes conditions, a amené, comme nous l'avons vu, l'éclosion des riches variétés des droits réels. C'est sous la forme de donation et de vêtüre, au moment des solennités qui accompagnent le transfert de

1. Pour le droit Frank, on verra d'utiles indications dans Marcel Fournier, *L'affranchissement en droit germanique*, p. 114, 116, 124. Ceci semble être l'idée de fond des différentes formes d'affranchissement. Cpr. Viollet, p. 298 et ss. Le droit grec nous offre de nombreux exemples de ces ventes pour affranchir. V. Beauchet, *loc. cit.*, II, p. 476 et suiv.

2. Sohm, *das Eheschliessung*, § 160 ; Huber, p. 78 ; cpr. Glasson, III, p. 8 et ss. ; Viollet, p. 403.

3. Huber, *loc. cit.* Cpr. Thévenin, n° 15.

4. Ehrenberg, *Commendatio und huldigung*, et textes cités p. 20 et note 1, 22, 37 et ss. Flach, II, p. 527, note 5.

5. Thévenin, n° 4.

6. On trouvera des indications dans Heusler, *Institutionen*, II, p. 621 et ss.

7. V. l'engagement du serf. dans Thévenin, nos 155, 156, 161, 162, 171 ; pour le débiteur, *ibid.*, n° 7, 12, 28. Cpr. n° 38 et 110. Cpr. textes cités par Schulte, p. 139, notes 1 et 2.

la femme, qu'est constitué le *douaire* (1). Il porte sur les biens dont le mari est saisi en ce moment, et est constitué sous la condition de survie de la femme.

C'est sous la même forme que sont constitués *les autres droits de survie* (2). De même *l'usufruit* (3), introduit sous l'influence romaine comme droit réel amoindri.

C'est par la vêtture que s'opèrent le *gage* (4), *l'échange* (5), *la location et le prêt* (6), *la vente* (7) à perpétuité ou à temps d'un bien noble (8) ou roturier (9).

C'est sur la vêtture du défunt que s'appuie le *baillistre* (10), qui est saisi dans les mêmes conditions qu'un héritier, et devra retransférer la saisine au mineur quand celui-ci sera parvenu à majorité.

Tout cela, au fond, n'est-ce pas le chemin déjà suivi

1. Thévenin, Textes, n° 141 (ix^e siècle), n° 175 (ix^e siècle), n° 179 (x^e siècle). *Très anciens usages d'Amiens*, VI. Grand Coutumier, p. 291.

2. *Coutumier de Picardie*, LXXIII.

3. *Grand Coutumier*, p. 235.

4. *Abrégé de la cour des bourgeois*, ch. 52. *Livre de Justice et de Plet*, II, 10, § 19.

5. *Abrégé*, ch. 41.

6. *Abrégé*, ch. 61. S'il n'y avait pas eu de vêtture, il n'y aurait lieu qu'à une action personnelle : « né à titre de prest et de louage, l'on ne peut acquérir saisine ne soy dire saisi » (*Grand Coutumier*, p. 248).

Pour le complant voir une investitura per carta : Thévenin, n° 77 :

7. *Abrégé*, ch. 42 ; *Cour des bourgeois*, ch. 29 ; *Coutumier d'Artois*, titre XXIII.

8. *Grand Coutumier*, p. 306, 273 ss., 285.

9. *Abrégé*, ch. 43 ; *Grand Coutumier*, p. 264 et ss. ; (pour le Champart, *ibid.* p. 270).

10. Pierre Desfontaines, XIV, § 5 ; T. A. C. de Normandie, LXXXVII ; *Summa de legibus*, CXII, § 4 ; *Coutumier de Picardie*, VII ;

par la vieille *mancipatio* romaine ? Le pouvoir universel sur les personnes et sur les choses, la *gewere*, le *munt*, n'aurait eu qu'un mode de transfert, la *vêtüre*, comme la *manus* romaine semble n'avoir eu qu'un mode de transfert : la *mancipatio* (l'*in jure cessio* n'est qu'un expédient introduit par la suite, de l'avis de tous les auteurs) : Ainsi une vente, une *mancipatio* pour le transfert du fils hors de la famille : l'émanicipation ; une vente pour l'entrée dans la famille : le mariage ; une vente pour l'engagement de la personne (il a lieu *per æs et libram*, Gaius, III, 173-175), pour le transfert du patrimoine (Gaius, II, 102, 105)., etc... Vraiment, la *vêtüre* a suivi l'ancien chemin.

C'est qu'il y a là une nécessité qui découle de la nature des choses. Tant que l'on considère le droit d'une façon concrète et simple, comme une puissance exercée, une possession légitime, on conçoit que le transfert se fasse d'une façon matérielle et sous une forme unique. En faisant varier le terme et la condition, ainsi que l'objet transféré, on arrivait à exprimer tous les droits réels.

Chose curieuse. Ce n'est pas le seul point de rapprochement. De même qu'à Rome la *mancipatio*, qui était le mode de transfert des biens présentant une certaine importance pour un peuple agricole, devint par la suite le signe caractéristique d'une classe de biens, les *res mancipi* ; de même notre droit coutumier vit la *vêtüre* prendre une signification plus formaliste et devenir le critère de la classification des biens réels et personnels : c'est elle

Grand Coutumier, pp. 282, 293, 287, 374. Nous ne parlons pas bien entendu du bail qui ne saisit pas : *Grand Coutumier*, p. 301.

qui, indirectement d'abord, directement ensuite, entraîna la distinction profonde des biens réels et personnels dont nous avons parlé dans notre première partie, distinction sur laquelle se greffait celle des droits réels et personnels.

La vêtture moyen de réalisation des biens

94. — Expliquons-nous. La vêtture, étant avant tout une mesure de publicité, ne pouvait s'appliquer qu'aux biens reconnaissables, aux biens marqués. Quand le progrès économique s'accrut, on ne l'employa plus guère que pour les biens auxquels leur caractère frugifère et perpétuel permettait d'accorder le nom d'héritages, de biens réels, enfin d'immeubles.

Il est resté différentes traces de cette ancienne conception. Ainsi, le très ancien coutumier de Bretagne ne permet l'appropriation d'un *héritage* qu'en recourant à des formalités analogues à la vêtture, aux bannies.

Il est de coustume que nul ne nulle ne peut ne ne doit estre approprié d'autruy héritage par vente ne par achat, si ce n'est par vertu de bannie come dit est au titre des appropriements (1).

De même, la coutume de Cambrésis nous déclare expressément :

« Héritages, tant fiefs que mainfermes, ne se peuvent vaillamment vendre, changer, donner, arrenter, charger..., sinon par en faire et passer devoirs de loi de deshérítance et dessaisi-

1. Très ancien coutumier de Bretagne, édit. Planiol, n° 220.

ne ou rapport solennel par devant les gens de la loi des lieux et seigneuries dont ils sont tenus immédiatement » (1).

Et les chartes générales du Hainaut :

« Personne ne pourra vendre, charger, donner, changer, bailler à rente, ni en autre manière aliéner ses fiefs, que par deshéritance » (2).

Il est facile de comprendre la façon dont se transforma l'idée première.

Les jurisconsultes romanisants déclarèrent que tant que l'ensaisinement n'avait pas eu lieu, le cessionnaire n'avait qu'un *jus ad rem*, qu'une action personnelle, qu'il n'avait l'action réelle contre tous qu'après l'ensaisinement (3). De là à voir dans l'ensaisinement lui-même la FORME MÊME DE LA RÉALISATION du bien, il n'y avait qu'un pas. Il fut franchi rapidement dans les pays de nantissement.

« Tous biens immeubles, soient-ils héritages ou rentes, ne peuvent valablement être aliénés par contrat par-devant notaire et témoins, ni autrement que par devant justice, pour

1. Coutume de Cambrésis, titre V, art. 1.

2. Chartes générales du Hainaut, ch. 94, art. 1.

3. Britz, *Institut. au droit Belgique*, p. 909 ; il cite un document qui rappelle le moment où le transfert non réalisé ne produisait aucun effet. Doc. de juin 1284 : l'Empereur Rodophe condamne l'usage qui s'était introduit à Cambray d'aliéner les immeubles sans le consentement des échevins : *nos volentes malitiis talium obviare et jus suum cuique salvum fore, declaramus, statuimus et ordinamus ut venditiones, alienationes, ingressus et exitus domorum et hereditatum predictarum per dictos scabinos nostros et non alio modo fiant, et quod secus hactenus factæ, vel in posterum faciendæ non valeat, nec alienis per tales venditiones, alienationes, ingressus et exitus, causa sine jus præscriptionis aut aliquod commodum acquiratur ; sed pro infectis penitus habeantur.*

donner titre et action réelle », nous dit la coutume de Liège (1).

Et la coutume d'Artois :

« Pour acquérir droit réel en aucun héritage, soit à titre de don, achat, échange et autre aliénation, il est requis en faire appréhension de fait, en évoquant ceux à qui ce touche, par dessaisine et saisine faite par-devant les hommes et en la cour du seigneur dont tels héritages sont tenus, ou par mise de fait devant la justice du seigneur ou autre souveraine et compétente, tenue et décrétée de droit. Autrement sans appréhension par une mise de fait ou par dessaisine et saisine, nul ne peut valablement ne transmettre ne transporter héritages de son chef en autre personne » (2).

88. — Ainsi, suivant qu'il y avait eu une saisine ou non, le bien était meuble ou immeuble, l'action personnelle ou réelle.

Les amodiations, ou baux à longues années, sont réputées meubles dans le Hainaut, à moins qu'elles n'aient été reconnues ou réalisées (au moyen d'une vêtture) par devoirs de loi.

Sont immeubles les emphytéoses réalisées par devoirs de loi, meubles les autres, dit la coutume de Valenciennes (3); et elle applique la même règle aux rentes hypothéquées sur biens fonds (4).

1. Coutume de Liège, ch. VI, art. 11.

2. Coutumes d'Artois, art. 71.

3. Coutumes de Valenciennes, art. 28. Cpr. Coutumes de Cambrésis, titre 16, art. 6; Cpr. Chartes du Hainaut, ch. 122, art. 8.

4. Valenciennes, art. 57.

Les conséquences à en tirer sont nombreuses. Les biens échus aux époux tomberont ou non dans la communauté, suivant qu'ils n'auront pas été ou auront été réalisés.

« *Propriété achetée ou acquise par le mari ou la femme avant le mariage, lui appartiendra et suivra son côté et ligne, comme chose qui lui est propre... Mais s'il n'était point ensaisiné, elle sera réputée pour conquêt* » (1).

Le douaire, l'usufruit subséquent, les nombreux droits de viage n'existeront comme droits réels que s'il y a eu une réalisation.

« *Il est besoin, disent les Chartes générales du Hainaut (2), de faire deshéritance et payer droit seigneurial pour empiéter ou engendrer droit de viage.* »

De même pour acquérir une partie de propriété par inféodation ou accensement.

« *Dont je te dis généralement, que dons fais sous hîretage, et abous ou assenemens par hommes et par signeur, pour tant que li hîretages soit raportés en main de signeur, pour faire goir del about et del assenement...* » (3).

« *Tous arrentements, baillez par aucuns seigneurs de partie de leurs fiefs, ne sont tenus, ne réputés réalisés, pour contraindre les acheteurs d'icelles seignouries à les entretenir, s'ils*

1. Coutumes de Bergues, Saint-Vinock, Rubr. 17, art. 9, et de Gand, Rubrique 20, art. 14. Dans d'autres coutumes on a en partie oublié l'ancienne rigueur. Ainsi la Coutume de Cambrésis, art. 8, et celle d'Amiens, art. 137, se contentent d'une tradition de fait pour que le bien soit comme réel vis à-vis des époux.

2. Chart. Hainaut, ch. 122, art. 9. Voir aussi Voët sur le Digeste, livre VIII, titre 4, et Coutumes de Cambrésis, titre V, art. 1.

3. Anciennes Coutumes d'Artois, édit. Tardif, XXII § 3.

ne sont amenés à cognoissance, et réalisés, par devant leur Souverain, iceulx seigneurs appelés » (1).

La vêtüre ne joue pas un moindre rôle quand il s'agit de constituer un gage réel (2).

Bouteiller nous renseigne aussi très exactement sur la nécessité d'une vêtüre pour la constitution d'une hypothèque.

« Il y a deux manières d'obligacions (dans la coutume du Hainaut), l'une si est de soy obligier par rapport d'èritaige fait et passé à loy et dont le seigneur en seroit servi ou en fait à son gré : telle forme d'obligacion est exécutoire en Hainaut, si tost qu'on se traist à loy et fait on vendre l'héritage ainsi rapporté à loy » (3).

Les anciens usages d'Artois suivent des errements analogues. Après avoir dit que celui qui a reçu une obligation par chirographe ne pouvait faire vendre l'héritage

1. Coutumes générales du pays et comté d'Artois, art. 43. Ici encore, on voit travailler l'esprit subtil et ingénieux des légistes. On divisa la propriété en deux domaines, l'utile et le direct. Puis on se demanda si l'on devait appliquer la saisine au domaine utile, vulgairement dit propriété. On l'écarta « pour faciliter davantage le commerce ». V. Buridan, sous l'art. 150 de la Coutume de Rheims.

En Hainaut, des distinctions analogues contribuent à affaiblir la vêtüre. Les chartes générales du Hainaut, ch. 45, art. 4, n'exigent plus la vêtüre que pour l'aliénation d'une seigneurie, et non pour celle d'un fief. On finit, dans certaines coutumes, par décider que pour les immeubles fictifs il n'y avait pas besoin de nantissement : ainsi pour les rentes non hypothéquées sur biens fonds, les avancements d'hoirie, les donations par contrat de mariage, le partage des cohéritiers.

2. Beaumanoir, ch. II, n° 23; ch. XXXII, n° 30; ch. XXXIV, n° 13; XLI, n° 18 et 21.

3. *Somme rural*, de Bouteiller, édit. de 1486, f° 39, col. 1. Cité

assigné sans l'assentiment « *du reateur* » :

« *Et tout l'eust il obligiet, si que dist est, et jours eskeus de la dete, mais que saisis ne fust de signeur, vendu le poroit et faire se volenté, mais que ce fust par le signeur et par les hommes, qui l'éritage ont adjudier* » (1).

« *L'hypothèque est créée du jour du nantissement ou exécution d'icelle* », disent aussi les coutumes de Rheims (2).

C'est là une règle générale, et elle nous explique fort bien pourquoi en ces pays du moins l'hypothèque ne peut porter sur des meubles : c'est parce que le bien, une fois réalisé, devient immeuble.

Dans la plupart de nos coutumes, dit Laurière, il n'y a point d'hypothèque de meubles par la volonté des parties; mais afin qu'ils soient obligés, il faut qu'il y ait nantissement ou réalisation » (3).

par Esmein, *Etudes*, p. 191. Cpr. *Somme rural*, I, 25, édit. Charondas, p. 138.

1. Anciens usages d'Artois, titre XXII, art. 2, (cpr. art. 1). Edit. Tardif. Cpr. Coutumes des pays de Vermandois (Edit. Beautemps-Beaupré, n^{os} 77, 78, 79).

2. Coutumes de Rheims, art. 180.

3. Laurière, sur l'art. 170 de la Coutume de Paris. L'idée que le bien banni ou réalisé devient immeuble nous explique donc facilement la règle que les meubles n'ont pas suite par hypothèque, et certains embarras de la doctrine vis-à-vis des meubles. Ainsi d'Argentré se demande si l'on peut bannir les meubles (Note sur l'art. 265 de la Coutume de Bretagne). Dans le reste de la France on cessa de manifester les mêmes exigences au point de vue de l'hypothèque, de l'*obligatio realis*. Voir un document dans le *livre des droits et commandements d'office de justice*, n^o 757, tome II, p. 190 (cité par Esmein, *Etudes*, p. 194). Mais l'exigence primitive du nantissement persista en Flandre, Artois, Hainaut, Vermandois, Angoumois, Chastellenie de Lille, Cambrésis, Liège, Namur, Tournai.

La règle fut conservée en Hainaut jusqu'à la fin de l'ancien droit. Elle est posée par André Boulé (1) :

« De tout ce que je viens de dire, par les deux règles ci-dessus, savoir : que toutes actions pour choses mobilières sont mobilières, et que celles que nous avons pour les immeubles sont aussi meubles, si elles ne nous donnent jus in re, ce qui ne se peut acquérir dans ces provinces que par les œuvres de loi que nous appelons deshérédence et adhérence, il s'ensuit a contrario sensu, que les droits que nous acquérons par ces voies-là sont véritablement des droits réels et immobiliers. »

On comprend maintenant le chemin suivi par la saisine, et comment nous avons raison de dire que l'on ne pouvait comprendre la saisine sans avoir pénétré l'exacte division des biens réels et personnels. La marche de l'idée à la forme, et de la forme à l'idée, que suit constamment l'intelligence dans son *processus*, se retrouve d'une façon frappante dans le développement de la saisine et du transfert du bien. La pensée que le transfert de la marque apparente suffit pour le transfert du bien réel finit par se déformer. On arriva à croire que ce n'était pas parce que le bien était réel qu'on usait d'une vêtue pour le transmettre; mais qu'il était réel parce qu'il avait été transmis par une vè-

Luxembourg, Brabant et Hollande. Cpr. Merlin, au mot nantissement. L'édit de contrôle de Henri III, de 1581, faisait dépendre l'acquisition du droit d'hypothèque ou réalité de l'enregistrement dans les deux mois. Cet édit, rapporté en 1588, fut rétabli en 1693. Enfin l'édit de 1771, art. 35, abolit l'usage des saisines et nantissement pour acquérir hypothèque. Sur ces points voir Esmein, *Etudes*, p. 177 à 201.

1. *Institut. au droit coutumier du Hainaut*, p. 20.

ture ; que c'était celle-ci qui produisait le caractère immobilier du bien, qui le réalisait : en un mot, la vêtue devint rapidement une forme vide, une sorte de machine à faire des droits réels.

C'est l'opinion du grand Merlin :

« Le nantissement, dit-il, était dans presque toutes nos coutumes une voie indispensable pour acquérir des droits réels sur les biens dont on était acheteur, donataire, passeur d'hypothèque, etc. ; mais par la suite l'usage en a été restreint à la Picardie, Vermandois, Belgique, etc. »

L'on ne saurait trop souligner cette notion si l'on veut comprendre la théorie actuelle du meuble et de l'immeuble. Puisque la vêtue est un moyen de faire des biens réels, de faire légalement des immeubles, pourquoi ne la ferait-on pas fonctionner uniquement là où le droit romain avait reconnu des immeubles ? Pourquoi ne déciderait-on pas qu'elle servirait surtout pour les biens immobiles ? La révolution que le bien mobile commercial tentait contre le bien immobile agricole et féodal avait dans ses mains un excellent instrument.

95. — Si nous revenons aux théories multiples qui ont eu lieu au sujet de la saisine, il nous semble qu'une clarté se fait sur beaucoup d'entre elles. S'il faut absolument une vêtue pour transférer un droit réel, ne s'explique-t-on pas la théorie d'Albrecht, que la saisine est le fondement des droits réels ? Certes l'aspect que la saisine avait pris, dès le XIII^e siècle, dans les pays de nantissement pouvait, en quelque sorte, prêter à une telle théorie. Le

défaut d'Albrecht est donc d'avoir pris la puissance formaliste de la saisine, puissance qu'elle n'obtint que peu à peu, pour une notion originaire, et d'avoir cru que le droit réel était en germe dès lors qu'il y avait une saisine.

Pour son école, la saisine était le fondement du droit du tuteur, de la donataire, du gagiste, du mari (1). On allait répétant en France, après Klimrath, « que la saisine était, à elle seule, le *principe* d'un droit réel qui ne pouvait céder que devant un titre supérieur, la saisine par an et jour, laquelle, appuyée sur un titre quelconque, conférait un droit définitif » (2); « qu'elle conférait des droits distincts de la propriété » (3).

Il y a là une grave erreur.

Jamais la saisine n'a été le principe d'un droit réel; elle n'en est que la forme, comme la vêtue n'est que la forme sous laquelle se transfère le droit. Ce qui le prouve péremptoirement, c'est que les coutumiers anciens montrent que le seigneur ensaisinait toujours « *sauf tous droits* », « *sauf autrui raison* », comme le rapportent les assises de Jérusalem (4).

1. Agricola, *die gewere zu rechtes Vormundschaft als princip des sachsischen ehelichen Gültterrechtes*, Gotha, 1869. Pourtant l'idée est exacte à la fin du moyen-âge; l'investiture est alors: *die juristische Form für das Recht des Mannes bilde seine Gewere, an Frauengut...* » (p. 12). *Contra*, Heusler, *gewere*, p. 152.

2. Thiercelin, *loc. cit.*, p. 85. La même erreur se trouve dans M. Prost, N. R. H., 1880, p. 5.

3. Prost, *loc. cit.* Toutefois M. Prost éprouve de graves hésitations en présence d'innombrables textes lui affirmant que la propriété absolue est transférée, mention se trouvant dans les actes mêmes d'acquêt ou de vente, ou à l'occasion de la vêtue: p. 59.

4. Abrégé du livre des assises des Bourgeois, ch. LVII: « *habeat*

Le droit transféré, c'est le droit réel de l'auteur : seulement il ne peut être transféré que s'il y a eu une vèture ou une appropriation (1).

La saisine n'est pas non plus une simple expression vague et générale, sans grande portée juridique (en dehors de prétendus cas possessoires), ainsi que la conçoit Heusler.

« Le moyen âge, dit-il, considère tous les droits réels réunis comme compris dans les droits exprimés par une gewere sur le bien. C'est ainsi que nous pouvons nommer la gewere, ajoute-t-il, comme étant le fondement du droit des choses allemand : non dans la pensée d'Albrecht que la gewere, et elle seule, crée le droit réel ; mais dans

saisinam... salvo jure alieno ». Olim, I, n° 19, p. 163 ; n° 13, p. 495. Grand Coutumier, p. 265. *Coutumier d'Artois*, XXV, 41. On retrouve encore les mêmes expressions dans les Coutumes d'Artois, de Lille, de Valenciennes, de Mons, de Namur ; dans les chartes du Hainaut, etc.

1. Nous ne saurions suivre l'opinion de M. Planiol (N. R. H., 1890, pp. 433 et ss.), qui prétend trouver une différence de principe entre les appropriations par bannies et les adhéritances des pays du Nord (p. 433), sur le motif que dans ces derniers pays le seigneur ensaisine « *sauf tous droits* ». Nous prétendons qu'en Bretagne c'était exactement la même chose : on approprie sauf tous droits. Seulement, comme la publicité est mieux organisée, la plupart du temps il est inutile d'attendre l'an et jour, puisque les précédents acquéreurs ont déjà purgé. Nous croyons, par conséquent, que l'idée de M. Planiol, à savoir que l'appropriement conférait à l'acheteur plus de droit que n'en avait le vendeur, car il le rendrait propriétaire alors que celui-ci ne l'était pas, est peu exacte. Ce n'est pas l'appropriement seul qui éteint les droits des tiers, et consolide par cela même le droit de l'acquéreur : c'est l'an et jour, réalisé soit dans la personne de l'acquéreur, soit dans celle de son auteur, an et jour joint à la publicité des bannies.

le sens que tout droit, historiquement et dogmatiquement, a été construit sur l'expression de gewere (1). »

L'étude que nous avons faite de la force translative de la saisine nous mène à d'autres conclusions. Nous ne nous contentons pas de dire, avec le savant jurisconsulte allemand, que le droit des choses est « le droit se réalisant dans une gewere » (2), ou, en d'autres termes, que la saisine est la forme, l'apparence du droit réel, le corps qui permet à cette âme d'entrer dans le monde du droit. Mais nous allons plus loin, et nous considérons la vêtue ou ensaisinement comme LA SEULE FORME SOUS LAQUELLE PUISSE SE TRANSMETTRE LE DROIT RÉEL; et nous déclarons que, de même que tout droit réel ne se comprend que comme une saisine transférée pour un temps plus ou moins long, de même le transfert du droit réel ne s'opère que sous la forme d'une vêtue. Oui : à ce que dit Plank dans son récent ouvrage, « tous les droits réels s'exercent en forme de gewere » (3), il faut ajouter « et se transmettent sous forme de gewere ou saisine ».

L'on conçoit l'importance des développements que nous venons de donner pour déterminer et la nature et le transfert de l'action possessoire ? Si l'action possessoire est restée attachée à l'investiture réelle et symbolique, c'est qu'elle défend au fond la vieille façon de concevoir la propriété : la possession basée sur un juste titre, sur une vêtue ; la possession légitime transférée avec le droit

1. *Institutionen*, II, p. 45.

2. *Institutionen*, II, p. 47.

3. *Die deutsche gerichtsverfahren im Mittel.*, I, 68.

dont elle est l'apparence. Et non seulement la possession protégée par l'action possessoire reproduit l'ancien usage du droit, mais elle se transfère par les mêmes moyens qui permettaient autrefois le droit. Il nous faudra donc abandonner, pour la possession protégée par la complainte, les théories qui négligent l'origine historique et son influence profonde sur notre action, pour accorder une autorité inexplicable et inexpiquée au fait de la possession, au respect de la volonté, à la procédure ect., comme l'a fait pour le droit romain, par exemple, l'école allemande.

Mais la forme plastique du droit réel, la saisine, n'est pas indispensable seulement pour le transfert de ce droit.

Il faut pousser plus loin, et déclarer que la saisine seule permet de défendre au procès, où elle se présente, ainsi que le fait remarquer Heusler, « comme une légitimation formaliste » (1). Cette étude de la saisine, comme enveloppe protectrice, en quelque sorte comme armure du droit réel, fera l'objet de notre troisième partie, sur la protection de la saisine.

1. *Die Bedeutung der gewere*, p. 49.

CHAPITRE VII

PROTECTION DE LA SAISINE

90. Préambule. — 91. Plan du chapitre. — 92. Evolution de l'importance des preuves dans la revendication. — 93. La menée de traces et la marque. — 94. L'*intertiatio* et la reconnaissance de l'objet. — 95. Dédoubllement de l'enquête. Importance de la « vue et montrée » pour le possessoire. — 96. Caractère réel de l'*intertiatio*. Réfutation des doctrines opposées. — 97. Caractère réel de la revendication subséquente. — 98. Preuves invoquées par les parties : garantie, succession, prescription. — 99. Présentation d'une charte, — 100. Serment et duel judiciaire. — 101. La saisine n'est pas le fondement des droits réels. — 102. Rôle de la saisine dans la preuve. — 103. Inexistence d'un procès possessoire à l'époque franke et dans le haut moyen âge. — 104. a) Dans le cas d'expulsion. — 105. b) Dans le cas de possession douteuse. — c) 106. Dans le cas de bornage. — 107. Véritable fonction de la saisine dans le procès. Elle est la forme du droit. — 108. On ne peut invoquer une saisine sans *corpus*. — 109. On ne peut invoquer une saisine sans *animus*. — 110. Résultats de cette apparence concrète du droit sur la présentation de celui-ci. — 111. Evolution vers le droit abstrait, et nouvelle formule. — 112. Conservation de l'ancienne conception dans le procès possessoire.

90. — La saisine n'est pas seulement l'aspect visible du droit, le moyen par lequel on perçoit son existence et l'on exécute son transfert : c'est plus, c'est la forme aussi sous laquelle il est défendu et recouvré. Un droit n'est susceptible d'être invoqué en justice que sous forme de saisine.

C'est là le point qu'il nous faut faire ressortir dans nos

deux chapitres sur la protection et la perte de la saisine. Le terrain d'études est du reste favorable. Nulle part, en effet, la véritable nature et la véritable portée d'un fait juridique ne se révèlent davantage que dans la procédure. Au moment où le droit est attaqué, il se met en quelque sorte en défense et fait saillir ses parties les plus résistantes. C'est alors qu'il faut l'étudier et lui demander le secret de sa puissance.

Nous retrouverons ici la vieille idée de la publicité et du droit objectif. Nous verrons, ici encore, que c'est cette idée qui nous fait comprendre pourquoi la saisine n'est pas envisagée comme un simple fait, mais comme manifestation d'un droit.

Nous retrouverons aussi le mouvement que nous avons signalé : le passage de la publicité de fait à la publicité légale, et réciproquement. En effet, suivant les époques, on a insisté davantage sur l'affirmation du droit qui résultait de la jouissance, ou sur celle provenant du juste titre : sur le *corpus* objectif ou sur l'*animus* objectif. Tout cela repassera devant nos yeux, et aussi l'idée que la saisine ne porte que sur des héritages, et que ces héritages pouvaient être et étaient souvent des biens mobiles. Il nous faut même commencer par ce point, en renvoyant à ce que nous avons déjà dit sur les biens réels, seuls susceptibles de revendication directe, et les biens personnels, qu'on ne peut revendiquer d'abord qu'avec la personne, ensuite par la personne (1).

Cette extension de l'objet du droit est importante à

1. V. *suprà*, p. 69 et suiv.

rappeler. En effet, si les premières revendications mobilières que nous trouvons à l'époque franke sont des actions réelles, alors nous pouvons y chercher des éclaircissements sur la genèse et l'allure générale du procès réel. Peut-être, en les interrogeant, pourrons-nous répondre, d'une part, aux théories qui nous affirment, avec Albrecht, que toutes les revendications de l'ancien droit sont *fondées* sur la saisine ; d'autre part, à celles qui cherchent à voir dans la saisine l'objet d'une protection possessoire spéciale.

91. — Nous allons examiner dans ce premier chapitre :

1° Si le procès présente réellement un caractère réel et pétitoire, et les preuves une apparence plastique : *a)* Dans les revendications primitives ; *b)* Dans les revendications ultérieures.

2° Nous examinerons ensuite la construction théorique de la preuve, le rôle que joue la saisine. L'examen de cette dernière n'amenait-il pas, dans certains, cas une sorte de possessoire dès l'époque franke ?

Nous aurons de la sorte vu si la saisine est réellement le fondement des droits réels, d'un côté, et, de l'autre, si elle est une notion analogue à la possession romaine.

3° Nous examinerons enfin le véritable rôle de la saisine dans le procès : est-elle, comme nous l'avons prétendu, l'apparence nécessaire que doit revêtir le droit pour être susceptible de protection juridique ?

Caractère réel et plastique de la poursuite dans les premières revendications.

92. — Nous trouvons dans les textes différentes éta-

pes de la revendication, marquées par une façon différente d'engager le procès, et par une importance différente accordée aux preuves plastiques. Dans la première, la procédure est dirigée par la partie : c'est la « menée de traces ». La seconde offre déjà des signes d'un pouvoir central plus fort : c'est l'*intertiatio* ou *anefang*. La troisième, enfin, connue sous le nom de revendication immobilière, est dirigée par le juge, dont on sent la puissance accrue. Ces trois procédures offrent entre elles de nombreuses similitudes ; on peut même dire qu'il n'y a là qu'un procès engagé de façon différente conformément à la nature du bien, ou à la rareté des assises, enfin à l'état économique et social.

Si nous examinons successivement ces différentes phases de la revendication, ce n'est donc pas parce qu'elles présentent des différences essentielles, mais parce que la portée des moyens de preuves n'est plus la même dans tous ces procès : l'accent n'est plus mis sur le même point. Dans le premier état du procès, la marque matérielle du bien joue un rôle décisif ; dans le second, nous voyons cette marque se transposer et se modifier dans les notices et les chartes, les diplômes, les titres écrits ; enfin dans le terrier, le livre du seigneur.

C'est là l'évolution générale. En même temps les moyens de contrôle et de vérification varient. L'ordalie, le témoignage oral, le témoignage écrit, suivant l'état de la civilisation, occupent successivement la première place.

Il est bien entendu que nous ne donnons qu'une idée d'ensemble, et n'avons point l'intention de couper les éta-

pes de la revendication en tranches logiques. La marque, l'aspect du bien conservera toujours une importance, ainsi que les attestations des cojureurs et des témoins. Même avec le livre foncier, la charte ne disparaîtra jamais. Au contraire, tout cela s'ajoute, se superpose, le procès s'alourdit de plus en plus, et les preuves plastiques anciennes diminuent de valeur. Ce mouvement de la revendication vers les preuves écrites, cachées, difficiles à vérifier, nous fera en quelque sorte pressentir qu'à un moment donné, avec un juge plus habile, les anciens examens sur le droit apparent passeront à un rang secondaire, et que le procès possessoire naîtra.

Voyons d'abord la menée de traces, qui nous semble la première forme de la revendication.

La menée de traces.

93. — Celui à qui l'on avait enlevé un esclave ou un quadrupède (1) pouvait, en suivant les traces de l'animal et du voleur dans de certaines conditions, récupérer sa chose s'il la retrouvait avant le délai de trois jours. Dans ce cas, il semble qu'à l'origine le détenteur ait été exécuté

1. M. Hermann applique surtout cette action aux quadrupèdes, et cela se comprend à une époque où ces animaux formaient la principale richesse du Germain. Contra, Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 197 ; il objecte qu'on pourrait avoir enlevé autre chose qu'un quadrupède ; dans ce cas on suivait les traces du voleur. C'est possible. Dans les deux opinions l'action conserve son caractère réel.

de suite (1). Plus tard, on permit à ce dernier d'invoquer un garant. L'ancien procès se doubla d'un nouveau (2).

Le point qu'il faut souligner, dans cette procédure primitive, est le rôle décisif qu'y jouaient les marques et signes apparents des maisons, des vêtements, des troupeaux, etc. Ce caractère était resté dans l'ombre jusqu'à ces derniers temps. Mais les travaux de M. Hermann ayant permis de retrouver dans le *filtort*, dont parle la loi salique, précisément l'équivalent de la marque, tout le procès s'est éclairé d'un jour nouveau.

Dans le cas de menée de traces, le poursuivant, tout en allant, indiquait à l'officier royal, qui l'accompagnait (3),

1. C'est ce qui nous semble ressortir de textes comme ceux de Raoul Glaber, où l'on voit exécuter de suite un pauvre homme trouvé en possession de l'objet volé. *Glaber*, lib. III, cap. VI, cité par M. Jobbé-Duval, *op. cit.* (édit. séparée, p. 27).

2. Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 198.

3. Il est vrai que la plupart des auteurs (Sohm, Heusler, Jobbé-Duval, Thévenin, Poincaré) ne croient pas à l'existence d'une police royale à cette époque. Mais M. Hermann nous soutient avec vraisemblance l'opinion contraire (*op. cit.*, p. 32 à 47) : « die Spurfolge der Lex Salica ist eine amtliche Action welche nur unter Zuziehung eines königlichen Beamten vorgenommen werden konnte (p. 35). » C'est ce fonctionnaire qui aurait suivi les traces de la bête perdue, depuis la clôture brisée jusqu'au lieu du recel. On comprend, avec cette garantie du fonctionnaire royal et le court délai laissé à la menée des traces, le traitement rigoureux appliqué à celui qui était trouvé possesseur dans ce court délai, et ne pouvait invoquer un garant. M. Hermann retrouve même des traces de cette façon de procéder en droit Anglo-Saxon, et cela ne l'étonne pas, car elle découle de la nature des choses (p. 42). En effet l'examen des formalités et des conditions, de l'action, l'identification de la trace que l'on suit, l'examen du garant offert, du point de savoir si le détenteur doit rendre ou non de suite la chose, suppose qu'une auto-

les marques distinctives qu'avait la bête en sa possession.

« *Qui rem furtivam requirit, quid quærat judici occulte debet exponere, ut ostendat per manifesta signa quid perdidit, ne veritas ignoretur, si non evidentia signa demonstraverit.* »
Antiqua Lex Wisigoth., VII, 2, 1.

Et cette indication se faisait à haute voix, « *occulte* », pour que les témoins accompagnant le poursuivant pussent la contredire ou la confirmer.

De plus les marques indiquées devaient être vérifiables ; le signe est un *probabile signum*, comme l'indique la loi Ripuaire (72, 9), qui parle ailleurs de « *probabiliter ostendere* » (33, 2), ce qui implique un bien réel.

Ainsi l'on n'aurait pas eu affaire à cette procédure purement formaliste de Sohm, que combat avec raison M. Thévenin (1), et dont M. Hermann dit qu'elle est « *eine praktische völlig undurchführbare Phantäsie* » ; mais à une vérification de fait très admissible de la marque du bien, du filtort (2) : preuve encore employée dans les pays de grands pâturages de l'Amérique.

rité plus élevée se tient au-dessus des parties. Contra, Van Bemelen, *loc. cit.*, p. 198.

1. Thévenin, *Contribution à l'étude du droit germanique*, N. R. H., 1879, p. 327 et ss. ; cpr. Hermann, p. 46.

2. On a beaucoup erré au sujet du Filtort. Grimm (Vorrede, p. VIII), et en France MM. Jobbé-Duval, p. 44, et Poincaré, p. 39, en donnent une étymologie spéciale : filtort viendrait de *flo tortus*. Scherrer (Lex Salica, p. 271) voit dans le mot *Fultort, Feltord*, les deux racines *feld* et *ort* ; ce dernier mot viendrait de l'ancienne forme *ôt*, en vieux saxon *ôd*, être ; *filtort* signifierait la même chose que *ôdel*, c'est-à-dire l'héritage. Hermann (p. 48 et ss.) accepte bien la séparation de Scherrer, mais diffère sur le sens à donner aux mots : *Felt, feld* signifierait le libre, le vide, le pays pâturé, et *ort*, le

Tout ce système est brièvement visé par la loi Ripuaire (72, 9) : *vestimenta quæ absque probabile signum intertiare prohibemus*. Sans signe réel, sans signe reconnaissable, il n'y a pas de revendication possible (1).

C'est là le procès primitif. Il semblerait même, avons-nous dit, que tout au début l'on n'ait pas poussé plus loin. Les voisins du volé connaissaient sa marque et ses bestiaux. Il n'y avait guère besoin d'autre examen : on devait lyncher de suite le coupable.

Tout le mécanisme du procès était simplifié à l'extrême. Il s'agissait simplement : 1° De donner au juge les indices de la propriété, la marque, etc., ainsi que les différents renseignements qui permettront de contrôler ces affirmations du poursuivant ;

lieu ; Feltort désignerait donc une partie du pâturage commun. Il cite : Lex Sal., 47 (Behrend, p. 62, n° I, au titre 47), *De fittortis qui lege salica vivunt. De fittortus qui legem salicam viverit. De fittortis qui regi salica vivunt*. Il s'agit des biens qui sont régis par la coutume de la loi salique parce qu'ils appartiennent aux Francs Saliens. Plus tard le nom de Filtort fut transporté à la *marque de propriété*, parce que c'étaient précédemment les pâturages communs qui rendaient l'emploi des marques nécessaire. On conçoit que chez les Germains, la principale richesse consistant en troupeaux (Tacite, ch. V), la marque ait pris une importance énorme. C'est dans le sens de marque qu'on trouve employé le mot *fittort* dans le préliminaire de la Lex Salica emendata : « *De fittortis, hoc est qualiter homines furatus intertiare debeat* ». Voir aussi Loi Salique, *De rebus in alode patris* : Behrend, Lex Sal., Capit II. Salic. : « *si hoc non fecerit, ille qui eas (eam) intertiavit suo fittorto, sic postea quod lea inter docuit, apud quem eas invenit, solidos 35 culpabilis iudicetur* ». Selon Hermann (p. 50), le sens de ces mots, perdu dans la suite serait, que celui qui, après avoir entiercé une chose, n'a pas prouvé *suo fittorto* qu'elle lui appartenait, paiera une amende.

1. Contra, Van Bommelen, *loc. cit.*, p. 199.

2° De retrouver sur le bien ces premiers indices (1).

La menée de traces devint peu à peu un préalable de l'action en revendication ; puis elle fut en partie abandonnée.

L'intertiatio ou anefang.

94. — Il semble qu'à l'époque qui suivit l'invasion franke, l'on ait, la plupart du temps (2), intenté directement l'action par un autre moyen : l'*intertiatio* ou anefang (3), c'est-à-dire la saisie judiciaire du bien. Nous pouvons donc aborder directement l'*intertiatio* comme constituant la procédure ordinaire à l'époque mérovingienne.

La nature de l'*intertiatio* a soulevé de nombreuses controverses (4), dans lesquelles nous ne voulons pas entrer.

1. Plus ils seront nombreux et détaillés, plus il sera facile de retrouver le bien. On comprend qu'on ait de plus en plus compliqué les mentions contenues dans le titre écrit qui succéda à la marque.

2. Hermann, p. 14 ; Van Bemmelen, p. 201. *Quis animal suum per vestigium sequerit, et usque tertio die ad domo cuius vel in quolibet loco eum invenerit, liceat ei absque interciato revocare* » : loi Ripuaire, 37 § 1. Cpr. Lex Salica, 37. Contra, Jobbé-Duval, p. 27, 70, 72.

3. Ces deux noms sont équivalents : Pertile, IV, p. 239, n° 1 ; Hermann, 78, 99, 56 ; Jobbé-Duval, p. 41 ; Poincaré, p. 38.

4. Les systèmes répandus sur l'*intertiatio* ou anefang sont très nombreux. Nous ne donnerons que les principaux. Une première théorie soutenue par Zöpfl, Gerber, Bethmann-Holweg, Savigny, Sohm voit dans l'*intertiatio* ou anefang une variété de l'action de vol. Le fondement de l'action est resté personnel ; nous aurions là une sorte d'action *in rem scriptam* résultant d'un délit ou d'un quasi-délit, action dans laquelle le propriétaire n'a pas à légitimer sa propriété, mais à prouver que la chose lui a été enlevée violemment contre son gré. Nous avons rejeté plus haut ce système.

Il importe seulement de souligner le caractère réel qui est essentiel à cette procédure. Grâce à la poursuite, ou

Une seconde théorie, brillamment représentée en France par M. Jobbé-Duval, écarte la division romaine des actions réelles et personnelles, et voit dans l'intertiatio ou anefang une action mixte, dont le caractère prédominant reste toutefois pénal. On distinguait la perte volontaire de la perte involontaire : dans le second cas il y avait une procédure *ex delicto*, le débat ne portant que sur la question de vol ; dans le premier cas au contraire, il y avait une action personnelle *ex fide praestita*, si le dépositaire refusait de restituer ou aliénait l'objet, ou le laissait dérober. Ce système est suivi par la majorité des auteurs français : nous citerons MM. Esmein, Lefebvre, Chénon etc. Nous pensons que ce système doit être rejeté.

1^o Il est vicié radicalement par la confusion qu'il fait entre le bien réel et le personnel. Si j'ai prêté une somme d'argent ou un bien personnel à un commodant par exemple, et qu'un voleur le lui enlève, il est certain que je ne pourrai poursuivre le voleur ; seul le commodant chez lequel s'est opéré la « *ruptura casæ* » (Liutpr., 131) pourra exercer cette action ; je ne pourrai intenter qu'une action en répétition, parce que je ne saurais reconnaître juridiquement mon bien.

2^o Ce système confond la menée de traces et l'anefang ; il voit dans la 1^{re} le préliminaire obligé de la 2^e : ce qui nous semble inexact. Il est amené à supposer qu'un certain nombre d'actes qui avaient lieu en justice, comme l'indication de la marque au magistrat poursuivant, se passaient extrajudiciairement, et à retirer au procès le caractère que ces actes lui donnaient : Van Bemmelen, p. 76 et ss. (De même l'appréhension dont parle la loi Rip., 33, est une appréhension faite en justice. Hermann, p. 14).

3^o M. Jobbé-Duval, (N. R. H. p. 474 ; — édit. séparée, p. 13) prétend à tort que les conclusions du demandeur sont toujours les mêmes, que l'objet égaré soit retrouvé ou non. Pourtant si l'objet n'est pas retrouvé, c'est le demandeur qui paie l'amende : Lex Rib., 47, 3.

4^o M. Jobbé-Duval voit dans le fait que le garant est mis en cause la preuve du caractère pénal de l'action (p. 64) : on remonte de garant en garant jusqu'à l'auteur du vol. Nous n'entrerons pas ici dans la discussion entreprise par MM. Hermann, p. 47 et ss., et Van

à une citation, le procès a été engagé ; la chose a été portée ou conduite devant le juge, soit par le possesseur, soit par le revendiquant. Il faut que les parties la saisissent, en affirmant solennellement qu'elles sont propriétaires, et qu'elles ont été dépouillées. C'est cette saisie

Bemmelen, p. 201, prétendant que le garant ne prenait pas la place du possesseur dans le procès, que le garant n'encourait que l'amende, et que c'était le possesseur qui devait la restitution du bien. Il nous suffit de faire remarquer que pour le procès réel on remontait ainsi de garant en garant *jusqu'à ce qu'on eût atteint la prescription annale*, ce qui est la véritable explication du caractère de la garantie.

Une troisième théorie, celle de Laband, fait rentrer l'anefang dans la classification allemande des klage um Schuld (die vermög. Recht. Klag., p. 5). La différence entre le procès allemand et le procès romain serait, d'après lui, que dans le procès romain le demandeur invoque d'abord son droit : la condamnation du défendeur est une simple conséquence de cette façon de procéder ; dans le procès allemand le point de départ au contraire est la prestation, la dette due par le défendeur : le droit du demandeur ne vient qu'en seconde ligne. Nous citons parmi les auteurs suivant cette théorie Stobbe et Planck. Nous ne réfuterons pas ce système, ayant indiqué du reste dans notre première partie le caractère que nous donnons à l'action personnelle (voir *suprà*, p. 69 et suiv.).

Un quatrième système, celui d'Heusler (nous parlons du système des *Institutionen*, I, p. 386-394), reconnaît bien dans notre cas l'analogie de la division romaine des actions réelles et personnelles ; mais, par une étrange obstination, il persiste à conserver à l'anefang un caractère mixte : ce serait une action analogue à celle que nous a montrée M. Jobbé-Duval.

Un cinquième et dernier système enfin voit dans l'anefang une action réelle. Albrecht (81-91) l'avait déjà reconnu ; mais le proverbe « *Hand muss Hand wahren* », mal compris, lui avait fait imaginer pour les meubles une gewere particulière d'où sortirait cette action d'anefang. Cette fausse gewere des meubles fait tort à son système. MM. Bruns (Recht in Mittel., 285-305, et surtout 311-315), Hermann, Behrend, en Italie M. Pertile, et chez nous M. Glasson l'ont rentré l'anefang dans la classe des actions réelles.

du bien qu'expriment les mots *anfang*, *anefang*, *anvang*, *anevang*, *intertiatio*, *entiercement*, *wiffatio*, *saisies*.

C'est sur cette reconnaissance du bien, par les signes apparents de la propriété, qu'était engagé le procès sur le bien réel. Lorsque l'immeuble fut introduit parmi les biens réels, lorsqu'on ne revendiqua plus le troupeau, le *fè*, le *faihu*, mais le *fè-od*, le *fevum*, le fief lui-même, l'*anefang* ne put plus se passer en justice (1). On dut pratiquer la saisie sur l'immeuble lui-même. On indiqua sur l'immeuble les indices de propriété, les marques, les limites, le nom, etc.

Cet usage des marques pour les biens fonds est mentionné encore dans un document du ix^e siècle :

« *Constat nos tibi vendidisse et ita vendidimus, id est comprehensionem nostram in silva que vocatur Unitheronnald, quam comprehensionem homines tui una nobiscum circuierunt et novis signis obfirmaverunt* » (2).

1. C'est là la raison pour laquelle l'*anefang* devint une cérémonie extrajudiciaire, raison que M. Van Bemmelen n'a pas aperçue: v. *loc. cit.*, p. 74. V. Behren, *anefang und erbengewere*, p. 39 et s.

2. Doc. de 848. Lacomblet, *Urk. des Niederrh.*, I, 29, n^o 64. (Thévenin, n^o 81). Quand ces limites avaient été indiquées par le roi en vertu de ses pouvoirs spéciaux, le violateur encourait l'amende de 60 solidi, à moins qu'il ne jurât avec 6 témoins « *quod infra terminatione testamenti nihil invasisset* ». Mais si les limites étaient marquées, on lui refusait le serment: « *Si autem infra terminationem aliqua indicia seu sarthe vel butinas aut mutuli facti exteterent, ad sacramentum non admittatur.* » Ces indices, les *mutuli* (pierres marquées), les *butinw* (*incisiones quibus notabantur arbores terminales*: Grimm, *R. A.*, p. 546, et Sohm au mot cité) nous montrent une application intéressante de la marque au bien immeuble et à sa défense.

Ces nouvelles marques de délimitation, que mettent autour du bien les vendeurs et acheteurs, seront précisément celles que l'on examinera dans le procès, et les témoins reviendront dire :

« *Nos vidimus et invenimus quod ipsas res infra signa proccoria vel termines ipsas res sunt vel subjacent a partibus monasterii Gondesalvio* » (1).

Ce document est d'autant plus curieux que le comte avait ordonné aux témoins : « *Ut super ipsas res venissent et rei veritate vidissent, si erant ipsas infra manitate monasterii Gondesalvio* ». La « *veritas rei* », n'est-ce pas dans l'examen des lieux, des bornes, des signa, de la marca, qu'on la trouvera ?

Ces marques du bien avaient une si grande importance, que le bien compris entre les limites reçoit lui-même le nom de marca (2) :

« *Per istas marcas euntes ipsi novem testes... juraverunt de finibus... per istas marcas, inter ipsos fines immunitas sancti Petri est ad integrum.* »

Les témoins déposent :

« *Quod infra marcam Hurfeldum ipsa villa. S. sita est* » (3), etc.

La marche était la limite du pays, l'endroit où se trouvaient les marques.

Encore aux XI^e et XII^e siècles, c'était en les délimitant

1. Doc. de 852, Hist. du Languedoc (édit. Privat), Preuves, n^o 139 (Thévenin, n^o 88).

2. Besuens, *Abbat. chronoc.* (*Anal. divionens*, Garnier, p. 250) : doc. du IX^e siècle.

3. *Tradit. Lauresham*, n^o 228.

par des marques, des croix, qu'on établissait le territoire des sauvetés.

« *Mons dividitur per cruces quas manibus nostris posuimus* » (1).

« *Locum ad eandem salutatem circumdando designaverunt, et ejus continentiam crucibus infixis terminaverunt* » (2).

Un donateur déclare :

« *Damus eidem ecclesie limiterium ab integro totum simul cum bapstisterio nec non et fevum presbitale... et in circuitu ecclesie illius... sicuti monstratum est a nobis determinatis finibus coram plurimis testibus* » (3).

C'est aussi dans l'espace compris entre deux croix que s'étend la protection promise aux marchés (4). Enfin ce sera aussi en faisant apposer aux limites de leurs sauvetés laïques la marque de leur palais que les seigneurs indiqueront qu'ils étendent à ces sauvetés la paix due à leur palais.

Le côté important de la chose, c'est que, lors de la revendication soit du bien soit de la juridiction concédée sur lui, tout l'examen du procès portera sur le point de savoir si le fait s'est passé en delà ou en deçà de ces limites. L'ex-

1. 1106: *Cart. de Conques*, ch. 547, p. 386 (Flach, II, p. 183); cpr. *Cart. de St-Sulpice de Bourges*, f^o 73 (Flach, *ibid.*, p. 364); cpr. Crouzet, *Droit et privilèges de la coutume de Nevers*, p. 122 (*ibid.*)

2. Charte de St-Martin de Creissan, Flach, *ibid.*, p. 184.

3. Doat, *Hist. du Languedoc*, tome V, col. 604-5.

4. V. Flach, II, p. 365. Un document de 1031 (Langlois, *Textes relatifs à l'hist. du parlement*, n^o 2) nous montre le roi concédant à l'abbaye de St-Martin des Prés « *quiquid continetur intra sepium clausuram* ».

communication ecclésiastique n'atteindra le ravisseur que si les animaux des marchés ont été « *capti infra cruces* » (1).

C'est entre ces marques que l'on revendique la justice :

« *Si aliquis infra cruces et signa quæ ego defixo aliquid mali fecerit, (rem) suam amittat et alienam in quadruplem restituat* » (2).

De même c'est entre ces marques que l'on revendique la propriété.

Le demandeur les indique dans sa plainte :

« *Dum diceret quod una vinea cum campo, qui est in villa Boscido, qui habet fines et terminationes* » (3).

On conçoit facilement que cet emploi des marques soit assez rapidement passé au second plan pour les biens fonds, une fois qu'ils furent attribués d'une façon perpétuelle à une famille, à une fondation, à une église, à un monastère. Le bien peut être désigné d'une façon plus certaine que par la marque, que l'on peut, somme toute, effacer.

On indiqua sa situation géographique, les fonds voisins, son nom propre : « *locum qui dicitur* » ; on le fixa par la description minutieuse de ses limites ; c'est c'est le but de la *circumitio* qu'on retrouvera décrite sur la *carta* (4).

1. « *Quæcumque igitur persona quicquid infra easdem fines contineatur invaserit, prædatus fuerit, aut temerariis vexationibus fatigaverit.... nunc anathematisaverunt et a corpore sacratissimo Dei ac domini nostri J. C. recluserunt* ». Doat, *loc. cit.*.

2. 987 : hist. du Languedoc, V, col. 304, 306. Si on voulait les poursuivre au delà des limites, ils refuseraient, « *quia nos, diraient-ils, certos et statutos haberemus terminos ultra quos non nisi ratione cogendi sumus* » : doc. de 1148, Langlois, n° 10.

3. Doc. de 888. *Cartulaire de Mâcon*, n° 284 ; cpr. n° 376.

4. Vaissette, V, col. 137, n° 43. Thévenin, n° 123. Cpr. *Cartulaire*

L'importance de la marque devait forcément décroître. Mais pour les biens dont l'assiette est moins fixe et dont l'individualité est moins marquée, pour les biens mobiliers, nous la retrouvons fort avant dans le moyen âge (1).

On le voit pour les revendications d'animaux ; mais c'est surtout frappant pour les revendications de justice sur les personnes. Ainsi pendant longtemps nous voyons qu'il suffisait à une personne de porter les marques extérieures de l'état clérical, par exemple la tonsure, pour pouvoir être réclamée par la juridiction ecclésiastique (2). « *Ex stigmatum namque consueto Fabricensibus imprimi, latitans Fabricensis agnoscitur* », disent les textes canoniques qui confirment cet usage.

C'est aussi à la marque que s'attachait la fameuse constitution de Philippe-Auguste, qui déférait à la juridiction ecclésiastique le « *cruce signatus* » (3).

de Cluny, II, n° 1087 ; III, p. 487 ; Cartulaire de Redon, n° 242, etc.

1. Ainsi la variété des moyens de preuve introduit déjà dans le sein des biens réels un élément de différenciation.

2. Beaumanoir, XI, 45. La personne poursuivie devra être remise aux tribunaux ecclésiastiques, « *si reus ipse ante deprehensionem pro laico publice se non gerens, deprehensus fuit in habitu clericali, tonsuram videlicet, et vestes deferens clericales : nam talem debemus clericum, donec constet de contrario, reputare* »... C. XII, VI, *De sent. excom.*, 5, 2. Les abus qui résultèrent de cette règle furent nombreux. Il arrivait même que des voleurs, pour profiter du privilège de clergie, se faisaient tonsurer : v. Esmein, *Hist. de la procéd. criminelle en France*, p. 18 et ss. Aussi, au XIV^e siècle, la justice séculière refusa d'admettre cette marque sans examen. Nous voyons jusque-là l'importance énorme de la marque dans une revendication réelle.

3. Isambert, I, n° 117.

Toutefois si l'examen de la marque conserva son ancienne importance pour les meubles, il ne faudrait pas s'imaginer que la recherche des signes apparents du droit ait perdu toute importance dans le procès immobilier. Elle conserva son ancienne signification dans le plus vieux procès immobilier connu : le bornage (1). Le juge ordonnera d'interroger les voisins sur les limites des possessions.

« *Jussit omnes homines commanentes... ut quod verum et certum de eodem termino cognoverant et viderant, coram cunctis manifestarent* » (2).

Souvent, il suffira d'un simple record, les juges ayant assisté à la cérémonie du bornage (3).

95. — Mais dans le procès sur la propriété du bien lui-même, des modifications furent apportées. L'examen des lieux se dédoubla. Il y eut un examen des lieux pour la revendication proprement dite : « la vue et montrée » (4). Cet examen servit surtout à la détermination

1. *Livre de jostice et plet*, V, 3 § 3, p. 150. Ce qui montre bien l'antiquité du procès de bornage (qui nous est du reste attestée dans tous les anciens droits, et pour les Germains en particulier par César, livre VI, § 13 et Tacite, ch. 13, 15, 26), c'est qu'on a conservé à la violation de bornes les peines du vol : « si forzez est si grand des bornes oster, que c'est uns membres de larecin », disent les livres de *Jostice*, *ibid.*, § 1 *in fine* ; cpr. Beaumanoir, ch. XXX.

2. Vaissette, II, 32, n° 18.

3. Sur le bornage: *Beaumanoir*, ch. XXX, n°s 27 et 28 ; Pierre de Fontaines, *Conseil*, ch. XXI, n° 66 ; *Livre de Jostice et Plet*, p. 145 et 146.

4. *Summa de legibus*, édit. Tardif, ch. LXV ; cpr. Marnier, *Etablissements*, 67, 98, 129 ; *Ancien Coutumier d'Artois*, titre XX, n° 5, XXI n° 6 ; *Livre des droiz et commandements*, tome I, n° 117, et II, n° 514, 520 ; *Somme rural*, I, 32.

du bien, à sa matérialisation, et devint à la fin un moyen de procédure permettant aux hommes de loi de s'offrir des vacations (1). En effet, du moment où la véritable désignation du bien, la véritable *circumitio*, la détermination du bien se retrouva sur la charte, le seul point du procès fut de voir si la charte était ou non exacte. Le Grand Coutumier nous indique la première idée :

« Selon ce que j'ai desiné et monstré ces choses en mon libelle, se il plaisit à ma partie adverse, je les desineray et monstreray aultrement, et suis prest de le faire, combien que il me semble que la désignation faite en mon libelle souffise ». Grand Coutumier, p. 717.

La vue et monstrée paraît ne plus servir qu'à déterminer le bien :

« Quar, nous dit le très ancien coutumier de Normandie, *sentence ne vaut riens se elle n'est donnée sur chose certaine* » (2).

Malgré tout, il reste encore un point où l'on retrouve l'importance que la « vue » avait pour la saisine :

« Apriès jour de veue, se default, il (le défendeur) piert la saisine de l'iretage » (3). Il ne pourra plus plaider qu'à l'époque du procès possessoire ou pétitoire sur la propriété (4).

1. Doc. du XIII^e siècle. Le prévôt de Laon commence à faire la monstrée ; après avoir indiqué quelques biens, il dit qu'il y en a d'autres : « et leur dit que encore leur en monstreroit se il vouloient » ; mais les autres se déclarent satisfaits. Langlois, *Textes*, n^o 32.

2. Edit. Marnier ; cité par Brünner, *entstehung*, p. 173, 174.

3. *Coutumier d'Artois*, III, 18 ; cpr. 20, 23, 29 ; cpr. *Cout. de Ponthieu et de Vimeu*, IX.

4. *Ibid.*, et encore que ce soit dans l'an et jour. C'est bien une saisine que nous avons ici ; l'ensaisiné jouit : « tout ce que li premiers

On retrouve même un rappel de l'ancienne façon de voir dans les formules :

« Sire baillis, je dis que de ci dusques la, et de la dusques ci, et tout entour, si comme ceste terre se comporte de lonc et de lè, je fais veue, — et de ce que je ai le saisine de lever et d'exploitier toutes les fois que faire i avient, et en ai esté en bonne saisine et mi devancier » (1).

La vue donnera donc d'autres renseignements que la simple identité du bien. Elle fixe aussi celle du droit, puisque l'on fait vue « de ce que l'on a la saisine ».

La limite entre le possessoire et le pétitoire est encore ici restée vague. Elle se définit par la suite. L'enquête possessoire conserva seule ce sérieux examen des lieux, qui portait non seulement sur la limite, mais aussi sur le caractère de la possession (2), sur sa durée, sur l'aspect du bien, etc.

C'est ce doublet de l'enquête qui nous explique comment, d'un côté, des auteurs, comme MM. Behrend et

suisis en aura levé et emporté, par le raison des defautes où il sera mis » (Cout. d'Artois, ibid., 30).

1. *Coutum. d'Artois, loc. cit.*

2. C'est ce qui nous explique un procès des Olim, dans lequel on voit une partie repousser la vue et monstrée en cas de propriété, parce qu'elle a déjà eu lieu pour le possessoire. Doc. de 1260 : « *Pars adversa dicit in contrarium quod in hac causa, in qua solum agitur de homagio, non debet dari dies ostensionis, maxime quia in causa possessionis ipsius homagii fecit ipsemet episcopus hujusmodi ostensionem, quam sibi petit modo fieri in causa proprietatis* ». C'était une erreur, car on n'examine pas la même chose dans les deux procès. Aussi on lui répondit : *quia erramenta facta in causa possessionis non admittuntur erramenta in causa proprietatis, habebit episcopus diem ostensionis.* Olim, I, 470, n° IX.

Hermann (1), pensent qu'au moyen âge, en France, en Allemagne et en Italie, l'anefang était devenu un moyen possessoire, tandis que M. Van Bemmelen s'obstine à lui garder son premier caractère pétitoire (2).

Et c'est ce qui nous explique aussi comment M. Heusler, en examinant les enquêtes de l'époque franke, a cru trouver dans quelques-unes une sorte de « *possessorium* ».

Nous verrons plus loin, en examinant les textes que le jurisconsulte cite à l'appui de sa théorie, qu'il n'en était rien.

Le tort d'Heusler est de n'avoir pas aperçu l'importance de la marque du meuble et de l'immeuble. « Toute la propriété, dit M. Van Bemmelen (3), est dans la marque, qui n'est pas seulement un signe de reconnaissance, mais le signe que la chose est à celui qui lui a imprimé son cachet, indépendamment de sa possession. »

96. — Mais comment Heusler aurait-il pu voir le véritable caractère de cette marque, puisqu'il s'obstinait à refuser à l'*intertiatio* son caractère réel ?

C'est ce dernier caractère qu'il nous faut établir. Pour le nier, on s'appuie généralement sur un certain nombre de constatations qui ne nous semblent pas convaincantes.

On fait grand bruit du caractère pénal que présenterait l'action : sur le fait que des amendes remplaceraient le recouvrement du bien ; sur des proverbes qui prouve-

1. Hermann, p. 86.

2. Van Bemmelen, p. 201.

3. *Loc. cit.*, p. 262.

raient que la chose mobile ne se revendique pas ; enfin, sur une absence de revendication en droit germanique. Examinons ces arguments.

a) Et d'abord, l'on abuse de l'allure pénale des termes employés pour désigner notre action.

Les mots de vol, d'usurpation, de « *Ran* », « *Raub* », « *Jorpran* », « *Londraf* », chez les Frisons, « *Réastlac* », chez les Anglo-Saxons (1), s'emploient aussi bien pour les immeubles que pour les meubles ; et si l'on voulait pousser à fond l'argument donnant un caractère mixte à toute poursuite s'offrant sous un jour pénal, il faudrait reconnaître aux premières revendications d'immeubles le même caractère mixte, à la fois réel et personnel, qu'on prétend donner aux revendications de meubles : or ce n'est guère soutenable.

Qu'on remarque, en outre, que ce mot vol est un mot absolument général, désignant tout acte fait contrairement au droit. Il y aura vol aussi bien si le propriétaire a été directement frustré, que si le commodataire, le dépositaire, le gagiste a enlevé la chose ou l'a vendue, ou refuse de la rendre ; il y aura aussi vol dans le cas où la chose aura été prise et cachée par un inventeur quelconque, ou par un recéleur conscient du vol. Nous ne voyons donc là aucun argument contre la revendication (2). Pour-

1. V. Wilda, *Strafrecht*, p. 908 ; et Brtinner, *Deutsch. R. G.*, II, p. 328, 512.

2. Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 80. Ainsi les mots « *se exuere de latrocinio* », qu'emploie la loi salique (47, 2, Behrend) dans le cas où le détenteur de la chose saisie a fait tout ce qu'il fallait pour amener son garant en justice, mais est abandonné par celui-ci, ne doivent pas

rait-on dire à un paysan de l'époque actuelle, qui prétendrait qu'on lui a volé son immeuble, qu'il n'intente pas une action en revendication, mais une action pénale ?

b) Mais la cause la plus importante de cette extension trop grande, donnée au caractère pénal des premières actions, vient de ce que l'on a confondu à tort l'action en paiement d'amende (1) et la revendication proprement dite. Si ces deux actions pouvaient se trouver réunies, dans le cas où le possesseur immédiat était aussi le voleur, elles pouvaient parfaitement être disjointes : si, par exemple, l'auteur appelé en garantie avouait avoir vendu la chose au possesseur actuel, mais ne pouvait arriver à produire son propre auteur ; de même lorsque le demandeur prétendait, non pas avoir été volé, mais avoir perdu seulement le bien. Dans tous ces cas, il semble impossible de confondre l'action d'amende et l'action de restitution. Dans celui où l'auteur est convaincu d'avoir volé, il doit l'amende ; c'est le possesseur qui devrait la restitution, si l'on admettait que le défendeur ne retransfère pas le bien

nous tromper sur la nature de *l'intertiatio*. Sans doute l'auteur qui ne vient pas est frappé d'une peine : « *et ille qui non venerit... erit latro illius qui agnoscit* », c'est-à-dire du saisissant. Mais cela ne veut pas dire qu'il y ait là une action de vol proprement dite. « Solche Stellen, dit spirituellement M. Hermann, deren sich noch eine ganze Anzahl anführen liess, klingen nur zu bestechlich für die sohmische Theorie (Sohm voit dans *l'intertiatio* une action de vol) ; aber sie sind doch Sirenen, die uns von der Wahrheit ablocken wollen » (p. 41).

1. L'action en paiement d'amende est une klage um Schuld, comme l'action qui a pour objet le paiement d'une dette ou d'une chose fongible. Nous avons ici une *condictio*, une action *in personam* dans le sens de Gaius : *Appellantur autem..... in personam vero actiones quibus dari fierive oportere intendimus* (IV, 5).

lui-même au garant, point sur lequel nous faisons des réserves. Enfin, dans le cas où le demandeur ne se plaint pas de vol, il est impossible de faire payer l'amende au défendeur (1).

En outre, disons que si le demandeur échouait par suite d'une injuste revendication, c'était lui qui payait l'amende. On voit ici que l'amende n'a pas un caractère pénal proprement dit, mais un caractère préventif et répressif tout à la fois, s'appliquant aux deux parties et destiné à empêcher une revendication frivole du bien (2). Elle jouait en droit frank, d'après Hermann, un rôle analogue à celui du *sacramentum* romain (Gaius, IV, 167), et naturellement n'empêchait pas plus que le *sacramentum* romain le procès d'avoir un caractère réel.

c) On a fait obstacle à l'admission du procès réel dans l'ancien droit, en exagérant l'importance de certains proverbes allemands : « *Hand muss Hand wahren* » ; « *mobilia non habent sequelam* » (3). Les uns, comme Albrecht, Gierke, Laband, Bar, Heusler (4), etc., les font

1. Hermann, *loc. cit.*, p. 12 ; Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 59 et 50, epr. 78 ; Glasson, *Hist. du droit et institut. de la France*, III, p. 300.

2. Hermann, *Die grundelemente des mob. vindic.*, p. 12, note 2. Contra Jobbé-Duval, p. 20, n° 1. Pour Hermann, l'amende, la dilatura présente surtout un caractère répressif.

3. Faber, *Codex definitionum*, lib. VI, titre 27, déf. 11 (p. 756, édit. de Genève).

4. V. Albrecht, *Gewere*, p. 92, 96 ; Gierke à son cours ; et presque toute l'école allemande : Sohm, Laband, Bar, Hübner, Huber etc. Même Heusler, *Institut.*, I, p. 395, et *Gewere*, p. 470, fut influencé par ce proverbe au point de ne pas pousser à fond sa théorie sur l'action réelle mobilière primitive, et de conserver à l'ane-lang ce caractère mixte qui la rend si difficile à saisir. En France, M. Jobbé-Duval, *loc. cit.* 16, 21, 167, 18 ; M. Lefebvre à son cours.

remonter aux plus anciens temps. Les autres, comme Van Bemmelen et Hermann, y voient une création récente (1). Nous croyons que les deux écoles ont raison chacune sur un point. D'un côté, nous croyons que le proverbe s'est toujours appliqué aux biens personnels, aux biens non reconnaissables : on peut donc le faire remonter très haut. D'un autre côté, ce ne fut que plus tard que l'on rangea la plus grande partie des meubles parmi les biens personnels, et qu'ils cessèrent d'être revendicables : le proverbe n'empêchait donc pas la revendication des meubles non personnels à l'origine.

Notre division des biens réels et personnels, ici encore, nous permet d'assigner aux deux théories leur juste valeur (2).

d) Nous écarterons enfin rapidement la dernière objection, qui est que les Germains ne pouvaient connaître la revendication, parce qu'ils ignoraient la prescription acquisitive du meuble (3). Nous réduisons cette objection avec le même argument. Il n'y a pas de prescription du bien personnel, du bien non reconnaissable. Pour l'autre bien, il y a une institution de droit qui joue le rôle de pres-

1. Hermann, p. 80 ; Van Bemmelen, p. 199 et s.

2. Ce qui nous confirme dans notre opinion, c'est le passage suivant d'Antoine Faber, que M. Jobbé-Duval cite comme tout à fait décisif (v. p. 167). *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudia senatu tractatarum*, Genève, 1640, lib. VI, titre XXXVII, *ad sc. trebell., def. XI* : « ita si quæ immobilia alienaverit, vindicari ea utique quandocumque possit ; mobilia non item, quod eorum exhibitio certa que demonstratio difficilior sit, ac magnam ad multiplicandas pro re minima lites materiam præbeat ».

3. MM. Lefebvre à son cours ; Jobbé-Duval, *loc. cit.* p. 169.

cription extinctive, et enferme précisément la revendication dans de très courts délais : trois jours, quarante jours, un an, comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

En résumé, nous croyons que l'*intertiatio* est une action réelle. La poursuite du bien est basée sur une affirmation de propriété (1).

C'est la propriété que prouve le demandeur en indiquant ses marques, en resaisissant son signe (2).

C'est pour la prouver qu'il appelle un garant (3), et ces garants pourront, dans le système primitif, lui permettre d'atteindre rapidement le délai libérateur de la prescription annale (4).

Enfin l'interrogatoire que l'on fera subir aux témoins sur la façon dont on aura agi envers l'objet, le dissimulant comme une chose volée, ou le montrant sans ostentation comme le fait un véritable propriétaire : tout cela prouve le caractère réel de la poursuite, et en même temps vérifie l'idée que la preuve de la propriété est une preuve apparente (5). Nous voyons se confirmer ici l'idée générale, que nous avons posée au début de ce chapitre.

Ce caractère est fortement souligné par M. Hermann (6) :

« Der Anfang besteht im wesentlichen in Nachweise des Eigenthums durch Augenfällige zeichen, nach dem

1. Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 47, 48, 52, 78, 201.

2 Hermann, *loc. cit.*, p. 12 et ss., 27 et ss., 32 et ss. Le poursuivant montre la chose comme sienne (*sua*) : Lex Salica, c. 37, 47 ; Lex Rib., 33, 1 ; 47, 1 ; Lex Burgond., 83.

3. Hermann, *Ibid.* p. 45.

4. Voir notre chapitre suivant.

5. Heusler, *Institutionen*, II, p. 47, 50, 69.

6. *Loc. cit.*, p. 45.

System der boiden Frankgesetzbücher, insbesondere des Eigenthumszeichens ».

Il est en outre reconnu par de nombreux auteurs.

M. Glasson l'avait déjà remarqué dans « le soin que l'on a de déterminer la chose ». Le savant professeur est même très affirmatif :

« Et d'abord, *il est certain* que celui réclame une chose mobilière comme sienne, intente, dans le droit germanique, une action pétitoire et réelle (1). »

Caractère pétitoire du procès et apparent de la preuve dans les revendications subséquentes.

97. — La nature réelle de la poursuite n'est plus mise en doute par les historiens en ce qui concerne les procédures subséquentes. Si on nie encore ce caractère pour la poursuite des meubles, on l'admet pour celle des immeubles. Pourtant cette différence est bien peu justifiée. On pourrait même dire que le caractère de réalité des nouvelles procédures est moins visible au premier abord que celui de l'ancienne.

En effet la façon d'engager le procès s'est transformée.

1. *Hist. du dr. et inst. de la France*, III, p. 396 ; cpr. Bruns, *Besitz in Mittel.*, p. 285 à 305 ; Van Bemmelen, p. 45 et ss. ; Pertile, IV, p. 250 et ss. Ce caractère réel de la poursuite est une conséquence même de la propriété, car dès que la propriété est supprimée, la revendication s'éteint ; et même si l'on admettait que le droit germanique exclut la revendication contre les tiers dans le cas où le possesseur s'est dessaisi de son plein gré, en confiant la chose à autrui, il ne faudrait pas hésiter à voir dans les autres cas une revendication réelle.

La saisie primitive du bien est souvent négligée, et l'on recourt à une *intertiatio* sans saisie, ce que l'on nomme en Allemagne la « *schlichte klage* (1) », « l'action sans anefang ».

Un système de citation plus savant s'est introduit. L'on recourt moins à la *mannitio* et aux modes privés. L'on préfère la *bannitio* et la citation faite directement par le comte. Le pouvoir central est plus fort.

Pour justifier cette extension du pouvoir central, il fallut donner au procès une allure pénale et personnelle plus accentuée que jamais. Au lieu de frapper le bien en affirmant un droit, à la façon romaine (2), on employa une formule directe : « *malo ordine detines* ». Et ceci, notons-le, existe pour les immeubles. Le vocabulaire est très varié et ne permet aucun doute : l'action employée pour les biens fonds offre les mêmes traits, sous ce rapport, que l'action qui poursuivait les biens réels mobiles. L'on a affaire à l'*invasio* : « *Si quis villam alienam invaserit* » (3);

1. La notion de la *schlichte Klage*, qui est d'être tout simplement une anefang sans saisie préliminaire, est bien indiquée par Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 74. Les anciens systèmes cherchaient à y voir une action de vol : Laband, *die vermög.*, p. 90-104 ; Schulte, *loc. cit.*, p. 468 et ss.

2. Germer Durand, *Cart. de Nîmes*, n° 5. Voir sur ces points Brünner, *Entstehung der Schwur.*, p. 44 ; D. R. G., II, p. 332 ; Hübner, p. 11 et ss. ; Schulte, *loc. cit.*, p. 468 ; Glasson, III, p. 442.

3. Sur le caractère impersonnel de l'ancien anefang, v. Brünner, D. R. G., II, p. 499 ; Hübner, *loc. cit.*, p. 25. M. Hübner se demande même si ce caractère impersonnel de l'ancien anefang immobilier ne vient pas de ce qu'il remonte à une époque où la propriété individuelle des immeubles était inconnue.

à l'*usurpatio* : « *Res alterius injuste usurpaverit* » (1) ; à la *pervasio* : « *Terra a quocumque etiam pervasa* » (2). Les expressions indiquant la violence se multiplient : « *Si quis de ecclesia aliquid vim abstulerit* » (3) ; « *Si quis consortem suum quantulumcumque que superpriserit* » (4). « *Malo ordine tulit* » (5), « *avet* » (6), *prendidit* » ; (7) « *tenet* » (8), « *proprisset* » (9), « *possedit* (10) », « *contradiceret injuste* (11) ».

Mais si le caractère personnel de la poursuite semble s'être accentué, cela n'a point modifié la nature de l'action : le côté pétitoire est resté indiscutable. « *Malo ordine et injuste detulis ; dic mihi responsum — pone rationem* » ; tels sont les premiers mots du demandeur ; et ils transportent aussitôt la question sur le terrain du droit : « c'est contre le droit que tu détiens ».

Cette affirmation du demandeur était d'habitude accompagnée d'un serment (12).

1. *Lex Salic., Sept. Caus., IV, 4* : Behrend, p. 130 (Thévenin, *Textes*, n° 94).

2. *Cap. leg. Salic. add., 25, A° 819*. Boretius, I, p. 293.

3. *Lex Burgond., 79, 3* ; cpr. *Lex Alam., 98, 1*.

4. *Lex Rib., 60, 8, 2*.

5. *Lex Rib., 60, 8, 2*.

6. Thévenin, n° 107, cpr. 89.

7. *Memorie di Luca, V, n° 1058*. V. Brünner, *D. R. G., II, 512* ; Hübner, *das immobilienr.*, p. 34 et ss.

8. Thévenin, n° 88.

9. *ibid.*, n° 147 ; cpr. 47.

10. *ibid.*, n° 39.

11. *ibid.*, n° 25.

12. *Lex Ribuarica, XXXIII* : « *Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam. Et sic (Hermann lit et si, au lieu de etsic) ille, super quem intertatur, tercia manu querat. Tunc in praesente ambo conjurare debent cum dexteris armatas, et cum sinistras ipsam rem teneant. Unus*

Lex Rib., 67, 5 :

« *Si quis pro hereditatem vel pro genuitatem certare cœperit, post malo ordine, cum 6 in ecclesia conjurata, cum 12 ad stafflo regis in circulo et in collore cum verborum contemplatione conjurare studeat* ».

Après le *malo ordine*, le demandeur jure avec six témoins ; le défendeur doit répondre avec 12 : il doit établir un droit plus fort.

La loi des Saxons, c. 39, fait aussi allusion à ce serment préalable du demandeur ;

Qui alteri dolose per sacramentum res proprias tollere vult, duobus aut tribus de eadem provincia idoneis testibus vincatur, et si plures fuerint nullius est.

Ce serment préalable du demandeur s'explique par ce fait qu'il se trouve la plupart du temps en face d'un individu en possession du droit, comme nous le verrons plus loin. Il doit rompre cette première apparence favorable au défendeur, et, en plus de l'évocation de son droit, promettre de faire la preuve (1).

A cette attaque du demandeur, le défendeur mis en cause pouvait répondre : « *nescio quid dicis* », « je ne sais de quoi tu veux parler » ; et alors avait lieu l'enquête de vue et montrée, qui, comme nous l'avons indiqué, présentait un caractère pétitoire important, et décidait sou-

juret, quod in propriam rem manum mittat ; et alius juret, quod ad eam manum trahat, qui ei ipsam rem dedit ». Sohm attribue ce document à la seconde moitié du VI^e siècle.

1. Sur ces points, Brünner, *la parole et la forme*, Revue critique, tome XXXVIII, p. 233 ; die Entstehung, p. 44 ; D. R. G., p. 348 ; Van Bemmelen, p. 59.

vent du procès, ou en tout cas servait à déterminer le bien et en même temps à recueillir un certain nombre d'indices probants sur la possession des parties.

Il pouvait, dans d'autres cas, ne rien répondre du tout; son droit n'apparaissant en rien, il perdait son procès.

Et ipse homo in presente adstabat, et ac causa nullatenus potuit denegare nec tradere rationes, per quem ipsa terra habere debeat... Sic fuit iudicatum, ut ipsa terra illo abbate reddere vel revestire debeat, quod ita et fecit (1).

« *Nullatenus potuit responsum dare, per quem sibi de ipso campo legibus saciret aut inantea sacire deberet; sed ipse in presente professus apparuit* » (2).

Nous trouvons la même chose dans un document de 756 :

« *Tunc ipse Amelius de ipsa causa minime exinde denegare non potuit* » (3).

Aussi, quand il ne veut pas engager d'affaire, il décline toute prétention au bien. Dans ce cas, il arrivait parfois que le demandeur le tenait quitte de toute poursuite. C'est un fait semblable que nous rapporte un document curieux de 863 (4).

A l'accusation, le défendeur répond :

Quam causam Sigibertus in omnibus denegavit, et per arra-

1. Rozière, n° 461.

2. Form. Sal. Merk., 29.

3. Pérard, n° 13, p. 33; cpr. Baluzo, cap. II, 1, 1467; Bouquet, V, p. 677; Mabillon, Dipl., Tome I, n° 58, p. 521.

4. Thévenin, n° 96. Dans un doc. de 933 nous voyons le défendeur, le comte Fontius de Narbonne, déclarer qu'il ignorait que le monastère de cette ville eût si bon droit, et qu'il a agi par ignorance : « *et quantum ego feci, ignoranter feci* ». Vaissette, c. 160, n° 87 (Thévenin, n° 128). Cpr. Cart. de Cluny, I, n° 622.

mitam Gaucerami promisit ad placitum juraturum, ut eo mandante nullus hominum eandem villam exspoliarit, aut in ea incendium aut quidquam mali fecerit, quod per legem emendare deberet; pro qua re cui semper larga pietas Ecclesiastica cavens prudenter periculum præsens indulsit sacramentum, rogantibus quidem bonis hominibus, et religiosorum virorum intervenientibus precibus...

Il n'y a pas de procès engagé véritablement; le défendeur est renvoyé.

Le défendeur perdrait aussi le procès s'il avouait tout simplement :

« *Appellavit ultro comes Heudum de Blazono de hoc quod abbatiam suam sine clamore injuste invaserat; cui cum H. respondisset quod ei de hoc in misericordia sua rectum faceret...* » Aussi, le jugement condamne : *dupliciter erga dominum suum comitem forsfecerat, de hoc quod sine clamore abbatiam comitis invaserat, et de hoc etiam quod ejus invasio omnino injusta fuerat* » (1).

Cet aveu, on pourra le trouver aussi dans le fait que le défendeur, comparaisant, a refusé de répondre et s'est retiré.

« *Sepredictus Nevelo (le défendeur) sentians illo se, si diceretur, gravari iudicio, audire se iudicium noluit, sed abscessit; in quo veritas ecclesie et justicia omnibus qui aderant patenter apparuit* » (2).

1. Doc. du XI^e siècle, cartulaire de St-Aubin d'Angers. Don Housseau, II, 2, n^o 573; cité par Flach, I, p. 235, 236.

2. Doc. de 1105-1107. Langlois, *Textes relat. à l'hist. du Parl.*, n^o 5.

98. — Mais dans la plupart des cas le défendeur entendait conserver le bien. Il invoquait alors un mode d'acquisition, soit originaire, ce qui était assez rare pour les immeubles, soit dérivé.

I. Dans le premier cas il dira :

« *Non invasi contra legem, nec cum sex solidis componere debeo nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus* » (1).

Doc. de 852 :

« *Manifeste verum est quod ipsas res ego retineo, sed non injuste, quia de eremo eas traxi in aprisione* » (2).

Ce cas se présentait plus souvent pour les meubles :

« *Unus meus aldius (personne de condition servile) apprehendit Mariam tuam aldiam et fecit mundium de ea, et post ex ea fuit natus ille* » (3).

« *Repetebat alicui homini Allafredo et germano Allifredo. Dicebat quod genitor eorum nomine Leofredus servus erat* » (4).

II. Le plus souvent le défendeur déclarera avoir acquis par un mode dérivé. Il dira, par exemple : « *Ego comparavi de Dominio de tali loco* » (5) ; « *Ipsa terra mea est per usufruc-*

1. Lex Baiw., XVII, 2 ; cité par Bruns, *Besitz im mittel.*, p. 288.

2. Je les ai prises dans un territoire désert : *Histoire du Languedoc*, Preuves, n° 139 (Thévenin, n° 88). En réalité, du moins dans le pays frank, il ne semble pas qu'on ait pu acquérir ainsi des biens sans maître, sans autorisation du prince : v. Marc. Hisp., c. 783, n° 21 et n° 93. Sur ces points, v. Gierke, *Genossenschaftrecht*, I, p. 68, note 28 ; II, p. 146.

3. Liutp., 125, (Thévenin, n° 51).

4. Doc. de 815. Besly, *Hist. des comtes de Poitou*, Preuv., p. 176 (Thévenin, n° 66).

5. Form. sur Lib. pap. Roth. 232 (Thévenin, 49).

tum » (Ant., 5); « *Ipse bos meus est, nam curia Maccardo ;* » (Roth., 234). Dans ce cas, on lui donnera un délai pour présenter son auteur.

Doc. de 898 : « *Tunc ipsi suprascripti iudices decreverunt ei iudicium, ut in quadraginta noctes suum auctorem presentare faciat* » (1).

Et il jurera de présenter son auteur dans le nombre de jours fixé (2) : originairement à la prochaine assise. C'est ce qu'on appelait plus spécialement l'*intertiatio* (3).

1. Germer Durand, *Cart. N. D. de Nîmes*, n° VIII (Thévenin, n° 114).

2. S'il ne déclare avoir acheté à un auteur inconnu. Dans ce cas il devait rendre le bien. Lex. Rib., 33; cpr. 331. *Assises de Jérusalem, Cour des bourgeois*, ch. 249.

3. C'est du moins notre opinion ; mais il faut avouer qu'il existe de graves dissentiments. La doctrine la plus répandue en France considère l'*intertiatio* comme une sorte de séquestre, analogue à celui qu'établit Gaius, IV, 16, pour le procès immobilier : c'est l'opinion de Jobbé Duval, N. R. II., 1880, p. 480 et ss., 490-497 ; Poincaré, 38 à 40. Or aucune source franke ne parle du séquestre ; le seul argument viendrait de ce que Schmid prétendrait avoir trouvé dans le droit anglais le principe du séquestre. Un examen attentif d'Hermann (102-106) prouverait au contraire que le droit anglais, sauf peut être le droit Saxon, qui a toujours présenté de notables différences avec les autres droits, ne connaissait pas le séquestre. Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 59, note 1, repousse aussi le séquestre ; mais pour lui *intertiare* signifierait « jurer soi tiers ». Quant à nous, nous penchons vers la doctrine qui voit dans la *tertia manus* la main même du garant. C'est celle que professent, avec Brünner (*op. cit.*), Bethmann-Holweg, *civil prozess*, p. 46 et 483 ; Löning, *Vertragsbruch in deutsch. R.*, p. 103 (ces deux derniers cités par Hermann), et Hermann lui-même (*op. cit.*, p. 101). On a objecté que c'est le demandeur qui fait l'*intertiatio*, et non le défendeur : on peut répondre que le défendeur est contraint de mettre la chose en tierce main (Lex. Salic., 471), qu'il fait en réalité ce que lui demande le demandeur.

Cette présentation de l'auteur n'enlevait rien au procès de son caractère réel et pétitoire, quoiqu'on ait douté à ce sujet de l'un ou de l'autre de ces résultats, du moins pour le cas de bien mobile.

En effet, trois hypothèses pouvaient alors se présenter.

a) L'auteur ne venait pas. — Nous avons vu que, dans un procès pour un bien mobile, le défendeur se libérait alors de l'amende pour vol en jurant que l'auteur avait été dûment cité, et que c'était de lui et de nul autre qu'il tenait la chose. *Sibi septimus conjurit, quod eum ibidem (en justice) legibus manitum habuisset, et sibi ab alio homine ipsa res tradita non fuisset* (1).

Dans ce cas, il devait rendre la chose au revendiquant sur la foi du serment de ce dernier; et celui-ci pouvait, en outre, actionner l'auteur en paiement de l'amende.

La même chose en cas de revendication de bien fonds : Rostagnus, le défendeur que poursuivait le bailli de l'évêque de Nîmes, après avoir promis d'amener un auteur, ne put présenter personne : « *Se manifeste fecit quod ipso Aimardo auctore habere non potebat, nec in isto placito nec in alio* » (2). On lui demanda s'il ne pouvait donner d'autre preuve. Il ne le put et perdit son bien.

b) Si l'auteur cité se présentait, il pouvait se libérer de l'amende en jurant qu'il n'avait vendu ni aliéné la chose au défendeur. Le défendeur renié devait rendre la chose et payer l'amende.

1. Lex. Rib., 33, 2; Lex. Salic., 47; cpr. Van Bemmelen, p. 68; Jobbé-Duval, p. 62; Hermann, p. 56.

2. Doc. de 893 (Thévenin, n° 114).

Toutefois, il pouvait vaincre la résistance de l'auteur en recourant au jugement de Dieu :

Si auctor venerit, atrem interciatam recipere noluerit, campo vel cruce contendatur (1).

c) Dans le cas, au contraire, où l'auteur se présentait et avouait avoir transféré le bien, il devait soutenir le procès.

Si actio in rem fuerit, et possidens auctorem habuerit, non exercetur ea actio contra tenentem, sed potius contra auctorem (2).

Le rôle du garant a été fort discuté. Les uns ont prétendu que le garant prenait complètement la place du défendeur dans le procès, et que s'il perdait, il payait l'amende et l'équivalent de la chose : le défendeur se trouvait donc complètement à l'abri.

D'autres (3) distinguent soigneusement l'amende et la poursuite du bien. Le défendeur reste partie principale au procès; c'est lui qui devra rendre le bien en cas d'insuccès. Quant au garant, il est particulièrement visé par l'amende.

D'autres, enfin, croient que la partie était obligée de retransférer le bien à son garant, qui prenait tout le procès

1. Cap. leg. rip. add., a. 803, c. 8.

2. Glos. Roth., 231.

3. Hermann, p. 15. Der Evictionfall an sich berechtigt daher auch den Käufer noch nicht, den Kaufrückgängig zu machen, sondern er bleibt der eigentliche dinglich beklagte, und hat als solcher auch regelmäßig die Streitsache bis zum Austrage des Processes zu verwahren ». Dans le même sens, Van Bemmelen, p. 88, 201.

à sa charge, et rendait le bien en cas d'insuccès au demandeur, dans le cas contraire au défendeur.

Dans ces deux dernières théories, le caractère réel de la poursuite est bien conservé. Un passage de la loi de Bavière (1) nous fait pencher vers la dernière opinion. Le demandeur y interroge le garant : « *Cur meum donare debuisti, quod mei antecessores tenuerunt ?* Réponse : *Non ita ; sed mei antecessores tenuerunt, et mihi in alodem reliquerunt, et vestita est illius manus, cui tradidi ; et firmare volo cum lege* » (2). Le demandeur objecte au garant une donation injuste ; le donateur garant, qui a de nouveau reçu la *vestitura* du donataire garanti, se défend lui-même ; s'il succombe, il devra restituer le fonds au demandeur, et payer en son propre nom une amende au garanti.

« *Ipsum mihi debes reddere et cum 12 solidis componere* », dit le demandeur dans le même document. Dans un autre cité par Meichelbeck, n° 530, nous voyons le garant, qui n'avait pu maintenir la validité d'une donation par lui faite à l'église de Freisingue, recevoir de cette église

1. Lex. Baiw., app. IV, LL. III, 337. Cpr. un passage des *Extrav. de la Lex Salica B. VII* (Behrend, p. 122, 123), 2^e moitié du ix^e siècle). Sur ce doc., v. Heusler, *Gewore*, p. 37 ; Hübner, p. 116. C'est contre l'auteur que le demandeur doit « *dari testes* ».

2. Cité par Brünner, *op. cit.*, p. 516 et ss. N'est-ce pas l'idée conservée encore au moyen-âge : « *se tutor et curator, nous disent les livres de justice et plet, pleoissent la chose à orphelin être sauve, ils doivent estre seisis de la chose : car il convient qu'ils plévissent à rendre la propriété et les funz* ». Notre garant est somme toute dans les mêmes conditions que le tutor et curator (romanisés) du livre de justice : lui aussi doit être saisi, pour pouvoir être condamné à rendre.

la vêtue du bien : *sed iterum de manue supradicti advocati illam traditionem accepit* ; et la retransférer au demandeur : *et Chonrato* (le demandeur) *dimisit in proprium*.

Toutefois, pour l'époque franke, apparaît une difficulté. Si l'auteur a reçu lui-même les biens d'un autre auteur, il devra appeler cet auteur en garantie, et ainsi de suite, en remontant d'auteur en auteur, jusqu'à un mode d'acquisition originaire (ce qui, avons-nous dit, était très rare), ou une concession du prince du sort, ou une prescription. Or, d'un côté, les prescriptions établies par la royauté à l'époque franke paraissent très longues : cinq, dix, vingt, trente, trente et un ans, soixante ans, etc., et elles offrent un caractère tout particulier, qui rend très difficile la possibilité du rôle du garant tel que nous venons de l'exposer. D'un autre côté, l'on défend de remonter au-delà de trois auteurs, du moins dans l'*intertiatio*.

Nous expliquerons dans le chapitre suivant que ce système était très pratique avec l'ancienne prescription annale : au bout de trois assises, l'on avait une garantie légale remplaçant celle de l'auteur. Tout ce côté de la garantie, que les longues prescriptions du droit royal rendent confus, s'éclairera par cela même.

L'on ne verra donc pas, dans la défense qu'apporte l'auteur, une nécessité résultant du caractère personnel et pénal du procès. Le défendeur, dit-on, est accusé de vol, de rapine, d'usurpation : il présente son auteur, c'est-à-dire celui qui a commis le méfait, si méfait il y a. Nous répondons que le défendeur veut une chose avant

tout : garder son bien ; pour y arriver, il doit prouver qu'il a une saisine ; et pour prouver sa saisine il présente un auteur, qui démontrera que cette saisine est légitime, qu'elle comprend le *corpus* et l'*animus*, et qu'elle est en outre confirmée par une prescription.

L'effet du recours à l'auteur est exactement le même que celui de la présentation de la charte. La charte, si elle n'est pas falsifiée ou faussée, comme nous le verrons plus loin, prouve qu'il y a eu vêtiture : c'est le juste titre ; et souvent, par sa date, elle prouve qu'il ya eu, en outre, une prescription.

III. Le défendeur pourrait prétendre avoir reçu le bien en héritage, et répondre :

« *Ipsa terra mea propria est per successionem de parte patris mei.* » Roth., 222.

Dans ces cas nous avons vu, dans notre deuxième partie (1), que ce n'était pas sur la saisine de l'héritier, mais sur celle du père que portait le procès. L'héritier n'avait donc qu'à prouver : a) sa qualité d'héritier ; b) que le bien appartenait à son père.

Pour faire cette dernière preuve, on ne lui imposait pas l'obligation de présenter l'*auctor* de son père (2).

1. V. *suprà*, p. 256 et ss.

2. Brünner, D. R. G., II, p. 518. Il y avait toutefois une exception en faveur des biens du fisc et des biens de l'église : on devait alors prouver « *qua auctoritate in proprietatem eas (res) quisque obtineant* ». Nous trouvons de nombreux documents dans lesquels l'héritier invoque son droit. V. pour la France, *Cartulaire de Redon*, App. n° 3, epr. nos 6, 21, 192, 271 ; *cartulaire de Mâcon*, n° 434 ; *cart. de Cluny*, n° 1179. En Bavière, Meichelbeck, I, 2, n° 118, 174, 122, 178, 124, 180, 127, 128.

La loi salique nous donne un exemple de cette façon de procéder : *Si quis super alterum de rebus in alode patris inventas interciaverit, debet ille super quem intertiatur (le défendeur) tres testimonia mittere quod in alode patris hoc invenisset et altera tria testimonia qualiter pater suus res ipsas invenisset. Hoc si fecerit, potest rem interciata vindicare (la conserver en propriété). Si istum non fecerit, mittat tres juratores quod in alode patris hoc invenisset. Si hoc fecerit, se de damno cause eliberat. L. sal., 101.*

Le défendeur dit : 1° qu'il a trouvé la chose dans les biens de son père, et 2° que son père l'avait trouvée dans la succession de son père (ou acquise originellement). En affirmant le premier de ces faits avec trois cojureurs, il se libérait de l'amende pour vol (sur le serment du demandeur); s'il affirmait aussi le second fait, il établissait son droit et gardait la chose.

En outre, l'on ne recevait pas de témoins contre le serment de l'héritier :

« *Contra suum caput et contra suam hereditatem non debet homo accipere testes* », dit la loi salique (1).

Doc. de 797 : « *Respondit A... quod paterno hereditario ab avis et proavis jure hereditario tenebat, et judicaverunt scabini... ut ipse A juret per sanctos cum 12 idoneis testibus, quod vicus... sua propria hereditas esset* » (2).

1. *Extrav. B.* à la lex sal., c. 8.

2. Cartulaire de Redon, n° 191. Sur les procès de liberté : v. Glasson, *hist. du droit. et inst. de la France*, III, p. 472 ; cpr. Laband, *die vermög.*, p. 98, n° 16 ; Hermann, p. 59 ; Van Bemmelen, p. 68 ; Brünner, *loc. cit.*. Voir aussi un doc. cité par Luchaire,

Et cela se comprend, car l'héritier ne revendique les biens qu'avec la personnalité de son auteur. C'est une question de *status*.

Au moyen âge, la saisine héréditaire conserva son importance et ses règles spéciales. Toutefois l'on semble s'être montré plus difficile pour la preuve (1).

IV. Le défendeur pouvait aussi invoquer une prescription. Comme nous l'avons déjà dit, nous expliquerons dans le chapitre suivant la nature particulière de cette prescription. Tout ce qu'il nous suffit d'affirmer maintenant, c'est que cette prescription ne dispensait pas de l'établissement du juste titre, c'est-à-dire d'une *vestitura legitima*.

« *Ecclesia que est in hunc comitatum Nemausense... que Christianus, episcopus condam, condonavit partibus Sancte Marie per cartolam donationis, et antecessores isti Agilardo, per hos XXX annos seu et amplius, eas quietas tenuerunt sine ullo contradicente homine, iste presens Rostagnus eas sancivit injuste..., malum ordinem in contra lege* » (2).

On voit aussi dans le curieux document italien suivant,

Hist. des Institut. Mon., II, p. 321, doc. de 1121 : on décide dans un procès de liberté : *quoniam vero objecte servitutis aberat testis, accusator defecerat, communi consilio diffinitum est ut ipse Henricus sue libertatis jurator, et comprobator existeret, et juramento nos super hoc certos et omnino quietos redderet.*

1. V. Jostice et Plet, IV, 4, § 1. Les coutumes de Picardie ne rendent pas à l'héritier la saisine « de le quelle li père d'icheli qui se fait hoires s'en dessaisi au temps de so vie » (X, édit. Marnier, p. 11). D'autres au contraire replaçaient l'héritier en saisine d'abord, etc'était à ceux qui prétendaient avoir reçu les biens du père à faire la preuve.

2. Doc. de 898. Germer Durand, cart. N. D. de Nîmes, n° VIII. Thévenin, n° 114.

aucune des parties ne parvenant à faire la preuve, le jugement déclarer que :

« *Ut ipse Andreas advocatus ecclesie S. Jacobi, qui ipsam habebat vestituram, diceret juratus, qualiter area illa unde agebatur proprietas fuisset predicti Jacobi, et per quadraginta annos pars Monasterii Sancti Jacobi possedisset ad proprietatem, et plus legibus pertinere ad ipsum monasterium ad habendum quam parti S. Silvestri ad redendum* » (1).

Remarquons encore ici le caractère pétitoire de la preuve.

V. Nous ne voulons pas nous engager davantage dans les questions d'héritage et de prescription, car nous sommes pressés d'en arriver à un mode de preuve très fréquemment employé dès l'époque carolingienne, la charte.

Dans de très nombreux documents, nous voyons invoquer une charte. Le défendeur mis en demeure d'expliquer sa détention répondra : « *Non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo* » (2).

Cela devait être devenu fréquent, puisque la loi ripuaire nous en parle en premier lieu, comme si c'était la façon courante de procéder :

« *Si quis alteri aliquid vinderit, et emptor testamentum vindicionis accipere voluerit* » (LIX). L'ancienne preuve, qui s'appuyait sur le témoignage, n'est plus rappelée que dans la suite : « *Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessionunculam ab alio comparaverit, et testamentum accipere non potuerit* » (LX).

1. Muratori, I, 503.

2. Lex Rib., LIX, 8 ; Pérard, no 12 ; « *Et ecce offertio quam nobis exinde fecisti* » : Troyes, IV, p. 619, n° 703.

Les documents qui nous parlent de chartes sont du reste très nombreux. Ils nous répètent : « *Quod Adalardus clericus frater illarum (des demanderesses) incartavit ipsas res Sancti Petri, et plus debent esse ipsas res Sancti Petri quam illis reddere* » (1), etc., etc.

« *Ego hoc retineo, sed non malum ordine nec injuste, quia ego exinde scripturam emcionis habeo, et autorem nomine Petrone, qui ipsas res mihi in legibus autoricare debet* » (2).

« *Mea propria est (la terre que tu revendiques) per cartulam venditionis, quam tu mihi fecisti cum marito tuo, qui est mortuus : et ecce cartula* » (3), etc., etc.

Le caractère véritable de la preuve que fournit la charte est fortement contesté. D'un côté, Heusler (4) y voyait un titre, un moyen de preuve dans le sens actuel du mot. De l'autre, des auteurs considérables comme Laband (5) et Sohm (6) lui refusent presque toute valeur ; tandis que Brünner (7) reste indécis.

Nous croyons que le rapprochement que nous avons fait entre la marque et la charte peut aider à mieux comprendre celle-ci. L'idée maîtresse nous semble être que la charte est représentative du bien. C'est ce qui explique 1^o pourquoi le bien est transféré par le transfert de la

1. Doc. de 950. Cart. de Cluny, n^o 764 (Thévenin, n^o 13) ; cpr. Cluny, I, p. 810 : « *per donum et cartam que L... incartavit* ».

2. Thévenin, n^o 94.

3. Form. lib. Liutpr., p. 126 (Thévenin n^o 47).

4. Heusler, *Gewere*, p. 13 et ss.

5. Laband, *Kritich*, XV, p. 387.

6. Sohm : *Rechts und Gerichts Urkunde*, I, p. 528 ; cité par Brünner.

7. Brünner, *Die Entstehung*, p. 64 à 66.

charte ; 2° pourquoi les parties invoquent le document comme une chose matérielle : on voit obliger le défendeur « *ad observanda omnia quæ continentur in carta* » (1) ; 3° pourquoi l'on parle du document lui-même : s'il n'y a eu aucune invasion faite « *infra terminatione testamenti* » (2) ; 4° et enfin pourquoi l'on donne au possesseur de la charte la même situation qu'à celui qui a la jouissance réelle du bien.

De plus, la charte contient le signe, le *sigillum* de la partie et des témoins (3). Il y a là l'empreinte de l'affirmation à la propriété faite par l'un, et de la garantie que lui ont promis les autres.

Et ceci explique l'allure toute particulière que prend le procès. A la vérité, lorsque l'adversaire à qui l'on présentait une charte, la reconnaissait comme *carta bona, vera, idonea*, son contenu pouvait être considéré comme preuve. Mais si l'adversaire lui refusait crédit, il fallait consolider la charte, la *werire, idoneare, adverare* (en droit Lombard, *ardire, nardire*), et, pour cela, mettre en accusation ceux-là qui avaient concouru à l'acte. En droit ripuaire, c'était l'écrivain lui-même qui devait attester la sincérité de l'acte attaqué : « *Cancellarius eum simili numero, quorum roborata est, et uniare studeat* (4) ». La loi sa-

1. Olim, II, n° 11, p. 488, A° 1260.

2. Lex Rib., 7, LX, 3.

3. « *Notitia quorum roborationis vel signacula eorum qui subtus tenentur inserti, qualiter venerunt aliqui homines his nominibus. .* » Doc. de 878 : *Hist. Lang.*, II, Pr., n° 201 (Thévenin, n. 108).

4. Lex Rib., LIX, 2. On demande un égal nombre de témoins, mais pas encore les témoins eux-mêmes. Cpr. le document bavarois

lique se contentait du serment de celui qui produisait la charte, serment appuyé par douze cojureurs.

Dans les deux droits, si le poursuivant ne se contentait pas du serment, il devait mettre en doute la charte d'une façon formelle, la perforer. L'appareil fictif et représentatif de celle-ci s'écroulait. Le papier ne représentait plus le bien. Il fallait amener les témoins eux-mêmes du procès. L'on n'avait plus affaire à une charte, mais à des témoins ordinaires dans un procès ordinaire (1). Les témoins et l'écrivain (2) prêteront eux-mêmes serment. On ne pourra les attaquer que par le duel judiciaire.

On voit l'aspect particulier sous lequel se présente la notice judiciaire. Il en fut longtemps ainsi. Nous voyons au ix^e siècle l'évêque de Nîmes présenter à son adversaire une notice de jugement constatant que le bien lui avait été déjà attribué :

« Predictus episcopus, in eorum presentia, protulit noticiam in qua continebatur qualiter Bernardus, ejus advocatus...

suisant : *« cartas traditionis ejus (l'auteur) in praesente attulerunt, et testes veraces in eas scriptas ostenderunt, quod ita verum esset. »* Meichelbeck, I, n^o 122.

1. Lex Rib., LIX, 6. A défaut de l'auteur de la charte, c'étaient ses héritiers.

2. V. Lex. Rib., LIX, 5, Cpr. sur tous ces points Brünner, D. R. G., II, p. 420 et s. Si le Cancellarius était mort, on aurait recours à une sorte de procédure en vérification des écritures. Le producteur de la charte dénigrée devrait fournir deux autres chartes de la main du Cancellarius, et il pourrait obtenir de la sorte le droit de présenter lui-même la preuve de la véracité de sa charte en jurant avec les aides jureurs : c'est ce que la loi ripuaire appelle : *« chartam suam super altare positam idoneare (etuniare) »*.

jamdudum in mallo publico Bernardum interpellaverat, sicut in ipsa notitia insertum est » (1).

Cola n'empêche point Bernard de transpercer la charte : « *Ipsam noticiam transpuxit* ». Les juges demandent alors à l'évêque s'il peut *ipsam notitiam veram adprobare*. L'évêque et son avocat répondent que oui. « *Tunc iudices et scabini decreverunt eis iudicium in primo placito... donent quinque homines firmatores ipsius noticie aut alios cognitores ætatum... ? (le nom de l'avocat ?) advocatum ipsius cancellarii, qui ipsam noticiam legibus jurantes veram adfirment* ». Au jour donné, Bernard ne put contester les témoins. Aussi ceux-ci, « *manus suas supra sacrum altare sancti Salvatoris imponentes, jurantes dixerunt quia ista notitia vera est, non falsa, sicut jam in vestra testificavimus presentia.* »

Dans le cas où l'un des *firmatores* de la charte était le roi, la véracité de la charte devenait plus difficile à attaquer, car on ne pouvait appeler en duel judiciaire un tel témoin : « *quia rex non habet campum ubi pugnat quam patriam* », dira encore plus tard Bracton (2). On ne pouvait l'attaquer que par une procédure formaliste dans laquelle celui qui désignait la charte risquait sa vie.

Loi Ripuaire, LX, 6 : *Quod si testamentum regio absque contrario testamento falso clamaverit, non aliunde quam de vita componat.*

Remarquons qu'en droit Lombard la charte judiciaire, c'est-à-dire la *notitia* dressée sur l'ordre du juge, fut traitée comme la charte royale en tant que document

1. Germer Durand, N. D. de Nîmes, n° I (Thévenin, n° 107).

2. Bracton, 142^b § II : cité par Hettier, *de l'enquête franke*, p. 13.

inattaquable, particularité qui, remarque Brünner (1), se rattache au développement précocé d'un certificat judiciaire inattaquable. Dans ce droit en effet, celui qui produit la charte, s'il n'a pas, par cela seul, gain de cause, est du moins « plus près du serment que son adversaire », comme le dit le droit anglo-saxon (2) : c'est lui qui prêtera le serment si son adversaire n'invoque pas un titre de droit. Il sera défendeur : c'est lui qui aura la vêtare, la gewere, la saisine.

Il sera dans la situation de celui qui peut invoquer une prescription de trente et un ans dans le droit Lombard : il pourra recourir directement au serment (3).

C'est pourquoi il se présente au *placitum* en exhibant sa charte, qui va lui procurer l'avantage de la preuve.

Un document du xi^e siècle (4) nous détaille la scène tout entière :

Cumque die statuta ante nos venissent, jamdictus abbas, clamorem inferendo et sue ecclesie rectum ostendendo, coram optimatibus nostris narravit, et illatas sibi a Vivardo injurias viva voce et aperta racione cunctis astantibus manifestavit.

Le demandeur, ici, arrive une charte à la main :

1. Brünner, D. R. G., II, p. 420 et ss. ; cpr. Glasson, *Hist. du dr. et inst. de la France*, III, p. 499 et ss. On comprend l'intérêt qu'avaient dès lors les parties à invoquer des chartes royales : cart. de Mâcon, n^o 243 ; cpr. Vaissette, II, c. 177, n^o 80 ; Marca Hisp., c. 769, n^o 5 ; Vaissette, II, c. 355, n^o 174.

2. Brünner, *Rechtsg. der Urk.*, I, 24, n^o 5 et p. 207 ; cpr. D. R. G. II, p. 424.

3. Bréquigny-Pardessus, II, n^o 394.

4. Doc. de 1043, Tardif, *Mónuments historiques*, n^o 268 ; Langlois, n^o 3.

« *rectum ostendendo* ». Notre traduction est conforme aux idées du temps, et le contexte la vérifie du reste, car il est dit plus haut que, jadis, « *suo in tempore Karolus Fossatensi ecclesie tradiderat.* »

Il s'agit donc bien d'une *traditio per cartam*.

Le demandeur est placé dans une situation préférable parce qu'il a une charte. Il a la saisine apparente ; il va faire la preuve. On demande au défendeur de lui disputer cette place. Mais il ne le peut et est obligé d'avouer. *Qui verbis non valens abbatis resistere, omnium judicio procerum confusus reticuit, reumque se proclamans pro rebus ecclesie male a se tradatis, nostro regali judicio rectum in manu posuit.* Le serment est dévolu à l'abbé, qui jure l'étendue des coutumes à percevoir : *Abbas igitur, manibus duorum clientum, coram omnibus sacramento probavit quod tutor ville jamdicte in ea jure non debet capere, nisi unum avene sextarium de arpennis in quibus hospites hospitantur.*

En résumé la charte n'est pas sans importance, ni la notice judiciaire. On ne peut pas dire, avec Sohm, que les « documents de justice ont la force de documents quelconques, et l'écrivain judiciaire, l'importance d'un écrivain quelconque » (1). Il y a plus. Le bien est déjà représenté sur le document avec ses signes particuliers. Les *sigilla*, les marques des parties et des témoins y sont aussi. Il y a là un aspect du droit encore un peu fragile, mais auquel nous voyons prendre avec le temps une importance de plus en plus grande, jusqu'au moment où l'on y verra

1. Sohm, *loc. cit.*, I, p. 528.

le véritable titre, celui auquel le pouvoir central attachera sa *firmatio*.

Ce qu'il importe de remarquer pour notre travail, c'est que ce droit apparent, ce droit sur le papier procurait une saisine, une possession de droit.

100. — Au-dessus de ces différents moyens de preuve, nous trouvons le serment et le duel judiciaire. Il est probable qu'à l'origine le duel était le seul moyen employé; qu'ensuite le serment prit une importance plus grande, fortifié qu'il était par les *cojurantes*; qu'enfin vint la preuve par témoins et par la charte. C'est là, nous semble-t-il, l'évolution suivie (1).

Quoi qu'il en soit, aux époques franke et du haut moyen âge, les véritables moyens de preuve sont toujours au fond le serment et le duel judiciaire. Ce sont eux qui terminent véritablement le procès. Comme on le disait encore à la *curia* royale, au XII^e siècle, l'on ne pouvait rien faire après le serment : « *Quia juramentum omnis controversie finalis erat* » (2).

1. Voir sur ces points d'importantes remarques de M. Esmein, *Cours élémentaire*, pp. 98, 100.

2. Doc. de 1131, cité par Luchaire, *Inst. Mon.*, II, p. 320. Sur le nombre et l'importance des Cojureurs qui appuient ce serment, on n'est pas très bien fixé, non plus que sur le rapport de leur rôle avec celui des témoins. On sait la différence que présentait le cojureur et le témoin : le cojureur attestait par serment la véracité de la partie qui jurait; les témoins confirmaient l'exactitude même du fait attesté par la partie. C'est là la grande division théorique. En fait, il arrivait quelquefois que les cojureurs, au lieu de jurer avec la partie, se contentaient de l'assister dans son serment, ou attestaient la véracité des dire. V. Liutpr., VI, 8; cpr. Lex Rib.

Ce serment, dérivé d'anciens usages païens, et approprié par l'église aux nouvelles conceptions religieuses, décidait du procès. Mais il s'agissait de savoir quel était celui qui avait le droit de prêter le serment; et c'est précisément ce qui donnait tout son prix à l'examen de la vêtüre du bien. — Ce serment a un caractère pétitoire accentué: les parties jurent leur exercice du droit légitime.

Enfin, comme dernier moyen de preuve, comme *ultimum subsidium*, nous avons le duel judiciaire.

Par conséquent nous ne trouvons pas encore le principe du *possideo quia possideo*, car le défendeur, même en possession de fait, ne conserverait pas le bien en se bornant à nier fortement l'accusation, celle-ci fût-elle vague et générale. Le juge pourrait, s'il ne voyait chez l'un ou chez l'autre aucun droit apparent, déférer ces deux adversaires au jugement de Dieu. Nous avons constaté plus haut un cas semblable. Nous pouvons citer aussi le suivant (1) :

« *Repetebat ei, dum disceret, eo quot terra sua de suo maso vel de sua potestate malo ordine propriisset; sed ipsi illi de presente ad stare videbatur, et hac causa fortiter denegavit, quod sua terra de suo maso malo ordine nunquam propriisset nec se nunquam retenuerit injuste* ».

L'attaque et la défense consistent ici dans une simple

33, 4; Liutpr., 9; Lex. Burg., 107, § 8, etc. Sur ces points, v. Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 71 et s. On trouve de nombreux renseignements dans Brünner, *Die Entstehung der Schwur.*, p. 114 et s.; Esmein, *loc. cit.*, pp. 63, 69, 110 et ss., 196 et ss.; Glasson, *Hist. du dr. et inst. de l'Angleterre*, tome I, §§ 25, 28.

1. Form. Salic. Bignon. (Thévenin, n° 39).

affirmation. La partie qui tient le bien le conservera-t-elle par cela seul, que son adversaire n'a point surmonté son droit? Nullement : nous voyons que le vicaire du comte fut d'un autre avis : « *Taliter fuit judicatum... ut ad crucem ad judicium Dei pro ipsa terra... pro hoc deberent aditare* ».

Un autre document nous montre un procès entre Hercherandus, évêque de Paris, et l'abbé de Saint-Denis (1) :

Repetebat (Hercherandus) ei eo quod ipsi Placidio Monasthirio, qui est constructus in honore sanctæ Mariæ et sancti Petri, in pago Pinciacense, quem Francius homo nomine Aderaldus ad casa S. Mariæ et sancti Stephani et sancti Germani per suum strumentum condonavit, ipse Foraldus abba ad parte sancti Dionisii post se teniat malo ordine injuste.

Le défendeur répondait au contraire : « *Quod ipso Placidio Monasthirio post se ad parte Sancti Dionisii numquam reteniat malo ordine injuste, pro eo quod dixit quod Francus homo, nomine Hagadeus, ipso monasthirio Placidio ad Monasthirio sancti Dionisii manus potestativas per suum strumentum condonasset ; et per ipsa traditione plus obtingit ipsæ Monasthirius Placidius ad casa sancti Dionisii adhærere, quam ipsius Hercherando Episcopo ad parte S. Mariæ et sancti Stephani et sancti Germani adredere* ». Tous deux présentent des preuves de leur affirmation : « *Unde et ipsa estrumenta præ manibus se habire adfirmant, et ipsas in præsentia nostra protulerunt recensendas ; etiam et de hac causa ab utrasque partes ibi certa cognovimus, et ad divina mysteria Christi misericordia*

1. Bouquet, *Scriptores*, t. V, n° XXXII, p. 734.

conspirante (sicut longa consuetudo exposcit, et ipsi voluntarie consenserunt) jubemus emanare iudicium, ut dum per ipsis strumentis de utrasque partis certamen non declaratur, ut recto thramite ad Dei iudicium ad crucem homines, his nominibus... exire adque stare deberint ».

L'évêque de Paris fut condamné parce que Corellus, l'homme qui le représentait, « *ad ipso dei iudicium ad ipsa crucem trepidus et convictus apparuit* » (1).

Dans cet exemple l'on remarquera que : 1° le duel judiciaire n'est qu'un moyen subsidiaire ; 2° il n'y a pas d'examen d'authenticité respective des chartes : on se contente de la *firmatio* de chacune des parties avec un nombre suffisant de cojureurs ; 3° la possession de la charte semble remplacer à tel point celle du bien, qu'au lieu de déférer le serment seulement au possesseur du bien, qui est l'abbé de Saint-Denis (puisque son adversaire Hercherandus l'accuse de « *tenere malo ordine injuste* »), on recourt au duel judiciaire.

101. — Nous en avons dit suffisamment pour permettre d'écarter l'opinion qui transforme toutes les revendications de l'époque franke en simples actions possessoires.

Comme le fait remarquer M. Bruns (2), la caractéristique du possessoire est : *a*) que le demandeur fonde uniquement son action sur sa possession et sur la perte injuste de cette possession, et *b*) que le défendeur ne peut

1. L'épreuve de la croix consistait à mettre les deux adversaires au pied d'une croix et à déclarer vaincu celui que la fatigue atteignait le premier : Rozière, form. 502, cité par Esmein, *Cours élémentaire*, p. 97, 98.

2. *Besitz im Mittel.*, pp. 289 ss., 291, 299, 301.

invoquer un droit sur la chose. Or le contraire se passe à l'époque franke et dans le haut moyen âge.

D'un côté, le demandeur se plaint toujours d'une violation de droit, et de l'autre, le défendeur invoque toujours un titre de droit.

Le demandeur dit :

« *Malo ordine tenes* », « *tenes injuste* », ce qui implique déjà une question de droit.

Il dira, comme l'abbé de Farfa à son adversaire (1) :

Tu tenes res de ista curte S. Petri que pertinet ad Monast. Volo sapere si tibi pertinet per cartulam, aut per hereditatem, aut per quodlibet scripti monumentum.

Et le défendeur lui répondra toujours en invoquant un titre : « *Autorem in placitum habere poterat hominem nomine Aimardo* » (2). Il dira : « *Quod ipsam hereditatem, quam ipse contra eum repetebat (le demandeur), genitor suus (vel quilibet parens) ipsam ei moriens dereliquerat, et de annis 30 inter ipsum et parentes suos, qui ipsam ei dereliquerunt, ipsam tenuissent, et secundum legem sit ei debita* » (3).

« *Quod ipsas res ego retineo, sed non injuste, quia de eremo eas traxi in aprisione* » (4). « *Non malo ordine sed juste ac legaliter possideo* » (5).

La même chose, au moyen âge, dans le document suivant du xi^e siècle :

« *Cœpit omnes narrare quomodo partitio supradicto*

1. Doc. de 981.

2. Thévenin, n^o 114.

3. Form. Turon. (Thévenin, n^o 25 et note 3).

4. Thévenin, n^o 88.

5. Doc. de 918. Gallia Christ., IV, Inst., c. 67, n^o 28.

tempore patris sui per ejus praeceptum inter Tetbandum Vetulum et abbatem Hunebertum facta fuisset, et quod ei tunc nulla consuetudo ac nulla dominatio in monachorum parte remansisset ». Comme on le voit, c'est sur un titre que les moines s'appuient pour réclamer leur franchise de l'impôt (1).

Plus tard, même dans les périodes troublées des xi^e et xii^e siècles, dans les époques de troubles et de violences, le fait n'est jamais invoqué comme pur fait, mais comme précédent, comme coutume, comme prestation consentie (2) :

« *Cognovi veridico relatu, dit le Comte, quod homines sancti Apri... locum ubi praedicta prata jacent (les biens contestés) a potestativa manu praedicti comitis et advocati villae Oscadae susceperunt, et denominatum xenium persolverunt ac annualem censum statuerunt et locum illum de sylva colendo in pratum redegerunt* » (3).

Ce n'est donc pas comme possession de fait, mais comme possession de droit, qu'est invoquée la saisine.

Sous ce rapport, on peut déjà dire, au xi^e et xii^e siècles, ce que répéteront plus tard les anciennes coutumes de Ponthieu et de Vimeu sous une forme plus romaine : « Possession sans titre souffisant n'est de valeur » (4).

1. Cartulaire de St-Aubin d'Angers (Flach, I, p. 235).

2. V. exemple doc. de 1048 : Dom Housseau, tome II, n^o 452 (Flach, p. 425) ; doc. de 1121 : *Cartulaire de l'abbaye de Savigny*, p. 484, (Flach, tome I, p. 426) ; *Chronique des églises d'Anjou*, p. 66, 67 ; *Miracles de St-Benoit*, p. 355 (Flach, I, p. 414 et ss.) ; *Cartulaire du Prieuré de N. D. de Longport* (xii^e siècle), ch. 44, p. 91, 92 (*ibid.*, p. 431).

3. Calmet, *Histoire de Lorraine*, tome I, p. 471.

4. Anc. Cout. de Ponthieu et de Vimeu), IX (Edit. Marnier, p. 122.

Soulement, souvent le titre sera le consentement tacite des personnes qui auraient pu contredire, et ne l'ont pas fait (1).

Du reste les parties le disent expressément : ce n'est pas simplement la saisine qu'elles invoquent. C'est une saisine héréditaire, une « *bonne saisine* » ; le droit a été exercé « *de tous jours et de si lonc tans que nus ne porroit monstrier le contraire* » (2). C'est une saisine fondée sur un titre, sur une concession, sur une prescription : c'est une « *longue saisine* » (3).

Le possesseur invoque « *la coustume* » (4) ; il réclame les choses « *com cil qui a fetes les choses sanz contanz* » (5).

En un mot, l'on retrouve déjà dans les demandes tous les titres qu'énumèrera dans la suite sous une forme systématique et romaine le livre de justice et plet :

« *L'on puet demander héritage par reson d'exschoete, par achat et par don, par engagement, par prest, par testament qui est fez d'aucun qui morz est ; et en totes ces choses puet avoir gage de bataille, se li héritages vaut plus de cinq sols* » (6).

1. L'ancienne façon de voir nous semble admirablement résumée dans le Code Prussien, qui nous dit § 80 : « celui qui se prête à un acte, qu'un autre exige de lui comme une redevance subsistante, met cet autre dans la possession de droit d'exiger de lui le renouvellement de cet acte » ; et § 81 : « celui qui entreprend un acte auquel un autre pourrait mettre opposition sans que cette opposition ait lieu, acquiert la possession de droit d'exiger de l'autre qu'il souffre dorénavant cet acte ».

2. Anc. Coutumier d'Artois (Tardif), XIX, § 5.

3. Anc. Cout. de Ponthieu et de Vimeu, IV.

4. *Ibid.*, XIII.

5. Justice et Plet, XVII, 3 § 3 (p. 271).

6. Livre de Justice et de Plet, IV, 4 § 1.

On ne peut donc dire que ce soit sur la vêtüre, envisagée comme possession, que porte le procès. C'est sur le droit matériel, sur le droit qui se trouve sous la saisine. Sans doute, c'est toujours une *investitura* réelle ou symbolique que les parties invoquent; mais la discussion dépasse de suite cette *investitura* et s'engage au fond du droit. Nous ne pouvons donc dire que la saisine, la vêtüre, soit le fondement du droit réel: ce n'est pas sur elle, mais sur lui que porte l'effort du procès.

La saisine n'est pas une possession juridique spéciale objet d'un examen possessoire distinct.

102. — On avait essayé pourtant de soutenir le contraire, et tout l'ouvrage d'Heusler est bâti sur l'idée que la vêtüre offre une utilité au procès dans les cas où le demandeur n'allègue aucun titre; il eût alors suffi au défendeur de jurer son droit pour repousser la demande. En un mot, la vêtüre aurait procuré dès l'époque franke la situation de défendeur à celui qui se trouvait en présence d'une attaque vague et générale. On aurait eu de la sorte un avantage analogue à celui que donnait la possession romaine: la béatitude du *possidens* aurait été affirmée dans le droit frank comme elle l'avait été à Rome, et le fut plus tard d'une façon typique en Angleterre.

Et cet avantage n'aurait pas été simplement attaché à la situation même de défendeur, c'est-à-dire à la situation faite par le procès, mais à la saisine dans le sens de possession, de jouissance du bien. Le saisi n'aurait pas

perdu sa situation de défendeur par le fait d'une expulsion : il aurait conservé, malgré l'expulsion, sa saisine et son avantage. L'on voit quelle notion particulière de possession juridique distincte M. Heusler attachait à la saisine, et combien elle s'éloigne de la nôtre.

Voyons réellement ; 1° si la situation de défendeur est attachée à la saisine ; 2° si la recherche de cette saisine fait l'objet d'une action possessoire.

Les documents de l'époque franke et de l'époque subséquente nous montrent qu'en effet (ce point de départ coïncide avec celui d'Heusler), dans le cas d'une attaque vague et générale de la part du demandeur, le défendeur conserve la saisine en jurant simplement son droit.

Veniens illi Andecavis civitate, ante illo agente necnon et illo vel reliquis qui cum eum aderunt, interpellabat aliquo homine, nomen illo, quasi fossado per terra sua, in loco noncupante qui vocatur illa vila, qui aspecit ad illa, ei fossadassit. Et taliter ipsi homo dedit respunso, quod terra sua fossado fecisset, nam terra ad illo homine nunquam fossadasset. Visus fuit ab ipsis magnificis ut illi in noctis tantas, aput homines tantus vicinis circa manentis de ipsa condita, mano sua quarta, in beselica domni illius senioris, excusare deberit quod terra sua male ordine nunquam fossadasset ; si hoc facere potebat, quietus et securus resediât ; sin autem non potuerit, contra ipso hominum satisfacere debeat (1).

On le voit, à une attaque reposant sur un simple affirmation, « *quasi fossado per terra sua ei fossadassit* », le

1. Rozière, form. n° 487.

défendeur répond simplement : *Quod terra sua fossado fecisset, nam terra ad illo homine nunquam fossadasset* ; et il s'en tire avec un serment. Ce serait, d'après Heusler, un avantage accordé à la possession.

Le document suivant nous montre une procédure analogue :

Veniens illi ante illo abbate vel reliquis qui cum eum aderant, interpellabat alico homine, nomen illo, quasi vineas suas, quæ erunt illius condam, illi ad parciaricias ei dededissit, ut, quamdiu ipsi illi se aptificavit, ipsas vinias ad parciaricias habere debeat. Interrogatum fuit ipsius illi sic ipsas vinias apud ipsas fuerant, anon.

Taliter ipsi locutus fuit quod illas convenencias, quod ipsi illi dicebat, apud ipso nunquam habuit.

Visum fuit ipsius abbate ut, dum hoc denegabit quod ipsas convenencias nunquam habuit, ut apud homines tantus ipsi illi us basileca domni illius excusare deberet, quod ipsas convenencias inter se nunquam habuissent ; se hoc facere potebat, precium quod se ipso acciperet ei reddere debeat ; si autem non potuerit, contra ipso emendare studiat (1).

C'est une attaque semblable qui permet au défendeur, dans le procès rapporté par le cartulaire de Redon (2), de jurer avec quatre cojureurs « *quod justius et proprius esset terra ad Ran Brochan quam ad Ran Henbar.* »

Les documents de cette nature sont assez rares, comme l'avoue M. Heusler lui-même. Nous ajoutons qu'ils ne doivent pas recevoir l'interprétation qu'il leur donne. En effet le défendeur qui, s'appuyant sur sa possession (le

1. Rozière, form. 488.

2. N° 46 ; cité par Heusler, Gewere, p. 75.

corpus), jure son droit (*l'animus*), ne trouve en face de lui aucune objection fondée. Il conserve son bien en s'appuyant, non sur sa saisine comprise d'une façon indépendante du droit, mais sur son droit apparent. Il est dans la situation de celui qui détient la charte, telle que nous l'avons vue plus haut : il est plus près de la preuve, ce qui veut dire plus près d'avoir fourni la preuve.

Il est en possession de droit et non pas en possession de fait. C'est pour cela que les livres coutumiers allemands du moyen âge le proclameront être « plus près à posséder la chose » (1). En outre, ce qui démontre qu'il y a ici une notion de droit, c'est que le serment attribué au défendeur lui confèrera un avantage définitif.

On le voit, d'un côté on ne peut considérer comme un simple avantage possessoire une notion telle que « *melior est causa possidentis* », qui touche au fond du droit ; et de l'autre cette saisine n'est nullement attachée au sol, à la chose, mais au droit. Oui, celui qui montre son droit en exhibant la charte, en amenant un nombre de cojureurs plus grand, ou de témoins plus probants, est dans une situation analogue à celle de l'homme qui a la possession de la chose et qui affirme qu'elle est sienne. L'un, comme l'autre, aura, si on ne lui oppose pas une preuve préférable, l'avantage du serment.

Nous nous écartons donc des explications communément données.

1. Sur le système de la preuve, Van Bemmelen, *loc. cit.*, p. 54, note, et 56. Cpr. Laband, *die vermög.*, p. 108 et 166 ; Heusler, *Gewere*, p. 60, 88, 219 et ss., 228 ; *Institutionen*, III, p. 23 et ss., p. 10 ; Heber, *die Bedeutung*, p. 42, 45, 46 ; Hermann, *das immobil.*, p. 158 et ss.

Tout le système de la preuve en matière d'actions réelles, disait-on, est, comme en droit romain, fondé sur le principe que lorsque les affirmations des parties sont équivalentes, c'est le défendeur qui obtient la preuve. En droit frank comme en droit romain, c'est le défendeur qui a le meilleur rôle (1). Le vieil axiome « *melior est causa possidentis* » expliquerait cette préférence du droit romain ; en droit frank, elle serait justifiée par d'autres considérations. En droit romain, le défendeur serait dans une meilleure situation parce qu'il n'a pas à faire la preuve ; en droit frank, il serait dans une meilleure situation parce qu'il a à faire la preuve. En un mot, la preuve, qui est considérée comme une charge à Rome, devient un avantage dans le droit frank (2). A part cela le principe serait le même dans les deux droits.

Nous croyons d'abord que l'on a beaucoup joué sur les mots. Si le défendeur a la preuve, ce n'est point uniquement un avantage, car il doit au moins trouver le nombre de cojureurs nécessaires pour son serment, et même, en présence d'une attaque précise, exhiber une charte, prouver une possession de trente ans, démontrer que son père tenait le bien ; il y a là un certain nombre de recherches qui offrent des difficultés.

Ensuite, même dans le cas où l'attaque était vague et générale, on oublie que la preuve n'est pas faite unique-

1. V. Heusler, *Gewere*, p. 87 ; *Institutionen*, II, p. 45.

2. Heusler, *Gewere*, p. 73 ; Brünner, *D. R. G.*, II, p. 373 ; Schulte, p. 416 ; Hübner, *das immobilienr.*, p. 160 ; Glasson, III, p. 462. En sens contraire, Van Bemmelen, p. 54.

ment par le serment, mais aussi par l'aspect de la saisine. Le défendeur a le *corpus*, il affirme l'*animus*, en un mot, il est en possession du droit. Ce n'est pas le serment nu qui est sa preuve. Le serment ne fait que la parachever.

Enfin l'obligation elle-même du serment, c'est-à-dire de l'allégation d'un titre, réfute d'une façon péremptoire ceux qui veulent rattacher la preuve à la possession de fait, et non à celle de droit.

Il reste à se demander pourquoi on exige toujours une allégation de titre. Nous croyons que la situation sociale du temps l'explique suffisamment. Sous une coutume qui admet que la communauté ou le prince possède tout ce que le sort n'a point attribué à la famille, ou la nature même des choses (le fait d'être non reconnaissable ou transitoire) à l'individu, un possesseur de terre, qui répondrait « *possideo quia possideo* », se verrait immédiatement exproprié. Il faut tout au moins qu'il jure son titre. Le caractère pétitoire du serment du défendeur tenait donc à la nature même de l'état social primitif.

103. — Nous pourrions nous arrêter ici, et considérer l'opinion d'Heusler comme suffisamment réfutée. Nous voulons aller plus loin, et démontrer, par les textes mêmes qu'il allègue, que cette opinion n'est pas fondée.

Elle s'explique, suivant nous, par le fait qu'Heusler, ayant expulsé la vêtue de tous son vrai domaine, se trouva bien embarrassé : que faire de la *vestitura* ?

Comme il le dit très bien lui-même : « Une notion qui ne produirait aucun effet juridique ne mériterait pas

l'attention du jurisconsulte. » Il fallait donc chercher un effet à la *vestitura*. Il crut le trouver en faisant de la vêtüre une notion possessoire procurant la situation de défendeur et faisant l'objet d'un examen et d'une procédure spéciale.

Oh ! ce n'était pas une procédure tapageuse. Le savant jurisconsulte avouait ce petit possessoire « un peu confus », « encore mal dégagé du pétitoire » ; bref il ne lui donnait que juste le souffle suffisant pour faire vivre sa théorie de la saisine. C'était peu, mais indispensable ; car, si ce *possessorium* avait disparu, toute la théorie d'Heusler se serait écroulée, et l'on aurait vu que la saisine était non pas une possession à côté de la propriété, mais la forme plastique même de l'ancienne propriété.

L'examen des textes invoqués par Heusler va donc nous permettre de voir d'une façon définitive si sa théorie de la vêtüre est admissible ou non.

On aurait, d'après lui, été obligé dans quelques cas de recourir à un examen possessoire, pour découvrir quel était le véritable possesseur. Cela se serait passé : I. lorsque le demandeur alléguait avoir été expulsé ; II. ou lorsque la possession des deux parties était douteuse au point de rendre un examen sur les lieux nécessaire.

I. — *Expulsion.*

104. — L'expulsé ne perdait pas sa *vestitura* par l'expulsion. Le principe, facile à concilier avec notre théorie de la vêtüre forme du droit de propriété, l'est moins avec

celle d'Heusler. Aussi Laband, pour plus de sûreté, le niait, et négligeait les textes qui nous montrent le demandeur invoquant sa vêtüre comme le défendeur et déclarent qu'il n'y a vêtüre que « *si invenitur justa atque legitima* ».

Heusler tenait compte de ces textes. Mais, en cherchant à faire décider la question de la vêtüre par un examen possessoire, il oubliait que la recherche d'une *vestitura justa atque legitima* est avant tout une question pétitoire.

Examinons attentivement les textes cités.

Le premier est tiré de l'*Historia Frisingensis* de Meichelbeck, n° 368. Il s'agit d'un bailli de l'évêque Hitto qui intente une action contre un certain Waldker, *quod injusto curtem ecclesie intraret et proprium servum Marice vapularet*. — Le défendeur pose de suite une réponse au fond : *curtem suam propriam esse*.

Nous avons donc, dès les premières déclarations des parties, une question de propriété à trancher. Le comte décide une enquête, pour savoir *utrum ille vel episcopus vestituram haberet*. L'enquête ayant donné des résultats favorables au défendeur, le jugement déclare : *Hittonem episcopum vestire debere*. Le même jour a lieu l'envoi en possession réelle, l'investiture réelle : *Die vero eadem legitimum missum episcopi cum corde unde signum tangeretur... et se ipsum in evum se absacitum fecit*.

Ce qui nous prouve que c'était bien l'expulseur qui était en possession actuelle, car autrement il n'aurait pas eu besoin de céder l'*investitura* à l'autre. M. Heusler voit donc à tort, dans cette double succession de l'*investitura*

symbolique et de l'*investitura* réelle, le résultat de deux procès dont le premier serait possessoire.

Le second exemple, qu'il a tiré de Muratori, *III*, 643 (n° 1010), est encore moins convaincant en sa faveur. Nous voyons le défendeur affirmer sa propriété : « *mansus mea propria est* ». Là-dessus il y a une enquête, et un duel judiciaire décide « *de investitura prædii* ».

Cette affirmation de propriété, ce moyen du duel judiciaire, qui a toujours, comme le remarquait encore Merlin au début de ce siècle, répugné essentiellement au procès possessoire, nous montrent qu'il s'agit encore ici d'une question pétitoire.

Le troisième exemple est tiré de Muratori, *V*, 309 (année 902), et nous en empruntons encore l'analyse à M. Heusler (1).

Viventius, au nom de la cour épiscopale, intente une action devant l'évêque de Lucca contre le prêtre Gisbert :

Quod introivit in ecclesiam S. Gervasii una cum rebus ad eam pertinentes, et tulit exinde oblationes et fruges, tam ipse quam homines quas ipse trasmisi, et in sua potestatem malo ordine avet.

Le défendeur répond : *quod hoc veritas non esset*. La preuve va au demandeur : interrogé sur le point de savoir *si hoc per testes approbare potuisset quod dicebat*, ou non, il déclare *quod hoc per testes approbare non posset*. Aussi le jugement décide que Gisbert devra jurer sur les évangiles : *Quod in plebe S. Gervasii et in casis et rebus ad eam pertinentes non introisse, nec oblationes et fruges*

1. Gewere, p. 97.

exinde tulissent... Après ce serment, Viventius demande à Gisbert : *Volo scire si iste Ghisbertus contendere aut contradicere vult suprascriptam ecclesiam S. Gervasii, cum casis et rebus ad eam pertinentibus, aut si abuit et abet exinde ordinationem aut electionem, vel qualibet scriptionem aut firmitatem, per quas ipsam plebem vel rebus ejus contendere, aut contradicere possit.* Gisbert répond : *de ipsa ecclesia S. Gervasii ordinationem nec electionem neque firmitatem numquam abui nec abeo.* Aussi, le jugement déclare que l'évêque aurait l'église *sine contradictione Ghisberti.*

Nous n'avons là rien qui ressemble à un procès possessoire. A l'accusation du demandeur le défendeur répond par une négation ; et comme cette accusation est faite sans preuves, il est admis à prêter serment. Il ne s'agit nullement, comme le prétend Heusler (1), de fixer le rôle des parties.

Il serait facile d'ajouter pour les cas d'expulsion un grand nombre d'autres documents à ceux d'Heusler, mais sans plus de résultats en sa faveur.

109. — En résumé, l'époque franque n'a connu dans le cas d'expulsion aucune procédure possessoire. Les sources nous le prouvent, et nous ne croyons même pas, comme le pense M. Hübner (2), que la possession ait toujours donné dans ce cas l'avantage de la preuve au détenteur. Le juge donne cet avantage, comme nous l'avons déjà vu et comme nous le verrons encore plus tard, à celui qui a le plus clair et

1. *Gewere*, p. 98.

2. *Das immobilienrecht*, p. 56.

apparent droit; si bien que, aucune des parties ne faisant apparaître son droit, nous pensons que le juge aurait attribué le bien au roi ou au suzerain, pratique que nous rencontrons encore plus tard dans les jugements des assises de Normandie :

Judicatum est quod domino regi remaneat terra, de qua facta fuit in assisia, coram Petro de Teilleio, inter Thomam de Lyon, de una parte, et W. Cozuart ex altera; cum idem Thomas diceret quod terra illa ei remanserat ad finem versus eundem Win assisia, et unde exigebat recordationem; de quo recordatum fecit quod ei ad finem non remansit, et quod alia vice de terra illa facta fuit quedam recognitio feodi et vadii inter eos, per legales milites et homines, qui dixerunt quod ullus eorum in illa jus habebat; et unde ex tunc alia vice in manu domini regis capta fuit per judicium, et dixerunt quod erat jus Radulfi Huïgnen, qui erat in Anglia (Delisles, n° 172).

II. — Possession douteuse.

105. — Voyons maintenant les cas de possession douteuse.

« Les cas de possession douteuse, dit M. Heusler, se présentent lorsque deux personnes ont exercé les mêmes actes de jouissance sur les mêmes biens. Elles ont engrangé la moisson, reçu les mêmes prestations d'un colon, et disputent précisément sur ce point. Ces cas peuvent se présenter aussi lorsque des limites sont contestées entre

voisins, ou qu'une certaine partie du territoire est contestée » (1).

Nous subdiviserons donc notre examen en deux parties :
a) Les cas de possession douteuse; b) Les contestations de limites. Nous chercherons si dans l'un de ces cas nous trouvons un examen véritablement possessoire.

a) Cas de possession douteuse.

Le document le plus curieux se trouve dans Muratori, *Ant.*, I, c. 973 (année 806). Nous empruntons à M. Heusler (2) l'analyse de ce long document.

Gisilar, procurator du fisc royal, intente devant le tribunal royal de Pistoja une action contre le monastère de Saint-Bartholomée de Pistoja en alléguant que ce dernier l'a troublé injustement dans sa possession. L'ancienne formule « *malo ordine detines* » est ici, chose curieuse, remplacée par une action en forme d'interrogation : *pro quod abes res qui fuit quondam Ratperti, quem a parte curtis domini regis pertinere debent*. Le monastère lui oppose qu'il a une possession régulière, et lui présente des écrits desquels il ressort que le précédent possesseur *incontesté*, Ratpert, lui a fait tradition de ces biens. Le demandeur réplique pouvoir prouver qu'auparavant Ratpert l'avait investi : *Quomodo pars curtis domni regis de casis et res quondam Ratperti investita fuit*. On prend jour pour la preuve de cette possession, et au jour fixé Gisilar amène des témoins qui déclarent : *Scimus de casa et res illa, quia exinde fuit parte curtis domni regis investita, et homines*

1. Heusler, *Gewere*, p. 94.

2. *Gewere*, p. 101.

curtis domni regis inibi intus erant, et Austroalda (sœur de Ratpert) a parte domni regis servitium faciebat; et quod hoc scimus, sunt annos quinque et amplius. Sur ce, le jugement intervient : Facimus secundum testimonium pars curtis regie investire, ita ut post revestitura adhuc exinde iudicium haberent.

Tout n'est pas fini, nous dit cette dernière partie du jugement. En effet, nous voyons ensuite l'abbé du monastère intenter de son côté contre Gisilar une action en restitution du bien, en s'appuyant encore sur les anciens documents en vertu desquels Ratpert aurait livré au monastère ses possessions. Gisilar objecte qu'il a déjà répondu ; ces documents ne le touchent pas : *Quia ego jam consignavi, quomodo exinde pars domni regis investita fuit, et pro ipsa revestitura eas casas et res a parte domni regis avere volumus.* Le tribunal n'est pas de cet avis ; il demande à Gisilar : *Si potuisset aut per scripti aut per testibus facere talem consignmentem, quomodo casas et res ipse quondam Ratpert a parte regis dedisset, per quem eas parte regis legibus avere debeat; et, en même temps, quomodus Ratpertus non fuisset potestativus in monasterio S. Bartholomei de re sua nullo modo facere.* Là-dessus, Gisilar déclare qu'il n'a aucune preuve à offrir. Aussi le tribunal rend-il au monastère le bien.

Ce document curieux et unique a exercé la sagacité des commentateurs.

MM. Heusler et Pertile (1) y voient la preuve que déjà,

1. *Storia del diritto Italiano*, IV, p. 171. Heusler, *Gewere*, p. 101 et ss.

au ix^e siècle, le possessoire s'était séparé du pétitoire. La première phase du procès, d'après eux, tend simplement à l'affermissement du rôle des parties, à l'attribution de la possession à l'une d'elles. Austroalda a possédé pour le compte du fisc, et dès lors celui-ci se trouve en possession.

M. Hübner (1) est indécis. Il voit dans le changement qu'a subi la formule ordinaire un indice de l'influence de la procédure romaine, et dans le fait qu'il n'a pu trouver aucun texte semblable, la preuve d'un caractère exceptionnel qui lui interdit toute généralisation.

M. Brünner paraît croire qu'un privilège du fisc explique le double moment de la procédure. Dans un capitulaire leg. add. de 818-819, c. 20 (Boretius, I, p. 185), il est dit que la possession fiscale, réclamée par un tiers, ne peut être transportée à celui-ci qu'en vertu d'un ordre royal.

C'est vers cette opinion que nous inclinons. Les témoins du fisc, en effet, déclarent simplement que celui-ci avait été en possession cinq ans auparavant, sans indiquer si cette possession était valable ou non. D'un autre côté, le demandeur Gisilar reconnaît que son adversaire est en possession, car il dit : *pro quod abes res qui fuit quondam Ratperti*; il avoue donc, contrairement à l'opinion d'Heusler, n'être pas en possession. Le jugement qui ordonne de le revêtir le prouve aussi. Donc le fisc avait été en possession, justement ou injustement, peu importe; le

1. *Das immobiliar.*, p. 59 et ss.

monastère l'avait supplanté irrégulièrement : il devait restituer.

Ces irrégularités de la procédure, cette forme romaine plus accentuée ne nous étonnent nullement dans une procédure fiscale. Les Barbares ont toujours soigneusement respecté le fisc et ses privilèges. Les intérêts de leur exploitation y étaient directement engagés.

Les autres preuves citées sont moins embarrassantes. Comme cas de possession douteuse on nous indique le passage suivant de la loi de Bavière, XVII, 2 :

Si autem suum voluerit vindicare illum agrum aut pratum vel exartum vel unde illa contentio est, taliter vindicet : juret cum sex sacramentales, et dicat : ut ego in tua opera priore non invasi contra legem, nec cum sex solidis componere debeo nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus. Tunc dicat ille qui quærit : ego habeo testes, qui hoc sciunt quod labores de isto agro semper ego tuli, nemine contradicente, exaravi, mundavi, possessi usque hodie, et pater meus reliquit mihi in possessione sua.

Il s'agit, comme on le voit, d'une question d'occupation, et non de possession. L'un prétend être le premier occupant : *quia mea opera et labor prior hic est quam tuus.*

Un troisième document sur les cas de possession douteuse nous est fourni par Meichelbeck, n° 702 (année 855). Il n'est pas plus probant que les autres, car si le juge décide une enquête sur le point de savoir : *qui vestituram prius haberet...* (mots soulignés par Heusler, et pourquoi?), il ajoute aussitôt : *...Testes exhibere, si triginta annorum ætate subjectæ essent vineæ ad domum S. Marice, nunquam mutarentur ; sin aulem, ad locum trientiarum revertissent.*

Il parle au défendeur. Il l'autorise à fournir la preuve de sa possession de trente ans ; et ce qui prouve bien que ce défendeur est le possesseur de fait, c'est qu'il devra rendre le bien s'il n'arrive pas à faire sa preuve.

Nous arrivons enfin à la quatrième et dernière preuve : Baluze, n° 102 (année 876). Il s'agit d'un *præceptum* du pape Jean VIII au sujet d'une église qu'il déclare : *cum a pravis hominibus longo tempore fuisset retenta, Karolus imperator, cum eam ad jus ecclesie Augustidunensis pertinuisse legitime cognovisset, et possessam primo ab ea et postea pervasam a violentis hominibus liquido didicisset, hanc præcepto suæ auctoritatis episcopo reddidit.*

Ce document est intéressant, car il nous montre déjà une tendance à la répression des violences ; mais il ne prouve nullement une action possessoire où le fait de la détention paisible serait seul invoqué. Le titre de l'église a été déjà examiné et trouvé bon. Qui ne voit, du reste, que c'est sur le mot « *legitime* » que porte la phrase, et non sur le mot possession qu'Heusler souligne avec tant de complaisance.

De tous ces documents, le premier seul peut laisser subsister un doute ; tous les autres prouvent, au contraire, qu'il n'y avait point de *possessorium* servant à affirmer le rôle des parties, et que l'initiative de l'action, et par conséquent la répartition de l'avantage de la position de défendeur, est abandonnée au soin des parties (1).

b) Cas de hornage.

1. Il semble même que M. Heusler ait en partie abandonné sa première opinion dans son dernier ouvrage, *institutionen*, II, § 85. Il ne cite plus que des documents du moyen âge, pour les cas de pos-

Les procès de bornage, qui certes peuvent, plus que d'autres procès, donner naissance à un examen possessoire, ne montrent pas davantage cette sorte de *possessorium* dont parle Heusler.

Les difficultés sur la possession ne manqueraient point pourtant dans les cas de bornage. C'est à ce propos que s'exerce chaque jour le travail astucieux du paysan qui veut empiéter sur le voisin ; il a changé les bornes de places, effacé les indices et les marques. Auquel des deux adversaires faudra-t-il confier le serment ? Un examen possessoire semblerait nécessaire.

Or nous n'en rencontrons point. Le seul cas que cite M. Heusler (1) lui semble à lui-même douteux, et il s'en prend aux praticiens Lombards, qui, par inexpérience, n'auraient pas mis en saillie la différence qu'il introduit, lui-même, entre le *possessorium* et le *petitorium* dès l'époque franke.

Un autre cas est indiqué par la loi des Alamans, 81. Nous n'y trouvons pas d'examen possessoire. Les deux parties se rendent sur les lieux, prennent une motte de terre et l'apportent au comte, qui la confie à un séquestre. Un duel judiciaire décide de la contestation.

Dans un document languedocien de 836 (2), nous voyons les parties affirmer, l'une que les biens contestés, des session douteuse en Allemagne au moyen-âge. Voir aussi doc. de Laband, *die Vermög.*, p. 18 et ss.

1. Gewere, p. 102, doc. tiré de Baluze (n° 106).

2. Vaissette, II, c. 194, n° 90, cité par Hübner, p. 64. On peut ajouter aux documents qu'il cite un doc. de 852 : Vaissette, II, n° 76 ; et un doc. de 897 ; Vaissette, II, n° 18.

terres et des vignobles, sont « *infra termines de villa Maximiniano* », l'autre, qu'ils ne sont pas « *infra termines de villa Maximiniano* ». Là-dessus ont lieu une enquête et une interrogation de témoins, qui jurent les limites. A la suite de ce serment, on attribue la vêtture au défendeur. Rien qui ressemble à un procès possessoire.

Nous ne trouvons pas non plus de procès possessoire dans le curieux document qui suit (1). Il s'agit d'une notice de délimitation de territoires appartenant à une abbaye. Cette délimitation a lieu à l'occasion de revendication immobilière.

L'évêque Betto arrive devant le comte Hildegorn : *in mallo publico... novem legitimos testes ibi præsentavit, quorum nomina hec sunt... Isti testificaverunt et juraverunt de finibus Besnensis monasterii quod a fine Pontense etc..... per istas marcas, inter ipsos fines immunitas sancti Petri est ad integrum; et in loco qui dicitur Boëus Monachorum similiter; et in alio loco qui dicitur Longo Bosco immunitas (propriété) sancti Petri ad integrum. Et in alio Longo Bosco communitas (jouissance)... Et deinde usque ad stratam fractam, et deinde usque ad finem Burburenenseno, atque Villarum, immunitas sancti Petri est ad integrum. Per istas marcas euntes ipsi novem testes, quos supra nominavimus, misso secum Balacterio illustri viro ab Hildegarno Comite et a suis scabinis, dice-runt et per judicium testificaverunt, quod a tempore Pipini Regis, et deinceps per tempus Domni Karoli Magni Imperatoris, vidissent inde legitimas vestituras ad partem sancti*

1. Besuens, *abbat. chronic.* (*Anal. Divionens.* Garnier, p. 250), doc. du ix^e siècle.

Petri haberi, ita ut nec Aldo nec heredes sui ullam legitimam vestituram exinde unquam habuissent; sed per legem et justiciam vestitura S. Petri Fontis-Besnensis erat. Tunc ipsi scabinei unanimiter judicaverunt, quod omni tempore ipsæ res per illas marcas ad partem Sancti Petri essent vindicatæ, atque legibus conquistæ.

Nous avons ici un double serment. Le premier serment est prêté sur la délimitation du territoire : *juraverunt de finibus* ; le second, sur la « *vestitura* ». Ce qu'il y a de curieux, c'est que c'est précisément le serment sur la *vestitura* qui est prêté sur les lieux (*dixerunt*), puis répété en justice (*et per judicium testificaverunt*). L'examen, au lieu d'être possessoire, est au plus haut point pétitoire.

C'est aussi pour arriver à une décision au fond que, dans un document italien de 673, nous voyons le roi Pertharite envoyer un *missus* sur les lieux ; le *missus* attribue un bien à la ville de Piacenza sur le fondement du document judiciaire qu'elle présentait (1).

Tous ces examens ont un caractère pétitoire des plus accentués, et lorsqu'on se rappelle ce que nous avons dit de la marque et de la charte au début de ce chapitre, on comprend facilement l'enquête qui a lieu. Le demandeur produit une charte ou des témoins. La charte atteste que le bien a telles limites, qu'on l'a marqué de telle façon ; ou bien les témoins qui ont assisté au bornage font des déclarations identiques. Il n'y a plus qu'une chose à faire ; c'est d'aller constater si les signes se trouvent encore à la même place, si les indications fournies

1. Troya, II, p. 533 ss., 340.

se trouvent vérifiées, et quelles sont la nature et l'étendue du droit exercé. L'examen est pétitoire.

Les procès de bornage conservent cet aspect pendant tout le moyen âge (1). Et même il semblerait que souvent le procès ait été décidé sur une simple reconnaissance des limites par record du juge, comme nous le montrent les livres de justice et plet (2).

En vérité, il nous est impossible de découvrir dans les procès franks, et dans ceux du haut moyen âge, le *possessorium* dont nous parle Heusler. Sans doute une enquête sur les lieux se fait assez souvent; mais le caractère de cette enquête est pétitoire au plus haut point : la reconnaissance du bien et de ses signes était même ce qui donnait à la revendication de l'objet son caractère réel. Le procès possessoire n'est apparu que sous l'influence du droit romain, influence elle-même aiguillonnée, poussée par la formidable évolution économique et sociale qui aboutit au XIII^e siècle.

La majorité des auteurs est du reste d'accord pour repousser ce procès possessoire, cet avantage donné à la

1. Heusler à ce propos nous renseigne sur une curieuse pratique qui avait lieu en droit Allemand. Dans les cas où les voisins ne pouvaient décider, où il n'y avait point de majorité en faveur de l'une ou de l'autre des parties, chacune se rendait sur les lieux et désignait les bornes qu'elle donnait à sa possession, puis jurait qu'elle avait agi de bonne foi. La part comprise dans les affirmations de chacune des parties était partagée entre elles également. Heusler, *op. cit.*, 261 et ss., et aussi p. 257 et ss. Dans l'Anjou et le Maine, on décidait d'après la possession : *Anc. coutum.* (édit. Beautemps-Beaupré), n^o 482, tome II, p. 184.

2. *Livre de justice et plet*, V, 3 § 3.

possession dès l'époque franke (1). Et il semble même qu'Heusler en ait fait autant, car dans son dernier livre des *Institutionen* il ne parle plus que de la période du moyen âge allemand postérieur.

Nous revenons toujours à notre ancienne question : quel rôle a joué la *vestitura*, la saisine ? Elle n'est point le fondement du droit réel, et pourtant on l'invoque sans cesse quand on invoque un droit réel.

Elle n'est point une notion possessoire, et cependant, pour la prouver, l'on examine la possession.

Il nous faut la chercher dans l'idée du droit objectif et apparent qui domine tout notre exposé, et voir si sa valeur dans le procès ne tient pas à la visibilité, au caractère plastique qu'elle donne au droit, à la forme de possession juridique que doit prendre tout droit réel pour se présenter en justice.

Véritable fonction de la saisine dans le procès. — Elle est la forme sous laquelle le droit se défend et se recouvre.

107. — La véritable fonction de la saisine dans le procès n'est donc ni de fournir à la prétention un fondement ni d'offrir aux parties une situation de défendeur assuré. Non, la saisine est moins que cela et plus que cela. La saisine est la possession juridique, c'est-à-dire la forme

1. V. Bruns, *Besitz im mittel.*, p. 281 à 300, p. 305 ; Meischelder, p. 180 ; Laband, *die Vermögenrecht*, § 33, et *Critich. Viertel*, p. 393 ; Alauzet, *hist. de la possess.*, pp. 77, 82 ; Van Bemmelen, p. 98.

nécessaire sous laquelle le droit réel est invocable en justice : en ce sens qu'un droit réel ne peut prétendre à la reconnaissance en justice que sous la forme de saisine, et qu'il n'est point permis d'alléguer un droit qui ne serait pas revêtu d'une saisine, d'une saisine régulière comprenant, comme nous l'avons dit, le *corpus* objectif et l'*animus* objectif. Si l'une de ces deux conditions manquait, il n'y aurait pas de droit invocable. On serait obligé de remonter jusqu'au moment où l'on retrouverait un droit entouré d'une saisine régulière et se présentant sous ses deux espèces : le *corpus* et l'*animus*.

On ne peut, disons-nous, invoquer une saisine sans *corpus* et sans *animus*.

108. — a) Si l'on a perdu le *corpus*, on ne peut invoquer la saisine actuelle du bien : ceci nous semble démontré pour le moyen âge, et même pour la période précédente.

Dans un document Lombard, nous voyons même cette idée détaillée. Le demandeur indique qu'il a perdu la saisine en perdant la jouissance actuelle du bien :

« *Contra lege et malo ordine introivit in res nostras, et inibi arbores injuste taliavit et terra nostri monasterii aravit, et nos inde devestivit* » (1).

C'est aussi ce que signifient les nombreux documents de l'époque franke, qui nous montrent l'expulsé remis en possession par l'expulseur, et réinvesti. Nous avons eu déjà de nombreux exemples de ces cas où l'expulsé, continuant à invoquer une *vestitura* pour demander à être réin-

1. Lex. Langob., c. 391, n° 234 (Fumagalli, p. 375).

tégré dans son bien, se voyait réinvesti (1). Si l'expulsé n'avait pas perdu la vêtue actuelle, il est clair qu'on aurait pas pu le réinvestir. Il faut admettre qu'il avait conservé sa « *vestura* » ancienne et perdu l'apparence de l'actuelle, pour accorder ces textes.

Cette façon de voir avait persisté au moyen âge. Le demandeur réclame d'être remis en la saisine qu'il a perdue sans sa volonté (2) :

« Je me plains de Guillaume, qui est entrez en une meson assisse en l'ostelerie, en la censive le roi, et s'en est mis en sésine contre ma volenté, dun Pierres de Chilli, mon père, mori sésiz et vestuz, et tenanz de seignor; si deviens la sésine avoir, comme cil qui est sis heirs, et bien si apèle, et de la partie dont la chose mut; et bien me alignagerai, se mestiers est, se m'a nié; et se il m'a queneu, je demans la sésine, ou droit, se je la doi avoir ou non; et ce sui prez de prover, si com je devrai, par moi et par garanz. »

Le demandeur invoque une saisine ancienne régulière contre une nouvelle saisine acquise irrégulièrement; le demandeur avoue que son adversaire s'est mis en saisine.

Notez que nous ne disons pas que la personne qui a perdu le *corpus* a perdu son droit, ou même sa bonne saisine; mais nous disons que, comme elle ne peut invoquer son droit que sous l'apparence d'une possession légitime, et qu'elle n'a pas le bien en main, elle est obligée, pour prouver sa saisine, de remonter à une époque où elle avait le *corpus*.

1. Meichelbeck, n° 368; Muratori, III, 673; V, 309; I, 973.

2. *Livre de Justice et Plet*, XII, 26 § 1.

109. — *b)* La saisine n'est pas invocable non plus si l'on n'a pas ou si l'on n'a plus l'*animus*. Nous parlons de l'*animus* objectif. On n'a pas l'*animus* si l'on n'a pas, dans la solennité de la vêtue, affirmé et son droit et le temps pour lequel on compte l'exercer. L'idée de la saisine conçue comme *usus*, comme jouissance, comme transférable à temps est nécessaire à rappeler pour nous faire concevoir un tel *animus*.

Suivant que l'on aura été investi « *ad perpetualiter possidendum* », « *in perpetuum* », ou « *ad vitam* », ou « *ad tempus* », ou « *pour soi et les hoirs de son corps* », ou sous condition, la saisine, avons-nous dit, sera invocable un temps plus ou moins long, et il faudra démontrer que le terme ou la condition est ou non échu, que l'on a conservé ou recouvré l'*animus*, en un mot, que le droit est actuellement invocable.

Y a-t-il propriété ou fief concédé ? Y a-t-il location de longue durée ou non, usufruit ou douaire, gage, cens, rente, prêt, commodat ? Toutes ces questions se posent ; car elles décident de la qualité et de la durée de l'*animus*, et par conséquent de l'existence de la saisine chez l'une ou l'autre des parties.

Nous avons déjà examiné ces cas dans nos deux premières parties. Nous n'y reviendrons pas (1).

Dans toutes ces hypothèses, le défendeur est obligé de restituer, bien que sa possession existe dans le sens de jouissance de fait, lorsque cette jouissance de fait est prou-

1. Voir *suprà*, pp. 152 et ss.

vée ne pas recouvrir un droit. Sa saisine, étant jugée mauvaise, tombe ; et l'aversaire reprend le bien en s'appuyant sur sa saisine précédente, en même temps que sur le contrat, la perte, le vol, les actes qui démontrent que la saisine de son adversaire était *injusta* (1).

110. — C'est ainsi que procèdent, en 1284, les religieux du Prieuré de Beauray, plaidant contre le duc de Lorraine pour se faire rendre une redevance annuelle d'un muid de blé, dont le duc de Lorraine les avait privés. Ils exposent leur titre et leur ancienne possession, puis la dépossession injuste :

« *Quare cum se dicto blado in dictis duabus granchiis (il s'agit des granges où ils prenaient leur blé) debito in bona possessione fuissent, usque ad tempus (præmissum) Dux Lotharingiæ impedivit eosdem... »* (2).

L'héritier, dans le coutumier d'Artois (3), réclame l'héritage : « *Por le formort de sen pere, et qu'il en morut tenanz et prenans, et que onques n'en fist chose qu'il ne le deust avoir. »*

Les comuniers de la ville de Hesdin, auxquels le seigneur veut ravir un droit de pâturage, affirment qu'ils sont en bonne saisine, et qu'ils ne l'ont pas perdue, car leur droit n'a jamais été contredit :

« *Sire, il est voirs que cil de Daufine si maintiennent et ont maintenu que la et ou lieu ou veue nous a esté faite,*

1. Cpr. Laband, *die vermög.*, p. 280 ; Van Bemmelen, p. 48, 78 ; Huber, p. 18, 45.

2. Cité par Brussel, *usage des fiefs*, I, p. 241.

3. Tardif, titre XXVI, 2.

qu'ils ont de tous jours mené leurs biales, auz et leur devancier, et qu'ils en sont en boinne saisine — et que onques ne leur fu debattu de nouz ne d'autrui, — et est communauté a ans, et a touz jours esté commune pasture, et que de si lonc tans que nus ne poroit monstrier le contraire » (1).

Cette façon de présenter le droit s'était conservée dans l'Empire des croisés de Jérusalem.

« Si aucun requiert au Seigneur chose que il dit est de son fié ou partie de son fié, ou que il dit que lui ou son ancêtre eut été saisi et tenant et usant comme de lor fié ; et doive offrir à prover... et je vut que la lor li doit esgarder que li signor li doit faire le recort ; si aucun de ses ancestres nou a fait chose pour laquelle ils ayent tel fié perdu. » Assises de Jérusalem, ch. 169.

Et les coutumiers de Picardie (2) nous la montrent encore en nous disant, au sujet de l'enfant qui réclame la saisine de son père : *« Et mesment li sires de baillier le saisine n'ait pooir laquelle il n'a mie par devers li, et de laquelle li pères d'icheli qui se fait hoirs s'en dessaisi a temps de se vie. »*

C'était le principe que l'on retrouve déjà sous les textes de l'époque franke : le titre invoqué est toujours revêtu d'une vêtüre, d'une saisine, vêtüre prouvée tantôt par la possession de la *carta*, tantôt par la durée du temps, tantôt par les actes accomplis sur les biens, mais vêtüre. Les parties déclarent que leur adversaire n'a pas de bonne vêtüre : *« Nec esse debet recto ordine nec per jussione impe-*

1. *Ibid.*, XX, 3.

2. Edit. Marnier, ch. X, p. 24.

ratoris vestituram exinde non habuerunt » (1); tandis qu'elles en ont une : « *Quod per se et suos donatores per triginta annos et amplius legibus vestiti fuerunt* » (2); « *Et habuit ipsa casa dei... legitimam vestituram seu et amplius* » (3).

C'est aussi de son ancienne saisine que se réclame le demandeur dans le document suivant, du ix^e siècle :

« *Proclamabat qualiter res Ecclesie sancti Hispani que in precepto ejusdem ecclesie cum aliis rebus prefixe erant, quas et in sua potestate post mortem avunculi sui Esaïe qui ipsas res emerat, diu legitime partibus ipsius ecclesie in villa Malebuxis possiderat, faciente Autberto et Agiutrude sorore ejus et ejus viro Amalgario, injuste ex potestate sancti Hispani ablate forent* » (4).

Les chanoines de l'église de Saint-Vincent de Mâcon invoquent aussi une vêtue précédente :

« *Que est de ratione fratrum et per multa curricula annorum canonici ipsius loci Matiscensis vestiti fuerunt* » (5).

Et en 823, l'évêque de Freisingue réclame une église :

« *Quam ab antiquis temporibus prædecessores Hittoni, episcopi potestative in episcopatum s. Mariæ habuerunt* » (6).

La vêtue était-elle bonne, on examinera comment elle a été perdue :

« *Si vestitura Raimundi comitis... fuerat infracta* » (7).

1. Marca Hispana, c. 799, 780, n^o 16, 17.

2. Cartulaire de Mâcon, n^o 284.

3. Doc. de 862, *hist. de Lang.*, t. II, preuve., n^o 161 (Thévenin, n^o 94).

4. Dom Housseau, I, n^o 79 (Thévenin, n^o 89). A^o 857.

5. Doc. de 954 ou 960. Cartulaire de Mâcon, n^o 420.

6. Meichelbeck, n^o 472.

7. Vaissette, II, 32, n^o 18.

Seulement, à l'époque carolingienne, l'usage des écrits est fréquent, les chartes sont nombreuses ; et l'on voit moins bien le principe qu'aux époques subséquentes. En effet, la possession de la charte donnant la saisine, il suffira de la présenter et de la faire confirmer légalement, tandis que plus tard, surtout dans les moments troublés du moyen âge, à défaut de charte il fallait établir la possession.

C'est de cette façon de voir qu'est sortie la plus ancienne possession, institution singulière au premier abord pour qui ne connaîtrait pas la théorie de la saisine, et qui ne signifie point qu'une possession plus ancienne est préférable à une nouvelle, mais qu'en réalité la seule possession actuelle est celle qui a été la première régulièrement acquise (1). Il y a là une idée qui se comprendra davantage avec l'étude de la prescription et de sa nature particulière en droit coutumier. Le plus ancien possesseur, celui dont la possession paraît la plus légitime, aura l'avantage du serment (2).

Il faut donc que le droit des parties ait pris la forme

1. Unter dem alteren Besitz nicht ehemaliges Besitz im Gegensatze zum jetzigen gemeint und ein Vorzug des ersteren vor dem letzteren bezeichnet ist, sondern dass darunter lediglich gegenwärtiger Besitz, der uns früher angefangen hat und eben darum älter ist als ein anderer, verstanden ist : Bruns, *das ältere besitz und das possessorium ordinarium*, pp. 201, 205. Cpr. Heusler, *gewere*, p. 300.

2. Feud., l. II, tit. 33 § 5. *Si inter dominum et vassallum controversia sit de beneficio, vassalo possidente, si longa sit vassali possessio ejus, juramento causa finiat. Ubi vero nova est possessio, sacramentum ei non præstabitur, sed domino deferetur, nisi aliud faciat pro possidente.*

de saisine pour pouvoir être invoqué en justice (1). Les parties remonteront dans le temps jusqu'à ce qu'elles rencontrent un moment où leur *animus* rencontre le *corpus*, où leur droit a la forme de possession juridique (2). C'est à ce moment précis qu'elles s'arrêtent, c'est à ce moment que leur droit a eu une forme juridique. C'est alors qu'elles l'invoquent en démontrant : 1° qu'il a existé ; 2° que son titulaire n'a rien fait pour le perdre (3).

La *Summa de legibus* explique la raison du système :

Si enim saisina justa fuerit, manifestum est quod dissaisina erit injusta. XCV, 14 in fine.

Les établissements de Saint-Louis (4) nous montrent aussi le demandeur invoquant : 1° Sa saisine (d'ouan, an-

1. Aussi les documents nous montrent continuellement que l'on invoque une saisine. Outre les innombrables textes des *Olim*, voir *recueil de l'échiquier de Normandie* (1211 à 1225), Delisle, nos 84, 107, 108, 118, 150 etc. Et ce n'est pas une saisine ordinaire ; c'est une « boine saizine ». « *Li homme dirent et pour droit, que elle admenait gens dignes de foy par qui elle peust enformer les et prouver que elle en eust esté et si devanchier en boine saizine.* » *Anc. Coutum. de Picardie* (Édit. Marnier), c. LXXVII.

2. Comme plus tard on remontera, avec la théorie possessoire, jusqu'au moment où l'on trouvera une saisine vraie, « *car nul ne doit estre en sesine de chose, se la sesine n'est vraieie ; ne sesine n'est pas vraieie, s'el n'est tenue an et jor sans contenz* ». *Jostice et Plet. XVII, 3, § 3.*

3. Aussi aux comuniers qui prétendent être en saisine de mener « pestre » leurs bêtes sur le champ litigieux, le demandeur répond « *que la ne menerent il onques leurs' biestes sans no volenté et sans no assentement ; et quant il les i ont menées, si en predoient il congiet a nous, et ont tous jours fait, et se sans no assentement n'i aloient* ». *Ancien Coutumier d'Artois, Tardif, XIX, 3.*

4. Établissements de St Louis. Édit. Viollet, Livre I, ch. LXIX, tome II, p. 104 et ss.

tan et avant antan et de seignor (1)), et 2^o La déposses-
sion injuste :

« *Se aucuns homs vient à son seignor, soit gentis homs ou costumies por coi li soies ait vaarie en sa terre et li die : « sire un tiex homs est venuz à moi (et m'a dessaisi) d'une maison, ou de prez, ou de vignes, ou de terres, ou de cens, ou d'autre chose, de novel, que j'ai exploitié ouan, antan et avant antan, en servage de seignor, en jusques à ores qu'il m'en a dessaisi à tort et à force, dou je vous pri que vos prenez la chose en votre main ».*

Ainsi, il faut prouver : a Une saisine ; b Une dessaisine à tort et à force.

Les Établissements, du reste, nous le disent expressément :

« *Nul ne puet ni ne doit demander saisine s'il n'a esté en saisine devant, ou cil por qui il la demande n'a avant esté en saisine, ou qu'il est dépoillies* » (2).

Aussi, l'enquête portera tout d'abord sur le point de savoir :

« *Se celui qui dit que l'on l'a de noviau dessaisi était saisi de cette chose, de quoi il dit, que on l'a de noviau dessaisi* ». Jean d'Ibelin, ch. LXIV.

« *Si pater suus vel avus vel antecessor suus fuit saisitus tempore pacis post coronationem regis Richardi, sicut de hereditate sua (le titre), et inde habuit exitus et fructus terre videlicet frumentum et ordeum et poma et hujusmodi* (3) ».

1. Le titre et la longue tenue.

2. Livre II, ch. IV.

3. *Très Anc. Cout. Normand.* (Tardif), LXXXV.

On recherchera ensuite si le défendeur a agi injustement : « *injuste disforciat* » ; s'il s'en est mis en saisine « *contre ma volonté* » (1), comme dit le demandeur du livre de Justice et Plet.

Même procédé dans les anciens coutumiers de Picardie (2). La dame Aeliz propose que « *à tort et mauvaise cause estoit la dicte Thecle (la défenderosso) en le saizine et propriété de XII journeus de terres* » ; qu'elle même Aeliz est héritière du donateur Ouffran, et que celui-ci a annulé en « *derraine volonté* » la donation qu'il avait faite à Thècle.

On voit la marche suivie. Aeliz propose : 1° qu'elle est héritière d'Ouffran, « *drois hoirs* » ; 2° qu'Ouffran était saisi du bien et l'avait donné ; 3° qu'il avait annulé le don en dernière volonté. La saisine actuelle des défendeurs était donc mauvaise. Les défendeurs veulent prouver le contraire ; ils n'y parviennent point ; aussi le jugement déclare que :

Item fut dit et pour droit, en le dite court, que la dicte Thècle et ses maris, leur procureur présent, avaient fali à prouvé leur entente de che qu'ils avaient proposé, le dom de le dicte terre estre confermé du dit Ouffran en derraine volonté, pour quoi li homme dirent et pour dit que le dicte Aeliz serait mise en la saizine et en la propriété de le dicte terre.

Ce système de la saisine est très bien exposé dans les cas dont on a voulu faire une catégorie spéciale sous le nom de revendications mobilières. La forme romaine est expressément écartée :

« *Si aucun requiert une chose come sienne, notre usage ne*

1. Justice et Plet, XII, 26 § 1.

2. Coutumier de Picardie, Marnier, c. LXXV.

reçoit pas telle action; et il doit dire je requiers cette chose come m'ayant été volée ou par moi perdue. » Pierre de Fontaines, ch. 131.

Nous voyons même les deux affirmations du demandeur, qu'il a une saisine, et qu'il n'a rien fait pour la perdre, faire l'objet chacune d'un serment différent.

1^{er} serment. — Il amène des témoins qui jurent l'avoir vu en saisine.

« Il (le demandeur) doit montrer par deus guarens qui jurent sur sains, que cele beste ou celuy aver est de celuy qui le demande, et qu'il l'en virent saisi et tenant » (1).

Il amène deus garens qui fassent que garens, ce est qu'il jurent sur sains, que cele beste estait de celui (2).

La même chose dans le livre de Jean d'Ibêlin :

Et deit avoir deus garenz qui facent ce que garenz deivent faire, que ils le virent saisi et tenant come dou rien (3). Et dans les assises d'Antioche : *« Celui qui a perdu, produit des témoins qui jurent d'avoir connu cette bête qui lui appartient vraiment »* (4).

2^o serment. — Il jure avec les cojureurs, ou sans eux, *« que celuy aver li a esté emblé, et qu'il ne le vendy, ni donna, ni engaga, ni presta, mais que en ci l'a perdu par larecin »* (5).

« Il ne presta, ne vendi, ne donna, ni engaga » (6).

« Ne l'a prestée, ne vendue, ne donée, ne aliénée » (7).

1. Assises de Jérusalem, Cour des bourgeois, ch. 231. *Ibid.*, ch. 249.

2. *Ibid.*, ch. 102.

3. Assises de la Haute-Cour, ch. 54.

4. Assises d'Antioche, ch. 9, p. 62.

5. Cour des bourgeois, ch. 249 ; *ibid.*, 231.

6. *Ibid.*, ch. 93.

7. Haute-Cour, ch. 54 ; *ibid.*, 131.

« Ne l'a vendu ni donné en présent... et qu'en aucune manière il ne l'a aliéné » (1).

« Elle parti de lui outre son gré » (2).

Cette façon d'agir se comprend, car il se pourrait que le demandeur ait transféré la saisine au défendeur, à terme ou sous condition (3). Il est clair qu'on ne lui permettrait pas de revendiquer le bien avant l'échéance du terme ou de la condition. Il écarte cette objection par un premier serment.

En résumé le demandeur se trouve en face d'une personne ayant un droit plus apparent ; elle possède publiquement une chose comme sienne, elle a une saisine. Le demandeur démontre que cette saisine est mauvaise par la double preuve dont nous avons parlé, et empêchera le serment d'être attribué au défendeur.

C'est, de plus, la seule façon possible d'agir au moment où le droit n'est compris que comme possession juridique, et n'est acquis qu'avec une telle possession, en un mot, sous le régime du droit objectif.

112. — La division du possessoire et l'influence ro-

1. Assises d'Antioche, ch. 9.

2. Pierre de Fontaines, ch. 12 § 3.

3. Voir *suprà*, p. 14 et ss. N'oublions pas toutefois que les assises de Jérusalem sont fortement influencées par les droits romain et canonique ; que le commerce était en outre fort actif dans ce nouveau royaume et qu'il en est résulté des changements profonds dans l'ensemble du droit. De nouveaux contrats sont introduits ; nous les voyons énumérer pêle-mêle sans qu'on distingue bien leur nature. Les meubles s'échangeant fréquemment sont l'objet de mesures de publicité moindres. La multiplicité des décisions des assises sur ces nouveaux contrats romanisés, prouve l'état encore peu fixé dans lequel ils étaient.

maine ayant transformé le procès, l'on revint à la construction romaine, qu'avait préconisée déjà l'école de Pavie. Au lieu de poser dans la demande la question de saisine et la réfutation anticipée de l'exception, le procès se graduera à la romaine, comme il l'était déjà à l'époque Lombarde.

Demando : « *Terram malo ordine possides, tenes : pone rationem* » (1).

Exception : « *Non possideo malo ordine, quia tu mihi vendidisti* ».

Exception à laquelle le demandeur pourrait répondre.

Réplique : « *Non vendidi, sed prestiti (ou locavi)* ».

Duplicque : « *Vere locavisti (ou prestitisti), sed non finitum est tempus locationis* ».

Triplique : « *Finitum est* ».

On le voit, le droit est débarrassé de son enveloppe concrète. On ne le conçoit plus comme saisine, comme possession juridique, mais comme propriété abstraite.

L'ancienne façon de comprendre a disparu devant la claire et rapide formule romaine.

« *Je requier cele chose comme moie* » (2). « *Je l'aurai (la chose emblée) par prove de bons tesmoinz que la chose fut moie* » (3).

1. Lib. Pap. Rôth., 227 ; cpr. Lib. Pap. Link., 77 (78). Sur ces points, v. Heusler, *institut.*, I, p. 391 et ss., 396.

2. Pierre de Fontaines, Conseil, XII, § 3.

3. Livres de justice et de plet, XIX, 14 § 4. Pour l'Allemagne, v. Laband, *die vermög.*, p. 108 et 184. Il y a là pour la chose emblée un mouvement qui coïncide avec l'extension des rapports commerciaux. Nous voyons que précisément là où abordèrent le marchand et le commerçant un double esprit se manifeste : d'un côté on restreint la revendication pour les cas ordinaires, on la limite si l'objet a été acheté dans un marché ; et de l'autre on la rend plus fa-

113. — L'ancienne façon de voir ne se perdit pas cependant. Nous la retrouvons dans le procès possessoire.

Le demandeur n'a pas perdu sa saisine par l'expulsion. Il invoquera : 1° sa saisine d'an et jour, et 2° la dépossession violente, l'injustice de la saisine qui lui a succédé.

Dans le procès dont nous parle Beaumanoir, Jean dira contre Pierre que :

1° « *A tort et sans cause estoit entrés en le saisine et en possession de son héritage, et sans saisine de sègneur et de novel puis an et jor ; porquoi il requeroit que cele saisine lui fut baillée,*

2° « *Comme a celi qui avoit esté en le derraine saisine de un an et un jor, et dusqu'au jor qu'il entra en le terre por laborer et semer* » (1).

On reconnaîtra par bref en Normandie :

« *Quis eorum de terra illa ultimam habuerit saisinam* ».

« *Saisinam ultimi augusti* » (2).

La saisine ancienne présente-t-elle toutes les conditions voulues, le *corpus* et l'*animus*, d'un côté; a-t-elle été enlevée sans le consentement de l'ensaisiné, d'un autre côté;

cile dans le cas de perte et de vol, on se contente du seul serment du propriétaire. Cette procédure est observée par les fors de Béarn; cpr. Jobbé-Duval, p. 179. Nous pouvons citer aussi à ce sujet un document de 1295. Il s'agit d'un compromis passé entre Othon de Bourgogne et des marchands italiens; le duc et son frère promettent de leur rendre justice : « *creditori super rebus ablatis vel deperditis solo juramento mercatoris injuriam aut damnum passi... exceptis furtis privatis in hospitibus de quibus tuemur tantum ad justitiam faciendam secundum jus vel consuetudinem loci* ».

1. Beaumanoir, XXXII § 24.

2. Très anc. cout. (Tardif), XVI §§ 3, 5.

la nouvelle saisine est *injusta*. On rendra la possession à l'ancien possesseur légitime.

« *Si saisina fuerit recognita, et modus et qualitas saisinae per juratores in non scire redigantur, dessaisiato sua restituetur saisina* » (*Summa de leg.*, XCV, 14).

La seule différence est que l'on a fractionné le procès possessoire : l'on fait deux examens séparés, l'un sur la saisine actuelle, l'autre sur l'ancienne saisine.

Dans un premier, on ne permet pas de remonter plus haut que l'an et jour, en France, que l'*ultimum augustum*, en Normandie. Telle est la limite de la complainte.

Dans un second, on examine les « anciens exploits », l'ancienne possession ; l'on pourra remonter jusqu'à dix ans et alléguer un titre. C'est l'objet du procès de simple saisine.

Quelques modifications ont été introduites par cette division de l'ancien examen en deux procès, et aussi par l'introduction de nouvelles idées, d'une nouvelle compréhension de l'an et jour dans la complainte, des dix ans romains dans la simple saisine.

Mais le procédé n'a pas varié. Il ne le pouvait pas, car il est dans la nature des choses. Le procès possessoire, examinant la propriété apparente, ne pouvait suivre une autre marche que l'ancien procès.

Nous connaissons le rôle de la saisine dans la défense du bien. Elle n'est ni le fondement du droit, ni l'objet d'une conception distincte, comme l'ont prétendu Albrecht d'un côté, et de l'autre Heusler ; elle n'est même pas une

possession formaliste, comme semblerait le croire une partie de l'école allemande : non ; elle est la forme sous laquelle est invoqué le droit réel, à une époque où le droit est conçu d'une façon concrète, c'est-à-dire comme possession légitime. On n'invoque pas un droit, on invoque une possession légitime : c'est ce qui nous explique la différence d'aspect que nous présente la revendication de cette époque. « La revendication romaine, dit M. Van Bemmelen (p. 302), se distinguait de l'ancienne revendication d'origine germanique par son caractère absolu. Le propriétaire, d'après le droit romain, revendique sa chose... en se fondant sur son droit de propriété seulement. La procédure germanique exige, au contraire, qu'il se fonde *immédiatement*, et sur son droit de propriété, et sur les faits qui lui ont fait perdre la possession, parce que ces faits justifient que, n'étant plus possesseur, il est resté propriétaire ». Le caractère objectif et apparent du droit et de sa preuve nous justifie et nous explique cette façon de procéder. En réalité, on ne conçoit pas, on n'apprécie pas le droit d'une façon différente dans les deux droits ; mais on le prouve, on le voit d'une façon plus matérielle et plus réaliste dans le droit germanique.

Cette façon d'envisager le droit a été en grande partie conservée par les actions possessoires françaises.

Mais, avant d'aborder ce point, il nous faut dire comment se perdait la saisine, et particulièrement indiquer le rôle de la prescription d'an et jour.

CHAPITRE VIII

EXTINCTION DE LA SAISINE, ROLE DE L'AN ET JOUR

114. Nécessité d'une prescription aux époques primitives. — 115. La prescription de trois jours. Plan. — 116. La prescription annale. Son existence à l'époque franke. — 117. Preuves. — 118. Lutte de l'ancienne prescription et des nouveaux délais. — 119. Persistance de la prescription annale à côté des prescriptions romaines, prouvée : *a*) par la transformation subie par celles-ci. — 120. *b*) Par les textes. — 121. *c*) Par la persistance et la généralité de l'usage des trois bannies correspondant aux trois grandes fêtes de l'année. — 122. Traces de l'an et jour dans les bannies de mariage. — 123. Prescription annale aux *x^e* et *xⁱ^e* siècles. — 124. Prescription annale aux *xii^e* et *xiii^e* siècles. — 125. Nature de la prescription d'an et jour. Caractère foncièrement extinctif. — 126. Fondement de la prescription d'an et jour : la publicité de la possession de fait, de la vêturo ou des bannies. — 127. Conditions de la prescription. — 128. Durée du délai de la prescription. — 129. Effets de la prescription d'an et jour. Inutilité de la présentation d'un garant, et recours au simple serment. — 130. Conservation de la dispense du garant dans le procès possessoire. — 131. Persistance de l'ancien an et jour, fondé sur une publicité légale, après l'introduction du procès possessoire. — 132. L'an et jour possessoire acquisitif ; son double effet : *a*) il rend à la saisine son caractère légal ; *b*) il donne l'action possessoire. — 133. Exclusion du premier effet. Extension des délais dans l'action de simple saisine. — 134. Maintien du second effet. — 135. L'an et jour possessoire extinctif ; sa filiation avec l'ancien an et jour. — 136. Impossibilité de rejoindre ces deux délais qui dérivent d'une idée différente : l'un a trait au délai de perception économique des fruits du bien réel, l'autre à la contradiction éprouvée par le droit. — 137. Conclusion.

114. — La publicité, qui modèle le concept du droit réel, facilite son transfert et sa défense, doit nous expliquer

aussi sa disparition. C'est une notion corrélatrice des précédentes : les raisons qui permettent à un droit d'exister étant précisément celles dont la suppression amènera la suppression du droit lui-même. En d'autres termes, l'idée que nous avons donnée de la coutume, du droit apparent et incontesté, amène forcément avec elle l'idée d'une prescription pour les cas où le droit aura été contredit ou caché durant un temps plus ou moins long.

On l'a nié pourtant. On a même nié l'existence d'une prescription quelconque à l'époque franke. Des auteurs, qui se sont vus contraints de l'admettre, ne l'ont fait qu'à contre-cœur et l'ont dénaturée. D'autres l'ont admise, et fait disparaître on ne sait trop comment : c'est un problème. Ils la montrent répandue partout, puis la replongent dans le néant. Naissance et mort, tout cela se fait en vertu d'une opération verbale. La prescription annale n'est plus une institution historique, mais un sujet de méditations.

Nous essayerons de réfuter, dans la limite où elles nous paraissent inexactes, toutes ces opinions. Commençons par la première. Elle est extraordinaire. Que de contradictions, que d'impossibilités, que de chaos entr'ouverts à cette seule idée d'un droit « sans prescription ! », et surtout d'un droit coutumier où la coutume serait sans efficacité !

Aussi, lorsque M. Van Bemmelen nous dit que « l'usucapion et la prescription de la revendication étaient étrangères à l'ancien droit germanique » (1), nous nous demandons comment le savant auteur imagine que pouvait

1. *Syst. de la prop. mob.*, p. 98.

subsister le droit germanique? Pas de prescriptions à une époque coutumière, où le droit ne vit que de publicité et de témoignages! Pas de prescriptions : alors des revendications perpétuelles, et comment accorder celles-ci avec les moyens de preuve à courte portée de cette époque (1)? Pas de prescriptions : alors les magistrats annuels des temps germains jugeaient sur des faits passés depuis trente, quarante, soixante ans et davantage; la vengeance était donc toujours en appétit, le crime toujours flagrant, l'ordre social toujours chancelant.

Cette hypothèse supposerait une société juridique non viable. Or elle a vécu et nous a transmis de nombreux indices, qui nous prouvent non seulement l'existence de prescriptions variées, mais encore leur énorme importance, en même temps que la durée variée de leurs délais semble annoncer des époques différentes de civilisation.

Ainsi nous rencontrons dans ces textes une sorte de prescription extinctive de trois jours, qui remonte sans contredit à l'antiquité la plus reculée, et que l'on retrouve également chez les Hébreux, les Grecs et les Romains.

La poursuite privée du bien et la vengeance privée ne dépassaient pas ce terme. Le *vestigium minans* devait assouvir sa colère dans ce délai. S'il le laissait s'écouler, il ne lui était plus permis de pendre son homme haut et court (2). La curieuse institution de l'hospitalité due à

1. Alauzet, p. 16 et 17.

2. V. sur ce point le récit de Raoul Glaber, III, ch. VI, cité par M. Jobbé-Duval, N. R. H., 1880, p. 482, note.

l'étranger marcha parallèlement à cette action. Cette protection donnée à un étranger, durera trois jours (1), après lesquels le roi devra être prévenu.

Après trois jours, l'objet trouvé était perdu pour son propriétaire (2), pourvu que celui qui retrouvait l'objet eût entouré sa découverte d'une publicité suffisante (3). En cas de vente de la femme (4) ou de biens immeu-

1. V. Lehuérou, *Institut. Caroling.*, p. 19 et ss. ; voir particulièrement dans les *Leges Edwardi Regis* le ch. XXVII, qui défend de garder plus de trois jours un homme errant sans prévenir le roi.

2. *L'ancien coutumier de Bourgogne*, ch. XII (Edit. Marnier, p. 15), et les coutumes d'Auvergne, ch. XXVI, sont encore obligés d'ordonner au propriétaire de remettre en liberté après trois jours la bête qui a fait dommage au champ. Cpr. *Lex Burgond.*, XLIX, 3. Ces indications sont empruntées à M. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 480.

3. C'est ce que nous pensons pouvoir tirer du rapprochement des lois de Guillaume le conquérant, pars I, ch. 6 (Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, p. 324), qui demandent que la publicité soit faite dans trois endroits (*soit mustré de treis pars del viined*), avec la loi Ripuaire, qui semble exiger trois marchés : « *si quis caballum, hominem vel quamlibet rem in via propriserit, ante cum secutus fuerit, per tres marcas ipsum ostendat, et sic postea ad regis stafflum ; sin autem aliter agerit, fur judicandus est* ». *Lex Rib.*, LXXV. M. Jobbé-Duval admet une autre version : « *ad staplum regis ducat* », dont il argumente pour prouver que l'objet était attribué au roi. Sohm croit au contraire que c'est dans un intérêt de publicité que l'on conduisait la bête au marché. V. Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1880, p. 473. Quant à nous, nous nous contentons de faire remarquer que cette triple publicité est un moyen d'échapper aux poursuites du précédent propriétaire, et qu'elle est exigée tant du roi que du particulier.

4. Pour la vente de la femme, nous croyons même retrouver des traces de cette prescription dans les trois jours d'abstention prescrits par l'église entre époux après le mariage (Halitgarius, évêque de Cambrai, VIII^e siècle, *Tractatus de vitiis et virtutibus*, ch. XXIV : Migne, tome 105). C'était l'habitude de l'église de transformer,

bles (1), l'on avait soin de ne prendre effectivement possession de la chose qu'après avoir laissé passer ce délai de garantie, pendant lequel on faisait une grande publicité.

Ainsi une très courte prescription, la prescription de trois jours, nous semble, contrairement à l'opinion

en leur donnant une signification pieuse ou morale, les usages trouvés en vigueur. C'est ainsi que la fête solennelle et les 3 jours de justice de mai devinrent les 3 jours des Rogations : « *juxta mores gallicanæ hi dies in consuetudinem annuæ celebritatis venerunt, ut per gallicarum provincias ante ascensionis diem celebrarentur.* Alcuin, († 804), lettres, cap. XXIII et XXIV: Migne, tome 101, p. 1225.

1. Pour la vente des immeubles, la *sessio triduana*, c'est-à-dire l'usage de laisser un esclave sur le bien pendant les 3 jours de justice, nous semble dériver du besoin d'éviter cette terrible action de trois jours. Nous en retrouverons des traces aux IX^e et X^e siècles. Doc. de 818 : « *vestivit legaliter de omnibus rebus suis servum St-Mariae, et ille servus ibi sedebat tres dies et noctes* » : Meichelbeck, n^o 512. Doc. de 845 : « *episcopus et advocatus illius acceperunt ipsam traditionem, et postea sessionem, juxta mores Bajowariorum, id fieri decreverunt; hoc egit E servus, . . . noctibus tribus* » : Meichelbeck, n^o 636 ; cpr. 412, 423, 456, 467. Doc. de 1008-1017 : « *quod patrimonium fiscalis advocatus P. manu sua cum accepisset, triduana sessione legitime peracta in jus abbatis vindicavit* » : *Monumenta Boica*, VI, n^o 1. Ce n'est donc pas à notre avis parce que les jours de justice duraient 3 jours que cet usage avait été établi ; mais c'est parce que l'action primitive durait ce délai que l'on avait pris l'habitude de donner, faire durer 3 jours les assises de justice. On pouvait de la sorte y adjuger définitivement un bien. Plus tard, quand les délais de prescription s'allongèrent et furent portés à l'an et jour, cette *sessio triduana* perdit peu à peu sa signification et semble n'être plus devenu qu'un moyen de publicité. Albrecht a eu tort de croire : 1^o qu'elle conférait la saisine, car elle n'avait pas ce but à l'origine : c'est une prescription extinctive ; 2^o qu'elle était une institution du moyen âge : la vérité est qu'elle était au moyen âge une institution en décadence. V. Sachs. spieg., III, 83 § 1. On la trouve aussi dans

de Van Bemmelen, avoir informé la revendication, la poursuite pénale, la vente et l'hospitalité, c'est-à-dire presque tout le cercle juridique primitif.

Mais cette prescription était trop courte. On plaça à côté d'elle, sans la supprimer, — car le droit primitif, comme l'a si bien démontré de Ihering, ne connaît point d'abrogation expresse de la loi, — on plaça donc à côté d'elle une autre action moins rigoureuse, qui put s'intenter même après le délai de trois jours. En même temps, on limita plus rigoureusement l'ancienne action. La seconde action fut possible pendant l'an et jour qui suivaient la publicité de la perte ou du vol (1). C'est ce

le droit de Magdebourg (voir Heusler, *Gewere*, p. 168 et ss.). Sohm (*frank. Rechts und Gerichtsverfassung*, p. 365) dit avec raison que l'acquéreur s'assurait par cette possession aussi bien contre les prétentions subséquentes de l'aliénateur, que contre celles des tiers présents en justice. Cpr. Hüber, *Bedeutung*, p. 36 et ss. Nous retrouvons, croyons-nous, un dernier reste de la vieille doctrine dans la « teneur de huit jours », dont nous parle *l'abrégé des assises de la Cour des bourgeois*, ch. XL.

1. Quo cette prescription ait été précédée d'une prescription de 40 jours, c'est ce que nous croyons sans vouloir toutefois discuter ici la question. V. Loi Salique, 475 ; loi Ripuaire, 33, 1. En sens contraire, Glasson, III, p. 302. On retrouve des traces de la prescription de 40 jours au moyen âge : dans le *livre de justice et plet*, I, 6, § 60 ; III, 6 § 2 ; XII, 6 § 8 ; *ibid.* 7 § 5, 22 *in fine* etc. ; dans les chartes de Rue, art. 35 (Thierry, *Rec. des doc. inédits*, IV, p. 662) ; dans les premières actions possessoires du royaume de Jérusalem : *Clef des assises de la Haute-Cour*, ch. 76, Beugnot, I, p. 585 : *nulle dessaisine n'est nouvelle que de XL jours en aval*. Cpr. Brünner, *die Entstehung*, p. 347 ; Warnkoenig, *franz. st. und R. G.*, II, p. 304 : il s'étonne que Beugnot place ce dernier texte dans la saisine d'an et jour ; cpr. Heusler, p. 411. Nous voyons de nombreuses applications des 40 jours dans Fagniez. *Doc. pour servir à l'histoire de l'industrie et du commerce*, p. 317.

second délai que nous retrouvons dans notre action possessoire moderne.

Nous devons le prouver, et en outre essayer :

1° De démontrer l'existence de la prescription d'an et jour à l'époque franke :

2° De déterminer : a) Sa nature ; b) Ses conditions ; c) Ses effets.

3° De fixer enfin le rôle de cette prescription dans l'action possessoire du XIII^e siècle et dans les temps subséquents.

Existence de la prescription d'an et jour à l'époque franke

116. — L'existence même d'un organisme politique stable suppose une prescription. A ce point de vue, on peut dire que la prescription découle de la nature des choses. L'« *æterna auctoritas* » n'est bonne qu'« *adversus hostes* », et la *Pax*, ce besoin criant des peuples, qui les oblige à s'unir autour de quelque puissance et à fonder la cité, suppose que les discordes doivent s'apaiser. Nous ne nous étendrons pas sur ces idées, qui s'imposent, et qui ont été développées avec une grande hauteur de vue par un écrivain français, M. Esquiou de Parien (p. 49 et ss.). Il nous presse d'en arriver aux textes établissant, dès l'époque franke, l'existence d'une prescription particulière : la prescription annale (1), ou plutôt la déchéance annale.

Voyons d'abord les textes.

1. Les opinions sur l'origine de cette prescription annale sont des plus variées. — Les uns y voient une création du moyen âge.

Nous rencontrons en premier lieu l'an et jour dans le cas d'adoption d'un héritier ou *affatomie*, adoption faite

Parmi eux nous citerons en premier lieu Valentin Smith, *Origine de la possession annale*, Lyon, 1854, p. 33 et ss. ; 48 et ss. ; il remarque que le développement de cette prescription annale correspond au développement des communes. M. Esmein, Cours des Hautes-Études, 1896-7, nous paraît aussi pencher vers cette opinion. M. Heusler est plus hésitant : *gewere*, 238, 240. L'idée générale d'une extinction annale aurait existé à l'époque germanique, mais elle n'aurait été bien dégagée juridiquement qu'au moyen âge. M. Brünner (*Encyclopédie de Holtzendorff*, p. 243, 274) croit qu'elle dériverait de la *missio in bannum* ; dans le même sens, Hübner, *das immobiliar.*, p. 233. Cpr. Laband, *die vermög.*, p. 295. — D'autres auteurs, ce sont les plus nombreux, y voient une prescription germanique. En ce sens : de Parieu, p. 49 et ss. ; Alauzet, p. 16 et ss., 32 et ss. ; Renaud (*traduction Ginouilhac*), *Revue de législation et jurisprudence*, tome XLVI, p. 390 ; Lefebvre à son cours, 1895 ; Jobbé-Duval, *op. cit.*, N. R. H., p. 476, et *du retrait lignager*, p. 73 et ss. ; Glisson, *Histoire du droit et instit. de la France*, III, pp. 139, VII, p. 276 ; Pollock et Maitland, II, p. 101 ; Gierke à son cours ; Huber, p. 56 ; Bruns, p. 291. — Tandis qu'on soutenait cette opinion, les Romanistes rencontraient dans les lois du Bas-Empire des traces de la prescription annale. C'était ce que soutenait entre autres Domat, *Lois civiles*, livre III, titre 7 ; *Instit.*, 1 § 16. Le principal représentant moderne de cette école est Benech, *Revue critique de la jurisprudence en matière civile*, tome IV (1854), p. 377 et ss., p. 395 : il invoque l'influence que devaient exercer sur les légistes le grand nombre de prescriptions ou de déchéances de droit admises par le laps d'un an dans les Pandectes et dans le Code de Justinien. Cujas en a donné la longue nomenclature dans le tome I^{er} de ses *œuvres*, col. 538 et ss., ch. XX, *de anno*. On y trouve en particulier la reproduction d'une constitution de Constantin, admettant la prescription d'un an en faveur de certaines personnes, constitution insérée au *Code Théodosien* (*Constitut. I^{er}, titre I, livre X, de jure fisci*, de l'édit. de Gustave Hœnel, p. 973). On pourrait aussi y voir une allusion dans le § 4 des *Institutes* de Justinien, lib. IV, tit. XV, exigeant pour l'*utrubi* qu'on eût possédé *majora parte anni* ; on aurait exigé la possession

sous la forme d'une vente. Ce délai de XII mois était laissé aux ayants droit pour intenter leur cation. Voici brièvement comment tout se passait, d'après le titre 46 (1) de la loi Salique. Celui qui veut se créer un héritier confère, au moyen de la *festuca* symbolique, son patrimoine à un tiers. Cet homme de foi entre dans le bien, et il doit le donner dans l'année de la mort du testateur à l'héritier de celui-ci, devant le roi ou l'assemblée populaire (2).

« *Postea aut ante rege, aut in mallo illius cui fortuna sua* pendant l'année tout entière pour échapper aux difficultés d'appréciation ; or cette condition de l'*utrubi* pouvait être, d'après Benech, connue des rédacteurs du bréviaire d'Alaric, par le texte des sentences de Paul. Cpr. livre V, titre VI, § *retinend. possess.*, édit Hœnel, p. 416. — M. Laferrière était remonté plus haut : l'an et jour viendrait des Gaulois. *Histoire du droit civil de Rome et du droit Français*, tome I, p. 391, 567, 568. Il se fondait sur les lois d'Hovel le bon, et la très ancienne coutume de Bretagne. Voir réfutat. dans Charles Giraud, *Essai sur l'histoire du dr. Français au moyen âge*, I, p. 56. — Enfin une dernière classe d'auteurs, dont nous adoptons l'opinion, y voit un usage général et primitif. On retrouve la prescription annale à Rome à l'origine ; il en reste des traces dans Gaius, II, 42, 52, 58, 59, 61 ; *l'usus biennium fundi*, remarque avec raison M. Viollet, est une innovation. Cette prescription se fondait aussi sur la durée des magistratures, et c'est elle qui nous permet de nous rendre compte de l'année utile, au sujet de laquelle les auteurs montrent tant d'incertitudes. De même en Grèce : v. Caillemet, *Étude sur les antiquités juridiques d'Athènes*, 7^e étude, la prescription, Paris 1869, p. 78. En un mot c'est un usage absolument général et primitif. Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, la fait remonter jusqu'à la séparation des Goths et des Scandinaves. Viollet, *Établissements de Saint-Louis*, I, p. 110, et *Histoire du droit privé*, p. 570, note 2, adopte aussi cet avis.

1. Edit. Pardessus. Behrend, 2^e édit, p. 95.

2. De là les mots *Thinx* ou *Garethinx*. La loi Ripuaire, c. 48, dit *adoptare in hereditatem*. Sur l'affatomie, Housler, *Institut.*, II, p. 621 ; cpr. I, 215.

depotavit reddere, accipiat fistucam in mallo ipso ante XII menses quos heredes appellavit in laisum jactet... »

Un autre texte de la même loi nous révèle que le tiers qui s'empare d'un arbre marqué peut être poursuivi comme voleur pendant un an (1).

Mais le document le plus important est le fameux titre 45 de la loi Salique (2). L'immigrant qui veut s'établir dans une villa, nous dit ce texte, n'a pas le droit de s'y transporter (*migrandi*) si un seul des habitants s'y oppose. S'il immigre contre la défense d'un ou plusieurs des habitants, ceux-ci doivent le sommer de sortir avant le terme de dix nuits. S'il résiste à ce délai, il doit être sommé à nouveau de sortir dans un nouveau

1. A contrario de « *si quis arborem post annum quod fuit signatus præsumpserit nulla habeat culpam* » : art. 19, titre 27, Pardessus. Ce texte est très important, car il nous prouve aussi que la propriété des meubles marqués était protégée d'une façon spéciale.

2. C'est dans cette loi que Pithou et les auteurs du xvii^e siècle plaçaient l'origine de la complainte (v. de la Fons, note sur l'art. 134 de la coutume de Chaulny). De nos jours ce texte a été fortement discuté. Cpr. Alauzet, p. 10, Esquirou de Parieu, p. 50, qui y voient un cas de prescription annale. Pour Smith, il signifie simplement que celui qui est admis dans la villa ne peut jamais tenir ou posséder les choses d'un autre, à moins de justifier qu'elles lui appartiennent réellement; il n'y aurait là rien de relatif à la possession annale : p. 9 et ss., 24 à 32. Voir aussi sur ce texte Sohm, Procédure de la Lex Salica, traduction Thévenin, Paris, 1873, bibliothèque des Hautes-Études, p. 9 à 12; et *Frank. Reichs. und Gerichtsverfassung*, p. 61 et ss. Heusler, p. 238 à 203, est hésitant sur la véritable origine de l'an et jour. Voir aussi Fustel de Coulanges, Étude sur le titre de migrantibus de la loi Salique, Revue générale de droit, 1886, p. 352; Brünner, D. R. G., I, 195; Gierke, Genossenschaftsrecht, I, 52, 77, 155; Stobbe, *Handbuch*, p. 649; contra Bourcart, p. 181.

terme de dix nuits ; et ainsi jusqu'à trente nuits. Alors, en cas de résistance, l'intrus sera appelé au Mallum, et au besoin expulsé par le comte. En outre il perdra les travaux qu'il a pu faire, et sera condamné à une amende de 1.200 deniers.

Mais si le nouveau venu reste dans la villa douze mois sans être inquiété, l'action sera prescrite, et les voisins seront déchus du droit d'exiger sa sortie.

« *Et si aliquis infra XII menses nullus testatus fuerit ubi admigravit, securus sicut alii vicini consistat* » (1).

Il ne s'agit nullement ici, comme le croit de Parieu, de l'acquisition par prescription du droit d'habiter dans la villa, ni de la participation aux fruits des biens communaux, mais de l'extinction de l'action en expulsion donnée aux associés. Le texte ne dit rien d'autre. Aussi nous comprenons que le 3^e capitulaire de 819 ait formellement spécifié qu'il ne s'agissait pas de revendication :

De XLVII capitulo (2), De eo qui villam alterius occupaverit : de hoc capitulo judicaverunt ut nullus villam aut res alterius, migrandi gratia, per annos tenere vel possidere possit, sed in quacumque die in vasor illarum rerum interpellatus fuerit, aut easdem res quærenti reddat, aut eas si potest juxta legem se defendendo sibi vindicet.

On comprend que le capitulaire n'avait pas besoin d'abroger ce titre de la loi Salique qui ne parlait pas d'une prescription acquisitive, mais de l'extinction d'une action d'expulsion. Il suffisait de rectifier la fausse interprétation qu'avait pu faire naître la rubrique nouvelle que

1. Behrend, p. 119 ; Pardessus, note 530, p. 390.

2. Doc. de 798, *cap. leg. Sal. add.* VII, 9. Baluze, tome 1, n^o 287.

la *lex salica emendata* avait donné à l'ancien titre 45.

Cette rubrique « *De eo qui villam alterius occupaverit vel si duodecim mensibus eam tenuerit* » pouvait faire croire à une prescription acquisitive ; ce qui heurtait le texte primitif, et les dispositions nouvelles portant le délai de prescription à 10, 20 et 30 ans.

118. — C'est qu'en effet, à la suite de leurs conquêtes, les Franks se trouvaient en possession de fonds immenses, les *latifundia* du fisc, sur lesquels une propriété plus sagement organisée et conforme à un état politique et social plus avancé était établie. Non seulement des modes de preuve plus soignés, les écrits, permettaient de retrouver le possesseur légitime ; mais des prescriptions plus longues laissaient à celui-ci moins de chances de perdre son bien à la suite d'une simple négligence. Chose digne de remarque, en même temps que les lois populaires font apparaître les revendications de biens fonds, des décrets étendent les délais de la prescription.

Ainsi nous ne trouvons guère mention de revendications de biens fonds dans la loi Salique avant le vi^e siècle (1), dans la loi Ripuaire avant la fin du vii^e (2). Il est

1. Brünner, *Deutsche R. G.*, I, p. 196, note 8. *Lex Salic.*, Behrend, 2, IX, 5 : on y parle des *nepotes et postnepotes de alode terrae*. Voir aussi ce que dit de la loi salique Sohm, *Procédure de la loi salique*, trad. Thévenin, p. 128, note 3.

2. Sohm, *Lex Ribuarica*, 59, 18 ; 60, 1 ; 67, 5. Voir *Praefatio* de la petite édition, p. 14. Il attribue à Childebert cette partie de la loi Ripuaire, qui serait de l'année 628 ou 629. Voir aussi pour les détails Glasson, *Hist. du droit et institut. de l'Angleterre*, tome I, p. 287.

vrai que celle des Wisigoths en parlait déjà au v^e siècle (1) et celle des Burgondes au début du vi^e (2) ; mais ces deux dernières lois étaient mûries précocement par un contact plus intime avec le droit romain. D'une façon générale, il est difficile de regarder la propriété immobilière comme définitivement établie chez les Barbares avant les vii^e et viii^e siècles.

Avec cette propriété, l'on devait conserver les longues prescriptions romaines. Aussi, dès la fin du vi^e siècle (3), un décret de Childebert II porte le délai de prescription à 10 ans entre présents et à 20 ans entre absents. On rencontre également une prescription de 30 ans chez les Wisigoths et chez les Burgondes (4).

Que ces longs délais eussent été particulièrement bien accueillis par l'Eglise et les pays où persistait le droit romain, on le comprend sans peine. Ils conservèrent la prescription romaine pendant les périodes franke et féodale (5) ; cette prescription vécut côte à côte avec l'ancienne prescription annale, jusqu'au moment où la formation des actions possessoires permit d'utiliser dans un domaine distinct l'ancien délai.

1. *Leges Eurici* (A^o 466-484) ; Brünner, D. R. G., I, p. 323.

2. En 515 : v. Hübner, *das immobiliar.*, p. 5 ; elle s'étendit rapidement chez les Allemands, les Bavares et les Saxons. Les édits Lombards durent certainement influencer sur cette extension.

3. Doc. de 569, décr., c. 3. Pertz, I, p. 9.

4. *Lex Wisig.*, X, 2, 3, 4, 5 ; cpr. *Roeh*, 228 ; *Grimovald*, 4 ; *Liutp.*, 154, 115 ; *Lex Burgond.*, 70, 3.

5. Un décret de Clotaire imposait les longues prescriptions aux églises, aux clercs et aux *provinciales* (Baluze, tome I, p. 7), mais avec un « *justum initium possessionis* ». Hübner, *das immobiliar prozess*

119. — Car la prescription annale ne cessa pas de subsister, malgré tous les efforts du pouvoir royal. Elle obligea même la prescription romaine de trente ans à changer complètement de signification.

Au lieu d'avoir affaire, comme en droit romain, à des prescriptions purement extinctives, nous avons de longues prescriptions reposant sur un *justum initium possessionis*, et ne produisant qu'une extinction mitigée de l'action. Ceux qui invoquent la prescription de 5 ans, de 10 ans ou de 20 ans de Childebert II, la prescription de 30 ans des droits Lombards, ne sont dispensés que de la présentation d'un garant, nullement du serment ou du duel judiciaire. Or c'est précisément l'effet que produisait au moyen-âge la *rechte gewere* allemande, et probablement notre an et jour français.

120. — Ce changement profond, subi par la prescription romaine, est déjà un précieux indice de la persistance des notions frankes sous le léger voile romain, que la

in frankischen zeit, p. 150 et ss., qui cite de nombreux documents pour l'époque franke.

Les longues prescriptions sont fréquentes au moyen âge : Olim, I, 502, n° 28 (I, 748, n° 15, édit. Beugnot); cartulaire de Notre-Dame de Paris, I, p. 340; établissements de Saint-Louis (édit. Viollet, liv. II, ch. 31); cartulaire de Ronceray, p. 275; cartulaires angevins d'Epinau, p. 108, n° 2, p. 160 et ss. Cpr. une chartre de 1120 citée par Viollet, Établissements de Saint-Louis, tome I, p. III, note 4, et Glasson, *Histoire du droit et institut. de la France*, tome VII, p. 280. Sur ce point : Brünner, D. R. G., tome II, p. 217; Heusler, die Gewere, p. 82, p. 237; de Parieu, Études, pp. 48 et 49; Alauzet, p. 20 et 22.

royauté étendit sur elles. Mais nous avons des preuves plus fortes : nous voyons dans un certain nombre de textes réapparaître avec obstination la courte prescription, que l'on veut en vain chasser.

Tantôt elle est attachée à la prescription romaine, et forme avec elle une prescription de trente et un ans, comme celle, par exemple, que nous montre en 679 un plaid du roi Théodoric III. Nous y voyons le possesseur offrir la preuve qu'il a possédé, lui et ses auteurs, pendant 31 ans (1).

Tantôt elle est seule, comme dans le capitulaire Lombard Hloth de 825 (2) :

De his qui proprietates suas habent et spontanea voluntate alicui delegaverint, et postea fraudulenter ab aliquo alio ignorante pretium de eisdem rebus venundatis accipiunt, et cui ipsæ res prius traditæ fuerunt, cognito negotio anno integro silens non contradixerit, sed propter illusionem tacens fuerit, ut emtorem illudere possit, si intra patriam per anni spatium, ut dictum est, tacens fuerit, prior traditio nihil ei valeat.

Le sens de ce texte est clair. Il s'agit d'un vendeur qui,

1. Pardessus, *Diplomata*, II, p. 185. Voir aussi *cartulaire de Sens*, n° 21 ; cpr. *Rozière*, n° 485 (*append. de Marculf*, 33). On trouve aussi des traces de la prescription annale dans la formule de Bouquet *Scriptores*, VIII, p. 410, n° 10 : *ne quis se per annorum curricula dierum que muniat volumina* (Viollet, *Établiss. de Saint-Louis*, I, p. 100). M. Heusler (*Gewere*, p. 91) répond qu'il n'y a là nulle allusion à un délai plus long que l'an et jour. C'est certain et nul ne le conteste : mais que vient faire le « *dierum que* » si nous n'avons pas là une interpolation, sinon un remplacement de l'annus et dies par un pluriel ?

2. C. II. *Pertz*, I, p. 252; cité par Brünneck, *Über der Ursprung des sogenannten jus ad rem*, 1869, p. 21.

après avoir cédé son bien à une personne par simple *sala* ou par l'*investitura* symbolique, le cède ensuite à un second acquéreur de bonne foi. Si le premier acquéreur ne se plaint pas dans l'année à partir du moment où il aura eu connaissance du fait, et il est censé en avoir connaissance s'il demeure dans le pays (*infra patriam*), il aura perdu son droit.

Pour échapper à ce texte, M. Heusler introduit une virgule entre *ab aliquo* et *alio ignorante*, et suppose que ce n'est pas le second acquéreur qui ignore la fraude, mais le premier. Celui-ci aura un an à partir du moment où il aura connu la fraude.

Nous professons une défiance légitime contre les modifications de textes, faites pour les besoins de la thèse. Mais en acceptant cette nouvelle version, nous arrivons quand même à la solution que le premier acquéreur n'a qu'un an à partir du second contrat pour intenter son action ; or, c'est là pour nous le caractère de l'annalité.

Nous voyons aussi la trace de l'an et jour (1) dans une série de documents, plus douteux à vrai dire. L'un, au début du viii^e siècle, qui nous parle d'un procès entre l'évêque d'Arezzo et l'évêque de Sienne (Brunetti, *Cod.*

1. Et en dehors des revendications de biens nous voyons l'an et jour occuper une place importante dans les lois Lombardes. Celui qui pendant un an refuse le serment promis perd la chose. Roth., 361. La femme libre qui a vécu un an avec un esclave sans être réclamée par ses parents devient *ancilla palatii*. Roth., 221 ; Liutpr., 24. Voir aussi divers emplois de l'an et jour dans l'Ed. Roth., 74, 112, 127. Liutpr., 100. Ceci est un argument de plus en faveur de l'opinion qui soutient l'usage absolument général de ce délai.

dipl. Tosc., I, p. 425), nous montre l'évêque de Sienne invoquant une possession d'un an.

L'autre, dans un procès de l'année 880 (*Muratori, Antiq. Ital.*, I, p. 435), nous montre le défendeur exhibant une charte de vente, « *quæ necdum unius anni spatium expleverat.* » Aussi le demandeur combat avec succès ce témoignage, qui n'était pas confirmé par un temps suffisant.

Un troisième nous montre un expulsé dont l'adversaire a envahi le bien dans l'année : « *Iste presens Rostagnus eas sancivit injuste, infra isto anno, malum ordinem in contra lege* (1). » Rostagnus ne peut invoquer l'an et jour et doit chercher un auteur.

Enfin l'an et jour nous paraît indiscutablement s'affirmer dans le capitulaire de 803, c. 7 (*Pertz*, I, p. 117):

Si quis ad mallum legibus mannitus fuerit et non venerit, si eum sunnis non detinuerit, quindecim solidis culpabilis iudicetur. Si ad secundam et tertiam. Si autem ad quartam venire contempserit, possessio ejus in bannum mittatur, donec veniat et de re qua interpellatus fuerit justitiam faciat. Si infra annum non venerit, de rebus ejus quæ in bannum missæ sunt rex interrogetur, et quicquid inde judicaverit fiat.

L'effet de la procédure par contumace aboutit à ceci : le contumace, après les délais de droit, s'il continue à ne pas vouloir paraître, est réputé présent ; on lui appliquera donc le délai d'annalité comme s'il était présent. Le pos-

1. Germer Durand, *Cartulaire de Nîmes*, n° VIII (Thévenin n° 114). Toutefois ce dernier texte pourrait s'interpréter naturellement, sans allusion à une prescription annale.

sesseur, auquel on remet le bien, n'en a que la garde ; il n'a pas droit aux fruits (1).

C'est dans cette *missio in bannum* que des auteurs considérables, comme Brünner (*Encyclopédie de Holtzendorff*, p. 243), et Heusler (*Gewere*, p. 238; cpr. *Institutionen*, I, p. 57), voient l'origine de la prescription annale. Nous croyons, quant à nous, à une antiquité beaucoup plus haute. Si l'on veut bien rapprocher le capitulaire de 803 du titre 45 de la loi Salique cité plus haut, on verra une analogie frappante : après trois appels au mall, le contumace est traité comme s'il était présent ; on lui laisse un an et un jour pour réclamer son bien séquestré : sinon celui-ci re-

1. Nous trouvons en Italie une institution présentant une analogie frappante avec la procédure contumaciale franke : c'est l'*investitura* provisoire, l'*investitura salva querela*. L'adversaire du contumace était investi provisoirement par un sergent de justice. Après un an et un jour, la chose lui était attribuée définitivement. M. Heusler trouve des traces de cette institution à la fin du ix^e siècle, et surtout dans le droit des villes Italiennes (*Die gewere*, pp. 294 à 297). Nous la retrouvons aussi en droit canonique : *Speculum juris* de Durand, lib. III, § 1 de *accusatione* § 6. Il faut 3 citations faites au domicile, ou des *proclamations publiques*, si le domicile est inconnu, pour que l'accusé soit réputé contumax (lib. II, titr. XV, X, cap. 1, 2, 3).

L'accusé encourt alors l'excommunication ; s'il se représente dans l'année, il est absous ; sinon, ses biens sont confisqués et cette confiscation, provisoire pendant l'année de grâce, devient définitive, ce délai écoulé. V. Marcel Fournier, *les officialités au moyen-âge*, pp. 152 et ss. En France le Conseil de Pierre de Fontaines (XXI, 10, 12 et 91 ; XXII, 9) nous présente une procédure pareille. Les livres de Justice et de Plol rappellent même les 3 assises (XIX, 42 § 2) : *s'il ne vient, l'en metra son aversere en sésine, non mi en vvoie, mès por la chose garder, et s'il ne vient de dans les 3 assises et dedans le quaranteine jor il sera en vvoie sésine* ; ces trois assises et quarante jours forment l'an et jour. En Angleterre, nous trouvons la même chose : Glanville, I, 7.

viendra au roi (à l'origine, à la communauté). Le contumace sera déchu de son action, comme un communier qui laisse l'émigrant s'installer dans la communauté pendant un an et un jour, comme un héritier du sang qui laisse le testateur installer chez lui un héritier fictif pendant une année.

Le texte qui nous parle de la *missio in bannum* nous met en outre à même de faire une observation importante. Il faut qu'il y ait trois bans, trois publications faites, avant que l'an et jour puisse courir (1). Or ces trois publications solennelles, croyons-nous, remplissaient l'année (2), et se faisaient originellement aux trois grandes réunions (3) qui avaient lieu à l'entrée de chacune des trois

1. Nous ne disons pas que le fondement de la prescription est dans le ban lui-même, mais dans la publicité résultant du ban. Ce qui nous permet de comprendre pourquoi le ban a joué un rôle très important dans l'an et jour. V. Fockema Andrew, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für R. G.*, 1893, p. 98.

2. Car les Germains ne connaissaient que 3 saisons. Tacite, XVII: *annum quoque ipsum non in totidem digerunt species; hiems et ver et aestas intellectum et vocabula habent, automni perinde nomen ac bona ignorantur*. Nous tranchons de la sorte les difficultés élevées au sujet du point de savoir pourquoi ce nombre de trois assises. V. sur ces points Fockema Andrew, *loc. cit.*, p. 91 et note 2.

3. Les trois plaids étaient obligatoires pour tous les hommes libres, qui devaient en principio y comparaître pour juger. Sous les Carolingiens les comtes tendirent, dans un but d'oppression, à les multiplier. Louis le Débonnaire les ramena à leur nombre primitif. Capitulaire de Worms, année 819: *de vicariis et centenariis que magis propter justitiam faciendam sepissime placita tenent, et exinde populum nimis affligunt, ita teneatur... ut videlicet in anno tria solummodo generalia placita observent et nullus eos amplius placita observare compellat*. Baluze, I, p. 671, cap. 5; v. aussi art. 14, liv. 1, et c. 57 dans le même capitulaire (Baluze, I, p. 616 et 788). On trouve sur ce point des renseignements intéressants dans Ducange au mot

saisons germaniques. Cet usage persista dans tout le cours du moyen âge ; nous voyons les bans et criées encore faits à la Toussaint, à la Pentecôte et à la Noël dans le grand Coutumier de France, p. 263. A Metz, les bans ont lieu à Pâques, à la mi-août et à la Noël, etc.

Ceci est important, disons-nous, car là où nous voyons apparaître les trois ou quatre bannies (quatre quand on proclamait définitivement le droit à la fin de l'an et jour), nous pouvons croire qu'il s'agissait à l'origine d'une prescription annale.

Si l'on exige quatre malls avant de faire exécuter l'homicide, c'est, pensons-nous, pour laisser éteindre l'action de la famille, qui, pendant ce délai, avait le droit de le racheter :

« *Tunc illum qui homicidium fecit, qui eum sub fidem habuit in mallo presentare debet, et sic postea eum per quatuor mallos ad suam fidem tollant. Et si eum in compositione nullus ad fidem tulerunt, hoc est ut redimant de quo domino (non) persolvit, tunc de vita sua componat* ». Cpr. *Summa*. XXII, 4 et ss.

Si l'on demande trois criées dans le grand coutumier (p. 263), c'est également pour laisser passer l'an et jour (1).

Herbann. Cpr. Savigny, *Hist. du dr. romain au moyen âge*, I-2, p. 157, note 172. Cpr. Flach, *Origines*, I, p. 307 ; Warnkœnig, *Histoire de Flandre*, II, p. 125 et 126 ; Bonvalot, *loc. cit.*, p. 5.

1. Nous expliquons de même que l'on ne remonte pas au delà de 3 garants, car au bout de ce temps le délai était écoulé. *Abrégé du liv. des Ass. de la Cour des bourgeois*, XXII ; *loi de Beaumont*, art. 37 ; *Anciennes Constitutions du Chatelet de Paris*, art. 83 ; et doc. cités par Glasson, VII, p. 246, note 5, et Pertile, IV, p. 240-255, notes. *Ancienne coutume de Bourgogne*, n° 83 ; *Charte d'Amiens*, art. 32 ; *Coutume de Bayonne*, ch. 102, n° 1 ; *Coutume de Larroque Timbaud*, art. 20.

De même dans la très ancienne coutume de Bretagne, avant que des motifs pratiques n'eussent fait établir les bannies se succédant de 8 jours en 8 jours (1).

122. — En partant de là, nous pouvons ajouter une nouvelle preuve à celles que nous avons déjà énoncées sur la persistance de l'an et jour à l'époque franke. Ce sont les quatre bannies du mariage, que nous voyons employées dans les premiers rituels francs, c'est-à-dire au plus tard au VIII^e siècle.

Il est naturel que l'on ait employé pour le mariage les mêmes formes de publicité et les mêmes prescriptions que pour les autres transferts de biens réels : le mariage est une vente; l'acheteur cherche à s'assurer les garanties de la prescription annale (2). Du reste, même transposées et transformées par le caractère religieux que l'église parvint à leur donner (3), il est facile de

1. La mention d'une triple ou quadruple publication est faite dans le prologue de la loi salique, et dans le ch. LVIII, de *Chrene-cruda*. Voir aussi l'exigence de triples sommations, *lex sal.*, XXXIX, add. 2, 3; XL, 10; L, 2; LII; LVI. *Lex Rib.*, LXXV. *Lex Burg. præl.*, 11; LXXXI, 1, 2; XIX, 5; CVII, (add. II), § 11. Cette exigence est très fréquente dans les coutumiers du moyen-âge.

2. Cette usucapion de la femme par un an est générale et se retrouve aussi à Rome. Gaius, I, 111 : « *uxor in manu conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat, quæ enim veluti annua possessione usucupiebatur* ».

3. Et cela non sans peine, car il y eut de forts tiraillements à ce sujet entre l'église et le pouvoir civil, dès l'époque franke. Les Mérovingiens et les Carolingiens avaient refusé de donner à l'église la juridiction des causes matrimoniales. V. édit de Childébert (Boretius, p. 15, cap. 11), et cap. de Charlemagne année 803 (Boretius, I, 95); cpr. Esmoin, *le mariage en droit canonique*. Le mariage civil subsista donc à côté du mariage religieux.

retrouver les anciennes formalités. Le contrat de fiançailles a lieu, comme le mariage, devant la porte de l'église (1). Les trois bannies faites avant la qua-

1. Les documents intéressants sur les bannies de mariage nous sont donnés par le P. Martène (*de antiquis ecclesiae ritibus*, cap. 9, art. 5). Un vieux pontifical d'Amiens, qui remonterait au moins au VIII^e siècle, nous montre le prêtre, avant de célébrer le mariage, avertir qu'il a publié trois fois le mariage de N., qu'il le publie sur l'heure pour la 4^e fois, afin que, si quelqu'un connaît quelque empêchement, il le dise sous peine d'excommunication. Dans un vieux rituel de l'église de Châlons, nous voyons le mariage célébré par *verba de praesenti* (par opposition aux fiançailles : *verba de futuro*) ; les formalités ont lieu aussi à la porte de l'église. Les mêmes formalités se retrouvent dans les plus vieux rituels de Limoges et de Liège. Ce sont des moyens déjà pratiqués depuis longtemps : un missel manuscrit du VIII^e siècle, qui se trouvait à l'église de Tours, les mentionne comme existant précédemment : « *benedictionem inibi faciat quæ in libris continentur.* » *Inibi* indique l'endroit accoutumé, la porte de l'église (v. l'auteur anonyme de l'ouvrage « *Tradition ou histoire de l'Eglise sur le sacrement de mariage*, » Paris 1725, tome 1, p. 20, 23, 30 et ss.).

Nous pensons que des recherches faites de ce côté seraient décisives sur certains points ; car il est à remarquer que la royauté et l'église ont suivi un mouvement inverse : la royauté cherche à s'élever jusqu'au pouvoir et à l'organisation romaine, elle a la force à sa disposition ; l'église doit avant tout se faire accepter. Aussi nous la voyons chercher à s'adapter aux populations et aux coutumes. La prescription d'an et jour est populaire ; après un an, la valeur est garantie : les livres pénitenciaux useront des mêmes prescriptions. Dieu a une action contre le pécheur : il faut l'apaiser pendant le temps voulu ; de là l'an et jour de pénitence au pain et à l'eau. Une simple inspection des livres pénitenciaux montre qu'ils présentent une analogie frappante de procédés avec les lois barbares ; telle faute, telle peine ; chaque faute est tarifée ; c'était l'usage barbare : il fallait bien s'y adapter. Nous citerons comme exemple, dans le *tractatus de vitiis et virtutibus et de ordine pœnitentium*, d'*Halitgarius*, évêque de Cambrai en 817 (*Migne, Patrologie, tome 105*), un an et jour de pénitence au pain et à l'eau ordonné pour

trième bannie définitive, ont pour but de mettre en demeure, sous peine d'excommunication, ceux qui connaissent des empêchements au mariage, d'intenter leur action. Le prêtre, comme le fera le comte, porte en même temps que la première bannie un *interdictum*, défendant d'attaquer ceux dont il publie les bans autrement que par la voie légale. Sans doute, l'église a adopté les prescriptions romaines pour les contrats dans lesquels elle est partie ; mais dans le mariage elle n'est point en jeu. Il y avait là en outre une coutume se rattachant plus au caractère civil du mariage qu'au caractère religieux ; la bannie de mariage est tellement un usage civil qu'encore, au xvi^e siècle, Brodeau nous rapporte qu'on essaya plusieurs fois de faire faire ces bans, au défaut de l'Église, par un sergent ou un huissier (1). Elle est en même temps si bien un usage propre aux pays franks, que l'église de Rome, au xiii^e siècle, en connaît à peine le nom,

les petits vols (c'est le délai de l'action) ; un an et jour de pénitence au pain et à l'eau, plus trois ans de pénitence simple, pour les vols plus importants ou les invasions de biens : « *si quis per potestatem, aut quolibet ingenio, res alienas malo ordine invaserit vel tulerit* ».

Pour prouver en outre que l'église savait faire usage de la prescription germanique, nous citerons le canon 2 du décret de Gratien, *causa XX, quest. 1*. Il s'agit de jeunes filles qui entrent au couvent sans l'autorisation du père. *Si le père laisse passer un an sans réclamer*, la prescription est définitive. Bien plus, l'ordonnance du 15 juin 1697 ne permet pas d'attaquer, après une année, le mariage célébré par devant des prêtres incompetents : Isambert, t. XX, p. 292.

1. Brodeau sur Louet, lettre M, lit. 6, *Mémorial du Clergé*, tome III, p. 1022. A cette époque l'efficacité des bans ne durait plus que 6 mois après leur publication. Dans les gragas islandaises l'effet des fiançailles (publiques) durait XII mois. Vart. de Beauchet, N. R. H., 1885, p. 76.

comme il appert d'une lettre d'Innocent III à l'évêque de Beauvais, en 1213, dans laquelle il est dit : « *Sane quia contingit dum, quod aliquibus volentibus matrimonium contrahere banni (ut tuis verbis utamur) in ecclesiis editis (1).* »

Retrouvant donc sans interruption des traces de la prescription annale dans les textes, dans les idées qu'elle charriait avec elle, dans la procédure des quatre publications qu'elle avait inspirée, nous n'hésitons pas, quant à nous, à maintenir très fermement son existence au moment de l'arrivée des Franks, et sa persistance pendant toute l'époque franke.

123. — Cette prescription ne devait pas tarder à triompher des entraves qu'on avait cherché à lui apporter du x^e au xii^e siècle. Nous la voyons tout à coup fleurir avec une telle profusion que beaucoup d'auteurs ont cru qu'elle était une création spontanée, une fleur subitement éclosée sur le sol du moyen âge au moment de la rédaction des coutumes (2).

Nous avons suivi la prescription annale jusqu'au ix^e siècle (3). Nous la retrouvons à la fin du xi^e siècle, dans un très intéressant document, en conflit avec la prescription ecclésiastique de trente ans.

1. Cité par André, *Droit canon*, 1859, au mot ban. Cpr. textes cités par Beauchet, N. R. II., 1882, p. 386, 387. Les bans de mariage furent adoptés par le Concile de Trente. Déjà vers 1200 l'église d'Angleterre les avait adoptés (Voir *A religious encyclopédie* de Philip. Schaff, Edinburgh, 1883, au mot bann).

2. Déjà vers les x^e et xi^e siècle quelques communes avaient rédigé leurs coutumes : telle la coutume de Strasbourg de 980, et celle de Bigorre de 1097.

3. Voir *suprà*, p. 386.

Il s'agit d'une lettre d'Yves de Chartres (1), adressée aux chanoines de l'église collégiale de Beauvais, sur la possession d'un moulin que l'évêque précédent avait donné à leur église, et dont le fonctionnement était gêné par le mauvais état des ponts et par les teintureries que la ville avait fait construire sur la rivière. L'évêque de Beauvais répondait qu'il ne devait pas garantir parce qu'il s'agissait d'une donation ; que c'était la ville qui était engagée comme ayant fait bâtir les ponts et les teintureries. Mais la ville, pour le maintien de ses ponts et de ses teintureries, invoquait la prescription d'un an (2).

Elle existait à la même époque dans le pays de Galles, où nous la retrouvons dans les lois de Howel-le-Bon (3).

Et le début du XI^e siècle est à peine écoulé qu'elle nous

1. Lettre 77 (Migne, Patrologie, tome 162). Nous empruntons ce renseignement à l'érudition de notre maître M. Esmein, Cours de droit canonique, Ecole des Hautes Etudes, 1896-7. Cette lettre est citée aussi par M. Valentin Smith, *loc. cit.*, p. 47, 48, mais sans aucun commentaire. Il adopte la date de 1099.

2. L'évêque indiquait d'autre part qu'il avait juré de respecter les coutumes de la cité à l'occasion d'une *conjuratio communalis*.

3. Doc. du XII^e siècle (leges Walicæ, 11, 17) : *Si quis alteri per annum et diem fundo suo permiserit sine turba et sine noxa presens fuerit et dicit illum usufructarium de terra illa respondere, deinceps non teneri, lis autem mortua est utpote intra annum et diem non contestate* (Cité par Laferrière, *Hist. du dr. français*, II, p. 123).

Nous lisons aussi dans les anciennes lois d'Ecosse, *De terra tenuta in pace per annum et diem* : « *Quicumque tenuerit terras in pace per unum annum et unum diem et sine calumnia, quam fideliter emit, per testimonium duodecim vicinorum suorum ; si quis eum calumniaverit post annum et diem, et ipse infra prædictum terminum, clameum inde non moverit super hoc, nunquam audietur.* » *Leges et consuetudines Burgorum*, édité par D. David, roi d'Ecosse. Il ne s'agit pas ici d'actions possessoires, comme le pense M. Laferrière, mais d'actions pétitoires et défini-

apparaît en Allemagne dans les *leges et statuta sancti Petri Wormat*, § 1 (1) :

Si quis ex familia ad sociam suam legitime venerit, quicquid in dotem dederit, et hoc ipsa annum et diem non proclamatum possidet...

A la même époque (2), à propos d'échanges de biens, l'un entre les abbayes de Saint-Martin de Metz et de Stablo, l'autre entre l'abbaye de Stablo et celle de Saint-Maximin, il est déclaré :

Confirmatum est hoc concambium precepto Cuonradi imperatoris et legali advocatorum banno, ac iusta tradicionem habitum a predictis abbatibus per annum et diem digna census ac servitii solutione.

Ces deux documents sont des *notitiæ* qui ont pour but de relater uniquement que le délai d'an et jour est écoulé. M. Heusler (p. 238-9) s'en étonne à tort ; nous verrons quelle utilité présentait cette notice au point de vue de la garantie.

123. — La prescription d'an et jour continue à s'affirmer de plus en plus. Au XII^e siècle, c'est une véritable explosion. On la trouve partout : en Westphalie, dans la coutume de *Soester* (3) ; en Suisse, dans les coutumes de *tivos*, comme le prouve la fin du dernier texte « *super hoc nunquam audietur* ».

1. Doc. de 1035, Martène et Durand, collect. II, p. 56 et 58 ; cité par Heusler, *Gewere*, p. 238.

2. Martène et Durand, *loc. cit.*, p. 58.

3. Doc. de 1120 : « *Quicumque de manu Schultheti, vel ab eo qui auctoritatem habet, domum vel arcam vel agros vel mansum vel mansi partem acceperit, et per annum et diem legitimam quiete possederit, si quis in eum*

Fribourg (1); en Flandre, dans les Keuren de *Bruges* et de *Saint-Omer* (2); en Hollande dans de nombreux documents, parmi lesquels nous citerons des privilèges de *Zutphen* de 1190 (3).

A Gand, le comte Philippe reconnaît qu'il n'a aucun droit sur les personnes et les biens de ceux qui, après être demeurés un an et un jour dans la ville de Gand, la quittent pour le territoire de *Saint-Pierre* :

« Ego autem eorum conquestionibus sæpe interpellatus recognovi plenarie et confessus fui, quod si aliquis in villa Gaudensi per annum et diem liber manserit, et postea se in villa beati Petri transtulerit, ipse, quantum ad me, liber manebit, sicut mansit in villa Gaudansi, nec ego in eo vel in bonis ejus in vita vel morte aliquid juris habebo ».

De même, à *Saint-Omer*, l'héritier qui laisse passer l'an et jour sans réclamer son hérédité, occupée par un autre, perd son droit :

« Si quis etiam eorum, mortuo aliquo consanguineo suo, portionem aliquam possessionis illius sibi obvenire credens, et in comitatu Flandriae manens, cum eo, qui possessionem illam tenebit, vel partiri infra annum neglexerit, vel eum super hoc agere voluerit, possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit, et sic de caetero sui warandus erit nec amplius supra praedictis gravari poterit. »

1. Doc de 1120, coutumes de *Fribourg*, art. 37.

2. Keure de *St-Omer*, 1128; Keure de *Bruges* en 1185; v. *Warnkoenig, Hist. de la Flandre*, traduct. Ghledorf, tome II, p. 223, 414 et 415; ajouter doc. de 1192, *Gand*, art. 14; *Warnkœnig*, tome III, p. 229.

3. Voir les documents cités par M. Fockema-Andrae, *die Frist von Jahr und Tag und ihre Wirkung in den Niederlanden. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, XIV Band, 1893, p. 75 et suiv.

per judices et scabinos minime convenerit ; qui per annum integrum sine legitima calumnia tenuerit, quiete deinceps teneat, et nulli super hoc respondeat.

En France, nous trouvons la prescription d'an et jour souvent mentionnée, entre autres, dans les coutumes de (1) :

Laon, art. 15, 20 (année 1128).

Seaus en Gatinois, art. 7 (année 1153).

Lorris, art. 18 et 32 (1155) (2).

Nieuport, art. 10 (1163).

De même dans les Chartes de :

Noyon, art. 13 (1181) (3).

Chaumont, art. 10 (1182).

Royes, art. 3 et 15 (1183) (4).

Abbeville, art. 23 (1184) (5).

Pontoise, art. 11 (1188).

Amiens, art. 26 (1190) (6).

Saint-Quentin, art. 24 (1195) (7).

La Rochelle (1204).

Bourbon-l'Archambault (1257).

1. Sur ces documents, v. Klimrath, p. 357 et ss. ; Alauzet, p. 47 ; de Parieu, p. 56 et ss. ; Heusler, *Gewere*, p. 345 ; Warnkœnig, *Franz. R. G.*, tome I^{er}, pp. 288, 294, 303 ; Glasson, tome VII, p. 349.

2. Pour ces deux derniers documents, Warnkœnig, *loc. cit.* ; U. B., p. 33 ; et *Ordonnances du Louvre*, XI, p. 199.

3. Jurée en 1108. V. la xvii^e lettre sur l'histoire de France de A. Thierry. *Ordonnances du Louvre*, XI, 224.

4. *Ordonnances du Louvre*, XI, 228.

5. *Ordonnances du Louvre*, IV, 53.

6. Bouthors, *Coutumes locales du baillage d'Amiens*, Amiens, 1845, p. 66.

7. Citée par de la Fons dans son commentaire de la coutume de Chaulny, et rapprochée par lui du titre 45 de la loi Salique.

La côte Saint-André, art. 16 et 19 (1301) (1).

Bastide (1350) (2).

Nevers, art. 9, 11, 13 (1356) (3).

Rouen (1367) (4).

Saint-Valéry-sur-Somme, art. 21 (1376).

Saint-Dizier, vers la même époque.

Auxerre, art. 3, 4, 17, 26 (1379) (5).

Eyrieu, art. 14, 17, 20 (1389) (6), etc...

Toutes ces chartes sont très importantes. Celle d'Abbeville (7), par exemple, a fait souche et fut adoptée par une foule de villes de la basse Picardie. Mais l'une des plus répandues fut la fameuse loi de Beaumont, qui fut étendue à un grand nombre de communes du nord-est de la France et à pas moins de soixante-dix villages dans le Luxembourg (8).

Cette charte dérivait elle-même de la loi de Beaufort (1182). On y trouve des indications nombreuses sur la nature et sur la portée de la prescription, comme nous le verrons plus loin. Pour le moment, il nous suffit

1. V. 2 chartes de franchises du Dauphiné, par Stouff, N. R. H. 1895, p. 303 et ss. La charte de la côte St-André fut donnée par Amédée V, comte de Savoie.

2. *Ordonnances du Louvre*, IV, p. 21.

3. *Ordonnances du Louvre*, III, p. 119.

4. *Ordonnances du Louvre*, V, p. 77 ; *ibid.*, p. 250.

5. *Ordonnances du Louvre*, VI, p. 420.

6. *Ordonnances du Louvre*, VII, p. 316 et s.

7. V. Thierry, Recueil de documents inédits de *l'histoire du Tiers-Etat*, IV, p. 12, 575, 699, 716. Cette charte aurait été, d'après Valentin Smith (p. 64, 65), copiée en partie sur la charte d'Amiens de 1117.

8. Viollel, *Histoire du droit civil*, 1893, p. 138.

d'indiquer le triomphe du délai de la prescription annale. Nous le retrouvons dans le Roisin de Lille (1) et dans tous les recueils des XIII^e et XIV^e siècles. Les assises de Jérusalem, les établissements de Saint-Louis dans les différentes compilations qu'ils comprennent, le conseil de Pierre de Fontaines, le livre de Justice et Plet, le coutumier de Beaumanoir,¹ les très anciens coutumiers de Normandie et de Bretagne, les Olim et les décisions de l'Echiquier (2) mentionnent à chaque instant cette prescription d'an et jour. Nous allons essayer d'en indiquer la véritable nature juridique à l'aide de ces nombreux documents (3).

Nature de la prescription d'an et jour.

125. — La nature de la prescription d'an et jour a été fort mal appréciée, parce qu'on a voulu y voir une mo-

1. Edit. Brun-Lavaine, p. 61, n^o 11.

2. A l'étranger la possession d'an et jour est fréquemment mentionnée : *Sachsensp.*, II, 45 § 1 : *Welcher Mann Jahr und Tag ein Gut in Gewer hat, ohne rechte Widersprache, der hat eine rechte gewer daran.* *Schwabensp.*, 209. *Rap. Sachsensp. Len.*, I, 22 § 4 ; voir aussi les doc. cités par Albrecht, p. 99 ss. ; Laband, *die Vermög. Klag.*, 292, 353 ; Stobbe, *Handbuch*, II, p. 24 et ss. ; Gewere, p. 467 ; Planck, *Gerichtsverfahren*, § 63 ; Heusler, *Gewere*, 237, 244 ; Schulte, 463, 466 ; Brünner, *Encyclopädie*, p. 274 et ss. En Angleterre, citons un doc. de 1173 dans la chronique de Jocelin de Brake-londa (Bigelow, *placita anglo-normannica*, p. 282) : « *Burgenses vero summoniti responderunt, se esse in assisa regis, nec de tenementis, que illi et patres eorum tenuerunt, bene et in pace, uno anno et uno die, sine calumpnia, se velle respondere contra libertatem ville et cartas suas...* »

3. Sur la disparition de l'an et jour en France, v. en particulier de Pariou, qui étudie la question avec une érudition remarquable : p. 57 et ss.

dalité de la saisine : la saisine d'an et jour aurait été une saisine supérieure, préférable aux autres saisines. Cette façon de voir nous paraît erronée de tout point. L'an et jour est une institution absolument générale, s'appliquant à toutes les actions, à celles qui poursuivent la personne directement et à celles qui poursuivent le bien. L'an et jour s'attaque au patrimoine personnel comme au patrimoine réel, au meuble comme à l'immeuble, aux biens susceptibles de propriété apparente comme à ceux qui n'en sont pas susceptibles. C'est ce qu'une rapide excursion dans les chartes et les coutumes permet de constater.

L'an et jour, disons-nous, s'applique à la personne ainsi qu'aux engagements personnels et au patrimoine.

a) Au *status* (1).

Le Roisin de Lille nous montre que si le fils de bourgeois « se marioit et il ne request se bourgeoise dedans l'an et le jour qu'il auroit feme espousée, et il apriès l'an et le jour le requeroit à yestre bourgeois, il ne seroit mie reclus come fuis de bourgeois » (mais comme forain et en payant la taxe des forains).

La charte de la côte Saint-André, ainsi que de nombreuses autres chartes, indique qu'on ne peut acquérir le droit de bourgeoisie avant d'avoir laissé passer ce délai extinctif :

Item quicumque venerit in dicta villa causa morandi ibidem, et ut burgensis dictæ villæ, et steterit seu moram fe-

1. Fribourg, Saint-Omer, Nieuport, Seaus en Galinois, Beaumont, Lorris, Nevers, Eyrieu, Lille, aux articles cités, p. 397 et 398.

cerit ibidem, et postquam burgensis receptus fuerit publice per castellanum, et franchesiam juraverit, et moram per annum et diem, sine requisitione domini sui, ibidem fecerit, et domum ut supra dictum est habuerit ibidem, ex tunc burgensis remaneat, et nos, seu castellanus noster et villa, debemus eum et res suas defendere, justitia mediante (1).

Il sera affranchi de toute poursuite, dit la charte de Châtel Blanc d'Avignon :

« Non tenetur talis de suo corpore aut de rebus suis mobilibus ulterius alicui respondere » (2).

Aussi, dans le cas de bannissement, après l'an et jour aura-t-on perdu le droit de bourgeoisie.

En conséquence, l'individu banni comme insolvable, après le délai d'an et jour, devra demander à rentrer dans l'association.

« Quis de forefactis supradictis emendationem solvere nequiverit, nec habet, ab eo auferetur, et per annum et diem ex villa excludetur ; et si post diem et annum (le délai extinctif est passé) redire voluerit, consideratione juratorum forefacta emendabit (Loi de Beaufort).

A Metz, le forsjugement pour la paix brisée ou pour la femme ravie, ainsi que pour certains autres crimes, est aussi proclamé dans les bans de l'année, et ce pendant un an (3). Ce qu'il y a de très curieux, c'est qu'on proclame en même temps les forsjugements et les bans pris

1. *Ibid.* Charte de Gand de 1101, art. 14 : la ville ici garantit l'étranger même pendant l'an et jour.

2. Cité par de Parieu, p. 58, note 1.

3. Prost, Etude, appendice LXXI.

sur les héritages; c'est une prescription extinctive analogue qui court pour les uns et les autres.

Le seigneur perd le droit de revendiquer son homme après l'an et jour, et celui-ci deviendra libre (1); à l'inverse, après une résidence d'an et jour sur une terre de main-morte, on perdrait le droit d'invoquer le *status* ancien et l'on deviendrait serf (2).

Citons encore ce curieux cas d'acquisition d'un *status* par l'an et jour, cas que nous avons déjà cité à propos du bien personnel, du meuble :

« Compagnie se fait selon nostre coutume pour seulement manoir ensemble à un pain et à un pot, un an et un jour, puisque les meubles de l'un et de l'autre sont mêlés ensemble »
Beaumanoir : XXI.

Cette prescription s'applique aussi à l'état décrivant d'un contrat. La défaute d'un an rompt le contrat qui unit le seigneur à l'homme lige (Coutumier de Picardie, XVI, p. 17). Le patron ne semble même avoir acquis son titre et un droit sur son apprenti qu'après l'an et jour :

« Nuls du dit mestier ne puisse vendre son aprentiz à autre, devant que il ait esté entour lui an et jour » (3).

L'action que l'excommunié a pour se faire relever de sa sentence ne dure pas davantage (4).

b) Les actions sur le corps et le patrimoine personnel sont soumises à ce délai. La règle est fortement sou-

1. Coutume de Vitry le François, citée par Glasson, VII, p. 348.

2. Laurière, livre 1^{er} des établissements de St-Louis, ch. 96.

3. Doc. de 1294, Fagniez, *doc. pour servir à l'histoire de l'industrie et du commerce*, p. 314.

4. Très anc. Cout. Norm., ch. II.

lignée dans le très ancien coutumier de Normandie pour le cas d'actions criminelles.

L'homicide, pour échapper à l'action des parents de la victime, doit porter pendant un an et un jour au cou la *Paix du duc* (1).

C'est aussi dans l'an et jour que doit avoir lieu la confiscation des biens du coupable, de l'usurier par exemple (2).

On fera mille applications de cet an et jour. Ainsi les biens du banni seront pris pendant l'année de la condamnation par le seigneur qui bannit. De la sorte, l'an et jour courra et éteindra le droit du banni ; ensuite le seigneur rendra les biens soit aux héritiers, soit au seigneur de qui ils sont tenus :

« *Et depuis l'anée passée, li dis castelains (le seigneur de Ponthieu) osterá se main des bienz qui apartenoient au dit Colart avant le ban, et en laira joyr le dit monsieur Guerin, de qui li hyretages est tenus* » (3).

L'an et jour fut très souvent employé dans des cas semblables. Il procurait au justicier le profit du bien pendant un an (4). Même avantage au vassal en cas de défaute d'homme (5) ; au seigneur foncier dans le cas de refus du censier de se faire ensaisiner (6).

1. Edit. Tardif, XXXVI. Cpr. coutum. de Picardie, LXII. En Picardie, on ne montrait plus les lettres de grâce du roi qu'à la première assise.

2. *Ibid.*, LXIX ; anc. Coutumier de Picardie, LVII.

3. Anc. cout. de Picardie, LVII, p. 51. Cpr. *Grand coutumier*, p. 302.

4. *Grand Coutumier*, p. 182.

5. *Ibid.*, p. 235.

6. *Ibid.*, p. 266.

Par la suite, on vit de plus en plus dans l'an et jour le côté positif: l'avantage de procurer la jouissance d'une année (1).

C'est dans l'an et jour que doit avoir lieu la rigoureuse action pénale qui suit l'enlèvement violent de bornes, considéré comme larcin : « *del cas ne puet appeler for dedanz l'an et dedanz le jor que les bornes fussent ostées* » (2).

Les actions dérivant des contrats en justice sont prescrites par ce délai, dit la coutume de Beaufort; le maire et les jurés ne pourront plus porter témoignage :

« *De omnibus quæ audierit et viderit, non plus quam per diem et annum testimonium jurati præstare potuerit.* »

On pourrait faire un rapprochement intéressant entre cette extinction de l'action et la prescription annale des actions prétoriennes, qui nous semble également fondée sur la durée annale des magistratures.

L'action en résiliation d'un contrat ne durait pas davantage. Après un an et un jour on ne peut plus faire résilier le contrat par lequel on a acheté une « *bete restive* », nous disent les assises de Jérusalem (3); l'acheteur le pourrait auparavant en jurant sur sains « *cele beste ne prist cele restiveté o luy depuis qu'il l'acheta.* »

1. Et ceci même au cas de longue défaute, *ibid.*, p. 281, cpr. 307. Cette jouissance d'un an est le prix offert par le nouveau mari de la douairière (p. 291), par le baillistre du fief pour le rachat (p. 293).

2. *Jostice et Plet*, p. 150. L'exploit donné à un sergent à cheval est éteint après l'an et jour : *Grand Coutumier*, p. 218. En cas d'interruption, il faut recommencer un nouveau procès dedans l'an : p. 237, cpr. p. 242.

3. Basse cour, XXXIII.

On ne pourra pas non plus faire résilier le testament (1).

c) L'an et jour s'applique aux héritages :

D'une façon générale, l'an et jour s'applique à tous les cas où il y a eu transfert de biens réels, ensaisinement (2).

Et deit celui venir avant dedans l'an et le jor que la cort n'aura celui ou cele saisi, car s'il y venreit près que l'an et le jor sereit passé depuis qu'il fu saisi, la raison juge qu'il ne det estre mais oys de celui fait, par dreit, ains à celui gaigné la querelle par dreit (3).

Si quis per diem et annum hereditatem suam sine contradictione hominis in villa manentis habuerit liberam, deinceps obtinebit (4).

Après l'an et jour, la vente d'un esclave est définitive (5); le contumace est dessaisi de ses biens (6).

Pour être à l'abri du retrait des héritiers, « il faut que l'acheteur ait tenu l'héritage un an et un jour sans chalonge » (7).

La règle est posée très nettement par la charte d'Abbeville : art. 23.

1. *Grand Coutumier*, p. 188. Aussi la partie adverse prétend que son adversaire n'a eu aucune saisine : « *nullum statum saisinae habuisse post mortem defuncti, quod nondum fuerat lapsus annus* ». Après l'an et jour la succession est vacante : *Nevers*, art. 11 ; *Eyrieu*, art. 20, etc.

2. *Noyon* ; *Roye* ; *St-Quentin* ; *Chaumont* ; *Pontoise* ; *Beaumont* ; *Saint-Dizier* ; *Bourbon l'Archambault* ; *Nevers* ; *Hainault* ; *La Rochelle*, etc.

3. *Cour des bourgeois*, c. XXVI.

4. *Charte de la côte St-André*, §§ 19, 21 ; *Très anc. coutum. de Normandie*, LXXIV, LXXV.

5. *Basse-cour*, XXXIV.

6. *Basse-cour*, CCXXVI.

7. *Cour des Bourgeois*, XXXI, et presque tous les coutumiers.

Si quis emerit vel invadiaverit terram seu redditus aliquos, et per annum et diem vicinis videntibus tenuerit; si ille qui reclamaverit sciverit vel scire potuerit, nisi infra diem et annum reclamaverit, de cetero non audietur.

Elle s'applique : à la vente définitive ; au gage du bien réel ; à la concession à longue durée (1) d'un bien noble ou roturier, au cens (2) quand il n'est pas signe de seigneurie.

Au douaire : la douairière qui n'acquitte pas ses charges perd son droit d'agir après l'an et jour (3). Au partage : l'action en rescision du partage doit être intentée dans l'an et jour ; le copartageant « qui a longue tenue d'un an et d'un jour, la tenue vaut » (4). A la saisie : après avoir laissé l'héritage saisi dans les mains de son créancier un an et un jour, le débiteur en perdra la propriété (5) ; le

1. *Ibid.* Charte de Chaumont, *loc. cit.* ; Coutume de St-Dizier, *loc. cit.* ; Bourbon l'Archambault, *loc. cit.* La Charte de St-Quentin l'applique spécialement à la « tenure ». Les coutumes de Hainault l'appliquent également à l'héritage et rente de main ferme.

2. On prescrit la redevance, mais non pas le droit lui-même, qui est imprescriptible. Les assises de Jérusalem semblent indiquer au contraire que l'on perd le droit : « *Se le sire dou cens esteit un an et un jor que il ne preigne son cens de celui qui la tient, la raison commande qu'il a perdue la chose don il peruet celui sens (*).* » Mais nous ne pouvons voir qu'une erreur dans cette décision exceptionnelle.

3. Beaumanoir, XXX, cpr. XXXII.

4. *Jostice et Plet*, p. 154 ; *très anc. coutum. de Normandie*, LXXXIII.

5. Elle est attribuée au créancier dans le *livre Roisin* de Lille, p. 48, n° VIII, qui étend le délai à « deux ans et deux jours ». Rap-

* Assises de Jérusalem, *Basse-cour*, c. V. Pour les fiefs, nous n'entrons point dans les nombreuses applications de l'an et jour. Sur ces points voir Brussel, *Usage des fiefs*, pour les cas de saisie, de délais de souffrance, etc.

mainmortable sommé par la justice de se démettre du bien, s'il ne le fait pas dans l'an et jour, perd la saisine du bien (1).

Nous avons donc un moyen absolument général, s'appliquant à toutes les actions, tant réelles que personnelles. Nous ne pouvons par suite lui enlever pour les unes le caractère qu'il offre pour les autres. C'est un point sur lequel nous insistons, car il n'a pas été mis en lumière jusqu'ici, et pourtant c'est, à notre avis, le principal argument qui prouve que la prescription annale est une prescription extinctive.

Elle a forcément ce caractère dans le cas de poursuite pénale, ou de bien non reconnaissable : d'une façon générale en cas d'action personnelle. En effet, vous perdez en chemin un objet non reconnaissable, de l'argent ; quelqu'un vient à votre suite et le ramasse. L'objet étant non reconnaissable devient de suite sa propriété, entre dans sa « garde ». Ne pouvant reconnaître votre bien, vous poursuivrez celui qui vous l'a enlevé par une action personnelle. Cette action devra être intentée dans l'an et

procher ceci du passage suivant de la loi de Beaufort : *Si quis alterius hereditatem in vadio habuerit, illam per annum majori et juratis monstrabit, et illi quibus hereditata factura sit (quod de hereditate facturus sit) ordinabunt.*

1. *Il convenroit que le morte mains le mesist hors de se main dedens un et jour que le justiche l'en aroit sommé ; et se dedens là ne l'avoit fait, li roys, li maires et li esquevin prendroient tous les fruis et les pourfis et seroient fourfait au jugement du maieur et des esquevins » : Anciens usages d'Amiens (xiv^e siècle), édit. Marnier, IV, 146 ; cpr. *Grand Coutumier*, p. 250, 261.*

jour : il est certain que l'an et jour est ici extinctif (1).

C'est de la sorte que nous expliquons que, même après avoir admis la prescription de trois ans (prescription romaine acquisitive) pour les meubles, on ne permet de revendiquer que pendant un an les meubles sur un marché. C'est parce qu'ici, les biens étant considérés comme fongibles, personnels, on ne peut les poursuivre que par une action personnelle, dont la prescription est d'un an. Ce dernier délai est nettement extinctif.

Le délai d'an et jour conservera le même caractère quand il s'agira de biens réels, d'action réelle. Il n'y a point de raisons pour établir ici une différence. Du reste le délai est forcément extinctif aussi dans les cas sans nombre où il s'agira de revendications de droits de péages, de *consuetudines*, d'*exactiones*, etc. La plupart des procès du moyen âge sont fondés sur l'idée que celui qui a consenti à une prestation sans protester, reconnaît le droit de celui à qui il a consenti la prestation. Le délai ne sera pas toujours le délai d'an et jour, comme nous le verrons ; mais l'idée de la forclusion, encourue par le silence gardé en face d'une prétention adverse, est bien nette.

On pourrait sans utilité multiplier ces exemples.

Nous avons, du reste, d'autres arguments en faveur du caractère foncièrement extinctif de la prescription d'an et jour. En reprenant tous les cas dans lesquels nous l'avons vue s'appliquer, nous constatons qu'elle part toujours d'un fait public ou publié : contrat devant l'échevin (2),

1. Cpr. *Ancien Coutumier de Normandie*, édit. Marnier, ch. XIX.

2. A ce propos, v. une remarque très juste de M. Beugnot, dans

port de la pax, fait délictueux connu, déclaration faite au sujet du *status* avant l'entrée dans la ville ou après l'expulsion, excommunication, vêtue à l'occasion du transfert, du gage, du douaire, du bail, de la tenure noble ou roturière, etc. Or ceci annonce une contradiction solennelle opposée aux droits que prétendraient avoir d'autres personnes à la même action, solennité qui ne s'explique que si elle sert de base à une prescription.

Ce qui nous démontrera encore davantage le caractère extinctif de la prescription, c'est qu'elle ne court pas contre les personnes absentes. Une prescription purement acquisitive devrait courir contre tout le monde.

Enfin, non seulement la construction générale de l'institution, mais les termes employés par les textes confirment cette façon de voir. « *Non tenetur respondere* », « *libere et quiete teneat* », disent les chartes du temps.

D'ailleurs, c'est vers cette opinion que semblent incliner les auteurs. Après avoir voulu faire de la saisine d'an et jour une prescription acquisitive, avec Albrecht (1) et son école, tant allemande que française, anglaise, italienne, ou un « droit de possession formaliste » comme Stobbe (2),

les *Assises de Jérusalem*, tome I, p. 262, note. M. Brünner souligne aussi l'importance du ban : *Encyclopaëdie*, p. 274. V. *Abrégé de la Cour des Bourgeois*, XXVI, sur la « *vente au criage du seigneur* », qui fait courir aussi la prescription.

1. Albrecht, note 215; Klimrath, *Trav. sur hist. du dr. franc.*, II, pp. 591 et ss.; Thiercelin, p. 85; cpr. Bruns, *Besitz im Mittel.*, loc. cit. p. 320.

2. *Gewere*, p. 468. La *gewere* d'an et jour serait : « *ein formele*

ils inclinent visiblement à reconnaître maintenant à l'an et jour son caractère extinctif (1).

« La *rechte gewere*, nous dit M. Brünner (2), nous apparaît comme l'acquisition d'un héritage sur le fondement du silence d'autres personnes, c'est-à-dire sur ce fait que tous ceux qui auraient pu faire valoir des droits sur le bien se sont tus. »

Conditions de la prescription d'an et jour.

126. — Cette dernière considération nous permet de fixer les conditions essentielles de la prescription d'an et jour. Il faut : a) qu'elle s'appuie sur un acte de publicité.

b) Que celui à qui elle est opposée puisse avoir eu connaissance de cet acte de publicité.

Il faut qu'elle s'appuie sur un acte de publicité. Ceci nous permet de fixer précisément le point où l'an et jour et la saisine se rencontrent.

La saisine est une possession légitime, c'est-à-dire une possession fondée sur l'affirmation solennelle d'un droit.

Rechtsgültig, entstandenes Besitzrecht welches mit Beziehung auf bestimmte Personen als geschützt erscheint ».

1. « Nicht aus dem princip des Besitzes folgt die theorie der rechten gewere, sondern aus dem verschweigen des gegners, » dit avec raison Housler, *Gewere*, p. 253; cpr. *Institutionen*, II, § 97. Laband fait remarquer dans le Brünner *Schœffenb.*, c. 322, que la prescription annale est désignée sous le nom de *praescriptio et praepjudicium*. Van Bemmelen, p. 107.

2. Brünner, *Encyclopaëdie de Holtzendorff*, p. 274.

Le point de départ de l'an et jour sera le même que celui de la saisine, la solennité de la prétention.

Toutefois comme l'état social est plus avancé, que les absences sont nombreuses, que les plaids sont moins réguliers et moins obligatoires, — ce qui devait résulter de leur plus grande fréquence, — à côté de la publicité légale, on conserve une importance à la publicité de fait résultant de la possession elle-même.

Ce dernier développement nous semble même ultérieur. Il a dû être imaginé pour empêcher les fraudes de ceux qui se seraient absentés volontairement le jour des publications (1), car les plus anciens textes qui nous parlent de la prescription, même de trente ans, mentionnent que cette prescription était fondée sur un juste titre.

Ainsi, dans le *preceptum* accordé par Charlemagne aux Espagnols de Septimanie pour leur permettre d'acquérir la propriété par le défrichement et 30 ans, la prescription repose sur le *preceptum* : « *per nostram datam licentiam.* »

Doc. du 2 avril 812 :

...Per nostram datam licentiam erema loca sibi ad laboricandum propriserant et laboratas habere videntur, nullum censum superponere presumatibus neque ad proprium facere permittatis, quoad usque illi fideles nobis aut filiis nostris fuerunt; quod per triginta annos abuerunt per aprisionem, quieti possideant et illi et posteritas eorum et vos conservare debentes (2).

1. Nous voyons que cette fraude s'employait en Bretagne : v. Planiol, N. R. H., 1890, p. 452.

2. On trouve ce *preceptum hispanis* dans Boretius, p. 169 ; la

Outre le *preceptum* royal, il faudra donc une possession de 30 ans : il y a là une prescription extinctive basée sur un acte public.

Autre application du même principe dans les lois Lombardes (Liutpr., 78), où il est question de la prescription de 60 ans des biens du fisc. Le défendeur doit prouver *quod ipsam rem per principem ipse aut parentis ipsius per sexaginta annos possedissit, nec eam per legem dimittere debeat.*

Le *liber Papiensis*, Liutpr., 115, nous donne un document encore plus ferme sur cette exigence d'un juste titre même dans le cas de longue possession. Le défendeur doit prouver : « *Quod ipsa res per principem data fuisset, et ipse per parentes ejus per LX annos possedisset.* »

Et les praticiens Lombards ont soin de nous le rappeler dans leurs formules :

« *Detinuissemus ad nostram proprietatem per triginta annos* », « *abemus per annos triginta ad proprio* », etc. (1).

C'est le principe que nous retrouvons dans les statuts des villes et dans les coutumes du haut moyen âge. Ils nous parlent tous d'une acquisition, nous dirions maintenant d'un titre coloré. Bourbon l'Archambault ne fait courir l'an et jour que de là : « *si aucun acquiert* ». St-Dizier parle même de la mise en possession par bailli et par eschevins. Chaumont l'accorde à ceux qui « *res quascum-*

permission accordée ici par Charlemagne fut renouvelée en 815 par Louis le Débonnaire, et en 844 par Charles le Chauve.

1. Muratori, I, 463, 495 ; V, 257, etc. cité par Housler, p. 84. On peut citer un *preceptum* de Clotaire II, c. 13, II, 19, cité par Brünner, D. R. G., II, p. 517.

que juste ac legitime emerint aut per vadium acceperint » ; Pontoise, à ceux qui « *justo modo ac rationabili adquisierunt* » ; Abbeville : « *si quis emerit vel invadiaverit* » ; Nevers : « *Quicumque... per emptionem... tenuerit* » .

On rencontre la même exigence du titre dans les assises de Jérusalem et dans les coutumes de Beauvais, de Touraine, d'Anjou et du Maine, du Loudunois (ces dernières citées par Laurière dans sa dissertation sur le ténement de cinq ans). Cette exigence est aussi impliquée dans les expressions employées par des chartes de Noyon, de Roye, de Saint-Quentin, nous disant : *quicumque per annum tenuerit*. Or la *tenura* est, nous l'avons vu, le pendant de l'*investitura*.

L'exigence d'un titre coloré est reconnue par Valentin Smith, d'après certaines chartes, sans qu'il en tire d'ailleurs de conséquences. *Loc. cit.*, p. 57-8.

Cette exigence du juste titre pour la prescription nous explique pourquoi l'on exige d'un possesseur précaire, qui veut prescrire, une interversion de titre : c'est-à-dire un acte de publicité manifestant sa prétention au bien, son *animus*. Ainsi une personne tient un bien en censive du seigneur : elle ne peut prescrire contre son titre, parce que sa prétention, au lieu d'être confirmée et proclamée par son titre, serait contredite par lui ; mais si elle reçoit le bien d'une personne étrangère, ou le cède à une personne étrangère, la prescription d'an et jour courra (1).

Certains pays, comme la Bretagne, ne considéraient

1. Voir abrégé de la *Cour des bourgeois*, XLVII.

que la publicité légale dérivant du titre lui-même et des bannies. Ils refusaient d'accorder une importance à la publicité de fait résultant de la possession (1).

Dans la plupart des autres pays, on se relâcha de cette rigueur. La possession de fait parut prendre une importance égale à celle de l'an et jour. La charte d'Abbeville, art. 22, la place même au premier rang :

Si un homme a possédé publiquement pendant un an et un jour un héritage qu'il a acquis, et que celui qui prétend que cet héritage lui appartient ait su ou pu sçavoir sa possession, et n'ait point réclamé pendant ce temps, il ne pourra plus le faire dans la suite.

On arriva même à supprimer complètement l'exigence du titre pour les actions possessoires, sauf en matière bénéficiale, comme nous le verrons plus loin, et à dire, comme la coutume de Lorris (2) :

On peut acquérir possession d'aucun droit corporel ou incorporel, prophane et non spirituel par le temps dessus dict et sans tiltre. Mais pour acquérir possession d'aucun droit ecclésiastique ou spirituel, comme d'un bénéfice, disme ou autre semblable, il faut avoir tiltre.

Mais ce ne fut là que la conclusion de l'évolution. Pendant longtemps on exigea le titre, la tenue de seigneur. Le livre de Justice et Plet le proclame expressément :

« Nous appelons veroie sésine, quant aucuns remaint sési an et jor comme sires, et par jostice, à la veue et à la seue

1. En Allemagne, à Magdebourg, il n'y avait pas de Rechte Gewere possible sans Auflassung: Laband, p. 303, 321.

2. Edit. Tardif, § 347 (xv^e siècle).

de celui qui demander puet, et ne veaut demander et se test » (1). Edit. Rapetti, V, § 4.

L'importance de la publicité de fait se manifeste surtout depuis que les études du droit romain classique tendent à donner une valeur positive, acquisitive, à la prescription d'an et jour. Cette influence du droit romain se sent surtout dans le grand coutumier :

Item ad ce que occupation suffise pour acquérir possession, trois choses sont nécessaires, c'est assavoir que la chose ne soit mye occupée par force, ne clandestinement, ne par prière (c'est exactement le nec vi, nec clam, nec precario du droit romain) (2), mais paisiblement, publiquement et non à tiltre de louaige ne de prest (p. 231).

Si le fondement que nous donnons à la prescription d'an et jour est exact, la seconde condition de l'an et jour doit naturellement être que celui à qui le délai est opposé ait pu avoir connaissance de l'acte de publicité. En conséquence, on n'appliquera pas le délai à ceux que les pèlerinages, les motifs de voyage justifiés, l'âge, la maladie, etc., dispensent d'assister aux plaids.

1. C'est presque la traduction du « *per annum et diem vicinis videntibus tenuerit, si ille qui reclamaverit sciverit vel scire potuerit* », que nous avons rencontré dans les Chartes d'Abbeville et d'Amiens. *Il est usage que cil qui achatent du conquerent, et après lor leal achat tient an et jour emprès sans chalonge, que il n'en puit plus estre appelé par droit, se n'est d'aucuns qui fussent hors de la contrée au temps de la vencion* » : *Compilatio de Usibus Andegavie*, Viollet, tome III, p. 124, 129.

2. Cette exigence d'une possession *nec vi nec clam nec precario*, pour l'action possessoire, se retrouve dans les coutumes de Senlis, 269 ; Valois, 116 ; Montargis, XXI, I. Quant à la coutume de Bretagne, elle exclut expressément la violence (art. 106).

C'est ce que nous disent les assises de Jérusalem :
« *Se il n'a esté (le plaignant) en celui terme fors son pays, ou s'il n'a esté essoigne de son cors par maladie ou par prison ou par ce que son seignor le semonst de son service, ou par aucun autre essoine que il a eu, por que il dedans les 40 jors ne put venir à court devant le seignor et requerre qui est devant dit* » (1).

Cette absence devait tenir à certaines causes favorables : un pèlerinage, des affaires, une croisade, etc., nous disent les livres Normands.

De illis autem qui in Jerusalem vel aliam peregrinationem seu negociationem longinquam profecti sunt, sciendum est quod, nondum elapsis die et anno quo regressi sunt, recognitionem de saisina habebunt quam habebant die et anno quo a patria recesserunt. Summa de legibus, XCIV, § 1. De même l'héritier absent pour les mêmes causes obtiendra sa saisine s'il intente son action dans l'an et jour de son retour : Summa, XCVIII, § 5.

Doc. de 1215 :

Judicatum est quod Dominus Reginaldus de Amondevilla et illi qui de eo tenebant in baillivia de Bonavilla nihil poterunt perdere illo absente, et quod ipse et tenentes sui sunt in saisina sua. Delisles, n° 151.

En Bretagne, la prescription ne court pas contre ceux qui n'assistaient point aux bannies, à moins qu'ils ne soient rentrés dans l'an et jour (2).

1. Guillaume de Tyr, liv. 1, ch. XV ; cpr. charte de Roye. La même règle en Allemagne : Heusler, p. 240.

2. Dans ce cas ils devaient intenter leur action dans les 8 jours.

Même règle en Flandre :

Si autem heres in comitatu Flandriæ non fuerit, infra annum, quo redierit, cum possessore agat supradicto modo : alioquin qui tenebit sine ulla inquietate teneat (1).

Cet arrêt de la prescription en cas d'absence devait présenter des inconvénients plus grands dans les pays où les proclamations n'étaient pas organisées comme en Bretagne. C'est ce que nous dit le § 153 de la coutume de Touraine-Anjou, reproduit, d'après M. Viollet, dans le ch. CLXIII du livre I^{er} des *Etablissements de Saint-Louis* (2).

D'avoir ses mises en retrait à sa preuve.

Se aucuns achetoit d'autre qui aust lignage hors de l'évêché, et cil venist demander l'achat emprès ce que li anz et li jorz seroit passez, cil qui avroit acheté ne s'en passeroit pas envers lui par le terme ; cinçois avroit l'achat cil qui le demanderoit, o les deniers paienz. Et se li autres i avoit mis mandemenz, il les avroit à sa loial preuve, et si ne randroit riens de ce qu'il en avroit levé, car droit ne douroit mie que l'en alast celui semondre hors de l'évêché. » Il s'agit d'un vendeur qui a des parents hors du cercle du ban : par conséquent ils ne sont pas touchés par les publications, et on ne peut les leur opposer. Toutefois l'on remarque que le retrait fait après l'an et jour n'empêche pas le retrayé d'avoir ou la saisine et de conserver les levées.

La même exception est faite en faveur du mineur durant le temps de sa minorité. V. *Conseil de Pierre de Fon-*

1. Keure de St-Omer : Warnkœnig, tome II, p. 414.

2. Edit. Viollet, tome II, p. 302, 303.

taines, ch. 14, § 4 (1); Grand Coutumier, p. 199; Cpr. Bouteiller, *Somme rural*, I, 31; Coutumier de Picardie, VIII (édit Marnier).

Doc. de 1207 : « *Judicatum est quod filia Rogeri Veneri habeat asisinam suam de hoc unde pater fuit saisitus quando iuit ad religionem, et non debet respondere donec habeat étatem et pater suus erit in Normannia* ». Delisle, *Recueil des jug. de l'échiqu.*, n° 5. Cpr. Delisles, n° 815.

La prescription ne courait pas non plus contre les incapables, les mineurs et les femmes mariées. Toutefois dans le cas d'aliénation de biens faite malgré toute défense, l'incapable devait intenter son action dans l'an et jour après la cessation de son incapacité. A l'époque de Beaumanoir, il ne perdit plus que la possession, et put après l'an et jour intenter l'action pétitoire (2).

La prescription ne court pas non plus contre la femme mariée devenue veuve. Elle pourra intenter son action dans l'an et jour de la dissolution du mariage.

1. Ch. 17, n° 7 dans l'édition Marnier de 1846; voir la note p. 167; cpr. Brtinner, *die Entstehung*, p. 349, pour la procédure. Si le mineur devenu majeur laissait passer l'an et jour, il perdait l'avantage de la possession et en même temps celui de la « *loial enqueste* », et devait recourir au procès formaliste « *par clam et par répons* ». Nous trouvons une règle identique en Allemagne, cpr. Heusler, p. 173 et ss.; Stobbe, p. 462; Bar, p. 186.

2. Beaumanoir, XVI : *Bien se gart cil qui a esté sous aagiés et il s'aperçoit c'on li ait fet tort ou decevance el tans qui fu sous aagé, en soit plaintis, s'il veut avoir restablissement. Car s'il lèsse le an et le jor passer de son tans aagié et puis se plaint, cil se porra aider de le tenure de tout le tans qui sera courus, el tans qui fu sous aagé. Si comme se cil qui se defent tint le coze neuf ans, el tans que cil fu sous aage pesivement, et après, un an et un jour, puis le tans qu'il fu aagiés, le propriété de le coze li*

Judicatum est quod nulla aetas potest nocere; quin omnis vidua mulier habeat recognitionem de maritagio suo si peterit ipsa infra diem et annum; et si non peterit infra diem et annum, non respondebitur (Delisle, 443).

Mais quand l'absence résultait de quelque méfait imputable à l'absent, s'il avait été banni par exemple (1), le délai d'an et jour courait quand même.

128. — Nous avons donc affaire à une prescription extinctive, fondée sur la publicité d'une prétention, et inapplicable à ceux qui n'en ont pas eu connaissance. Le délai de cette prescription est énoncé de façons différentes. Tantôt c'est quatre bans, ou trois assises et quarante jours. Le grand coutumier nous parle encore de criées faites « *par trois quarantaines qui durent un an* » (2), p. 263. C'est l'ancien système. Le Conseil de Pierre de Fontaines l'emploie encore dans le cas de contumace (3).

sera acquise porce que tenue de 10 ans li sera contée; et que par tant de tans pot on aquerre propriété, selonc nostre coustume.

1. Le forsbannissement est établi pour punir « *celx qui meffont* » : *Jostice et Plet*, p. 3. *Et se aucuns est forbeniz dou pays, le nunbre dou tens, et quant il se vient (revient), si se trove désésiz, sera-il restabliz arière en sa sésine? Et l'en dit que nenil, s'il a été désésiz par jugement, quar se il a esté désésiz par défaut, ça esté en ses copes, com il doie metre procurator an ses choses défendre; et se il a esté désésiz selon la deffense de son procurator, il ne doit pas estre resésiz, por quoi li procurators a menée la procuration que prodome doit mener. Qui pert sesine au tel quas, anprès l'an et jor, il puet plédier de la seignorie, et de la sésine non. Livre de Jostice et de Plet, V, § 5, p. 110.*

2. Faites à la Pentecôte, à la Toussaint et à la Noël.

3. Pourquoi le jour ajouté à l'an? L'opinion générale est qu'il n'était employé que comme moyen de comput pour obtenir « l'an-

Dans d'autres cas, l'on se contente de nous indiquer que le délai part du ban (coutumes de Picardie, LVII), des bannies (coutumes de Metz, très. ancienne coutume de Bretagne).

Cette dernière nous montre même qu'une modification s'était introduite dans la façon de répartir les bannies.

On les fait trois dimanches consécutifs. Elles sont définitives pour les transferts de biens lorsque le vendeur a lui-même possédé an et jour; sinon, l'an et jour part de la dernière bannie. La même chose pour les personnes absentes du duché au temps de la certification des bannies : l'an et jour partira de la dernière (1).

Le délai d'an et jour sera donc, dans cette coutume, augmenté des quatre semaines des bannies.

En résumé, le délai sera la plupart du temps d'un an et un jour, parfois d'un an et trois ou quatre semaines entre présents (2). Entre absents il pourra être de deux ans, ou même plus long, suivant les lieux et l'époque.

nus integer » : cap. de 825, c. 11 (Boretius, p. 331); Lex Alam., cap. 67. — Fockema-Andreas, *loc. cit.*, p. 76.

1. V. *Très ancienne coutume de Bretagne*, édit. Planiol, ch. XL; cpr. Planiol, N. R. H. 1890, p. 442; cpr. coutume de Bretagne, art. 269, 270, 273, 280, cpr. 177; sur ces points, Klimrath, *Droit Coutumier*, p. 164. V. nombreux renseignements dans Planiol, *loc. cit.*, p. 442 et ss. Toutefois Monsieur Planiol nous paraît voir une trop grande différence entre l'appropriance par longue tenue et l'appropriance par bannie. Dans l'une l'an et jour précède, dans l'autre il suit.

2. Nous trouvons un système analogue en Allemagne, Albrecht, p. 115; voir doc. de 1276, dans Kraut, *Grundriss*, § 43. C'est un doc. d'Augsburg; on y exige un an, six semaines et un jour. Dans le droit saxon, c'est un an et six semaines; dans le droit de Lübeck, un an et un jour. Cpr. Schulte, *loc. cit.*, p. 464, pour le droit de

Effets de la prescription d'an et jour.

129. — Le véritable effet de la prescription d'an et jour nous semble avoir été d'abord de dispenser celui qui l'invoquait de l'obligation de présenter un garant. Il suffisait au défendeur de prouver que le délai était écoulé et de jurer son droit. Dans le début, on lui permettait aussi le duel judiciaire.

C'est le principe que nous constatons dans les lois lombardes qui, comme nous l'avons vu, s'étaient contentées de remplacer l'an et jour par de longues prescriptions, mais pour le reste avaient complètement conservé le mécanisme de l'ancienne action :

« *Si quis alium de rem mobilem aut immobilem pulsaverit... et possessor negaverit, ita prospeximus, quod si per annos V fuerit possessio, tunc ille qui possedit, aut per sacramentum debeat negare, aut per pugna defendere, si potuerit.* » Rotharis, c. 228 ; cpr. Liutpr., 54, pour les 30 ans. (1).

Magdebourg ; Laband, *die vermög. Kl.*, p. 292 et ss. Voir aussi Stobbe, *Handbuch*, I, § 68, n° 10. Sur la durée des assises, voir Albrecht, p. 115 ; Schröder, p. 672 ; Stobbe, *Handbuch, loc. cit.*, et Sohm, *Fränk. Rechts und Gerichtsverf.* p. 433 ; Heusler, *Inst.*, I, 57. Nous voyons volontiers dans ces délais les traces des trois prescriptions principales qui se sont accumulées : 3 jours, 40 jours, un an. Voir en sens contraire Fockema Andréæ, pour qui le plus ancien délai est de 12 mois, *loc. cit.*, p. 75. Ce n'est que plus tard que l'on aurait joint à l'année les 6 semaines, p. 89 et s.

1. Cité par Heusler, *Gewere*, p. 80 et ss., mais avec une interprétation différente ; cpr. p. 237.

Ainsi la prescription ne dispense nullement du serment, ni du duel judiciaire. Son seul effet est de permettre à celui qui l'invoque d'être son propre garant : « *sui warandus erit* », disent les statuts de Soester (1). De même ceux de Suze. Doc. de 1120 :

« *Quicumque per annum et diem legitimum quicquid possederit, si quis in eum agere voluerit, possessor, tactis reliquiis, sola manu obtinebit, et sic de cætero sui warandus erit* » (2).

Même rôle de l'an et jour dans les *libri feudorum* :

L. Feud., I, 26, § 1 : *Si aliquis in possessione feudi sit, de quo dominus dicit eum non fuisse investitum, tunc, sine probatione ulla testium, debet solus jurare, se vel patrem suum fuisse investitum, si per unum annum, sciente domino et non contradicente, in possessione feudi permansit.*

Même rôle de l'an et jour en Allemagne et dans les Pays-Bas :

« *Per sol' jurabit suam liberam esse hereditatem et legitimam* », dit un document Hollandais de 1302 (3).

Le résultat sera que le vendeur ne s'engagera à garantir l'acheteur que pendant un an. Les documents Messins nous fournissent de nombreux exemples de garantie du vendeur limitée à l'an et jour (4). En Bretagne, elle s'étend à ce délai vis-à-vis des personnes qui n'ont pas assisté aux bannies parce qu'elles étaient « hors la Du-

1. Cité par Schulte, p. 464, note 5.

2. Cité par Pertile, *Storia del diritt.*, IV, p. 181 note 13.

3. Cité par Fockema Andreæ, *loc. cit.*, p. 113. Voir des documents analogues qu'il énumère, p. 103 et ss.

4. Prost, N. R. H. 1880, p. 303 et ss.

chié » (1). Ceci vérifie le caractère particulier de l'an et jour : l'acheteur devient son propre garant. Les conséquences sont remarquables.

N'étant pas obligé d'invoquer un garant, le possesseur d'an et jour était cru sur son simple serment. Cette façon spéciale de comprendre la saisine s'était conservée en Italie et en Allemagne (2). En revanche elle s'est assez rapidement modifiée en France. En France, la saisine d'an et jour semblerait, dès le XII^e siècle, avoir suffi à elle seule. On aurait été dispensé non seulement de donner un garant, mais même du serment. Ceci paraît ressortir des textes :

« *Non tenetur... respondere* » (Châtel-Blanc); « *sine contradictione possedebit* » (Noyon); « *libere et quiete permaneat* » (Roye); « *postea in pace teneat* » (Saint-Quentin); « *in pace et quiete semper habeant* » (Chaumont-en-Vexin); s'ils ont tenu comme nous l'avons dit, ils tiendront toujours : « *tenuerint sicut diffinitum est, semper habere concedimus* » (Pontoise).

« *Et qui à ces criées ne s'oppose point, il pert son droict* » (grand coutumier, p. 263). « *Il ne peut par droit casser tenue* », dit la *Compilatio de usibus Andegaviae*, XXVII.

On refusait d'écouter le demandeur dans le cas où le défendeur s'appuyait sur sa saisine d'an et jour.

« *La raison juge qu'il ne det estre mais oys de celui fait par dreit* » : abrégé de la Cour des Bourgeois, ch. CCXXVI.

1. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, III, p. 122.

2 *Très ancienne coutume de Bretagne*, art. 45 (édit. Planiol, p. 100).

« *De cetero non audietur* » : charte d'Abbeville. « *Elapso anno et die nullus audietur contra possidentem* » : charte de Nevers. « *Ab aliquo prædictus possidens molestari non possit* », disaient en Italie les anciens statuts d'Asti (1).

Ainsi, en France, le serment que le défendeur devait prêter en invoquant l'an et jour semble avoir assez rapidement disparu, d'après les textes, à moins que l'on ne voit un indice de sa persistance dans la facilité avec laquelle s'introduisit le serment de calomnie du droit canonique (2).

130. — En tout cas, l'an et jour possessoire conserve en partie l'ancien effet. Les textes dispensent spécialement d'invoquer un garant celui qui avait atteint l'an et jour.

Et omni modo sciendum est quod nemo in nova dissaisina potest aliquem vocare ad garantum (garantum autem maxime dicimus illum qui in curia evocatur ad rem querele defendendam vel excambiendam)... Summa de legibus, XCV, § 6, et dans le § 2 bis du chapitre XCVI.

Tandis qu'il l'aurait pu avant cette date :

« *Dans l'an premier de son achat, il pourroit bien avoir action d'appeler son garant, qui est son vendeur* » (3), nous dit Bouteiller dans sa *Somme rural*.

1. Cités par Pertile, *loc. cit.*

2. V. doc. du XI^e siècle, *cart. de St-Florent de Saumur*, Dom Housseau. II, n^o 379; cité par Flach, I, p. 238.

3. Bouteiller, *Somme rural*, XXXI. La même chose dans le coutumier de Normandie. Dans le procès possessoire, le défendeur ne peut appeler un garant, à moins qu'il ne soit acquéreur « *que depuis*

Et cela devait se produire assez souvent, puisque le grand coutumier, après nous avoir énoncé la première règle, ajoute : « *Toutesfois communément en Chastellet l'en donne garand* » (p. 252).

L'an et jour et le procès possessoire.

131. — L'ancien an et jour extinctif, et basé sur un juste titre, et faisant perdre tout droit, ne disparut point avec l'introduction des actions possessoires. Nous le retrouvons à la suite du procès possessoire lui-même ou du transfert, comme dans l'ancien temps.

A côté de lui nous voyons apparaître deux autres délais également d'un an et un jour, l'un extinctif, l'autre acquisitif.

Nous allons examiner rapidement ces trois délais.

Ancien an et jour.

Il continue à éteindre d'une façon absolue tout procès. Comme jadis, il est basé sur un juste titre. Ce titre pourra être un jugement de complainte : le jugement décidant sur l'action possessoire.

Cela se comprend facilement. La contradiction légale que le jugement de l'action possessoire fait subir à celui contre qui l'action est intentée, le met en demeure de

la dernière année précédant le bref, pourquoi il ne sauroit parler de la possession de cette année, et dans ce cas doit avoir le gurant son vendeur : ancien coutumier de Normandie, livre VIII, ch. VII.

faire triompher son droit dans l'an et jour. Nous avons, depuis que le procès possessoire a été jugé, une prescription fondée sur un juste titre (le jugement), tout à fait semblable à l'ancienne saisine.

Écoutons Beaumanoir :

Quant ples de novele dessaisine est falis, cil qui pert sa saizine pot fere rajorner sor le propriété celi qui emporte le saizine ; mais que ce soit dedans l'an et le jor que le saizine li fu bailliee, et s'il laisse passer l'an et le jor, il a renoncé à la propriété et ne l'en pot jamès riens demander : XXXII, § 6.

Quant aucuns perd le sezine de hiretage par quelque manière de plet que che soit, se il ne se fait rajorner cheli qui a gaaigné le sezine sur le propriété dedans l'an et le jour, il n'en est jamais à oir. Beaumanoir, ch. LXIV.

Et encore vœl je que tu saces que cieus qui est mis en la saisine del hiretaige au semons par se defaute, soit apriès claim ou répons, ou soit apriès jour de veue, ou soit qu'il n'ait volut venir pour oir ce que on vaurroit dire sor seu hiretaige, li ans et li jours passé, et li dessaisis ne le fait adjourner sor la propriété, ses adversaires le tenra comme son boin hiretage propre, sans ce que jamais en soit travaillies, ne sur saisine ne sur propriété. Coutumier d'Artois (Tardif), II, § 29 (1).

Et Pierre de Fontaines :

1. C'est l'application de l'an et jour extinctif qui nous explique aussi qu'après un procès possessoire sur « *nouvel empeschement* », le perdant, ayant fait appel puis défaut trois fois, perdait définitivement sa cause. « *III deffaus* », cela équivaut à « *III assises* ». Voir *Coutumier de Picardie*, CV, p. 85. On peut aussi retrouver l'ancienne façon de voir rappelée par inadvertance dans le *Grand Coutumier*, p. 257.

« *Se li an et li jor passe, che li premiers dessuisine sieve mi le plait seur le propriété, son adversaire le tenra comme le sien propre, sans che chil en soit jamais travaillé por lui sur saisine, ne seur propriété; et c'est loirs là où yretage est clamés* ». Ch. XXII, art. 3 (1).

On voit donc que l'introduction du procès possessoire ne détruit pas l'ancienne idée que la saisine basée sur un ensaisinement, la saisine légale donnait toujours la propriété. Nous en voyons du reste la preuve dans les livres du temps. Ainsi un document de 1292, rapporté par les Olim (2), nous montre les anciens effets de l'an et jour pleinement conservés.

Encore en 1376, la charte de Saint-Valéry-sur-Somme, art. 21, que nous avons citée plus haut, admet la vieille prescription.

Cette conservation de l'ancienne prescription se comprend très bien avec notre système de la saisine basée sur un juste titre. La saisine est-elle basée sur un ensaisinement, alors court l'an et jour extinctif *erga omnes*; si elle n'est basée que sur la publicité de fait de l'an et jour, elle ne court que contre le possesseur qui la contredit par un procès possessoire. En un mot, le procès possessoire, joint à l'an et jour possessoire, replacent rela-

1. A l'époque du Grand Coutumier, l'an et jour après l'action possessoire ne fait plus perdre la saisine simple. Toutefois « la lettre ou commission de justice doit estre impétrée dedans l'an de nouvelleté » : p. 237, 238.

2. Olim, II, p. 339, n° 10; cpr. I, p. 748, n° 22, III, p. 556, n° 52. Cpr. Buche, *Essai sur l'anc. cout. de Paris*, N. R. H., 1884, p. 335; Glasson, VII, p. 352; Heusler, p. 415.

tivement à son contradicteur le possesseur dans la situation qu'il aurait eu s'il s'était fait ensaisiner par le seigneur.

Nouvel an et jour acquisitif.

133. — A côté de cet an et jour purement extinctif, nous voyons apparaître un autre an et jour acquisitif.

Écoutons le grand coutumier :

Et quiconque a une chose par an et par jour ainsi tenue et occupée, il acquiert saisine d'icelle. Icelluy possident peult dedans l'an et jour après l'opposition faicte, ou empeschement mys en ou pour ladicte chose, intenter libelle d'interdit de possession, que l'en appelle vulgairement de nouvel trouble et empeschement de saisine (p. 231).

C'est là, à notre avis, la véritable nouveauté de la saisine possessoire : le caractère acquisitif qu'elle donna à l'an et jour. A ce point de vue, l'on peut dire, avec Warnkœnig, que l'annualité eut pour résultat de placer la possession sur une nouvelle base (1).

Ceci dérive, nous semble-t-il, de la nature des choses. Tant que l'an et jour découlait d'une proclamation, son caractère extinctif restait marquant. Mais lorsqu'il résulta d'une possession, par un effet tout naturel, il prit un caractère acquisitif. Entre deux compétiteurs qui se disputaient un bien, celui qui avait fait le dernier acte de jouissance périodique, qui avait joui la dernière année, étant par cela même déclaré en saisine, parut

1. Warnkœnig, Franz. R. G., II, p. 314.

avoir acquis la saisine ; d'autant plus que, le procès possessoire ne permettant pas de remonter plus haut, ce délai représentait une véritable acquisition.

Ajoutons que le droit romain, dans l'Utrubi par exemple, présentait des modèles d'où semblait bien résulter une idée de prescription acquisitive au bout d'un an. Celui qui a possédé l'esclave *majora parte anni* en était déclaré possesseur dans le droit classique, et ce délai avait été étendu à une année. Nous ne croyons pas toutefois qu'il y ait eu importation directe du droit romain dans notre droit. On est passé par les mêmes phases, voilà tout ; le droit romain n'a été qu'un moyen et un prétexte.

Quoi qu'il en soit, la saisine d'an et jour acquisitive eut pour effet de rendre à la saisine acquise simplement par fait le caractère de légalité qui lui manquait. Par l'an et jour, elle devint : une « *veroie saisine* » (livre de Justice et de Plet, V, § 6 ; cpr. XVIII, 3, §§ 2 et 3) ; « *une droite tenue* » (Conseil de Pierre de Fontaines, ch. XVII, § 11) ; « *une entière saisine* » (grand coutumier, p. 234) ; « *une saisine κατ'εξοχήν* » (grand coutumier, p. 280) ; « *une bonne saisine* » (coutumier d'Artois, Tardif, XIX, XX) ; « *une droite saizinne* » (abrégé des assises de la Cour des Bourgeois, XL).

« *Pour former la complainte, dit Laurière sur l'art. 96 de la coutume de Paris, 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 l'an et jour.* »

La possession d'an et jour produisait donc deux effets : a) elle rendait, comme nous l'avons dit, à la saisine son caractère de légalité ; b) elle permettait d'intenter l'action possessoire.

a) Le premier de ces effets lui échappa. Le nouvel état social et économique tendait à remplacer la propriété apparente et le titre proclamé et consolidé par un court délai par une autre propriété, un titre autrement constaté, des délais plus longs.

Alors il nous paraît que se produisit l'évolution suivante, au moins dans les pays du Nord. On avait d'un côté l'ensaisinement du seigneur, qui souvent n'était plus qu'une simple formalité, et de l'autre, une prescription qui était trop courte, étant donné les absences plus fréquentes, les complications plus grandes du régime social et économique. Il fallait modifier cela. On se servit des prescriptions romaines de 10, 20, 30 ans.

La loi II au Code, livre VII, titre 32, disait :

Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuum possessionem ejus, quod per procuratorem emisti, non sis inductus : cum ipse proponas te diu in possessione (ejus) fuisse, omniaque ut dominum gessisse, licet enim instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio : ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.
« — *Diu* », nous dit la glose, « *id est decem vel viginti.* »

Le juste titre fut remplacé par un simple délai à la romaine ; ce délai, après avoir été d'un an, fut de 10 et 20 ans (1).

1. Ce nous semble résulter du passage suivant du Grand Cou-

Ce fut alors que l'on déclara :

« *Jouissance de 10 ans vaut saisine* ». Loysel, 748.

C'est-à-dire que l'acquéreur, qui a joui paisiblement pendant dix années, est autant ensaisiné de la chose acquise que s'il en avait été ensaisiné par le bailli.

Ou, si l'on veut, que les dix ans jouent ici le rôle de l'an et jour à l'époque du grand coutumier (1).

Les coutumes de Chaulny, art. 35, de Péronne, art. 265, de Reims, art. 168, de Liège, ch. 6, art. 6, nous répètent la même chose.

Celles de Reims, art. 168, nous parlant de la paisible possession de l'acheteur non vêtu, disent :

« *Et équipolle telle jouissance de dix ans à tradition et vêtture* ». « *Si l'acheteur jouit par 10 ans dudit héritage, dit la coutume de Vermandois, art. 226, sans être vêtu et mis en possession par ledit seigneur ou justice foncière, l'an et jour du retrait se doit compter après les dix ans finis, comme étant ladite jouissance et possession de 10 ans équipollente à saisine.* »

Ainsi, quant au retrait, la prescription n'était acquise que par 10 ans plus un an.

tumier : « *saisine est réputée juste de soi propter temporis adminiculum ; mais possession non, quia temporis adminiculum non sequerit* ». On avait de la sorte un an pour acquérir la saisine, plus l'an et jour extinctif, ce qui faisait deux ans. Buridan sur l'article 134 de la coutume de Vermandois : « *pour trouble fait en la possession d'aucuns héritages, ou en la perception de cens ou rente, il était loisible de se complaindre en cas de simple saisine, dedans les deux ans prochains ensuivant le trouble, et bâtir sa possession comme en cas de nouvelleté* ».

1. M. Viollet fait remarquer que dans la glose poitevine des établissements de St-Louis, le livre des droiz, ch. XLI, on rapproche ouvertement la prescription d'an et jour de la prescription romaine de 10 ans.

Ceci ne fut pas admis sans luttés. Les coutumes qui ont conservé l'idée que la saisine ne vaut que comme juste saisine éprouvent de la répugnance à accepter les nouveaux délais. Celle de Péronne, art. 240, nous déclare que : « *Si l'acheteur a différé de se faire ensaisiner ou investir par 10, 20 et 30 années, l'an du retrait ne court ; mais commence à courir après la dite saisine ou investiture seulement.* »

L'on n'a donc point perdu ici l'idée primitive de la possession légitime ; mais on a allongé le délai et donné à la prescription une allure positive :

Car les prescriptions et usucapions ne sont autres choses fors justes saisines continuées par longtemps (1) (Grand coutumier, p. 198).

On continue à exiger :

1° Le délai nécessaire pour acquérir la saisine au nouveau possesseur ;

2° Le délai extinctif qui part du juste titre ou de la possession équivalente.

Nous avons remarqué que les coutumes de Reims décomposent le délai du retrait en 11 ans : 10 pour la saisine, 1 pour le délai extinctif.

Les coutumes du Hainaut font de même. Nous le voyons déjà dans Bouteiller, *Somme rural*, titre XXII, p. 110, et dans les anciennes coutumes du Hainaut :

« *...Quiconque aura possédé... quelque droit réel par le*

1. Cette version, adoptée par MM. Laboulaye et Daresto, est celle des manuscrits A et B du *Grand Coutumier*. D'autres disaient : « *prescription et usucapion n'est autre chose que longueur de temps en héritage.* »

terme et espace de vingt et un ans continuels... il en aura acquis la propriété... » Chartes du Haynaut, chap. 107, art. 1. Cpr. Coutume du Hainaut, titre VII, art. 5.

« *Quiconque aura possédé un fief, alloët... par le terme et l'espace de vingt et un ans continuels contre gens lais, il en aura acquis la propriété... mais contre gens d'Eglise, il conviendra jouissance et possession de trente ans* ». *Ibid*, art. 2 (1).

Les anciennes coutumes de Ponthieu et de Vimeu ont adopté le délai de 31 ans :

« *Item il n'i eut onquez maison pour manoir, ne voye commune, ne onquez n'i manut personne ; ainchois l'a tenu A et si devanchier bien et à pais l'espasse de XXXI ans et plus sans faire rèséandise* » : XII.

Il s'agit des raisons que peut alléguer un homme pour ne pas demeurer sur la terre de son seigneur. Il invoque les 30 ans de saisine plus l'an extinctif.

En Allemagne, nous retrouvons une évolution analogue. A Magdebourg, au délai de un an, six semaines et trois jours de la rechte gewere, on ajouta trente ans, ce qui fit une prescription de trente et un ans, six semaines et trois jours (2).

Ceci est très important. Le procès, qui eut lieu pour

1. Dans ce cas, comme le fait remarquer Dumées (*la jurisprudence du Haynaut français*, p. 104), il n'est pas besoin de juste titre ni de bonne foi. En effet les 20 ans équivalent à la publicité du titre. On arrivera de même à la libération d'une redevance si on possède la liberté ou l'exemption de cette redevance pendant 21 ans (Dumées, p. 434). *Chartes du Haynaut*, ch. 107, art. 8, 7, 4, 10, 12, 19; ch. 53, art. 12.

2. Housler, *Gewere*, p. 251; Laband, *die vermög.*, p. 352.

examiner si les 10 ans équipollant à vêtture étaient acquis à l'une des parties, fut le procès de simple saisine, sur le caractère duquel les explications précédentes portent, à notre avis, beaucoup de clarté :

« Celui qui vérifie sa jouissance par dix ans, ou la plus grande partie d'iceux avant l'an du trouble, recouvre par le cas de simple saisine la possession qu'il avait perdue. »
Loysel, § 764.

« Le cas de simple saisine peut bien estre intenté après l'an jusques à dix ans », disait auparavant le grand coutumier (p. 238) (1).

Et les archives de Reims nous répètent la même chose (Varin, p. 802). Cpr. Bouteiller, *Somme rural*, I, 22.

Dans la suite, on perdit le sens des anciens usages. On supprima l'ancien délai extinctif d'un an qui partait de l'acquisition de la saisine. En outre la simple saisine n'eut plus sa raison d'être. Elle compliquait trop le procès ; on l'oublia. Nous n'avons point à faire son histoire. Il nous suffit d'avoir montré son origine dans l'an et jour acquisitif rendant à la possession sa légalité, et retrouvé en elle la conservation du caractère fondamental de la saisine : d'être une possession fondée sur un juste titre.

1. Ce procès, inventé suivant le *Grand Coutumier* par Simon de Buey, est tout récent, car dans le chapitre XX du *Grand Coutumier* on rappelle encore, par inadvertance, l'ancien délai extinctif d'un an. « Item qui adjuge à aucun la saisine, l'en doit réserver le droit de la propriété. Et qui veult intenter action sur icelluy droit, il convient impetrier son adjournement dedens l'an, ou autrement il est descheu du droit qu'il avoit en la chose, par sa négligence » : p. 256.

134. — *b*) Le second effet de l'an et jour possessoire acquisitif, celui de donner l'action de complainte, demeura. Le grand coutumier déclara en vain que ce délai ne conférait pas la saisine, mais la nouvelleté (1) : cette terminologie ne prévalut pas. L'action de dessaisine resta attachée à l'an et jour acquisitif, et nous la retrouvons dans de nombreuses coutumes (2).

On peut intenter la complainte après avoir possédé un an et jour, d'après :

Mantes, titre III, § 1 de l'ancienne coutume, 87, 88 de la nouvelle ; *Ponthieu*, 144 ; *Péronne*, 218 ; *Lille*, 149 ; *Orléans*, 486 ; *Anjou*, 426 ; *Maine*, 441 ; *Poitou*, 399 ; *Labour*, XVI, 1 ; *Sole*, XXX, 1 ; *Cambrai*, XXV, 27 (3).

Il ne sera point difficile, à qui voudra relire ces dispositions, de retrouver l'ancien délai extinctif coutumier transformé par le nouveau concept de la possession.

Nouvel an et jour extinctif.

135. — A côté de l'an et jour possessoire acquisitif, se trouvait, avons-nous dit, l'an et jour extinctif.

Écoutons Beaumanoir :

« *Qui se veut plaindre de force, a novele dessaisine ou de*

1. « *Par an et jour saisine n'est point acquise simplement, mais la qualité de la nouvelleté seulement* » : *Grand Coutumier*, p. 245.

2. En droit Anglais, Fleta nous paraît aussi admettre un certain droit de saisine résultant de la possession annale, dans un cas déterminé, lib. IV, cap. 30.

3. V. Warnkœnig, *loc. cit.*

nouvel torble, il s'en doit plaindre avant que li ans et li jors soit passés puis le dessaisine » : ch. XXXII, § 9.

« *Si ille qui dicet quod proximior est illius cuius fuit nova eschaeta, infra annum et diem... Et actum est inter eos quod lapsus anni puer perturbatione seu desaisina ventri parti prejudicare possit* » : Olim, I, 230, n° 2 ; cpr. II, 232, n° 18, 212, n° 80 ; *Grand coutumier*, p. 232 et 235, cpr. 238 (il admet toutefois un relèvement du roi « *si aucun pou de de temps est passé oultre l'an* »).

La filiation du nouvel an et jour extinctif avec l'an et jour de l'ancien droit nous semble indiscutable. Comme l'ancien, il part de la contradiction faite au droit du possesseur, et fait perdre la jouissance. La seule différence est que, sous la saisine, on a placé un autre concept de droit, la propriété. La propriété, ce nouvel an et jour extinctif possessoire ne la fait pas perdre, la contradiction qu'il apporte au droit n'étant pas assez solennelle.

Nous n'avons donc point à chercher l'origine de cet an et jour extinctif dans l'année utile romaine. Sans doute, les auteurs du temps déguisèrent le laps de temps coutumier en année utile (1), mais il ne peuvent nous tromper. L'importance énorme de ce délai dans la vie juridique d'alors ne nous permet pas de croire à une impor-

1. Cpr. de Pariou, *Etudes*, p. 117, note 1, et Glasson, VII, p. 300. « On sait, en effet, dit ce dernier auteur, que le préteur obligeait à intenter les interdits possessoires dans l'année, et ce délai a été d'autant plus facilement accepté par le jurisconsulte coutumier, qu'il était très répandu dans les usages de cette époque, et même dans ceux des temps antérieurs ».

tation étrangère. L'on a baptisé d'un nom romain une ancienne institution.

Dans la plupart de nos coutumes, nous voyons que la plainte est prescrite dans l'an et jour à partir du trouble :

Paris, 96. *Calais*, 230. *Montfort*, 59. *Mantes*, 87. *Senlis*, 267. *Clermont*, 44. *Valois*, 116. *Ponthieu*, 144, 148. *Lille*, 140. *La Salle de Lille*, titre 18, art. 1. *Bourbonnais*, 89. *Bretagne*, 103. *Cambrai*, 25, 26, 27. *Normandie*, 50. *Marche*, 1, 4. *Valenciennes*, titre 7, art. 88. *Montargis*, ch. 21, art. 1. *Orléans*, titre 22, art. 486. *Anjou*, titre 18, art. 426. *Maine*, titre 19, art. 441 (1). *Haynaut*, ch. 42, art. 2 ; cpr. *Coutume*, titre XIV, art. VIII.

136. — On a vainement essayé de ramener à un seul ces deux an et jour possessoires, l'extinctif et l'acquisitif (2). On remarquait entre eux une certaine différence, différence qu'il n'est point facile d'expliquer au premier abord. Nous essayerons de l'analyser dans la suite de ce travail, en montrant que l'an et jour acquisitif est plutôt un an et jour limitatif, permettant de restreindre dans des limites étroites l'examen du point de savoir quel est celui qui possède, qui jouit, qui perçoit les fruits au

1. Cités par Warnkœnig, II, p. 319, complété par la *Conférence des coutumes de Guénois*. Le délai d'un et jour est aussi celui dans lequel doit être intentée la réintégrande à Lille : v. Pathou, *Commentaire sur Cout. de Lille*, II, § XII.

2. Sur ces points, d'Épinay, *de l'influence du droit canonique*, p. 189 ; Pariou, *Études*, p. 116 ; Viollot, *Etabliss.*, I, p. 309, note 5 ; Glasson, VII, p. 354 ; Heusler, *Gewere*, p. 414 ; Buche, N. R. H. 1884, p. 335.

moment de l'action ; tandis que l'an et jour extinctif part de la contradiction publique faite au droit du prétendu propriétaire soit par des proclamations, soit par l'exercice manifeste d'un droit opposé au sien. Ainsi si ces deux délais présentent une durée égale, ils ne sont point cependant réductibles, parce qu'ils ont un point de départ qui peut être différent, l'un la durée des derniers actes de jouissance, l'autre la contradiction faite au droit du prétendu propriétaire.

Il est nécessaire d'insister sur ce point. Tous deux s'accordent avec la définition de la saisine telle que nous l'avons donnée ; mais ils insistent sur un aspect différent de la saisine. Dans l'an et jour acquisitif, on vise surtout le caractère économique de l'ancienne saisine, la jouissance. Celui qui a joui pendant un an a la saisine. C'est une idée que les coutumiers de Normandie ont surtout mise en valeur avec la possession « du dernier août ». Dans l'an et jour extinctif, c'est la contradiction apportée au droit du précédent possesseur qui domine tout.

Ainsi ces deux délais sont la monnaie de l'ancienne saisine. L'un représente le côté positif, l'époque de la dernière perception du fruit, l'autre le côté extinctif, l'ancien délai d'an et jour. Ce dernier nous semble même prendre une importance prédominante, comme l'indiqueraient encore les paroles du tribun Faure au Corps législatif :

« Le Code ajoute, ce que la jurisprudence seule avait établi, que celui qui forme l'action possessoire doit être en possession depuis un an au moins ».

137. — Nous savons maintenant comment se perd la saisine : par une contradiction légale et solennelle d'un titre publié — c'est l'extinction de l'ancienne saisine ; — par une contradiction dérivant tantôt d'une publicité de droit, tantôt d'une publicité de fait — et c'est l'extinction de la nouvelle.

Nous retrouvons donc, en suivant l'évolution des modes d'extinction de la saisine, le même mouvement que nous avons déjà constaté dans l'évolution des modes d'acquérir. Ici comme là, les moyens de publicité légale disparaissent pour faire place à la publicité des faits. On se contente d'une contradiction de fait pour laisser courir le terme extinctif.

La prescription possessoire acquisitive est donc issue de l'ancienne façon de comprendre le droit réel : c'est la période pendant laquelle on recueille le fruit du bien réel. Toutefois, sous ce rapport, comme nous l'avons remarqué plus haut (1), des modifications s'introduisirent. L'introduction du procès possessoire coïncida avec une nouvelle façon d'envisager le fruit du bien réel : on tendit à ne plus examiner celui-ci non plus comme signe de la jouissance du bien réel, mais comme bien distinct, comme meuble, comme bien personnel. Cette remarque nous ramène au point de départ de tout notre travail : l'introduction de la réintégrande en matière de biens personnels, et la naissance des actions possessoires.

1. V. *suprà*, p. 102 et ss.

CHAPITRE IX

INTRODUCTION DU PROCÈS POSSESSOIRE

138. Résumé du système de l'ancienne saisine. Plan des deux chapitres qui vont suivre. — 139. Analogies de la saisine de l'ancien procès, et de la nouvelle saisine du nouveau procès ou complainte. — 140. Différences entre ces deux saisines. Elles tiennent à un nouvel état économique et social. — 141. Nouvelles conceptions de la paix publique et du pouvoir central. — 142. La règle « *spoliatus ante omnia restituendus* » et son extension en France. — 143. Ses effets sur la saisine : *a*) au point de vue de la règle que la saisine n'est pas perdue par l'expulsion. — 144. *b*) Au point de vue de la répression de la violence. — 145. Preuves du caractère de mesures de police attaché aux premières dessaisines : amende de 60 solides ; procédure de l'enquête. — 146. Facilités qu'offrait cette procédure d'enquête pour le développement du possessoire. — 147. Moyen employé pour arriver à la complainte. — 148. La réintégrande personnelle et son effet sur la création de la complainte. — 149. *a*) Son origine dans l'action *spolii*. Éclaircissement d'un passage de Beaumanoir. — 150. *b*) Son caractère pénal. — 151. *c*) Elle est accordée à tout individu, même non possesseur, contre toute personne. — 152. *d*) Au sujet de n'importe quel bien, meuble ou immeuble. — 153. *e*) Caractère personnel de la réintégrande. — 154. *f*) En conséquence, pas de conditions dans la possession. — 155. *g*) Maintien de l'an et jour extinctif. — 156. *h*) Effets de la réintégrande ; elle ne donne pas la jouissance. — 157. *i*) Caractère sommaire et rapide de la procédure. — 158. Distinction théorique de la réintégrande et de la complainte. — 159. Confusion intentionnelle et pratique des deux actions précédentes. La réintégrande est le moyen à l'aide duquel on arriva à séparer le possessoire du pétitoire. — 160. Simon de Bucy rétablit le véritable caractère réel de la complainte. — 161. Séparation du possessoire et du pétitoire. — 162. Romanisation du procès, la réintégrande réelle. Essais tentés vers un interdit récupératoire. — 163. Procédure employée ; emploi cumulatif de la réintégrande, de la recréance et du séquestre. — 164. Le plein possessoire. — 165. La simple saisine. — 166. Le plaid de propriété. La *momentaria possessio* est la possession correspondant au nouveau concept de la propriété.

138. — Tout le système de la saisine, tel qu'il existait dans l'ancien droit, nous semble résumé dans le passage suivant des livres de Jostice et Plet :

Qui tient chose non movable, et sanz redevances, et sans titre, tenue ne vaut rien (1).

Il faut tenir d'abord une chose, et pour cela être capable de tenir en son nom, c'est-à-dire appartenir à une loi, à un groupe social. Nous avons examiné ce point à propos de la théorie de l'*animus*.

Il faut ensuite que la chose soit un bien réel. C'est ce que le livre de Jostice et Plet annonce sous le nom de « *non movable* » ; nous avons expliqué à la suite de quelles péripéties le bien familial devint l'immeuble.

Il faut de plus que ce bien produise des « *redevances* ». La saisine, avons-nous dit, au point de vue utile, est la jouissance, l'exercice de la propriété, son aspect économique. La propriété du bien réel apparaissant avant tout comme une jouissance, la tenue d'un bien qui ne comporte pas de jouissance ne présenterait pas l'apparence de la propriété de ce bien.

Enfin, il faut que ce bien réel soit tenu en vertu d'un titre. Nous savons que ce titre était toujours, à l'origine, une vêtue, un ensaisinement, parfois à perpétuité, parfois à temps ou sous condition. Les modalités de la livraison n'étaient pas encore suffisamment employées pour nécessiter la formation d'un grand nombre de contrats distincts.

1. XVI, 4, § 1.

C'est donc sous un aspect de possession légitime que le droit réel était conçu, transporté, défendu ; il était perdu quand l'un de ses deux éléments, le *corpus* ou l'*animus*, disparaissait. Nous avons donc eu raison de dire que la saisine était la « FORME DU DROIT RÉEL » : SON ASPECT ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE.

Tel est le système très simple et très harmonieux de la propriété objective. Nous le retrouvons exactement dans le possessoire, au moins dans ses parties essentielles. Ceci, nous l'avons déjà fait sentir sur un grand nombre de points. Il nous faut achever notre démonstration en réunissant ces preuves disséminées dans les pages précédentes, et en montrant que toute la forme apparente du procès de complainte correspond à l'ancienne saisine, que les nouveaux caractères ne sont que des caractères surajoutés.

En outre, nous indiquerons que la possession correspondant au nouveau concept de propriété n'est pas la saisine de la complainte, mais une possession d'un genre différent.

Nous allons donc voir :

1° Les analogies et les différences, que présente la possession exigée pour la complainte avec la saisine de l'ancien procès ;

2° Le nouveau concept de la paix publique et du pouvoir central, qui correspond à ces différences ;

3° La réintégration personnelle, et son effet sur la formation du possessoire ;

4° La romanisation du procès et la réintégration réelle.

**Analogies et différences de la possession exigée pour la
complainte, et de la saisine de l'ancien procès.**

139. — Le soin que nous avons eu de décomposer les éléments de la saisine, et de rapprocher chacun d'eux des éléments de la possession, nous permet de constater des analogies et des différences qui sont trop frappantes pour ne pas retenir l'attention.

I. Les analogies sont nombreuses : en effet, toute la partie apparente et facilement vérifiable de la saisine est transportée dans la possession protégée par la complainte. En prenant le mot forme dans un sens large, on pourrait dire que la possession a conservé la forme presque entière de l'ancienne action de saisine.

Nous allons vérifier cette thèse en comparant la nature, le mode de transfert, les moyens de défense et enfin les causes d'extinction de l'ancienne saisine et de la saisine possessoire.

1^o L'ancienne saisine, avons-nous dit, est une possession légitime basée sur un juste titre.

La saisine possessoire est une possession légitime basée sur un juste titre ou sur une possession d'an et jour équivalant à un juste titre.

Et ce n'est pas un simple aperçu, c'est une idée que nous avons déjà suivie dans ses moindres détails :

a) Le bien sur lequel porte l'ancienne saisine est le bien familial, réel, réalisé, l'immeuble au sens ancien du mot (1).

1. V. p. 86. Ajouter : *Coutumes de Lorris Montargis*, 361 ; *Coutumes*

Le bien sur lequel porte la saisine possessoire est l'immeuble, pris dans le même sens de bien apparent, durable et productif de fruits juridiques. Donc, même aspect juridique du bien dans les deux saisines (1).

b) L'objet économique de l'ancienne saisine est la jouissance ; l'objet de la saisine possessoire est aussi la jouissance (2). C'est même ce qui nous explique que, par un renversement de la première notion, on ait pris, pour point de départ de l'examen de l'action possessoire, l'époque de la perception des fruits, et qu'on ait considéré comme véritable possesseur, au point de vue du possessoire, celui qui possédait à ce moment.

Donc même *corpus* dans les deux saisines.

Même *animus* aussi :

c) Celui qui pouvait intenter l'action de l'ancienne saisine était celui qui possédait pour lui-même, qui jouissait en son nom (3). Nous voyons la même règle dans la nouvelle. Bien plus, on persiste à refuser l'action possessoire dans les cas où l'on refusait l'ancienne action de saisine (préposé, administrateur, fermier) (4), alors que les raisons primitives de ce refus n'existent plus. Ce point est très remarquable : il faut intenter la complainte

de Ponthieu et de Vimeu, ch. VII ; Olim, I, 489, n° 4 ; Beaumanoir, XXXII, 15, XXXVIII, 2 ; Desmares, *Décisions*, n° 38 ; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, p. 397, 577.

1. V. *suprà*, p. 85.

2. V. *suprà*, p. 100.

3. C'est ce que la *Summa de legibus* appelle la *qualitas* de la saisine : XCV, § 1 ; cpr. Beaumanoir, XXXII, n° 8.

4. V. *suprà*, p. 114 et ss. Cpr. Lorris Montargis, § 352.

contre le possesseur capable d'avoir l'*animus* tel qu'on le définissait anciennement (1).

d) Il y a une saisine possessoire correspondant aux saisines admises dans chaque cycle de l'ancien droit : fait inexplicable dans le nouveau droit, mais qui se comprend très bien comme persistance de la vieille façon de voir (2). En outre, comme autrefois, dans chaque cycle et dans chaque sectionnement (utile, direct, etc.) du domaine, il n'y a qu'une seule action possessoire.

2° Même mode de transfert pour la saisine ancienne et pour la nouvelle saisine susceptible de donner la complainte.

a) La vêtue réelle ou symbolique, celle-ci en dehors de toute appréhension de fait, donne également les deux saisines (3). La seule différence est que l'on permit aussi à l'an et jour de suppléer l'ensaisinement au point de vue possessoire. Et même il n'y a pas ici une idée entièrement nouvelle, comme nous l'avons vu plus haut. La véritable modification est que l'on ne permet pas de faire remonter l'examen relatif à la perception des fruits au-delà de la dernière jouissance, de l'an et jour de la « *derraine saisine* », rapportent les documents du temps. On pourrait dire en quelque sorte qu'ici l'an et jour n'est pas acquisitif, mais *limitatif* (4).

1. Paris, 96 ; Calais, 230 ; Montfort, 59 ; Mantes, 87 ; Senlis, 267 ; Clermont, 44 ; Valois, 116 ; Lille, 149 ; Péronne, 218 ; Bourbonnais, 69.

2. V. *suprà*, p. 123, 144, 161.

3. V. *suprà*, p. 201, 203.

4. Ceci explique les difficultés que l'on fit à ce délai dans les pays où la notion du bien réel n'était pas approfondie (V. des

b) L'idée de publicité, qui a modelé tout l'ancien transfert, continue à influencer celui de la nouvelle saisine protégée par la complainte. Cette idée fait même l'objet de mentions spéciales ; on exige la publicité de la possession acquise (1).

c) Le prix du transfert pour l'une et l'autre saisine n'a pas changé. Dans certains pays, on subordonne au paiement de ce prix la possibilité d'intenter l'action possessoire.

L'idée de fond reste toujours que la publicité légale équivaut et même est supérieure à la publicité de fait.

d) Enfin nous rappelons, au sujet du transfert, que la

exemples dans de Parieu, p. 129). Cet examen de la dernière jouissance est compris dans le *Quando Normand* : « *debet inquiri per sacramentum vicinorum quanta fuit, quando data fuit* » : doc. de 1209 (Delisle, n° 54). Dans le même sens, Glanville, livre XIII, ch. 33 : « *On acquiert possession d'aucun héritage en jouissant d'icelluy par an et jour, exploictz derniers entiers non vi, non clam, non precario ab adversario* ». Cpr. dans les *Coutumes de Lorris Montargis*, XXI, § 343. Nous attirons l'attention sur les mots « *exploits derniers* », qui confirment notre aperçu : *exploits* = *exploitations*. Cpr. Beaumanoir, *Grand Coutumier*, p. 235 ; Desmares, *Décisions*, n° 84 ; *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 100 ; *Grand Coutumier de Normandie*, édit. de Gruchy, ch. 93, p. 219, cpr. p. 214.

1. Le caractère particulièrement défavorable de la furtivité se voit en Normandie : *Furtiva autem dicitur possessio que quasi furtive, ignorante domino, sublata est : ut si quis prepositus, vel alius custos terre alicujus terram quam habet in custodia, invito et absente domino, alii tradiderit in saisina ; hujus modi saisina pro furtiva reputatur, et si eam dominus vi et violencia rehabuerit et alius eam per breve requisierit, dum tamen ita fuerit recognitum, non est ei restituenda*. Summa, XCV, 13. En France on emploie les expressions romaines « *ne par force, ne clandestinement, ne par prière* » : *Grand Coutumier*, p. 232, cpr. 256 ; *Stylus curiæ Parlamenti*, XVIII, § 24 ; *Coutumes notoires*, n° 181 ; Loysel, § 744.

possession permettant d'intenter les actions possessoires est transportée à l'héritier en dehors de toute appréhension de fait, pourvu qu'il l'exerce dans l'an et jour comme c'était exigé dans l'ancienne saisine.

3° Même ressemblance si nous passons au procès.

a) Comme dans l'ancienne saisine, la « vue » des marques, des signes, du côté apparent de la propriété est décisive en cas de saisine possessoire. Nous en trouvons une trace dans le fait que, même en cas de procès pétitoire, le défaut sur la « vue » fait perdre la saisine.

b) Comme dans l'ancienne saisine, l'examen du juge portera sur le point de savoir si le *corpus* reste joint à une certaine affirmation, au moins de fait, de l'*animus*. Seulement cet examen est limité au dernier acte de jouissance.

c) Comme c'était la règle pour l'ancienne saisine, la nouvelle saisine possessoire n'est pas perdue par l'expulsion (1) ; elle persiste en dehors de l'appréhension réelle, tant que la prescription n'a pas couru (2).

1. Sur le sens à donner à cette règle pour l'époque franke : Hermann, p. 48 ; Heusler, *Gewere*, p. 26, 208 ; en France, Poincaré, p. 17 ; pour le moyen âge, Heusler, p. 254, 269, 272, 386 et ss. ; Laband, *die vermögenr.*, p. 106, 174 et ss., 184 ; Stobbe, p. 464 et ss. ; en France, Glasson, VII, p. 291 et ss., qui la nie à tort selon nous.

2. Écoutons Johan. Faber : *Advocati curiæ franciæ semper contentunt in turbatione quæcumque sit vis ; la nouvelleté est donnée « contra turbantem et inquietantem etiamsi possideat » : ad § retinend., Institut., de Interdict., n° 13, in fine. « Celui qui se plaint en cas de nouvelleté se doit garder de dire qu'il soit dessaisi ou dépourvu de sa saisine » : Grand Coutumier, p. 247. « Narra ergo in libello factum tuum sapienter, et super omnia cave quo non narres tale factum per quod videaris compulsus vel expulsus desuisse possedisse, quia te ipsum excluderes », dit*

Les Olim n'établissent aucune différence entre la « *dis-saisina* » et la « *turbatio* » ; ils emploient indifféremment « *nova turbatio* » et « *nova forcia* ». Olim, I, p. 930, n° 19 ; II, 232, n° 18 ; p. 58, n° 15 ; p. 79, n° 5 ; 156, n° 7.

4° Enfin, même délai extinctif. Dans l'an et jour, nous avons retrouvé encore l'ancien délai de la vieille saisine.

a) Nous avons sur ce point, sauf de légères modifications, constaté dans la prescription annale applicable aux deux saisines une nature identique, une partie des mêmes conditions, la possibilité aussi de la jonction de la possession de l'auteur précédent à celle de l'acheteur pour atteindre ce délai libérateur (1).

Johannes Faber, *Dig.*, de vi et vi armata. Les Coutumes d'Anjou et du Maine nous parlent de « *l'appldgement en turbanture* ». Cpr. *Stylus Curiae Parlamenti*, XVIII, § 3 ; Laurière, V. au mot *Complainte* ; Laurière, Dissertation sur le tènement de 5 ans, ch. III, n°s 6 et 7 ; et Coutumes de Bayonne, XIX, 13, Labour, XVI, 1, Soule, XXI, 1, qui mélangent expressément la spoliation et le trouble. La règle que la saisine n'est pas perdue par l'expulsion est du reste contenue implicitement dans toutes les coutumes qui ne font perdre la possession qu'après l'an et jour. Même principe en Angleterre. *Myrror of justice*, II, 25 : *tort est icy prise aussi bien pur deforcement ou disturbance come pur ejection*. Cpr. *Fleta*, IV, 1, 8, 9. En Allemagne, v. doc. cités par Heusler, *Gewere*, p. 269 et s., et *Institutionen*, II, p. 37, note 13. Sur ces points, v. Klimrath, II, p. 366 ; de Parieu, p. 108, 131 ; Renaud, p. 381 ; Glasson, VII, p. 291 ; Tardif, *la procédure civile et criminelle du XIII^e siècle au XIV^e siècle*, Paris 1885, p. 38. M. Benech, *loc. cit.*, voit dans cette règle une confusion de la réintégrande et de la complainte. D'une façon générale les auteurs y trouvent, à tort suivant nous, une innovation. C'est au contraire la vieille idée de la possession juridique qui persiste. Dans notre sens Brünner, *entstehung*, p. 326, 330 ; Bruns, p. 387 ; Philipps, II, p. 150 ; Gundermann, p. 356 ; Warnkœnig, fr. *Rechtsg.*, II, p. 299 ; Heusler, p. 367, 270.

1. V. *supra*, p. 421. Ajouter Lorris Montargis, § 352.

b) Comme la prescription de l'ancienne saisine, celle de la saisine possessoire est fondée sur la publicité légale ou de fait (1) de l'exercice du droit. Toutefois une importance plus grande, nous l'avons vu, fut accordée d'abord à la publicité légale.

A tous ces points de vue nous pouvons affirmer que la possession protégée par l'action possessoire n'est que l'ancienne forme du droit réel, l'ancienne saisine, dont elle nous offre tout le côté plastique et matériel. On la voit exister: son corps économique et son concept juridique, presque mélangés, sont plastiques. On la voit passer de main en main: ses modes de preuve et de vérification sont accessibles par leur plasticité même au juge populaire des premiers temps; que son apparence soit contredite, qu'on cesse de percevoir le fruit, et alors, comme l'ancienne saisine, disparaît la saisine possessoire.

Utile avant tout aux gens de la campagne, elle a conservé la forme sous laquelle se concevait la propriété à une époque agricole et militaire. En un mot, comme l'ancienne saisine, la nouvelle est l'aspect périodique de la propriété utile.

1. D'où devait résulter l'assimilation du trouble de fait et du trouble de droit: *trouble s'entend non seulement par voie de fait, mais aussi par dénégation judiciaire*, Loysel, § 76; *cessation, contradiction et opposition valent troubles de fait*, Loysel, § 757. Cpr. Grand Coutumier, p. 231. Les coutumes admottent aussi les deux sortes de troubles. Pour le trouble de fait: *Paris*, 96; *Calais*, 230; *Montfort*, 59; *Mantes*, 87; *Clermont*, 44; *Bourbonnais*, 89; *Sentis*, 267; *Valois*, 116; *Ponthieu*, 144; *Lille*, 149; *Montargis*, 21, 1. Pour le trouble de droit: *Valenciennes*, 88; *Berry*, 32; *Auvergne*, 11, 1, 3; *Marche*, 1, 4; *Montargis*, XXI. Déjà les anciennes coutumes de *Lorris-Montargis*, du xv^e siècle, proclamaient que « *opposition vaut trouble de fait* ».

C'est ce que constatait déjà Loysel : § 740.

« *Possession vaut moult en France, encore qu'il y ait du droit de propriété entremêlé* ».

140. — II. Cette démonstration, qui nous paraît déjà rigoureuse, se fortifiera jusqu'à l'évidence en examinant les différences que présentent l'ancienne saisine et la saisine possessoire.

Les caractères de l'action possessoire, qui ne correspondent pas à l'ancien concept de la saisine, sont d'introduction récente, et ne coïncident pas avec la structure interne de la vieille notion.

Voyons ces différences :

1° Tandis que l'ancienne action de saisine produisait un effet définitif, l'action de la nouvelle — la complainte — ne donne qu'un effet provisoire. Il y a un procès différent pour la propriété.

2° Tandis que la procédure de l'ancienne saisine est la procédure ordinaire, dans la nouvelle, la procédure prend un caractère sommaire et rapide.

3° Tandis que la protection de l'ancienne saisine est opérée en vertu de la coutume, et que ses moyens de défense touchent le fond du droit, la possession de la complainte est protégée uniquement en haine de la violence, sur le terrain du pouvoir de police (la plupart du temps celui du droit royal) : on le voit entre autres preuves par la procédure, qui est celle de l'enquête carolingienne, et par l'amende de 60 solides, amende de bris du ban.

Or ces différences tiennent à des faits nouveaux, qui apparaissent vers l'époque de la naissance du procès possessoire :

a) D'un côté l'énorme extension du commerce, qui modifie le caractère économique du bien, et qui met au premier plan le côté invisible et commercial de la propriété : sa valeur d'échange.

b) D'un autre côté, le progrès général de la civilisation, qui permet de concevoir et d'utiliser d'une façon pratique des modes de preuve plus perfectionnés, et en rapport avec les nouveaux caractères saillants de la propriété. L'aspect juridique du bien change donc, et cela amène des conséquences importantes : le besoin d'un juge plus expérimenté que le juge populaire ; en outre, une recrudescence du formalisme. On solidifie les anciennes notions ; on interprète étroitement les textes et l'on donne à leurs mots une valeur absolue, précisément pour pouvoir en sortir ; on se sert des anciens concepts juridiques pour introduire les nouvelles façons de voir. Ce regain de formalisme, que l'on rencontre dans toutes les législations à ce point précis de leur histoire, permet, d'autre part, de comprendre la conservation presque parfaite d'anciennes procédures, et en particulier le maintien étroit de tout le côté ancien et formel de l'ancienne saisine dans la saisine possessoire.

c) Enfin, le progrès considérable du pouvoir central permet de trouver une autorité capable d'opérer les réformes voulues par le nouvel état social et économique. Ce progrès, nous le rattachons en partie à l'extension commerciale. Ce que veut le marchand avant tout, c'est

une bonne police, c'est que le ban qui protège le marché et les routes qui y conduisent soit respecté. Le commerce fut, ici comme toujours, l'agent du pouvoir policier, fondé avec le ban, et aida à détruire l'ancienne idée de la coutume. On considéra que la paix, l'ordre public, avait une existence à part, une importance si grande que toute violence, même juste, devait être prohibée. A ce nouvel état de chose est due la relégation de l'ancien procès dans la sphère possessoire. L'on y arriva par le moyen canonique de la réintégration.

Nouvelle conception de la paix publique et du pouvoir central.

141. — De tout temps, la paix publique avait été considérée comme le fondement même de l'organisation sociale. Mais, à vrai dire, le soin de la faire régner n'était qu'un pouvoir d'administration : le roi avait l'administration de la coutume. Il était chargé de veiller à la sécurité publique, à la tenue des plaids, à l'exécution des jugements, d'une façon générale au maintien de la *pax publica*, c'est-à-dire, dans la terminologie du temps, de la paix royale (1); le bris de paix sera vengé par lui comme une atteinte personnelle (2). Cette paix, il la règle au moyen du ban (3).

1. Brünner, D. R. G., I, p. 42.

2. Loi Salique, 56, 5 ; 106, 9 ; 78, 9.

3. Nous ne parlons donc pas ici de la paix qui s'attachait particulièrement au château du roi et aux environs de ce château, ni de la paix qui s'attachait à la personne du roi et à celle de ses gens (voir Brünner, D. R. G., II, p. 42 et ss.) ; mais de la paix qui doit régner entre les membres de l'association les uns avec les autres.

Tout cela, bien entendu, doit être compris avec les idées du temps. Jamais l'on n'aurait conçu, à une époque où les parties exerçaient encore les poursuites elles-mêmes, que la violence juste fût punie. Non, la *vis justa* était presque une vertu, et les textes qui visent les cas de violence ont soin de nous dire que l'on punit la violence exercée sur une *res aliena* (1) : la *vis injusta*.

Ce sentiment demeura particulièrement fort dans les pays où le pouvoir policier n'acquiesce pas la prédominance, et ceci peut nous expliquer en partie pourquoi l'Allemagne ne s'éleva pas à une vraie notion du possessoire (2) ; pourquoi les théories italiennes furent si violemment perturbées ; pourquoi enfin l'Angleterre, après avoir conçu le procès possessoire, admit l'exception *justi domini*, qui le paralysa et l'empêcha d'arriver au large et précoce développement que l'on remarque en France.

142. — Il appartenait à l'Église qui, faible elle-même, comme le dit Rosshirt (3), éprouvait plus que tout autre

1. Loi Salique, c. 18, cpr. c. 37, 43. Cpr. Loi Ripuaire, LIV, 8 ; Loi de Bavière, X, 251 et XVI, 1 § 1, 2 ; Liutp., I, XXVII, c. 8 ; et les différents textes cités par Bruns, *das recht des besitzes im Mittel.*, p. 296 et ss.

2. Encore maintenant les Allemands n'admettent pas seulement la légitime défense, qui a toujours été permise, comme nous le voyons encore dans Beaumanoir : « si l'on me veut coze efforcier, je le puis bien rescorre à force, se le force en est moie ; mes que ce soit présentement quant on me veut la force fière... » ; mais encore la légitime agression, idée empruntée pour la forme au droit romain, mais qui convenait merveilleusement à l'état d'esprit que nous avons indiqué. V. *ein bürgerliches gesetzbuch für das deutsche Reich*, § 856 et 859.

3. *Geschichte des Rechts im Mittelalter* von Rosshirt, *erster theil, Canonisches Recht*, (Mainz 1846), p. 517, 518 et ss.

organisme social le besoin de faire respecter les faibles, de remettre en honneur, avec les adoucissements convenables, le principe romain que nul ne peut se faire justice à lui-même (1) et que le spolié doit être rétabli dans sa situation de fait avant tout autre examen : « *Spoliatus ante omnia restituendus* (2). »

1. Principe qui n'avait été jamais complètement perdu, et que nous retrouvons dans des lois Lombardes : *Langob. 1, 27, c. 12*, cpr. 10 (ix^e siècle), et, auparavant, *Cap. Bened., II, 161* (Walter, II, p. 68), dérivé de la *Lex Wisig., VIII, 12*. V. Bruns, *loc. cit.* ; de Parieu, p. 82. Avec ces lois, restées de la *Constitutio divi Marci* romaine, avait aussi persisté *l'unde vi* en Italie et dans le midi de la France. V. observations de M. de Parieu, p. 83, et de M. Glasson, N. R. II., 1890, *loc. cit.*, p. 602 et ss. ; *Hist. du droit et inst. fr.*, VII, p. 286.

2. On accorda à l'évêque expulsé et qui se plaignait au Conseil provincial l'exception spoli. Avant de procéder à toute attaque judiciaire, il fallait le rétablir dans sa possession. De là vint la théorie de la *restitutio spoliatorum*. Ce moyen passa ensuite dans la jurisprudence générale. *Reintegranda sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis ordinatione pontificum et in eo loco unde abcesserunt funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia majorum (vel malorum) aut per quascunque injustas causas res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum orationem* » (Attribué à Jean I^{er} et à l'année 624 : Durand de Maillane, *histoire du dr. canon*, part. 2, ch. 1). *Decretum Gratiani*, C. 3, Q. 1, c. 3 ; cpr. C. 3, Q. 1, c. 4 ; cpr. 1, 2, X, II, 13 (1232 et 1180). Ce canon fut suivi du Canon *Saepe*, c. 18, X, 13, 18, inséré dans les décisions du concile de Latran en 1215 : « *Saepe contingit quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium eidem spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum juris, proprietatis amittit effectum. Unde, nonobstante juris civilis rigore, sancimus: ut si quis de caetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit, quoad periculum animae injuste detinere ac invadere alienum) contra possessorem hujus modi*

Nous n'avons pas l'intention d'étudier ici la genèse de cette règle, d'une utilité si incontestable que Savigny lui pardonne d'être introduite par les fausses décrétales. Il faut seulement remarquer qu'elle correspond à une nouvelle façon de comprendre la *pax publica*. Désormais la violence ne pourra plus se justifier en s'appuyant sur un droit. La *vis même justa* sera réprimée. Il y a une révolution considérable, qui coule un nouveau sens dans le mot « *pax publica* ». L'état est fondé. Il entend être le seul juge, le seul bras, le seul vengeur (1). A ce point de vue, le développement formidable de la règle canonique s'explique.

« *Encore te dis-je que nus ne doit plaider, en nule court, dessaisis, mais il doit demander saisine avant tout œuvre ou droit ; s'avoir le doit, ou non. Drois s'accorde qu'il doit s'estre*

spoliato per restitutionis beneficium succurratur ». Sur ces canons voir Parieu, p. 82, 98 ; Alauzet, *loc. cit.*, p. 191 et ss. ; Klimrath, II, p. 373 ; Bruns, *Besitz im Mittel.*, p. 145 et ss., 358 et ss. ; Rosshirt, *Canonisches Recht* (1^{re} partie), p. 512 et ss. ; Bourcart, p. 144 et ss. ; Viollet, *Établissement*, I, p. 113 ; Crémieu, *histoire des actions possessoires*, p. 185 et ss. La racine de ces institutions doit être cherchée dans l'*unde vi* romain. Rosshirt, p. 517. Dans quelle mesure l'*unde vi* fut-il élargi, c'est là une question controversée.

1. C'est la conclusion de toute une série d'efforts persévérants. Déjà au ix^e siècle Jonas Smaragde, Hincmar et tous les théologiens politiques ramenaient les fonctions essentielles du roi au maintien de la paix et de la justice. C'est ce que déclarait expressément Hugues Capet lui-même dans un diplôme pour l'abbaye de Corbie (Luchaire I, p. 40). M. Glasson indique bien l'état d'esprit qui produisit cette révolution : « Au xiii^e siècle, dit-il, le roi était considéré comme le représentant de la paix publique. Il parut tout naturel aux légistes de réserver à ses juges les affaires qui troublaient cette paix » : *Hist. droit et instit. Fr.*, VI, p. 474.

resaisis. Et n'est mie tenuz à respondre despoilliés ne le sien tenant, ne faire ne ni, ne connaissance ne response nulle selon droit escrit en decretales », disent les coutumiers d'Artois de la fin du XIII^e siècle (1).

La raison sociale et profonde de cette vigueur avec laquelle est proclamé le principe canonique, c'est bien toujours la *pax*, mais une *pax publica* plus puissante, sollicitée par le désir qu'éprouve une civilisation plus avancée de mettre fin à des violences, et rendue facile par la constitution d'un pouvoir central fort du besoin qu'a la cité de s'établir d'une façon stable. Aussi la règle canonique est répétée partout avec une sorte d'enthousiasme :

« *Nuns ne doit plaider en nule cort despoillies ; mais il doit demander saisine avant tote evre* », disent les établissements de Saint-Louis, après l'usage d'Orléans (2).

1. Edit. Tardif, titre VIII, 1. Cpr. Pierre de Fontaines, XXI, 50, édit. Marnier, p. 271, 272; Anciens établissements d'Anjou, § 107; Beaumanoir, XXXII § 23, XLIV § 51; Livre des Droiz, 47, 74, 88, 106, 155, 211, 709 etc. Dans une charte de Bressieux de 1288 : « *Item possessor rei mobilis vel immobilis sine cognitione devestiri non possit vel debeat sua possessione quamdiu coram domino paratus erit stare juri* » : N. R. H., 1895, p. 303 et ss.

2. *On doit savoir s'il la doit avoir. Droiz dit qu'il la doit avoir, et n'est mie tenuz de respondre despoilliez, ne le tenant, ne faire ne ni, ne connaissance, ne response, ne defense nulle, selonc droit escrit en decretales, de ordine cognitionum, cum dilectus filius etc... capitulo super spoliatione etc. selon l'usage de cour laie. Établissements de St-Louis, (reproduit presque textuellement par les expressions de l'ancien coutumier d'Artois, que nous avons cité plus haut) : édit. Viollot, II, ch. VII, p. 341 et 342; cpr. tome IV, p. 217; tome I, pp. 112 et 116; cpr. Usage d'Orléans, Viollot, I, p. 497; cpr. *Compilatio de usibus Andegavie* : « *Il est d'usage que nul ne pert sa reson, de terre, en demandent, s'il n'en est partiz par juegement ou par tenue d'an et jour en pez et sans chalonge* » : LXII.*

« Si commande que la cort est tenue de saisir celui qui plus droit heir de sa chose, por ce que desaisis ne deit uns hom plaider de son droit » (1), répètent les assises de la haute cour de Jérusalem.

« Nus n'ont devestir home d'aucune chose, forz par l'ordre des jugements » (2).

On conçoit donc une *pax* plus nouvelle, plus indépendante du droit que l'ancienne. L'idée de l'intérêt général et de l'intérêt public est dégagée du droit particulier, comme il apparaît dans le très ancien coutumier de Normandie (3), par une de ces phrases concises qui révèlent une idée longuement méditée et qui a trouvé sa forme :

« *Utile genti araturam non disturbari* », XVI § 3.

Peu importe que le labourage ait eu lieu à tort ou à raison, il sera protégé quand même : « *Arator in aratione sua non disturbabitur, licet aliquis in alterius terra injuste laboret* ». XVI, § 2 (4).

Comme nous sommes loin de l'ancienne façon de voir ! Comme l'État est fort ! On ne peut plus agir sans lui.

« *Nullus ausus ut aliquem de aliqua re devestire nisi ordine judicario* ». Très ancien coutumier de Normandie, ch. XXII (5).

1. Jean d'Ibelin, VI, 40.

2. *Grand Coutumier*, p. 11, 16, 21, 36.

3. Edition Tardif.

4. Il faut ajouter que la charrue était doublement protégée, car elle a toujours été chez des peuples du nord l'objet d'un culte spécial : v. Wilda, *strufrecht*, p. 245, et Brünner, *die Entstehung*, p. 346 ; Warnkœnig, R. G. H., II, p. 304, 301, 296.

5. Nous retrouvons la même influence du principe canonique à l'étranger. En Italie on trouve ce principe dès le milieu du XII^e siècle :

143. — Cette affirmation, que nul ne devait plaider dessaisi, faillit même modifier l'ancienne règle que la saisine, c'est-à-dire le droit, n'est pas perdu par l'expulsion, règle que nous avons rencontrée plus haut (1) en parlant de la protection de la saisine. On parut croire, disons-nous, que l'expulsion faisait perdre la saisine. Ce nouveau concept de la saisine, contraire à l'ancienne théorie, essaya de se faire jour en France et en Angleterre. Nous devons même indiquer une curieuse conciliation tentée en Angleterre par William de Malmesbury (2) : la dessai-

doc. de 1149 dans Campi, I, p. 300, et les documents cités par Pertile, tome IV, p. 79, et note. En Norwège, v. doc. de 1279, cité par Bruns, *Besitz im Mittel.*, p. 374. En Allemagne : doc. de 1265, *Mon. Wittelsbac.*, I, 86 : *Item si dux H. probaverit se violenter privatum villa illa in E., restituetur possessioni ejusdem et postmodum duci L. abinde justiciam exhibebit.* Cpr. Heusler, p. 271 : *Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen* ». Schwab. spieg. Lehn., 96, cité par Gierke ; cpr. doc. cités par Heusler, p. 270 à 272 ; Stobbe, *Handbuch*, II, p. 20, et Gewere, p. 464 et ss. ; Laband, *die vermög.*, p. 184 à 201. En Angleterre, voir Glanville, *Hist. du droit et institutions de l'Angleterre*, tome III, p. 192. Cpr. les leges Henrici : « *nullus a domino suo impligiatus vel intégidatus vel injuste dissaisiatus ab eodem implacitetur ante legitimam restitutionem* » : voir leges Henrici, 74 § 1 ; 29 § 2 ; 61 § 21 ; 53 § 3 et 5 ; cité par Pollock et Maitland, *loc. cit.*, II, p. 46 et ss. Voir aussi des documents du début du XII^e siècle dans Bigelow, *placita anglo-normann.*, pp. 128, 130, 169, 197, 250. On y parle de ressaisir ceux qui sont *injuste et sine judicio dissaysiti* ; ces mots *injuste et sine judicio* se rapporte à l'action *spolii*. Il n'y a là à notre avis que des applications du *remedium spolii* ; c'est seulement dans un document de 1173-1202 (Bigelow, *loc. cit.*, p. 282), que nous voyons une sorte de plainte avec possession annale.

1. V. *suprà*, p. 339 et ss.

2. En parlant de cette fausse idée, certaines coutumes du midi de la France parlent du recouvrement de la possession en cas

sine par violence serait la dessaisine du droit des gens, l'autre dessaisine serait la dessaisine du droit civil.

« *Rex ita faciat quod etiam in forensibus judiciis legitimum est facere, ut revestiat episcopos de rebus suis, alioquin jure gentium dissaisiti non placitabunt* ».

En France, on décidait aussi que la personne dépourvue avait perdu la *possessio naturalis*, mais conservait la *possessio civilis* (1). Ces différents essais ne réussirent pas. Les mots *possessio civilis* et *naturalis* s'employèrent de préférence pour désigner les domaines direct et utile. Quant à la saisine, elle continua de survivre à l'expulsion, comme nous l'ont montré les nombreux textes qui accordent un an à l'expulsé pour intenter son action.

144. — Sur d'autres points, le nouveau principe d'ordre public devait marquer d'une profonde empreinte la nouvelle saisine. C'est à lui qu'est due la défaveur particulière avec laquelle est envisagée la violence dans les procès de dessaisine. La force privée devient l'ennemie, est frappée de prohibitions spéciales par les coutumiers du temps.

Ce mouvement se manifeste dès le XII^e siècle. Dans un document de 1149, dans un procès entre les églises de Naméka et de Marcha (2), le jugement déclare après enquête des voisins : *Quod si propositus de Marcha qui possessor ab utraque parte cognoscebatur, licet ab altera malae de complainte, au lieu de parler de maintenue : v. Warnkœnig, p. 320 et ss.*

1. *Gesta regum*, p. 553, cité par Pollock et Maitland, II, p. 46.

2. Martène et Durand, coll. II, 362.

fidei possessor diceretur, legitimis testibus qui de prescriptione temporis certum ferrent iudicium, probare posset se quiete possedisse, magis ei probatio incumberet quam ei qui recenter in eandem possessionem irruisse non dubitabatur.

Cela devint un principe, et les jugements déclarèrent que d'une façon générale, avant d'examiner le *modus* et la *qualitas* de la saisine, on s'enquerrait de la violence :

« *Si quis intret in possessionem meam et ego dicam violentus ipsum intrasse, res debet capi in manu domini regis, et si violentus petat saisinam suam, et ego meam, inquirendum est; antequam reciperet cujusmodi possessionem, an violentus habuit tempore que capta fuit, et si inveniatur violenta, non recipiat hec de dolose* » (1).

145. — Ce qui prouve que c'est bien à l'extension du pouvoir de ban, du pouvoir policier qu'est due la transposition de l'action de dessaisine sur un autre terrain, c'est que nous trouvons dans les procès de dessaisine précisément les moyens caractéristiques employés ou délégués par le pouvoir royal et justicier pour assurer la paix et l'administration : 1° l'amende de paix brisée, du bris de ban ; 2° la procédure royale de l'enquête.

1° L'amende du ban royal est l'amende de 60 solides. Un capitulaire de Charlemagne nous dit :

Ut bannus quem per semetipsum dominus imperator bannivit 60 solidos solvatur. Cæteri vero banni quos comites et ju-

1. *Assisia Normann.*, cité par Warnkœnig, *Franz. R. G.*, II ; U. B., p. 50 ; *Summa de legibus*, XCV, §§ 15, 16 ; *Beaumanoir*, XXII, n° 526.

dices faciunt, secundam legem unius cujusque componantur.
Cap. Kar. Magn., 814 : Baluze, tome I, p. 520.

Or cette amende, perçue tantôt par le justicier, tantôt directement par le pouvoir royal, est précisément celle que nous retrouvons dans le procès possessoire. On demande « *soixante sous* » pour la nouvelle dessaisine. Beaumanoir augmenta même le tarif pour les gentilshommes. Il exigea « *soixante sous pour hommes de poste* » et « *soixante livres pour gentix hommes* » en cas de force (1). La plupart des autres coutumes n'ont conservé qu'une seule amende. Celle de la côte St-André par exemple ne demande que « *sexaginta solidos Viennenses* » (2).

Remarquons que, dans les cas où il s'agissait d'une saisine avec juste titre, conférée en vertu d'un ensaisinement exprès du seigneur et protégée par le ban spécial de celui-ci, cette amende se comprenait très facilement. Elle était le prix de l'infraction à une défense spéciale. Le curieux est de la voir établie en vertu d'un ordre général du roi s'étendant à tout le duché de France, puis à tout le royaume, et défendant à toute personne de se faire justice à elle-même. Cela suppose un développement du pouvoir royal considérable.

146.— 2° Non seulement nous retrouvons l'amende particulière du ban, mais encore la procédure spéciale carolingienne, l'*inquisitio* (3), persistant sous la forme de l'en-

1. V. Beaumanoir, XXXII, §§ 5, 10, 28.

2. La côte St-André, art. 604.

3. Brünner, *Entstehung*, p. 87 et ss., 206 et ss., 233 et ss. ; cpr. Bethmann Hollweg, *Der civilprocess des gemeinen Rechts*, tome V, p. 97, et Glasson, *Hist. du droit et inst. de la France*, tome III, p. 418.

quête. Les livres de Jostice et de Plet nous disent :

« *En tel chose ne doit pas avoir bataille, mes li juge doit voir par l'enquêtes de bonnes gens* ». XVII § 3; 2 (1), XIX, 44, § 6.

Les assises de Jérusalem nous parlent aussi de l'enquête :

« *De toutes saizines de coi l'on se plaint, doit estre faite enqueste par serement as voisin de cel leuc et as plus loyaux que l'on trovera et l'on connaistra* ». Clef des assises de la Haute-Cour, ch. 76 (Edit. Beugnot, p. 585) (2).

Voir aussi Beaumanoir, ch. 1, n^{os} 24 et 42; Olim, I, 667, n^o 8 (a^o 1267); I, 494, n^o 12.

Cette procédure d'enquête présente de notables rapports avec les interdits romains, et semble avoir joué un rôle analogue dans la formation du possessoire (3).

L'introduction fut d'autant plus facile que, comme nous l'avons vu, l'enquête s'employait très souvent dans le cas de vêtture. Vanderkindere, *loc. cit.*, p. 180.

1. M. Brünner souligne avec d'autant plus d'insistance ce mode de procéder, qu'on ne peut y voir que l'influence persistante du procédé mérovingien, les établissements de Saint-Louis étant, d'après lui, postérieurs au livre de Jostice et Plet. *Établissements de Saint-Louis*, livre II, ch. 13, cpr. ch. 16; livre I, ch. 84. M. Viollet, *Établissements de Saint-Louis*, p. 3, partage cette opinion.

2. Voir sur ces points : Brünner, *die Entstehung*, p. 378 et ss.; Heusler, *Gewere*, p. 383; Glasson, *les sources de la procédure française*, N. R. H. 1881, p. 413 et ss., 375, 682.

3. Voir des détails sur cette procédure dans le *très ancien Coutumier de Normandie*, LXVIII, § 2, et la *Summa de legibus*, XCIII § 1; v. Brünner, *die Entstehung*, p. 327; Glasson, *Histoire du droit et des institutions en Angleterre*, II, pp. 412 et ss., 432 à 456. La ressemblance aux interdits romains est remarquable, sans pourtant qu'il faille y voir une dérivation. Pour le pétitoire, le possesseur

La partie lésée va trouver la chancellerie royale, qui lui délivre des lettres conçues en termes hypothétiques (1) : « Si tel acte a été fait..., si une violence a été commise, rétablis dans son premier état la partie violentée ». Il s'agit moins là d'un débat sur une question de droit que d'une mesure de police prise en vertu d'un pouvoir souverain et dans un cas déterminé.

Quelle différence les nouvelles formules présentent avec les anciennes !

« *Malo ordine et injuste contra legem detines, mitte mihi responsum, pone rationem* », disait la partie elle-même à l'époque franke.

Dans le bref, c'est du pouvoir central qu'émane l'ordre :

Precipe Roberto quod juste et sine mora resaisiat Ricardum de terra apud Becum, de qua dissaisivit eum injuste (2).

147. — Il ne nous appartient pas de discuter ici les différents problèmes soulevés par l'enquête, et jusqu'à quel point la procédure des brefs normands fut influen-

avait le choix entre la *recognitio* et le duel judiciaire ; pour le possessoire, il n'avait que la *recognitio*. Cpr. Warnkœnig, III, p. 101. Quant à l'introduction de la *recognitio* en Angleterre il faut l'attribuer à Henry II : v. Pollock et Maitland, history, I, p. 117 ; voir Glanville, livre XIII, ch. 33 et ss. Cette procédure d'enquête existe aussi dans les lois Aragonaises et dans les lois de Valdemar en Danemark : sur ces points voir Viollet, *établissements de St-Louis*, tome I, p. 214.

1. On comprend de la sorte le caractère hypothétique du bref ou des lettres royaux : ce n'est que la contradiction subséquente apportée à l'ordre royal ou ducal qui mettra l'une des parties en faute.

2. *Summa de legibus* (édit. Tardif), ch. XCV.

cée directement par l'*inquisitio* franke. Il nous suffit de constater qu'en Normandie et en Angleterre ce fut aussi grâce au bref, au writ, que s'introduisit le procès possessoire.

C'était, en effet, un merveilleux moyen offert à la division de l'action en deux parties, la possessoire et la pétitoire, que cette enquête opérée sur les lieux et portant sur l'examen de l'exercice et des marques de la propriété auparavant décisives. Il suffisait d'en faire l'objet d'un procès distinct, de la détacher du reste de la procédure qui se passait devant le juge. On pouvait facilement, de la sorte, distinguer l'examen apparent de la saisine de l'examen du fond de l'affaire. Toutefois il restait à motiver ce premier procès. Pourquoi deux procès ? Deux procès paraissant viser un même objet ? On tourna la difficulté en rattachant au premier le nouvel axiome canonique, qui semblait ranger les cas de dessaisine dans les violences, et pour cela on accentua le caractère violent que présentait toute injustice : en un mot, il n'y avait qu'à souder à l'enquête mérovingienne le *summariissimum* canonique (v. *infra* p. 479), à faire de l'examen du droit objectif l'objet d'une nouvelle action : la plainte.

Cela s'opéra en quelque sorte d'une façon subreptice et détournée. Pour détacher la plainte du pétitoire, on usa d'une action provisoire et personnelle : la réintégrande.

La réintégrande personnelle. Son effet sur la création de la complainte.

148. — La nature, l'origine, les effets de la réintégrande, son rôle historique surtout et son influence sur la formation du procès possessoire : ces questions ardues et encore mal éclaircies doivent, à ce point de notre exposé, solliciter toute notre attention. Car le dégagement du possessoire hors de l'ancien procès pétitoire se fit, croyons-nous, avec l'aide de la réintégrande.

Le principe d'ordre public, qui défend de juger le spolié avant de l'avoir rétabli dans son bien, ne s'introduisit pas directement dans la complainte. La marche suivie fut plus longue. Il fallut que notre axiome eût été assoupli, eût vécu auparavant dans la réintégrande, et que la pratique eût vu l'emploi qu'elle pouvait en tirer. Ainsi la réintégrande joua un rôle intermédiaire qu'il est intéressant d'examiner. C'est pourquoi, quelque impatience que nous ayons de clore notre exposé sans aborder de nouvelles difficultés, il ne nous est pas permis de laisser de côté l'étude de cette action nouvelle, en parlant de la formation de la complainte et des caractères du nouveau procès qui ne correspondent pas à ceux de l'ancienne saisine.

Nous examinerons successivement l'origine, la nature, l'objet, les conditions et les effets de la réintégrande, en insistant sur les caractères communs qu'elle présente avec la complainte, ainsi que sur les différences profondes que l'on remarque entre les deux actions. L'on observera que

l'ancienne réintégrande forme un tout logique et harmonieux comme l'ancienne saisine, et qu'elle reste comme celle-ci constamment d'accord avec son principe. Ceci nous permettra une fois de plus de reconnaître dans la complainte les éléments dérivant du principe de la réintégrande, et de compléter notre démonstration sur la formation du possessoire.

149. — a) Nous avons attribué l'origine de la réintégrande au droit canonique et à la règle « *spoliatus ante omnia restituendus* ». Notre affirmation est confirmée par les textes.

L'origine canonique du nouveau moyen est expressément rappelée par les Etablissements de Saint-Louis et les coutumes d'Artois (titre VIII). Toutefois, tandis que le moyen canonique n'avait été au début qu'une exception, il semble n'être apparu chez nous que sous forme d'action (1). Cette indication de l'origine de notre

1. Tandis qu'à l'origine il ne donnait qu'une exception dilatoire, dirigée non contre le droit sur lequel est fondée l'action, mais contre l'action elle-même. Le défendeur qui oppose *l'exceptio spoli* ne doit prouver que la dépossession injuste. S'il réussit à prouver la spoliation, il est à l'abri de toute poursuite tant que le spoliateur n'a pas restitué. V. Marcel Fournier, *Officialités*, p. 165 et ss. Plus tard on admit une action ou *condictio ex canone reintegranda*, cap. 1, X, de restit. spol., II, 5 : v. Bruns, *Besitz*, p. 223 ; Bourcart, p. 251. Comme on le voit, ce n'est pas une action possessoire : de Parieu, p. 98. Contra Bruns, p. 148 ; Bourcart 144 ; Troplong, traité de la prescription, n° 297. Ils se trompent : le canon *Reintegranda* vise si peu une action possessoire, qu'il n'oblige pas l'évêque à prouver l'investiture canonique, ni une possession, mais la violence : 2 § 1, X, 11, 10 (1198).

action est importante, car elle nous permettra de suppléer sur certains points par des arguments d'analogie tirés du droit canonique au silence des textes.

Ce procédé nous permettra d'éclaircir un fameux passage de Beaumanoir, qui a suscité de nombreuses controverses. Il s'agit d'une simple réintégration s'appliquant d'une façon générale à toutes sortes de biens-meubles ou immeubles. Beaumanoir nous le dit expressément :

« De quelque chose je soie en saisine et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petit, qui m'oste de cete saisine sans jugement ou sans justice je dois être resaisi avant toute œuvre, et je le requier » (1).

Voyons ce procès : il ressort de suite qu'il ne vise pas un bien réel, car dès les premiers mots Beaumanoir nous dit qu'on ne s'occupe ni de la réalité du bien, ni de l'an et jour, ni par conséquent du délai de jouissance :

« En aucun cas me puis-je bien plaindre de novele dessaisine, tout soit ce que je n'aie pas esté en saisine de la coze dont je me plains an et jor : si comme si je mi ensaizine d'un cheval ou d'une autre beste ou de denier ou de mueble quel qu'il soit, ou d'aucune desquelles que j'ai gagnée et labourée en mon nom, sans auctorité d'autrui : se on mi oste aucune de ces cozes et je le requier, je doi este resaisi et quet cil en amende » (2).

Aussi l'action dans le cas qui nous occupe porte sur un bien meuble particulier, sur une récolte coupée :

« Pierres estoit entrés en une terre el mois de mars et le

1. Beaumanoir, XXXII § 23.

2. Beaumanoir, XXXII § 15.

fist arrer et semer pèsivement, et quant vint à l'aoust, et il quida l'aveine soier, et tout présentement la terre despouiller de cette année, et y estoient si ovrier ja dedans pour queillir les biens, adont vint Jehans et en osta les ovriers dudit Pierre et contre son gré, et y mit les siens ovriers, et emporta, que lui que sa mesnie, l'aveine. Adont fist Pierres ajorner Jehans sor novale dessaisine, et quant ils vinrent en cort, Pierres requist à estre restablis de l'aveine que Jehans en avoit emporté, lequele il avoit arrée et semée et laborée pesivement et y estoit entrès pesivement. »

A cette attaque, Jean répondit que Pierre avait labouré et semé à tort, car il n'avait pas la saisine d'an et jour ; de plus, que « *il n'i estoit pas entré par li, par quoi il ne volust pas estre tenu à le resaisir ni rétablir* » (1). On devait donc, d'après lui, plaider sur la question de propriété. Il avait tort, car dans la réintégrande la jouissance n'est pas examinée comme indice d'un bien frugifère, d'un immeuble, mais comme une chose indépendante. Le premier procès portait sur le meuble, comme l'ont très bien remarqué de Parieu et Alauzet (2), et comme l'ont contesté à tort des auteurs récents.

1. Ce passage, d'après Housler, ferait allusion à ce fait que quand une personne était expulsée dans l'an et jour par son auteur, elle ne pouvait invoquer ni la jonction de possession, puisque son auteur était son adversaire, ni la possession annale. Dans ce cas il fallait bien reconnaître la saisine à l'auteur, mais il devait intervenir une action de garantie obligeant l'expulseur à rétablir l'expulsé. Cpr. Heusler, *Gewere*, p. 394. Pour nous au contraire, qui voyons dans cette sorte de réintégrande une action personnelle, la défense invoquée s'explique directement par la garantie, sans idée de jonction de possession.

2. V. *suprà*, p. 402. De Parieu, p. 114 ; Alauzet, p. 153 ; *contra*,

Donc d'après nous c'est bien le moyen canonique de la réintégration qui est expressément visé par Beaumanoir comme introduit par Philippe le Hardi en 1277 (1). Les explications suivantes achèveront de le prouver.

150. — b) Cette action présente un caractère pénal (2) très fortement accentué. Nous le vérifions dans l'amende, qui, comme nous l'avons vu, est celle de la paix

Glasson, VII, p. 299. En notre sens, en insistant sur l'analogie avec l'action spoli: Bruns, p. 364; Bousch, p. 388, 393; Renaud, p. 379, 382; Bourcart, p. 490; Warnkœnig, III, p. 308; Heusler, p. 394.

1. Cette opinion est fortement contestée. Ceux qui la soutiennent s'appuient sur Beaumanoir, qui parle du « *nouvel établissement que li roi a fête en la manière qui ensuit* » : ch. VI, 10. Mais des auteurs, ne retrouvant pas d'établissement aussi important, étaient tentés de voir dans les établissements de St-Louis la nouvelle constitution dont parle Beaumanoir : v. Laferrière, tome VI, p. 12 et 124; Laurière, ch. 65; Heusler, p. 389. Or cette constitution perdue, M. Viollet nous semble l'avoir retrouvée. Il ne s'agit pas, comme le disait Warnkœnig, d'une constitution de 1277, § 18 (Recueil du Louvre, II, p. 663), dont on trouve la traduction latine dans le *Stylus parlamenti* P. III, titre 22 § 1 (cpr. Warnkœnig, p. 306 à 307); mais d'un acte spécial du parlement : « *querelæ de novis dissaisinis non venient in parlamentis, sed quilibet bailivus, in bailiva sua, vocatis secum bonis viris, eat ad locum, et, sine strepitu, sciat si sit nova dissaisina, seu impedimentum, seu turbatio; et si inveniat ita esse, faciat statim ressaisire locum, et arripiat in manu regis et faciat jus partibus* » : cité par M. Viollet, *Etablissements*, tome I, p. 340, et rapproché par lui du ch. XXXII § 4 de Beaumanoir. La traduction française se trouve dans les *Ordonnances*, tome XI, p. 355. M. Glasson voit à tort ici un texte insignifiant, puisque les arrêts de la grande chambre avaient force de loi : cpr. *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1897, LVIII, p. 166 et 187. Nous adoptons donc l'opinion de M. Viollet; seulement nous voyons dans cette constitution une action de réintégration, et non de plainte.

2. Rosshirt, *Canonisches R.*, p. 213; Warnkœnig, *loc. cit.*, p. 310.

briséo, et aussi dans la qualification de « *messès* » que Beaumanoir et les juriconsultes de l'époque donnent à notre action.

Au début de son chapitre XXX, § 1, Beaumanoir en effet nous annonce qu'après avoir parlé « *de plusors messès et des cas de crismes et d'autres et de la vengeance qui appartient à caxum messès* », il va parler « *d'autres manières de messès sor les quix li rois a establi nouvelle voie de justicier et nouvelle vengeance contre cix qui les font* ». C'est le même système qu'avait suivi le très ancien coutumier de Normandie, qui énumère les dessaisines parmi les violences, les meurtres, les viols, etc. « *Hec sunt placita que pertinent ad ducem : ecclesie licet pertinencia quiminorum infractiones et insultus pacis, infractio domus et carruce insultatio, dissaisina et omnes recognitiones.* » Edit. Tard., ch. LIII.

151. — c) La réintégrande est donnée à toute personne contre toute personne ; Elle est donnée non seulement à ceux qui possèdent en leur nom propre, mais même à ceux qui possèdent au nom d'autrui, à ceux qui sont de simples possesseurs irréguliers, de simples détenteurs, bien plus des personnes étrangères à tout *animus possidendi* ou *detinendi*. Les termes de la constitution canonique sont très généraux.

« *Reintegranda sunt omnia ex spoliatis vel ejectis..... in eo loco unde abcesserunt funditus revocanda* » (1).

1. Nous avons cité le canon en entier page 455, note 2. Dans ce sens Glasson, tome VII, p. 288 ; *contra* Bruns, p. 118 ; cpr. Bourcart, p. 171 et 176.

On peut l'invoquer contre toute personne ayant spolié, ou seulement reçu la chose du spoliateur (1). Il fallut le canon *sæpe* pour en excepter le détenteur de bonne foi. L'action personnelle s'est élargie au point de faire assimiler la connaissance de la violence à la violence elle-même.

Sous ce rapport, la formule du *Speculum* de Durand est très curieuse :

Conqueror de P., qui me possessione talis ecclesie, vel vinee in tali loco sitae, cujus confines, etc., quam tenebam et possidebam, violenter et temere spoliavit, vel me de possessione ejus dejecit, vel me spoliari mandavit, vel spoliationem, seu dejectionem suo nomine factam ratam habuit, seu ejusdem possessio ad eum temere et injuste pervenit : quam ecclesiam, vel vineam dictus P. occupatam detinet in meum præjudicium.
Livre III, par. II, *de rest. spol.*, p. 149.

152. — d) La réintégrande est accordée au sujet de n'importe quel bien meuble ou immeuble. Déjà le droit canon nous montrait le *remedium spoli* étendu à une foule de cas et accordé même (2) à la femme chassée par le

1. Glasson, N. R. H., 1881, p. 603, et *Hist. du dr. et institut. de la France*, VII, p. 287. On peut l'intenter même, en matière criminelle, contre un accusateur étranger à la spoliation : v. Marcel Fournier, *les officialités au moyen âge*, p. 164. Le demandeur n'est obligé de prouver que le fait de la spoliation : c. 2, X, *de ord. cognit.* 2, 10 ; c. 1, 2, 5, 6, X, *de rest. spol.*, 2, 13 ; c. 22, X, *de offic. jud. deleg.*, 1, 29.

2. C. 10, X, *de off. judic. deleg.*, 1, 29 ; C. 17, X, *de reudit.*, 2, 13 ; C. 6, X, *de sepul.*, 3, 28 ; C. 7, 15 et 18, X, *de rest. spol.*, 2, 13. Glasson, N. R. H., *Sources de la procéd.*, p. 421.

mari du domicile conjugal sans la permission de l'Église, et au mari que la femme a abandonné sans motif.

Nous voyons les mêmes principes appliqués dans la charte de Bressieux, année 1288 (1) : « *Item possessor rei mobilis vel immobilis sine cognitione devestiri non possit vel debeat sua possessione quamdiu coram domino paratus fuerit stare juri* ».

Et dans Beaumanoir, XXXII, § 13, nous avons vu que l'on accordait la nouvelle dessaisine pour la saisine d'un *queval* ou d'une autre beste ou de denier ou de mueble quel qu'il soit, ou d'aucune desquelles (cores) que j'ai gagnée et labourée en mon nom, sans auctorité d'autrui.

Dans le § 1 du même chapitre XXXII, le même jurisconsulte indique que l'action de force s'applique surtout, selon lui, aux meubles : « *Et s'on ne li fist force, si on emporta pas le coze* ». Cpr. § 26.

Et au § 11 : « *Nouvele dessaisine, est s'aucuns emporte le coze de le quele j'aurai esté en saisine an et jor pesivement* ».

Dans le § 23, nous voyons accorder la saisine pour de « *l'aveine* ». Elle le serait pour « *quelque chose je soie en saisine* », même si la chose avait été « *emblée* », ce qui suppose un meuble. L'on n'aura qu'à prouver la rupture de la paix :

Et est li establissemens tex, que se je me doie de me coze con m'ait tolue ou efforcié, et je le vais requerre par force ou autre coze de celi qui ce m'ara fet, je suis tenus à celi resaisir por le reson de le contre prise et à li rendre son damace que je li arai fast en contreprenant. XXXII, § 28.

1. Déjà citée p. 457, note 1. Cpr. Coutume de Normandie, art. 55.

153. — e) Cette possibilité d'intenter la réintégrande au sujet des meubles, en même temps que l'observation du fondement pénal de l'action, tout cela nous oblige à marquer profondément le caractère personnel de la réintégrande. A ce propos, il est utile de se rappeler ce que nous avons dit au début de notre travail sur les relations du meuble et de la personne, et en même temps cette remarque que nous fîmes (v. p. 102 et ss.) sur la section opérée par les juristes entre le fruit et l'immeuble, à savoir qu'ils prétendaient faire courir les délais de l'usucapion romaine pour le premier, et donner une allure mobilière de *spoliatio* au procès sur les jouissances, comme on le fit en Normandie. Toutes ces idées concordent et s'emboîtent en quelque sorte les unes dans les autres ; elles ne peuvent que confirmer notre exposé.

Notre opinion n'est d'ailleurs pas complètement isolée. D'autres auteurs, parmi lesquels nous citerons M. Warnkœnig (1), ont aussi indiqué le caractère personnel de notre action et l'ont aussi appuyé sur ce fait qu'elle visait les meubles.

L'on voudra bien remarquer que les textes emploient indifféremment les mêmes noms pour notre action, qu'ils en parlent au sujet des meubles ou bien des immeubles.

Ainsi, pour les meubles et les immeubles, c'est l'action « *d'à tort et d force et de nouvelle dessaisine* » (2) ; « appli-

1. Warnkœnig, Franz. R. G., II, p. 306 et ss.

2. Pierre de Fontaines, XXXII, 17 ; XXI, 50 ; *Etablissements de St-Louis*, liv. I, ch. XCV.

gement à tort et à force » (1) ; « *novele dëssaisine* » (2).

Le procès peut porter sur des meubles : donc l'action est personnelle et non pas réelle (3). C'est bien du reste le caractère que présentait *le remedium spoli* en droit canonique : C. 18, X, *de rest. spoli.*, 2, 13.

Sans doute Bouteiller déclare :

« *On peut asseoir complainte de nouvelleté soit sur chose mobilière, personnelle, réelle, spirituelle, corporelle, puisqu'on en aurait possession acquise par temps suffisant* ». XXXI, 1.

Il confond la complainte et la réintégrande, et donne à la première l'étendue de la seconde : en réalité, cette possession étendue, c'est la réintégrande.

Ce caractère personnel de l'action, qui la fit considérer surtout comme s'appliquant aux meubles (4), étonnait Cujas (5) : il remarque expressément que, tandis qu'on

1. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, 347, 352 ; *Livre des droitz et commandements*, nos 385, 741, 742, 948.

2. *Beaumanoir*, XXXII, § 23.

3. Le caractère personnel de la réintégrande persista longtemps. Encore au XVII^e siècle, Denisart (v^o complainte) enseignait que la réintégrande s'appliquait aux meubles, opinion qui était même assez ancrée pour que Pothier, au XVIII^e siècle, se vît obligé de la combattre expressément : « *Ceux à qui on a ravi des choses meubles ont bien une action contre le ravisseur pour en obtenir la restitution ; et il suffit pour l'obtenir qu'ils établissent que la chose leur a été ravie, sans qu'on doive entrer dans l'examen du droit que les parties y ont ; mais cette action n'est qu'une action ordinaire, qui n'est pas la réintégrande et n'en a pas les prérogatives* ». Pothier, édit. Bugnot, tome IX, p. 299.

4. Contre notre opinion, M. Glasson, p. 312.

5. *V. C. sur l'unde vi*, tome IX, col. 1048. De même Imbert, *Pratique judiciaire*, livre I, ch. 17.

droit romain l'*unde vi* ne s'appliquait qu'aux choses immobilières, chez nous on l'appliquait aux meubles.

Le soin que nous avons pris d'indiquer le caractère personnel du meuble, au début de ce travail, nous dispense du même étonnement.

Mais ce caractère mobilier et personnel de l'ancienne réintégrande en rendra la compréhension difficile aux jurisconsultes, quand ils voudront en faire une action possessoire réelle. Ils seront obligés tantôt de n'en voir que le côté procédurier, tantôt d'en faire une sorte d'action détentatoire protégeant la simple détention, tantôt de la confondre avec la plainte, parfois même d'en outrer le côté criminel, comme le fit plus tard l'ordonnance de 1667, titre XVIII, art. 2, 4. Cpr. Loysel, §§ 12 et 18 (1).

Quelques-uns même allèrent si loin qu'ils méconnurent le caractère de la plainte, et, de guerre lasse, ne pouvant arriver à faire de la réintégrande une action réelle, firent des deux des actions personnelles.

« Les actions possessoires, dit Pothier, qui sont la réintégrande et la plainte, doivent aussi être rangées sous la classe des actions personnelles; car la première naît du délit de celui qui a spolié le possesseur, et l'autre du quasi-délict de celui qui, sans droit, le trouble dans sa possession. Interdicta omnia personalia sunt. Loi 1, § 3 ss., de interd. » (2).

L'erreur, pour être renversée et colorée de droit romain, n'en existait pas moins. Au lieu d'absorber la réin-

1. Cpr. Pariou, p. 154, note 3.

2. Introd. au tit. XXI, cout. d'Orléans. Edit. Bugnot, tome I, p. 739.

tégrande dans la complainte, on absorbait la complainte dans la réintégrande. Toutefois remarquons que si le caractère réel de la complainte était ignoré, la personnalité de la réintégrande était fortement mise en relief.

154. — f) La réintégrande, étant une action personnelle, n'exige dans la possession de conditions autres que l'absence de violence. En particulier on ne demande pas une possession *non vi, non clam, non precario* (1).

C'était la règle du droit canonique. Pasquier, *Institut. de Justinien*, livre IV, ch. 9 (2). On exige si peu de conditions que Beaumanoir nous déclare :

L'on pot bien estre resaisis de tel coze par coustume c'on en porteroit après le hart, si comme on avoit le coze dont on seroit resaisis, mal tolue ou emblée, et il est prové clèrement.
XXXII, § 15.

Remarquons que le mot saisine n'est pas pris ici dans sa signification exacte. Il n'est point besoin d'avoir la saisine d'un droit pour intenter la réintégrande. L'on semble toutefois s'être servi du caractère délictuel du fait débattu dans la réintégrande pour supprimer dans certains cas cette dernière action, et Loysel nous dira :

« *De chose qui touche délit, ne se peut dire aucun ensaisiné, et ne fait à ouïr en complainte, ne par usage, ne par coutume.* »

Donc, aucune condition n'est mise à la possession. En

1. V. aussi Faber, Rebuffe, Gregorius Tolosanus et Aufrerius, cités par Parien, p. 135 et note 2 ; dans le même sens, Glasson, *hist. du dr. et instit. de la France*, 287 et 289 ; *contra* Alauzet, p. 262, 263.

2. V. Floury, § 1, ch. 22.

particulier, l'on n'exige pas une jouissance, que le caractère par nous reconnu au meuble ne permettait pas. On n'exige pas de jouissance : l'on supprimera donc le délai de celle-ci, l'an et jour limitatif.

Ainsi, dans les §§ 23 et 24 du chapitre XXXII de Beaumanoir, nous voyons Pierre ressaisi d'une chose dont il n'avait pas « *maintenu le saisine un an et jour entiere-ment* » (1).

L'on ne s'occupe nullement des caractères de la jouissance. Ce qui le prouve, c'est qu'on supprime la partie de la procédure qui devait précisément permettre de s'enquérir de ces caractères. On supprime la vue, ce qui s'explique très bien avec la signification que nous avons reconnu à la « vue et monstrée » (2).

155. — *g*) En outre, ce qui prouve bien, comme nous l'avons dit, que les deux an et jour n'ont pas la même signification, c'est que l'on conserve pour l'action en réintégrande l'an et jour extinctif (3). Toutefois le délai est de quarante jours à Jérusalem (Jean d'Ibelin, ch. LXIV).

1. Cpr. Assises de Jérusalem, Jean d'Ibelin, ch. LXIV; cpr. *Grand Coutumier de Normandie*, (édit. de Gruchy), ch. 52, p. 132. Plus tard : Imbert, livre 1, ch. XVII; Chabrol, *Commentaire sur les coutumes d'Auvergne*, 1, p. 60, et les notes de Charondas sur *le Grand Coutumier*.

2. V. *suprà*, p. 295 et s.

3. Beaumanoir, XXXII, § 25; *Grand Coutumier de Normandie*, (édit. de Gruchy), ch. 52, p. 132. Ceci est une différence entre notre action et le *remedium spoli* canonique, qui était perpétuel. Bœhmer, *principia juris canonici*, § 692, cité par Glasson, Sources de la procédure, N. R. H., p. 422. Ceci est encore un argument pour

136. — *h*) La réintégrande ne procure pas la jouissance intérimaire pendant le procès possessoire ou pétitoire qui suivra. Elle ne donne que les « couz et depens ».

« *Cil qui perdra la querele rendra à l'autre ses couz par droit qu'il aura mis ou plais.* » Etabliss. de Saint-Louis, ch. XCVI, livre I.

Ainsi l'on doit donner caution de la restitution des fruits (1), et du paiement des dommages et intérêts et dépens.

Ces restitutions sont énumérées dans la formule de Guillaume Durand :

Propter quod quanta damna pertuli et expensas usque ad centum libras feci : quare peto possessionem dictæ ecclesiæ, vel vineæ et jurium et pertinentiarum ipsius, vel quasi; fructus quoque et proventus et abuétiones a tali tempore perceptos et qui percipi potuerant, quos æstimo 50 percipiendos ; vel eorum æstimationem mihi restitui et mihi eam reddi ; et eum ad prædicta omnia et ad quantitatem presatam nomine damnorum et expensarum mihi sententialiter condemnari, et insuper legaliter, seu canonice ipsum pro injuria puniri : peto etiam expensas

l'opinion qui croit que l'an et jour de l'action possessoire ne nous est pas venu du droit romain. V. c. 8, X, *de transact.*, 1, 36; c. 22, X, *de offic. jud.*, 1, 29; c. 11 et 16, X, *de restitut.*, 2, 13.

1. C'est cette restitution des fruits qui marque bien pour les auteurs le caractère personnel et délictuel de l'action : Rosshirt, *loc. cit.*, p. 513 et ss. ; Bruns, p. 244 ; Bourcart, p. 144, et ss. Plus tard on se demanda même s'il ne fallait pas restituer les doubles fruits comme en droit romain, v. Bugnyon, *tractatus legum abrogatarum*, liv. III, 77. Il fallait en outre rendre les dommages et intérêts : Rosshirt, p. 521.

factas et protestor de faciendis, quas tempore debito declarabo. Speculum, lib. III, pars II, de restit. spol., p. 149 et s.

157. — *i*) La réintégrande est intentée suivant la procédure du *summariissimum* canonique. C'était une procédure des plus rapides, plus rapide même que l'action possessoire, et pouvant servir de préalable soit au procès possessoire lui-même soit au procès pétitoire. Ce caractère particulier fait qu'un grand nombre d'auteurs se sont arrêtés inquiets devant le *summariissimum*. Rosshirt y voyait un ensemble de mesures de police, ne touchant en rien la question de droit (1).

C'est une procédure qui agit *simpliciter, de plano, sine strepitu et figura judicii* (2). Elle s'ouvrait, en droit canonique, par un exposé oral de l'affaire. Cet exposé était résumé par le notaire dans les *acta causæ*, afin que le juge et le défendeur connussent la nature et l'objet de la demande. Le défendeur était cité. Le juge écartait les moyens dilatoires et les tentatives faites pour traîner le procès en longueur. La procédure sommaire n'était même pas suspendue pendant les jours fériés institués pour permettre d'accomplir certains travaux (récoltes et vendanges).

1. Savigny, *Histoire du droit romain, au moyen âge*, p. 142; Bruns, *Besitz in Mittel.*, p. 175, p. 232, 236. C'est une procédure rapide et préparatoire à la procédure ordinaire : v. Mardel Fournier, *étude sur les officialités au moyen âge*, p. 231 et ss., et 166; Rosshirt, *Canonisches Recht*, p. 516, p. 519; Bourcart, p. 155; Parieu, p. 93 à 104; Alauzet, p. 201 et ss.; Glasson, *N. R. H.* (1881), pp. 801 et ss. Nous trouvons en droit romain une façon de procéder semblable : Gaius, IV, 170.

2. Ce sont précisément les termes employés dans la décision du parlement retrouvée par M. Viollet : v. *supra*, p. 470, note. 1.

Tel est le procédé canonique que nous retrouvons dans la procédure française. Le caractère de célérité est bien marqué dans le procès français :

« *Et au jor de veue, li quens doit envoier, et s'il trueve le lieu dessaizi, il le doit fere resaizir tout à plain, avant qu'il en oie nules deffenses du deffendeur ; et le lieu resaisi, il doit tenir les cozes en le main le comte, et puis connoistre le novele dessaizine après le jor de veue* ». Beaumanoir, XXXII, § 4.

C'est exactement la procédure canonique. Nous avons un *summariissimum* au début du procès. Puis vient le *summarium* :

De le coze de quoi on se plaint de nouvele dessaizine de force ou de nouvel torble doit on sievrre en haste le juge ; si comme s'on me soie mes blés ou vendange mes vignes ou fauque mes près ou coupe mes bois, sitost comme il est denoncié au conte, il doit penre le coze en se main et exploitier sauvement, et puis demener le plet de nouvele dessaizine en le manière qui est dite dessus. Ibid., XXXII, § 11.

La procédure sommaire que nous montre le grand coutumier est semblable (*Grand coutumier*, p. 240).

L'extension du *summariissimum* est du reste reconnue. Ce fut la « monnaie » du système canonique qui eut le plus de cours dans l'Europe du moyen âge (1).

1. En Allemagne le *remedium spoli* dura jusqu'à Savigny. Bruns, *das Recht des Besitzes im Mittel.*, p. 375, 397, 438; Bruns, *Besitzklage*, 243 ss. ; Randa, 144 et ss. ; Savigny, p. 509 et ss., 523; Meischeider, p. 145 ss., 161, 166 ss. ; Alauzet, p. 201 ; Bourcart, p. 153, 177, 178. L'extension fut considérable en Italie : Savigny, p. 523. En Espagne il fut introduit avec les *siete partidas*.

158. — Ainsi, si la réintégrande se rapproche de la complainte en ce que son principe émane d'une autorité indépendante et souveraine ; en ce qu'elle est classée parmi les actions pénales et jugée sommairement, alors que l'ancienne action de saisine avait son fondement dans la coutume, se présentait comme une action civile et suivait les voies ordinaires de la procédure ; elle en diffère sur des points nombreux et importants qui sont précisément communs à la complainte et à l'ancienne saisine. La réintégrande est personnelle, la complainte est réelle. La réintégrande est donnée à tous et contre tous, la complainte n'est accordée qu'à ceux à qui les différents cercles de juridiction reconnaissent le droit d'être titulaires d'une saisine. La réintégrande s'applique à tous les biens et particulièrement aux biens personnels, aux meubles ; la complainte ne vise que les biens réels, les immeubles. La réintégrande ne s'occupe donc ni du caractère du bien ni des conditions de la possession en particulier ; elle refuse d'examiner, comme le fait la complainte, le délai de jouissance, l'an et jour acquisitif ; enfin elle ne donne pas, comme la complainte, un droit sur le bien et son fruit. Tous ces caractères la distinguent profondément tant de l'ancienne action de saisine que de la nouvelle, et cette différence était bien perçue par certains jurisconsultes ; les Olim nous montrent un procès dans lequel le demandeur spolié est ressaisi :

Salvo jure domini regis et aliove sive super possessione, sive super proprietate valuerunt experiri. Olim, I, 316, n° 3.

C'est ce que nous répètera au xv^e siècle le jurisconsulte espagnol Paul de Castro en nous décrivant les principales différences que présentent le *summariissimum* et l'action possessoire ou *ordinarium* :

§ 2. *Illa (sentencia super ordinarium) offert perpetuum præjudicium, quousque cognitum est de proprietate; ista durat quousque lis durat super proprietate vel possessione.*

§ 4. *In illa principaliter agitur de possessione, et in consequentiam venit, ne possessor turbetur; in ista vero principaliter agitur, ne quis turbetur, secundario venit an possideat ille, qui petit ne turbetur.*

159. — Comme on le voit, la réintégrande se distingue si nettement de la plainte et de l'action pétitoire qu'il semble impossible, au premier abord, de s'imaginer comment elle a pu influencer sur la première. L'analyse de la plainte nous fait bien retrouver au centre de celle-ci un principe semblable à celui de la réintégrande, mais elle ne nous permet pas de nous figurer comment ce principe s'est introduit dans une action en tous autres points si différente de la réintégrande. Il faut donner à cela une explication pratique et historique.

La confusion, qui n'existait pas en théorie, se produisit en fait. Déjà le droit canonique permettait d'intenter les deux actions en même temps et de les porter devant le même juge. C. 5, X, *de caus. poss. et prop.*, II, 12. Cpr. C. 7, *ibid.*

Et, comme la demande avait un caractère reconventionnel, le juge statuait en général par la même instance

sur la demande principale et sur celle du spolié (1).

Il en résulta qu'en pratique il se produisit souvent une confusion. Le pouvoir de police, qui veillait à l'ordre et au rétablissement des nouvelles dessaisines, s'occupait du droit apparent et facilement vérifiable.

On constate très bien la marche suivie dans Beaumanoir :

Aucunes fois avient que aucuns est plaintes de novele dessaisine et proeve qu'il a été dessaisis de novel, si que il convient qu'il soit resaisi... Et après, cil qui dessaisi avoit et a desaisi, a bien action de soi plaindre de novele dessaisine, de celi meismes qu'il a resaisi par jugement, et de le coze meisme dont le resaisine est fete (2).

Il insiste même, car c'est nié par quelques-uns :

« Car aucunes gens qui quideroient quant ples a esté de novele dessaisine et cil qui se plaint est resaisis, qu'il n'i pust jamais avoir plet de novele dessaisine. »

Ces gens-là, ce sont probablement les juristes partisans

1. Marcel Fournier, *Officialités*, p. 166.

2. La véritable et primitive action de nouvelle dessaisine est donc la réintégrande canonique et la théorie du *spolium*. Bouteiller montre bien la ressemblance perçue entre la dessaisine et la spoliation en nous parlant de l'action de *nouvelleté de force faite*, que les clercs nomment *unde vi*, et de celle que les clercs appellent *uti possidetis* : il emploie encore le même mot pour les deux actions. Voir aussi l'assimilation des mots « *nouvelleté et la nouvelle dessaisine* » dans Guy Pape, *Comment. in statut. Delphin*, p. 18. De même le mot de *nouvelleté* est employé pour les deux actions par les *Anciennes coutumes de Ponthieu et de Vimeu*, ch. VII ; cpr. ch. IX. Johan. Faber, lui, fait du *casus novitatis* l'*uti possidetis*. Charondas sur Lizet, est très net, p. 259, édit. de 1613 : « *l'interdit unde vi, dit-il, est compris sous le nom général de cas de saisine et nouvelleté, et s'intente civilement selon la forme d'iceluy* ».

des seigneurs, qui naturellement ne veulent pas qu'à côté du procès personnel de dessaisine on introduise un autre procès réel sous le même nom (1). Mais Beaumanoir ne discute pas leur système. Il affecte même de négliger un peu le premier procès, et de considérer le second comme étant le seul dans lequel il s'agisse de nouvelle dessaisine :

« Après jor de vue li cuens doit envoier, et s'il trouve le liu dessaizi, il le doit faire resaizir tout à plain avant qu'il en oie nules deffenses du défendeur (c'est le premier procès, la réintégrande); et le liu resaisi, il doit tenir les cozes en le main le conte, et puis connaistre la novele dessaisine après le jor de veue (c'est le second procès). »

C'est aussi ce que nous voyons par la suite du procès que nous avons cité plus haut :

« Quant Jehan eut resaisi de l'aveine dessus dite et rempli le jugement, il fist Pierre ajorner qui resaisis estoit, sor novele dessaisine, et proposa contre li qu'à tort et sans cause estoit entrés en le saisine et possession de son héritage, et sans saisine de requérir, et de novel puis an et jor, porquoi il requeroit que cele saisine fut ostée à Pierre et bailliée à Jehan, comme à celui qui avoit esté en le derraine saisine de un an et un jor, et jusqu'au jor qu'il entra en le terre por laborer et semer. »

Mais c'était faux : le procès de nouvelle dessaisine avait été intenté. Comme le disait Pierre, il y avait là un nouveau procès, qui n'était point la dessaisine :

« A ce respondi Pierre, qu'el avoit plédié au dit Jehan de cette meisme coze et sor novele dessaisine et li avoit esté livrée le saisine par jugement, par quoi il ne valoit estre

1. Beaumanoir, 32 § 4 *in fine*.

tenus à nule resaisine fere ne répondre, se n'estoit au plet de la propriété. »

Le juge ne fut pas de cet avis. Il décida que Pierre devait répondre à l'action de Jean : « *Par por ce se Pierre avoit esté trovés en saisine, et il n'avoit maintenu le saisine d'un an et un jor entièrement, ne demore pas que Jehan qui maintenoit se saisine d'un an et un jor entièrement, ne se peust plaindre de novele dessaisine de Pierre qui dernièrement estoit en le saisine entrés et si i avoit pas esté an et jor ».*

On voit la manœuvre des juristes : ils ont accroché à la réintégrande une action possessoire.

Ils en avaient même accroché trois : 1° Une action de nouvelle force ; 2° Une action de nouvelle dessaisine ; et 3° Une action de nouveau trouble. Mais ce n'était là, comme dans la constitution du parlement dont nous avons parlé, qu'une imitation du droit romain (1). Beaumanoir lui-même sent le vide de cette conception dans son § 2 ; il assimile les deux premières actions. Si dans son chapitre VI, § 11, il annonce une différence entre la nouvelle dessaisine et le nouveau trouble, nous voyons dans le chapitre XXXII, § 4, qu'elle se rapporte uniquement à l'énonciation de la plainte ; dans l'une on dit : « *Sire, un tel m'a dessaisi* » ; dans l'autre : « *Sire, un tel me*

1. Dans la nouvelle dessaisine on « *emporte le coze* ; » dans la force, on l' « *emporte à grand plenté de gent ou à armes, si que je n'i oze estre por peur de mort* » ; dans le nouveau trouble, « *on ostes mes ouvriers d'une vigne ou d'une terre dont y avoie été en saisine* ». M. Glasson fait à plusieurs reprises remarquer très justement que Beaumanoir imite très souvent le droit romain tout en s'en cachant soigneusement : *op. cit.*, VII, p. 297.

trouble et m'empécque » (1) ; enfin, dans le cas de force : « *il pot mettre le force en son claim aveques le novele dessaisine.* »

160. — Simon de Bucy (2) fondit en un seul les trois moyens imaginés par Beaumanoir, et détacha de la réingrande la complainte que Beaumanoir avait intentionnellement confondue. Il en écarta le faux caractère personnel qu'on avait superposé. Ce fut véritablement à partir de lui que l'on eut, comme nous le dit le grand coutumier, une véritable action possessoire : la complainte (3), avec son véritable caractère réel. Le compilateur du grand coutumier ne s'y est pas trompé. De son œil exercé, il a de suite aperçu que si jusque là on avait rapproché la nouvelle dessaisine de la violence, Simon de Bucy l'avait replacée à son véritable rang, près de la simple saisine.

1. Ce trouble est un trouble de fait. Un trouble de droit, une défense faite par « *qui je ne suis pas tenu à obéir* » ne suffirait pas. Beaumanoir, XXXII § 12.

2. Simon de Bucy, mort en 1358. Froissard au livre I^{er} de son histoire, l'appelle le *chevalier en Loix*.

3. Le nom de la nouvelle action fut régulièrement, dans la suite, *complainte en cas de saisine et nouvelleté* : Paris, 96 ; Clermont, 44 ; Calais, 230 ; Montfort, 59 ; Mantes, 87 ; Senlis, 267 ; Valois, 116 ; Ponthieu, 144, 148 ; Péronne, 218 ; Lille, 149 ; Montargis, XXI, 1 ; Bourbonnais, 89 ; Marche, I, 4, 7 ; Auvergne, II, 1, 3. En Bretagne et en Poitou on l'appelle *Plègement et contre applègement* : Bretagne, 103 ; en Normandie, *Clameur de Haro* : v. l'étude de M. Glasson sur la Clameur de Haro, N. R. H., 1882, p. 411 et s. En Labour et Soule et à Cambrai, on parle de *rétablissement*, par suite d'une idée fautive que l'on se fit sur la complainte, comme nous le verrons plus loin ; cpr. Warnkœnig, *loc. cit.*, II, p. 320.

161. — Quoi qu'il en soit, par suite de son alliance passagère avec la réintégrandes, le possessoire était distingué nettement du pétitoire. Les textes qui nous montrent le procès tranché seulement quant à la jouissance, « *quantum ad saisinam* », « *super possessorio solum* », et sauf le droit de propriété, « *salvo jure proprietatis* », « *salvo judicio ordinario* », sont innombrables dans les Olim et les anciens coutumiers.

« *Cum certum sit, quod Imbertus sit proximior heres, non obstante exceptione Gaufridi de dono sibi facto, Imbertus habebit saisinam, et de proprietate fiat jus coram domino feudali* », nous disent les Olim, I, 452, n° 16 (1). Cpr. Beaumanoir, XXXII, § 29, 6, 30, XLIV, § 7, VI, § 5; Coutumier d'Artois, III, 18, XX, 18; Desmares, *Décis.*, 300.

« *Negligens ille erit in periculo amittendi possessionem rei petitæ, salva questione proprietatis* », nous disent les arrêts normands (Delisles, n° 66) (2).

« *Qui adjuge à aucun la saisine, l'en doit réserver le droit de propriété* », répète le grand coutumier, p. 256; cpr. 242.

Ce n'est pas une distinction n'apparaissant, comme précédemment, que tout à fait par hasard (3); c'est une

1. Ajouter Olim, I, p. 4, 76, 238, 355, 476, 494, 515, 542; II, 58, 67, 72, 112, 162.

2. Très ancien coutumier de Normandie, ch. LXXVIII, § 1, § 5; ch. LXXXV.

3. Auparavant on avait pu la rencontrer dans quelques documents épars: v. doc. du XII^e siècle, cité par Viollet, *Etablissements de St-Louis*, IV, p. 238, où l'on voit que le délégué du Pape Alexandre III investit l'une des parties « *salvo jure proprietatis* ». Cette distinction du possessoire et du pétitoire, nous l'avons déjà rencontrée au XII^e

notion complètement entrée dans les mœurs et dans la doctrine.

« *Prius tractandum est de possessione quam de proprietate* », nous dit dans sa *pars altera* le très ancien coutumier de Normandie.

En dessous de l'ancienne propriété apparente, enveloppée dans la saisine, on a découvert une propriété nouvelle avec un nouveau mode de preuve. Son essence consiste dans la possibilité du transfert, dans le caractère invisible de l'*abusus*, avons-nous dit. Son moyen de preuve va devenir la preuve littérale qui commence à s'affirmer et à prendre son importance. Sous l'ancienne façon de considérer la propriété, on en aperçoit une nouvelle. Le pétitoire sort définitivement du possessoire.

On défendit de cumuler les deux actions qui partaient de moyens si différents (1). Le procès possessoire suspendit le pétitoire (2); les deux procès eurent lieu devant des juges différents (3), avec une procédure et des moyens différents (4).

En résumé, grâce à son alliance passagère avec la réin-

siècle (v. *suprà*); en Italie nous la trouvons dès 1162: v. Pertile, *Storia*, IV, p. 179; en Angleterre, nous la voyons au XIII^e siècle: Glanville, XIII, 9; Fleta, IV, 1, 3; IV, 10, 13; Britton, ch. 42.

1. *Coutumes de Lille*, XLIX.

2. *Coutumes de Lorris Montargis*, § 353.

3. Olim, I, p. 8, n^o 16. Dans le territoire des justices, le féodal ou le justicier avait la connaissance du procès sur les treffonds, et le roi celle des nouvelletés.

4. Aussi pour la propriété les Olim ont soin de nous montrer que l'on use de la « *carta diligenter inspecta* ». L'examen du titre a pris une signification nouvelle.

grando, la forme apparente du droit, qui faisait l'objet de l'ancien procès, s'est détachée du fond du droit pour devenir un procès distinct : le procès possessoire, procès basé sur la répression de la violence, expliqué par le développement du pouvoir royal d'une part, et par l'évolution sociale et économique, qui exigeait une nouvelle conception de la propriété, d'autre part. Les nouvelles exigences se révèlent : dans la prohibition spéciale de la violence, que la possession « pour la plainte » nous présente; dans le classement de l'action parmi les cas royaux; dans l'amende de saisine brisée; enfin dans la terminologie. Nous n'insisterons pas. Il nous suffit de remarquer, encore une fois, que ce sont là des caractères nouveaux et rajoutés après coup; qu'ils ne correspondent nullement à l'examen de la publicité de la saisine, du délai de perception des fruits, de l'état des lieux et des signes apparents de la propriété, etc., en un mot, à tous les caractères que nous avons reconnus comme communs à l'ancienne saisine et à la possession de la plainte.

Ceci est très important, et nous permet de rétablir l'origine de notre action, et aussi d'affirmer qu'elle est le produit de la réaction du concept nouveau de la paix publique sur l'ancienne action de saisine, dont elle s'est approprié l'examen facile et rapide de la propriété apparente.

Cette origine de la plainte n'aurait pas échappé aux auteurs, si la réintégrande avait conservé par la suite ses caractères primitifs. Il n'en fut pas ainsi. Après avoir entraîné la plainte dans son orbite, elle fut à

son tour soumise aux influences de cette dernière, en même temps qu'aux tentatives des jurisconsultes romanisants qui voulaient la rapprocher des interdits. Sous cette double influence, elle sembla perdre son caractère personnel pour prendre en quelque sorte un caractère réel. C'est ce nouvel aspect qui déroba aux regards sa véritable signification. Il nous faut l'étudier sommairement, pour écarter les objections qu'on pourrait en tirer contre l'exposé précédent.

Romanisation du procès. — La réintégrande réelle.

162. — Les interdits romains se présentaient comme faisant ou acquérir, ou recouvrer, ou conserver la possession. Or la complainte était accordée également dans le cas de trouble et d'expulsion. Elle ne rentrait donc pas dans les classifications romaines. Les jurisconsultes romanisants du xv^e et du xvi^e siècle ne s'arrêtèrent pas à cela. Il leur fallait à toute force faire entrer les notions coutumières dans les mots et les cadres romains : ils cherchèrent un interdit *recuperanda*.

Ils essayèrent d'abord d'employer à cet usage l'action de simple saisine, modelée par Simon de Bucy (1) d'après les anciennes conceptions coutumières. Mais les délais trop longs de cette action et ses caractères internes se refusaient à cette assimilation. Il fallut l'abandonner.

1. V. *suprà*, p. 430-433.

On se mit à la recherche d'un autre interdit *recuperandæ*. On trouva la réintégrande.

« *In locum interdicti recuperandæ possessionis utimur litteris seu codicillis regis, vel senachi si is privilegium habet quos statutum dicunt, querelæ de novis dessaisinis in quo spoliatus dicit se possedisse et spoliatum fuisse vocant etiam restitutionem la réintégrande* », nous dit Gregorius Tolosanus (*syntagma juris, pars III, lib. 21*). Cpr. Lizet et Imbert dans leurs *Pratiques*, ch. 17. Charondas, Notes sur le grand coutumier, ch. 21. Papon dans ses *Arrêts notables* (1).

Cette tendance existait déjà à l'époque de Bouteiller, qui nous parle « *de l'action de nouvelleté de force faite, que les clerks appellent unde vi, et de celle que les clerks appellent uti possidetis* ».

Une fois l'interdit récupérateur trouvé, il fallait découvrir quelle sorte de possession il défendait.

On voulut y voir un moment la possession utile (2); mais cette idée ne réussit pas, car c'était la complainte qui défendait la véritable possession utile. Il fallut trouver autre chose. Cujas découvrit la *Momentaria possessio* : la possession d'un moment.

Dans son fameux *interdictum* général (Observ. XIV, 16, 1, 20, sur le titre C. *Unde vi*), la réintégrande devint un interdit *momentariæ possessionis*, une véritable action possessoire, ou plutôt une action détentoire.

« *Generale interdictum restitutorium momentariæ pos-*

1. Cités par Parieu, p. 133 et Renaud, p. 380.

2. V. p. 4.

sessionis, quod hodie beneficium reintegrandæ possessionis appellamus ». La réintégrande prit dès lors un caractère de moyen de procédure, d'une sorte de préalable du procès de complainte. On la rapproche sur ce point d'un autre moyen sommaire de procédure : la recreance, qui dépend de l'office du juge et fut censée défendre aussi la possession momentanée.

« *Sibi recredientia adjudicetur, id est monumentanea (momentanea) aut fiduciaria possessio* », dit Bugnyon (1).

La réintégrande perdait complètement son allure originale, et du coup prenait cet aspect équivoque qui en a fait l'objet de tant de controverses (2).

Mais l'esprit systématique y trouvait son compte. La

1. Bugnyon, *Tractatus*, livre I, ch. CXLII, p. 102.

2. Dans ce sens on peut dire qu'il y a véritablement une innovation sur ce point. M. Bourcart a raison de prétendre que notre ancien droit n'avait pas voulu protéger « la possession instantanée » : v. p. 181. Mais le tort de M. Bourcart nous semble être de n'avoir pas saisi le véritable caractère de la réintégrande, et de donner plutôt une affirmation qu'une constatation basée sur l'étude des transformations historiques de la réintégrande. L'idée véritablement nouvelle, c'est que l'on a transformé l'action personnelle du *remedium spoli* en une action réelle, en une action détentoire. Notre explication s'accorde très bien avec l'opinion de M. Heusler, qui nie que les Allemands aient admis jamais l'idée juridique romaine de la détention : Gewero, p. 109 ; *Institutionen*, p. 398 ; cpr. Huber, p. 54. C'est aussi faute d'apercevoir l'accaparement de la réintégrande personnelle par la complainte réelle que Warnkœnig, après avoir vu très clairement que le premier procès possessoire (la réintégrande) ressemblait plus à une action *spoli* qu'à une action possessoire, trouvant dans la saisie la réintégrande devenue une véritable action possessoire, déclare qu'il se trouble et que l'exposé de la possession manque de clarté.

possession put s'échelonner en un grand nombre de degrés, et l'on put sans interruption monter de la possession momentanée aux longues prescriptions.

163. — 1^o L'on avait d'abord un procès sur la *momentaria possessio*. Le procès comprenait deux moyens. L'un tendait à conserver, l'autre à recouvrer la possession momentanée. Pour faire saisir le procédé employé, il nous est nécessaire de rappeler la marche de la procédure.

Le demandeur demandait au parlement des lettres royaux. Le parlement lui délivrait ces lettres, dans lesquelles on priait le juge du *locus rei sitæ* de remettre les choses en l'état, et de se saisir du procès s'il y avait lieu. Plus tard, ce fut le bailli qui délivra les lettres. Le bailli remettait les lettres à un sergent commis pour appeler, si besoin était, les parties sur les lieux, ce que l'on nommait « ramener la plainte à effet sur les lieux » ; on employa par la suite les expressions de « descente du juge », « descente sur les lieux ».

Le demandeur renouvelait alors de vive voix sa requête ; le défendeur y acquiesçait, ou y formait opposition.

Si le défendeur faisait opposition, l'officier faisait rétablir l'objet dans son état primitif (*resaisire loca contentiosa, si quid fuerit ablatum vel expletatum*) ; mais aussitôt après avoir rétabli le plaignant en possession, il faisait mettre l'objet litigieux en main souveraine, c'est-à-dire sous séquestre, et il assignait les parties à comparaître devant le juge. C'était une sorte de *summarissimum* : tout devait se passer *uno die*, bien plus, *una hora*,

sine aliqua figura iudicii. Stylus curiæ parlamenti, XVIII, 7-8; Imbert, p. 102, 131.

C'est la première partie de cette procédure : « le ressaisissement », qui constitue, à notre avis, la réintégration primitive ; et nous insistons encore sur ce qu'on n'a pas assez remarqué à ce sujet le n° 4 du chapitre XXXII de Beaumanoir, dans lequel on voit s'opérer comme ici un ressaisissement immédiat.

Cette première partie de l'instance se nommait à Lille le *petit possessoire* (1).

Remarquons qu'il y avait un appel nécessaire en matière de plainte, soit qu'on maintînt le plaignant en ses droits et possession, soit qu'on déclarât que la plainte n'échait. On ne pouvait en rester au premier jugement ; il devait être confirmé ou réformé (2) ; c'est alors seulement que le juge prononçait sur les dépens. Le sergent adressait donc son rapport au juge.

Au jour fixé par l'assignation, le bailli examinait d'abord s'il y avait lieu d'accueillir la demande en recreance, qui était presque toujours formée (Olim, I, 255, XI), en vue de permettre à l'une des parties d'obtenir provisoirement,

1. Le demandeur ne peut plus à partir de ce moment faire enquête ni augmenter son information. Sur tous ces points, v. Pauthou, *commentaire sur la coutume de Lille*, art. 2, tome II, p. 478. On trouve un très intéressant exposé de cette procédure, suivie devant les différentes cours, dans Varin, *Archives légis. de la ville de Reims*, I, p. 795 et s. Il indique aussi que le 1^{er} rétablissement est fait « *premier et avant toute œuvre* ».

2. Ce qui est très conforme au véritable caractère de la réintégration, qui ne tranche pas la question de droit.

avec ou sans caution, la jouissance intérimaire du bien litigieux pendant l'année possessoire (1).

On comprend en examinant cette procédure pratique que l'on ait jusqu'à un certain point confondu ces deux premiers moments du procès, la réintégrande et la recréance. Elles sont établies sur le même plan.

« *Les sentences de recréance et de réintégrande en toutes matières et de garnison seront exécutoires nonobstant l'appel et sans préjudice d'iceluy en baillant caution* », nous dit l'art. 59 de l'Ordonnance de Villers Cotterets, en 1539 (2).

La réintégrande, rapprochée de la recréance, perdit son

1. Sur cette procédure voir Warnkœnig, *loc. cit.*, p. 316 et ss. Tardif, *Histoire de la procédure*, p. 316 ; Bourcart, p. 201, Glasson, VII, p. 309. C'est un nouveau *summariissimum* qui finit par remplacer l'ancien ; c'est ce nouveau moyen que les auteurs canoniques comprennent sous le nom d'*officium judicis*. La formule est donnée par Guillaume Durand, p. 151. La réintégrande ainsi modifiée rentrait presque dans la juridiction gracieuse. (On invoquait à l'appui de cette façon de voir une décision de la loi romaine, L. 13, 3 D. 7, 1, et Paul de Castro nous montre que tandis que l'*uti possidetis expeditur jure actionis vel interdicti*, le *summarium* l'est *judicis officio* : v. sur ces points Bourcart, p. 175). De plus c'est un moyen interlocutoire, tandis que l'ancien était définitif et se contentait d'une *cognitio summaria* au lieu d'une *cognitio plenaria*, *quia non de tanto præjudicio agitur*.

2. Recueil du Louvre, XII, p. 612, art. 63. Cpr. ordonnance civile de 1667, titre XVIII, art. 2 ; voir aussi titre XVII, art. 3 : rec. du Louvre, XVIII, p. 133. Ces deux ordonnances tantôt font concourir la réintégrande avec une action criminelle, tantôt la placent à côté de la recréance. Le parallélisme de ces différents moyens et leur distinction du possessoire sont bien indiqués par la coutume de Lille (153) : *Les rétablissements, sequestres et recréances sont instances provisoires à bref jour, distinctes du principal possessoire*.

caractère original d'action personnelle distincte s'appliquant à tous les biens. Elle ne fut plus qu'un incident de la procédure de complainte.

Denisart, au mot réintégrande, l'appelle *une simple provision*. Pour Charondas (1), c'est un *interdictum momenti sive momentariae possessionis, quæ statim, sine ulla cunctatione, spoliato restituenda est* », et Ragueau, tout en la distinguant de la recréance la rapproche ouvertement de cette dernière action (v^o sentence ou instance de réintégrande) :

« *Partant autre est l'instance et sentence de réintégrande, autre de la recréance, autre de la garde et maintenue qui est au plein possessoire de jure possessionis, mais la recréance et la réintégrande ne sont que provisoires, quarum nomine plene et exacte non cognoscitur de jure possessionis, sed summatim, pendente lite, in eis vertitur momentaria possessio* ».

En dessous de la complainte, nous eûmes donc deux moyens préalables. L'un, la réintégrande, devint un interdit récupérateur intenté quand il y avait eu violence (2).

1. Notes sur le *Grand Coutumier et sur la coutume de Paris*, art. 97. Cité par Parieu, p. 134, note 4. Voir aussi Fontanon, notes sur Masuer titre XI, n^o 26-29 ; Imbert, *inst. forens.*, livre I, p. 119, au titre réintégrande.

2. V. Imbert, *Practica*, ch. 17, cité par de Parieu. Imbert nous dit que « *l'interdit récupérateur de possession a lieu contre celui qui par force déjette et spolie de la possession* ». C'est inexact, puisque c'est la complainte que l'on emploie dans ce cas. « *Tandis que la réintégrande a lieu contre tous ceux qui injustement détiennent et occupent, et peut estre formée par tous qui à droit et bonne cause tenaient et exploitaient avant la spoliation* ». C'est encore inexact, c'est la complainte

L'autre, la *recreance*, fut considérée comme une sorte de plainte sommaire. Ainsi un interdit conservatoire provisoire s'opposa à un interdit récupérateur provisoire : ce dernier moyen accordé à celui qui avait le plus clair et apparent droit.

« *In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur plenario, nempe in quo plena super possessione cognitio adhibetur, et summario, quia in hoc tantum summam iudex cognoscit uter possidet quo tempore lis movetur* » (1).

« *Recreance, dit Bouteiller, doit être faite à celui qui contend de franchise et de liberté, car il a droit commun pour lui* ». Bouteiller, I, 31, 21 (2).

« *In curia fit recredientia rei positæ ad manum regiam illi, qui habet jus commune, vel promptiores probationes, vel ostendit titulum, vel summarie fundat in promptu intentum suum ; et post fit inquesta super possessione* » : *Stylus curiæ parlamenti*, XVIII, § 11 ; cpr. § 10 et 12.

Quand il n'y avait pas eu violence, et que les parties présentaient des preuves égales, le juge recourait à un dernier moyen : le séquestre.

que l'on emploie dans ce cas. Cependant Imbert a conservé quelque chose de l'ancienne idée, et nous dit encore que la réintégration s'applique aux meubles.

1. Bugnyon, *Tractatus*, livre I, ch. CXLII, p. 102 ; Beaumanoir, LII, n° 21 et LIII, n° 2 et s. ; Grand coutumier, p. 23 ; Masuer, *Practica*, IV, XI, §§ 29, 30 ; Jean des Mares, 31 : Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, tome IV, p. 439 et 301, II, p. 45, 364, 403.

2. Loysel, § 763, cpr. § 768 ; Lorris Montargis, § 349 ; Varin, *loc. cit.* p. 797 et 801 ; Bugnyon, *loc. cit.*, p. 102 ; Masuer, XI, §§ 10 et 17 ; Imbert, p. 117 et 102, et Ordonnance de 1453, art. 71 (Rec. IX, p. 230).

164. — Après ces trois moyens dont la réunion formait le petit possessoire et la procédure très sommaire, venait le plein possessoire.

Le plein possessoire, en matière profane, dit Pathou, a lieu lorsque le juge confirme purement et simplement la sentence du juge référendaire, qui avait maintenu le complainant en ses droits et saisine (1).

C'était, en réalité, le véritable procès de complainte. On y examinait les caractères de la propriété apparente pendant la dernière année.

165. — Au-dessus du plein possessoire la simple saisine, dans un rang plus élevé, joua d'abord aussi le rôle d'interdit récupérateur vis-à-vis de la complainte. Le Grand coutumier, p. 232, en parle à propos du libelle de recouvrer saisine. Cette action, qui permettait d'examiner les anciennes jouissances du bien et pour laquelle les anciens exploits valaient mieux que les nouveaux eut d'abord un certain caractère pétitoire, il était permis d'alléguer un titre. Elle conserva ce caractère dans les coutumes du Hainaut; dans la suite, elle prit une signification possessoire et fut peu à peu abandonnée (2).

1. V. *Grand Coutumier de France*, p. 240. V. aussi les *anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, p. 274; Livre des droiz et des commandemens, nos 237, 238, 630, 731, 927, 1016, 1017; Desmares, *Décisions*, nos 116 et 310; Papon, *Recueil d'arrêts notables*, livre VIII, titre 4, n° 4.

2. Chartes du Hainaut, ch. 42, art. 4; cpr. art. 3. Varin, *loc. cit.*, p. 802. V. Masuer, § 5 et 32, *de possessorio*, t. X, n° 2, XI, n° 33; *Coutumes de Bourbonnais*, art. 95; *Laon*, réformée, art. 134; *Reims*, art. 187; *Châlons*, 128; *Sedan*, 263; *Meaux*,

166. — Enfin, venait le plaid sur la propriété, qui exigeait 10 ou 20 ans avec juste titre, ou 30, suivant les pays et les temps. Il était toujours introduit par écrit (Varin, *Arch. leg.*, I, p. 804).

On pouvait donc sur une même instance greffer quatre procès. L'on essaya même d'aller jusqu'à six. Le pouvoir central s'opposa à cette débauche de procédure (1).

Il introduisit la règle que « *cas sur cas n'a point de lieu; mais faut se pouvoir par opposition* » (2), et il fut défendu de greffer un procès possessoire sur un procès possessoire.

L'on comprend la théorie établie par les jurisconsultes romanisants. Ils avaient construit une échelle des possessions. La réintégrande, de personnelle, était devenue réelle, et s'appliquait à la simple détention, c'est-à-dire à une possession de caractère juridique indéfinissable : une *momentaria possessio*. Cette possession pouvait, jointe à certains caractères et prolongée un certain temps, donner droit à la complainte d'abord, à la simple

218. Cp. Bouteiller, *Somme rural*, livre I, ch. 31 ; *Coutume de Paris*, art. 98, et de *Valois*, art. 118, qui la restreignent aux rentes et aux servitudes. Sur cette action les auteurs sont divisés : Alauzet, p. 106, 144 ; Renaud, p. 383 ; Klimrath, II, 356, 368 ; Bourcart, p. 186 et ss. ; De Parieu, p. 144 et ss., 193 ; Heusler, p. 402 ; Benesch, p. 393 ; Glasson, VII, p. 307 et ss.

1. V. ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, art. 59, qui défendit de faire de la recreance une instance séparée. Pour la Flandre, Ord. supr. de la cour de Brab., art. 440 ; cpr. Bugnyon, *tractatus de leg. abrog.*, II, XLV.

2. Loysel, § 769. Imbert *Practica*, lib. I, ch. II, p. 90. Papon, *Notaires*, lib. VIII (tome II, p. 584).

saisine ensuite, enfin à la revendication. Cette construction d'école ne dura pas. La jurisprudence restitua rapidement à la réintégrande son caractère personnel et sa véritable portée. Toutefois les anciens errements ont laissé de nombreuses traces dans les idées courantes, et ce sont eux qui ont contribué à rendre la théorie de la possession si confuse que, jusqu'aux temps actuels, on s'est obstiné à conserver la réintégrande parmi les actions possessoires.

Cependant, il serait injuste de pousser trop loin le procès des jurisconsultes romanistes du xv^e et du xvi^e siècle. Il y avait une idée vraie au fond de leurs constructions compliquées. Nous verrons dans le chapitre suivant, en examinant de plus près ce procès de la *momentaria possessio*, et en le comparant avec le procès des interdits romains, que ce n'était pas là simplement un jeu de jurisconsultes désireux de trouver des analogies avec le droit romain, mais une notion commandée par l'époque, par le nouveau concept de la propriété.

Ce que nous avons dit suffit pour éclaircir le véritable caractère de la réintégrande au moment de l'apparition de la complainte, et pour permettre d'attribuer à cette réintégrande les rares caractères que la nouvelle saisine présentait comme différents de ceux de l'ancienne. L'on remarquera que, pour étudier complètement et dans les moindres détails la complainte et sa saisine, il nous a suffi d'étudier deux actions d'aspect et de principe si distincts qu'il semblerait impossible de les rejoindre : l'ancienne saisine réelle et la réintégrande personnelle.

La complainte n'offre rien qui ne soit dans l'une ou l'autre de ces deux actions. Ce n'est donc pas une création originale, mais le produit historique de notions juridiques divergentes. Elle porte réunies en elle les empreintes de deux époques de la propriété.

Nous éclaircirons ce point plus loin. Pour le moment, retirant de ce chapitre les conclusions qu'il renferme, nous disons que : *a)* les rares différences que la nouvelle saisine présente avec l'ancienne se rattachent au concept nouvellement en vigueur de l'ordre public ; *b)* que ces caractères divergents se rencontraient, avant la création de la complainte, dans la réintégrande ; *c)* qu'ils ont été introduits dans l'ancienne saisine par la réintégrande ; *d)* que cette réintégrande est restée ensuite attachée à la nouvelle saisine comme une sorte de préalable possessoire. Ces constatations sont décisives, et nous permettent de vérifier entièrement notre thèse, que l'action possessoire n'est que l'ancienne action pétitoire visant l'extériorité de la propriété : action rapide conservée en faveur du nouveau concept de l'ordre public.

CHAPITRE X

CONCLUSIONS

167. La forme de l'ancienne saisine est conservée dans le procès possessoire actuel. — 168. Le principe est nouveau. — 169. Notre thèse est encore prouvée par les mouvements divergents de l'action, oscillant entre l'action pénale et l'action réelle, et par l'attitude du pouvoir central en face de la réintégrande et de la complainte. — 170. Evolution de la propriété analogue à celle de la saisine en droit comparé. Chaque forme successive de la propriété en Grèce a laissé persister une action. — 171. Même chose à Rome. Le procès possessoire correspond aussi dans ce dernier pays à une nouvelle conception de la propriété et à l'accroissement du pouvoir central. — 172. Motif de la protection du possesseur différent en droit coutumier et en droit nouveau. — 173. Quelques observations pratiques sur la saisine actuelle, la séparation du possessoire et du pétitoire, le délai limitatif actuel dans la complainte, la bonne foi et le juste titre. — 174. Conclusions.

167. — Notre travail est donc terminé, et si nous sommes persuadé qu'il est facile de le parfaire dans ses parties, nous pensons qu'il est suffisamment établi dans ses conclusions générales. La possession protégée par la complainte dérive de l'ancienne saisine, dont elle a conservé tout le caractère apparent, toutes les manifestations plastiques.

C'est donc dans l'ancienne saisine qu'il faut chercher l'explication de la possession d'une façon générale, et l'on est récompensé de la tentative lorsqu'on retrouve dans ces vieilles conceptions l'explication vivante des

bizarreries que présente la théorie de la possession à qui ne cherche point les origines.

Si la saisine de la complainte consiste dans l'exercice d'un droit, indépendamment de ce droit, c'est qu'à un moment on ne concevait pas le droit en dehors de son exercice.

Si son objet est la jouissance, c'est qu'à un moment donné, c'était le véritable objet de la propriété. On peut dire que, sauf pour le spéculateur et le négociant, ceci est toujours resté. Domat remarque très justement :

Comme l'usage de la propriété est d'avoir une chose pour en jouir et en disposer, et que ce n'est que par la possession qu'on peut exercer ce droit, la possession est naturellement liée à la propriété, et n'en doit pas être séparée.

Si cette saisine est transférée par les mêmes modes que le droit, c'est que le droit, étant plastique, se transmettait par le transfert de son exercice. Nous avons souligné dans les cérémonies du transfert l'importance attachée à la plasticité de l'exercice du droit.

Si la saisine se perd par une contradiction de droit ou de fait prolongée; c'est qu'on ne conçoit point la persistance d'un droit sans son exercice. Oui, la possession est restée l'extériorisation de la propriété, et a conservé la forme d'une propriété conçue d'une façon matérielle. C'est, nous l'avons dit au début de ce travail, le reste vivant des vieilles conceptions de la propriété concrète.

La saisine était donc bien à l'origine, comme nous le disions, LA FORME UNIQUE DU DROIT RÉEL, caractère poussé si loin qu'il prit une acception formaliste, et que l'on vit

par la suite fonctionner la vêtue comme moyen de faire des droits réels.

Les notions d'Heusler et d'Albrecht se sont réconciliées sous cet aspect général qui les englobait toutes les deux.

Bien plus, en reliant le plus fortement que nous l'avons pu la saisine au concept du droit objectif, nous avons vu tout à coup apparaître en elle tous les éléments apparents du possessoire. Ce point que M. Huber avait laissé dans l'ombre a fait l'objet direct de tout notre travail, et nous espérons l'avoir mis en lumière.

168. — Il nous faudrait pour présenter notre sujet dans toute son extension faire ressortir dans l'unité plastique de l'ancienne vêtue toute la complexité du droit futur et montrer avec plus de détails que nous ne l'avons fait combien de choses contribuèrent à faire éva-der peu à peu le droit réel de sa forme plastique : le jeu différent du *corpus* et de l'*animus* ; leurs moyens de constatation en partie dissemblables ; la durée variable de l'*animus* ; les délais plus longs des prescriptions ; la décadence des formalités externes et plastiques et leur remplacement par de nouvelles formalités ; l'éclosion de nouvelles notions plus difficilement vérifiables, comme la bonne foi, destinées à remplacer par une publicité confiée à la partie elle-même la publicité que la loi ne donnait plus d'une façon satisfaisante (1) ; le changement de l'ancien juge

1. Il est curieux de remarquer que la bonne foi double le juste titre, et apparaît dans l'histoire quand la publicité de fait du premier n'est plus suffisante. En outre, il est bon de souligner ce fait que la prime donnée à la bonne foi est l'acquisition du fruit, c'est dire que l'exercice apparent, manifeste, en

populaire ami des cérémonies et des symboles, et son remplacement par un nouveau juge plus rompu aux idées abstraites ; le nouveau concept du droit émanant d'une autorité invisible ; les transformations sociales et économiques, les absences, les guerres, les voyages, qui faisaient que les prescriptions ne courant plus contre tous ne donnaient plus qu'un effet relatif et incertain ; le commerce, et son objet invisible, la valeur. Un nouveau procès s'éleva qui eut pour base la propriété individuelle : l'*eigenthum*. La nouvelle propriété, dont la marque caractéristique est pour M. Van Bemmelen « d'être partageable » : nous dirions plus volontiers « d'être échangeable ».

un mot de bonne foi, d'un droit est récompensé par l'attribution du fruit du bien. Toutes ces notions se lient. La connaissance de la perception du fruit du bien par un tiers fera connaître au véritable propriétaire la prétention élevée sur son bien. Plus la perception sera manifeste, plus vite il sera averti. L'attribution des fruits à celui qui perçoit de bonne foi est donc faite dans l'intérêt du véritable propriétaire. La bonne foi exigée est une bonne foi objective. En France la notion de bonne foi subjective du droit canonique ne paraît guère s'être répandue qu'au xvi^e siècle. Voir Chassanous sur la *Coutume de Bourgogne*, titre XIII, art. 8 ; Jean Segond sur la *Coutume de Tours*, titre XVIII, art. 4 ; Rebuffe, *Tractatus de litteris obligationis*, art. 1^{or}, IX, n^o 26, cités par notre savant maître M. Esmein, Cours de l'École des hautes études, 1896-97. Les allusions à la bonne foi faites auparavant sont des emprunts au droit romain : Beaumanoir, ch. XX ; Bouteiller, livre I, ch. XX, XLVII. Dans les pays où les formalités anciennes de publicité subsistèrent, la bonne foi ne s'introduisit pas : *Très ancien coutumier de Bretagne* (édit. Planiol), ch. 258, pp. 248, 250. D'Argentré le soulignera plus tard dans sa note sur l'article 271 : « nos qui bonæ fidei necessitatem excludimus ». C'est conforme à l'idée que nous avons donnée de la bonne foi.

Tous ces points nous n'avons pu que les indiquer en passant. Une étude plus approfondie aurait grossi trop démesurément notre exposé.

L'ancienne forme de la propriété fut toutefois conservée parce qu'elle était commode et facile à vérifier par des hommes de peu de culture, et que l'intérêt social veut que la charrue ne reste point inactive, que les discordes soient provisoirement apaisées et que la police règne.

L'ancienne forme fut donc maintenue. Mais le principe changea. Le fondement de la nouvelle protection de la saisine fut la paix publique.

169. — Cette dualité de l'action possessoire est particulièrement visible, non seulement dans son contenu interne, mais aussi dans son histoire, dont elle nous explique les mouvements internes divergents et en apparence contradictoires.

Nous avons déjà remarqué que l'ancienne réintégrande, après avoir eu un caractère personnel et pénal très accentué, et même avoir paru un moment le communiquer à la plainte, avait fini par être au contraire attachée à celle-ci, et par jouer un simple rôle d'action réelle préalable.

A ce propos, soulignons aussi la double attitude de la royauté vis-à-vis de notre action. Comme loi de paix, comme cas royal, c'est entre ses mains une arme terrible. Avec l'action possessoire, la royauté envahit les juridictions laïques et ecclésiastiques, et arrive peu à peu à entourer, à arracher des mains des seigneurs le plaid de

propriété. A ce point de vue, elle encourage particulièrement l'action possessoire.

Et d'un autre côté, elle la combat. Elle déplore les lenteurs, les abus que l'on en fait. C'est qu'une partie de la complainte lui échappe et sert à d'autres usages qu'à étendre la sphère d'influence royale.

Elle est devenue, nous devrions presque dire restée l'action favorite des praticiens, la vieille action destinée à la propriété agricole, à la propriété-jouissance.

C'est ce qui nous explique la ténacité avec laquelle elle fut conservée par les mœurs.

Dans les Olim, nous voyons les actions possessoires occuper les deux tiers des causes. Ce n'est certainement pas l'intérêt de l'ordre public qui multipliait les actions possessoires à ce point en France; ni en Angleterre, où les registres de plaidoyers des règnes de Richard et de Jean sont couverts d'ordonnances de nouvelles dessaisines, dont la plupart sont introduites par des personnes de très humble condition et pour de très petites parcelles de sol (1).

Si ce n'est pas l'intérêt public : qu'est-ce donc ? Les théories qui ne voient dans le possessoire qu'une formation émanée des pouvoirs souverains ne peuvent répondre. Notre opinion résout facilement la question : en effet cette immense extension de l'action de complainte se comprend quand on admet que le procès possessoire dérive de l'ancien procès. Il en a gardé la plas-

1. Pollock et Maitland, II, p. 47.

ticité, la forme simple, le moyen de preuve apparent. Le mouvement juridique ancien continue en lui. On n'y voit toujours qu'un procès de propriété plus facile. On l'emploie avec prédilection, comme nous le montre Johann. Faber dans ses *Institutes* :

« *Hæc materia (interdit possessoire) est tota practica, maxime in curia Franciæ, ubi quasi omnes causæ sunt in casu novitatis, quod est fere uti possidetis.* »

Chose curieuse, la royauté, qui se sert si volontiers de l'action possessoire pour étendre sa compétence, semble la craindre dès qu'elle n'y voit plus qu'un moyen de procédure usitée par les parties. Elle recommande de ne pas trop en user.

En 1428 (1), les députés du Languedoc, réunis à Chinon, demandent qu'on leur permette d'user des cas de nouvelleté :

Item, que pour les abus et évidens injustices qui se font, que dores en avant au dit pays se donnent lettres de cas de nouvelleté, mais les ordinaires les octroyent selon la loi de l'instatut de querelle.

Le roi écrit en marge de cette demande :

« *Le roi veult que on en use raisonnablement ainsi qu'on a accoustumé.* »

Il est vrai que les praticiens, à ces époques puissantes de la Renaissance, s'enivraient de procédure. Ce fut

1. V. les cahiers de doléances des députés du Languedoc, publiés par le marquis de Beaucourt, dans les doc. publiés par la soc. de l'hist. de France à l'occas. du 50^e annivers. de sa fond., Paris, 1884, p. 254.

l'âge héroïque de la chicane. On en arrivait à soulever, à propos des questions de saisine, toutes les exceptions de propriété (1). Aussi, le roi ne cesse-t-il de recommander aux officiers de justice de revenir à l'ancien style et aux règles traditionnelles, et Philippe VI, dans son ordonnance de 1347, s'écrie comme épouvanté par cette débauche de procédure :

« *Lites maxime breves efficiuntur immortales.* »

Il y a donc, dans l'attitude de la royauté vis-à-vis du possessoire, une opposition correspondant à la dualité de celui-ci. La royauté encourage le moyen policier, la réintégrande, et en même temps la complainte, en tant qu'elle l'aide sous couleur de paix à étendre sa compétence. Elle la combat au contraire comme moyen de chicane entravant la formation du nouveau procès pétitoire, et accroissant la complication de la procédure. La pratique, au contraire, tend à supprimer la réintégrande comme moyen d'intérêt public, et à l'absorber dans la complainte comme phase de procédure. En même temps, elle tend à expulser de la complainte l'élément d'intérêt public qui en formait le nouveau principe, et qui justifiait son allure pénale, pour rendre au procès son caractère réel ancien. Il y a là une période d'élaboration extrêmement curieuse. Elle nous explique les transformations que subit l'action, et la dualité qui est restée en elle malgré tous les efforts des praticiens pour l'unifier. Cet effort incessant, ce travail sourd et continu de la pratique devait forcément

1. Tardif, *loc. cit.*, p. 41.

aboutir. La royauté, devenue une puissance incontestée, se désintéressa de l'ancien cas royal. Le principe d'ordre public qui se trouve au centre de l'action possessoire fut de moins en moins mis en lumière. On en arriva à ne voir dans l'action possessoire qu'une action de renfort, un ouvrage avancé de la propriété, une première barrière inventée par la loi pour arrêter l'attaque portée au tout puissant propriétaire. L'origine historique de la complainte et de la forme de propriété qu'elle défend furent voilées par les nouvelles théories.

170. Cette tendance de la pratique à faire rentrer la réintégrande dans l'échelle des possessions, comme possession momentanée, amena la théorie de la détention. La détention, pour nous, est donc une invention récente. Non seulement nous ne la voyons naître qu'avec l'accapement de la réintégrande personnelle ; mais encore nous pouvons dire que c'est là une notion qui ne pouvait exister qu'à une époque avancée du droit. La loi cessa d'être considérée comme coutume : on tendit à la concevoir comme émanant d'une autorité supérieure. On ne chercha plus si tel ou tel fait avait vécu, s'il avait manifesté qu'il était conforme à l'ordre social. Une conception nouvelle du droit surgit : le fait, ne servant plus de moyen empirique de constatation du droit, fut opposé au droit, et la détention à la propriété. Le fait n'est plus coloré de la même manière. On lui interdit de produire aucun effet juridique sans l'intervention ou l'examen du pouvoir central.

Ainsi, entre la nouvelle notion de propriété et la nouvelle notion de détention, l'ancienne saisine reste en quelque sorte en suspens. On la justifie par l'idée de paix publique ; on la pratique au contraire dans l'intérêt privé. Elle devient une revendication rapide fondée sur l'intérêt social. Le mouvement successif du droit nous l'explique et la fait comprendre : elle est bien, comme nous l'avons dit, la forme de l'ancienne saisine enveloppant un nouveau principe.

Evolution analogue en droit comparé.

171. — C'est ce que nous avons voulu faire ressortir dans notre étude. Aux preuves que nous avons données, nous croyons que le droit comparé en ajouterait de nombreuses.

Par exemple, il serait curieux, à notre point de vue, de reprendre les trois actions qu'offre le droit grec. Il nous montre une *δικη καρπού ου ενοικίου* par laquelle on revendique le fruit du bien. Puis une autre action, la *δικη ουσιας*, qui ressemble singulièrement à notre saisine. L'*ουσια*, dit M. Beauchet (1), comprend « plutôt les éléments du patrimoine considéré au point de vue économique (*ουσια φανερά, ουσια αφανης*) que le droit réel exercé sur les biens dont il se compose. » Nous dirions, quant à nous, que l'*ουσια* comprend la jouissance utile et durable du bien, par opposition au *καρπος* qui n'exprime que la jouissance pas-

1. Beauchet, *Histoire du droit privé Athénien*, pp. 52, 53, 99.

sagère, le fruit; que l'ουσια, en un mot, provient d'une notion économique analogue à celle de notre saisine.

Enfin viennent, après ces deux actions, les *αμφιβητησεις* (1), qui sont, nous dit M. Beauchet, de véritables actions *in rem*.

Comment accorder toutes ces actions entre elles? Comment expliquer qu'on puisse les intenter l'une après l'autre? Les auteurs discutent fort. Nous croyons, quant à nous, qu'il y a là trois actions ayant correspondu aux trois états successifs de la propriété : le *fructus*, l'*usus*, l'*abusus* (ce dernier cependant ne fut jamais bien établi à Athènes). Ce qui nous confirmerait dans notre opinion, c'est que, d'une part, on peut intenter, après chacune de ces actions, la *δικη εξουλης* (2), ou action d'exécution correspondant à l'action *judicati* romaine et entraînant l'expulsion du défendeur et une amende envers le Trésor public : ceci nous semble décisif pour l'idée qu'il y a là d'anciennes actions en revendication superposées. D'autre part, dans les premières actions *καρπού* et *ενοικίου*, on revendique les fruits naturels et civils, c'est-à-dire ce qui forme l'objet économique des deux premières formes de propriété.

Enfin, les incertitudes régnant sur ces actions; les controverses engagées par les auteurs, les uns voyant dans les deux premières actions des actions possesso-

1. Beauchet, p. 300. Chose curieuse, des *αμφιβητησεις* exigent de chaque partie non pas la négation du droit de l'adversaire, mais l'affirmation d'un plus grand droit : d'où le nom de « procès de priorité ».

2. Cpr. Beauchet, tome III, p. 366.

res (1), d'autres des moyens successifs d'exécution (2) (ces derniers faisant remarquer toutefois que dans chacune de ces actions l'on affirme un droit propre), montrent que les explications différentes de la nôtre n'ont pas abouti. Il nous paraît qu'en suivant, dans ces trois actions, le résidu des trois formes de propriété correspondant aux trois grandes périodes économiques, formes conservées dans des buts différents, l'on arriverait à des explications plus satisfaisantes.

Quoi qu'il en soit, la notion de l'ουσια athénienne paraît bien correspondre à notre saisine, et les différents procès engagés peuvent facilement se comparer aux procès français.

172. — Nous croyons de même que, si l'on cherchait à pénétrer davantage la plus ancienne forme de propriété que nous fournit le droit romain, l'on serait étonné des nombreuses ressemblances que présente l'*usus* avec la saisine. Il nous est parlé de l'*usus* à propos de choses correspondant à nos biens réels, de choses *mancipi*. Le fonds, l'esclave, l'hérédité, la femme, sont l'objet de l'*usus*. Cet *usus* se perd, comme notre saisine, par un délai extinctif. Ce délai fut d'abord d'un an, croyons-nous, et à ce propos il convient de faire remarquer que Gaius ne fait courir le délai d'un an, dans le cas de transfert de la *manus* de la femme, qu'à partir du moment où elle est

1. Dareste, *Traité des lois de Théophraste*, p. 288; *Science du droit*, p. 311.

2. Beauchet, *loc. cit.*, p. 373.

nupta (Gaius, I, 111). La prescription serait donc extinctive et exigerait un acte de publicité, ce que nous semble impliquer le mot *nupta*.

Cet *usus*, cette jouissance, basée sur une *mancipatio* ou une *in jure cessio*, n'est-ce pas la sœur aînée de la saisine, et son évolution n'a-t-elle pas offert de nombreuses analogies avec l'évolution de cette dernière ? Nous le croyons, tout en désirant qu'un travail plus approfondi, fait en ce sens sur l'*usus* et la *possessio civilis* romaine, mette tous ces points dans une lumière suffisante.

Qu'il nous suffise de remarquer qu'à Rome, comme en Normandie et en France, l'apparition du possessoire est annoncée par les mêmes phénomènes caractéristiques :

1° Il se manifeste à l'époque de la disparition de la propriété familiale. « Après que la disparition du régime de propriété familiale, dit M. Cuq (1), eut fait place à la propriété individuelle, les mutations, l'éloignement, la culture par esclaves, l'accroissement des habitants de l'État, les achats éloignés, l'affluence des plaideurs rendirent difficile la preuve du droit de propriété. Il était à craindre que les prétendants à la possession ne fussent tentés de se faire justice à eux-mêmes. C'est sans doute en raison de ces circonstances que fut créé l'*uti possidetis*. Il parut nécessaire au préteur de protéger celui qui avait une possession non vicieuse à l'égard de son adversaire, sans attendre un débat sur la propriété entre les parties. »

2° A Rome, comme en Normandie et en France, l'action

1. Recherches sur la possession à Rome, N. R. H., p. 17

possessoire correspond à une augmentation du pouvoir central. C'est à la profonde révolution qui dut précéder la loi *Æbutia*, et qui amena la prédominance du préteur et de sa procédure formulaire, que nous paraît devoir être rattachée l'extension des interdits. Le caractère pénal très accentué des interdits se justifie par le caractère de mesures de police qui leur était donné.

3° Enfin, les oscillations de la doctrine sur le fondement des interdits romains s'expliquent par la dualité que l'on remarque en eux. Ils défendent bien d'un côté « l'extériorité de la propriété », comme le veut de Jhering, et de l'autre « l'intérêt public », comme le soutenait l'école opposée.

Nous avons différencié pour la France ces points : la forme de l'action appartient au droit ancien ; le principe au droit nouveau, prohibitif des violences.

Motif de la situation différente du défendeur en droit coutumier et en droit nouveau, au point de vue de la preuve.

173. — Il nous faudrait aller plus loin, et remarquer que le système de la répartition de la preuve fut modifié même dans le procès pétitoire. D'un côté l'on n'exigea plus du défendeur un serment pour lui laisser conserver le bien contesté. Sous ce rapport la possession nouvelle produisit un effet plus complet que l'ancienne saisine : et ce, moins peut-être par suite du changement qui aurait tendu à faire considérer la preuve comme une charge

et non comme un avantage (v. *suprà*, p. 338), que par suite d'une évolution générale de la propriété, plus favorable maintenant au propriétaire individuel.

D'un autre côté, des complications naquirent. Dans le cas où un procès possessoire était intenté, un examen spécial et plus approfondi de la possession avait lieu, examen dans lequel on considérait les qualités et la durée de la possession : le *quomodo* et le *quando*. Par contre, si le procès était directement engagé au pétitoire, le défendeur se trouvait délivré de la preuve par le seul jeu de la procédure, sans aucun autre examen. Dans ce dernier cas, la possession du défendeur, sans se confondre pourtant avec la détention, puisqu'elle implique de la part de celui qui l'invoque l'intention de conserver le bien, — l'*animus domini*, — présente néanmoins de notables différences avec la possession de la complainte. C'est pour cette dernière possession que l'on pourrait en quelque sorte ressusciter la théorie de la possession momentanée de Cujas.

La situation du défendeur est donc devenue plus facile depuis l'introduction de la nouvelle revendication.

Quelques observations pratiques.

174. — Nous n'insisterons pas sur le côté pratique de notre étude. Il nous suffit d'indiquer en passant les traces que l'ancienne saisine a laissées dans le droit actuel. C'est d'abord la notion de l'article 2228 : la possession est la

détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit. La jouissance *d'un droit*, la jouissance même de la chose, voilà le genre de possession correspondant au bien réel, à l'ancien immeuble.

Nous retrouvons aussi une saisine du défunt, transportée en dehors de toute appréhension de fait aux héritiers légitimes dans l'article 724, aux légataires universels dans l'article 1004, aux exécuteurs testamentaires dans l'article 1026 ; toutes ces saisines, comme celles que confère le tribunal aux successeurs irréguliers, sont des saisines idéales, des possessions de droit analogues à nos anciennes saisines et leur objet, ne correspond nullement à celui de la possession romaine. Nous voyons même au sujet de ces saisines que l'an et jour est maintenu. La saisine du légataire universel ne pourra durer « au delà de l'an et jour à compter du décès. » Il y a là un rappel des antiques préoccupations (1).

Mais c'est surtout dans les actions possessoires que se rencontrent les traces de la vieille façon de voir. Nous y retrouvons l'ancienne action réelle, la complainte, et l'ancienne action personnelle, la réintégrande. A ce propos, notre étude nous a montré combien avait raison la théorie qui refusait de voir dans la réintégrande une action possessoire. La réintégrande est essentiellement personnelle. Elle s'applique aux meubles comme à l'immeuble. Sa situation dans la construction générale du droit est donc toute spéciale. Elle se présente comme une sorte de ga-

1. Pour la conservation de l'an et jour, voir aussi l'article 65 C.C.

rantie générale donnée à tout citoyen qu'il ne sera pas molesté ni privé de ses biens sans jugement. La place de la réintégrande dans le droit serait donc intéressante à établir sous une rubrique particulière (1).

Quant à la complainte, c'est toujours l'action possessoire réelle. L'explication que nous en avons donnée permettrait peut-être d'en assouplir certaines parties. Ainsi l'an et jour acquisitif (ou plutôt limitatif) doit être envisagé surtout comme le délai de la perception du fruit du bien ou du droit : par conséquent l'on devrait accorder la complainte à une personne ayant perçu le fruit du bien sans contestation, quand elle aura pas possédé l'an et jour.

En outre, le caractère de continuité que l'on exige de la possession devrait, croyons-nous, s'estimer d'après la continuité des jouissances. Ce sont les jouissances continuées que l'on exige pour la manifestation d'un droit

1. Il nous est impossible d'énumérer ici les quantités de controverses élevées sur le véritable caractère de la réintégrande. Notre opinion est celle de la jurisprudence constante de la Cour de cassation soutenue par les arrêts les plus récents. Elle est adoptée dans les répertoires de M. Dalloz et de M. Fuzier-Hermann. Elle fut surtout nettement développée par Harriion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, p. 461 et ss.; combattue par Alauzel, p. 257; de Parieu, p. 161; Benech, *loc. cit.*, p. 381 et ss.; Curasson, *Traité de la compétence des juges de paix*, 4^e édition, 1879, t. II, p. 48 et ss. (les commentateurs de MM. Poux-Lagier et Pialat se séparent de Curasson sur ce point, v. p. 85 et ss.). Elle semble définitivement établie en fait. C'est elle qu'admettent à l'étranger les interprètes de la loi belge du 25 mai 1838; le Code de procédure de Genève, art. 261, et le Code hollandais, art. 609, donnent aussi cette signification à la réintégrande. Nous croyons avoir démontré qu'elle est conforme au point de vue historique.

durable. Le genre de bonne foi que l'on exigera donc pour le succès de l'action possessoire sera celle qui consiste à percevoir le fruit du bien, à en exercer la jouissance de la façon la plus manifeste.

Le côté le plus difficile de la théorie actuelle du possessoire est la distinction nette du possessoire et du pétitoire par rapport à l'*animus*. Le juge doit, dans certains cas, consulter le titre pour savoir si le possesseur possède en son nom propre. Cet examen, très facile tant que le titre était une vêtue proclamée publiquement, est devenu plus chanceux depuis que le titre est inapparent. L'examen du titre n'offre plus les mêmes facilités. Il risque même souvent d'amener dans le possessoire une question pétitoire. On en voit la preuve dans les nombreux arrêts des juges de paix cassés sur ce motif. Il faudrait que le juge de paix n'accordât dans le titre son attention qu'aux énonciations autrefois énoncées dans la proclamation : à savoir qu'un bien déterminé avait été transféré en propriété à une personne déterminée. Cela suffit. Le juge de paix n'a point à s'enquérir si l'aliénateur était vraiment propriétaire. Il est dans la situation d'une personne ayant entendu autrefois proclamer un droit sans contradiction. Vis-à-vis de lui le droit apparent est le véritable au point de vue possessoire.

Enfin l'on pourrait peut-être se demander, à propos du juste titre, si l'action possessoire intentée par une personne contre un prétendu propriétaire ne rendrait pas à sa possession vis-à-vis de ce même propriétaire le caractère de légalité lui manquant pour l'usucapion; si la Pu-

blicienne n'a pas de liens possibles avec l'action possessoire, et ne pourrait point trouver des éléments suffisants de succès dans une possessoire jadis heureusement intentée.

Nous ne faisons qu'indiquer ces points. Ils demanderaient des développements plus importants, et une étude plus complète de la propriété actuelle, ce que nous ne pouvons faire ici. Il nous suffit d'avoir fait remarquer combien le caractère de la complainte était conforme à l'état de la propriété agricole, et devait être étudié au moment de la pleine floraison de celle-ci, c'est-à-dire dans notre ancien droit.

175. — Nous terminons ce trop long travail. L'origine des actions possessoires, que nous avons cherchée à nous expliquer, nous a paru résulter du passage de l'ancienne propriété agricole et utile à la propriété nouvelle et commerciale, passage correspondant à une augmentation des relations et par conséquent à un développement du pouvoir central.

La dualité de l'action possessoire nous est apparue manifeste. Tous ses éléments apparents et plastiques appartiennent à l'ancienne action : nous l'avons vérifié dans les moindres détails, et nous avons pu dire que la possession, protégée par la complainte, présentait la forme de l'ancienne saisine, de l'ancienne propriété agricole fidèlement conservée. Par contre, son principe, l'ordre social, est entièrement nouveau. On protège dans un intérêt pu-

blic une forme de propriété qui l'était jadis dans un intérêt privé. C'est l'explication de toutes les difficultés du possessoire et des controverses sans nombre suscitées à son sujet.

VU :

Le professeur, président de la thèse,

A. ESMEIN.

VU :

Le Doyen de la Faculté,

GARSONNET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Université de Paris,

GRÉARD.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	
Difficultés de la matière possessoire	1
Nécessité d'une étude de la saisine.	2
Pays où s'est le plus développée la saisine.	2
Epoque de ce développement	3
Ordre et méthode adoptés	4
Intérêt historique, théorique et pratique de notre étude	5
CHAPITRE PREMIER	
PARTIE TECHNIQUE	
Correspondance des mots saisine, investiture, gewere, tenure.	7
Ils signifient également : a) La détention ; b) La possession juridique et l'envoi en possession ; c) Les profits perçus pour l'ensaisinement	8
Opinion des auteurs	14
Etymologie des mots saisine, vêtüre, gewere, tenure.	15
Localisation de ces différents mots.	21
CHAPITRE II	
QUELQUES OPINIONS SUR LA SAISINE	
Ecole des Feudistes. — La saisine, signe d'asservissement de la propriété	27
Ecole d'Albrecht. — La saisine, fondement des droits réels.	30
Ecole d'Heusler. — La saisine tantôt simple expression de la possession juridique, tantôt objet d'une protection spéciale	37
Nouvelles théories.	42
Point de départ nécessaire : le droit objectif	46
Notre plan.	52

CHAPITRE III

NATURE DE LA SAISINE

Section I

Nature de la saisine.	53
Objet de la saisine. Le corpus. Indécision de la doctrine. .	54
Inexistence de la distinction des meubles et des immeubles à l'époque franke et dans le haut moyen âge. Notions primitives du bien marqué ou non, familial ou non. No- tion subséquente du bien réel ou personnel.	57
Division des biens réels et personnels révélée : a) Par les les différents modes de transfert.	61
b) Par les suites différentes de l'engagement volontaire ou délictuel.	66
c) Par l'action.	69
d) Par la terminologie	80
Importance de cette distinction pour la limitation de l'action possessoire.	85

Section II

Critère économique de la saisine.	89
La jouissance.	89
Cette notion ne correspond pas au caractère que nous avons reconnu au meuble ou catel, mais à celui du bien réel	91
Fausse opinions des auteurs sur l'immeuble et sur le fief. .	95
Conséquence de la notion précédente au point de vue de la saisine et de l'action possessoire.	98
Elle fixe l'époque spéciale où remontera l'examen posses- soire	101
Introduction des notions romaines.	102
La jouissance devient l'objet du possessoire	104
Obscurcissement de cette idée.	107
Correspondance de l'idée juridique et de l'idée économique du bien réel dans la limitation de l'action possessoire .	108

CHAPITRE IV

L'ANIMUS DE LA SAISINE

Conditions de l'animus	111
Exception au principe pour le fermier libre, le mandataire et l'administrateur ; motif	114
Question des multiples saisines	119

<i>Unité de la saisine sur un même objet sauvegardée.</i> 1° Par l'organisation des différents cycles de juridiction	121
Juridiction justicière et juridiction cottière ou censuelle.	124
Origine et disparition de celle-ci. Réfutation de l'opinion de Secrétan	128
Généralité du droit justicier; sa différence avec le droit féodal	134
Droit féodal et son extension en France.	137
2° Par la division du domaine en deux parties opérées dans l'intérieur de chaque cycle à la fin du moyen âge	142
3° Par la notion spéciale de la propriété conçue comme <i>usus</i> , pour la période précédente.	145
C'est la durée de l' <i>animus</i> qui est le principe de la différenciation des droits réels. Différence que présente la saisine conçue comme <i>usus</i> , avec la propriété classique romaine.	146
Mécanisme du transfert de la saisine à temps ou sous condition.	150
Quelques applications du principe: saisines du créancier gagiste, du baillistre, du mari, de la douairière, du tenant à longue durée.	152
4° Par le mouvement des juridictions et des fractions du domaine vers l'unité de propriété qui, dans la période postérieure, conserve l'unité de possession sur un même bien	160
Résumé. Importance de la distinction du caractère fixe du corpus et mobile de l' <i>animus</i> pour la compréhension de la formation du concept possessoire	165

CHAPITRE V

TRANSFERT DE LA SAISINE. — FORMES ET PRIX DU TRANSFERT

Intérêt de l'étude du transfert	165
Éléments du transfert: la tradition, la <i>vestitura</i>	168
Lieu du transfert. Preuves du transfert opéré sur le lieu.	170
Moyens employés pour obtenir la publicité du transfert.	175
Origine de l'investiture symbolique. Réfutation de l'opinion d'Heusler	178
Résultat de l'opinion de Brünner	181
Véritables motifs de l'investiture symbolique, besoin de publicité, facilités offertes par les bans	184
Influence de la publicité sur les formalités mêmes du transfert	187
Description de ces formalités et leur sens.	189

Leur transformation.	192
Persistance de l'investiture réelle dans le midi et le droit des fiefs	193
Prédominance de l'investiture symbolique dans le nord ; réfutation de l'opinion d'Heusler sur la saisine de fait. .	193
Motifs.	197
Fausse opinion de Klimrath sur la saisine de droit. . . .	201
Explication des formalités admises à ce sujet dans certains pays.	202
Résultat de cette étude des formes.	204
Le prix de la saisine, distinction des <i>ventæ</i> et des <i>saysinæ</i> . (<i>Suite</i>)	206 209

CHAPITRE VI

EFFETS DE L'ENSAISEINEMENT

Opinion d'Heusler et de Laband.	219
Cas d'une aliénation non suivie d'investiture.	222
Cas d'une aliénation faite à deux acquéreurs successifs. .	224
Cas d'une donation non suivie d'investiture	228
Véritable effet de l'ensaisinement	232
Le jus ad rem	236
Le jus in re	242
Quid de la saisine héréditaire ?	245
Le droit est transporté sous la saisine	246
Autres effets du transfert du droit : le droit aux fruits. .	246
La légitime défense, la situation du défendeur au procès. .	248
Point de départ de l'an et jour de prescription et de garantie.	249
Autres effets	250
Véritable rôle de l'investiture ; quid des autres modes d'ac- quérir : l'occupation, la prescription, le jugement ? . .	252
Y a-t-il un véritable transfert par la saisine héréditaire ? .	256
La vêtture est l'unique mode de transfert.	262
Universalité de l'emploi de la vêtture.	262
La vêtture mode de transfert du bien réel d'abord, ensuite mode de réalisation du bien.	267
Importance de ces constatations pour la théorie de la sai- sine. La vêtture est la seule forme par laquelle puisse se transférer la saisine	274

CHAPITRE VII

PROTECTION DE LA SAISINE

Préambule.	279
Plan du chapitre.	281

Évolution de l'importance des preuves dans la revendication	281
La première menée de traces et la marque.	283
L'intertitio et la reconnaissance de l'objet.	287
Dédoublément de l'enquête. Importance de la « vue et montrée » pour la possessoire.	295
Caractère réel de l'intertitio. Réfutation des doctrines opposées.	298
Caractère réel de la revendication subséquente	304
Preuves invoquées par les parties : garantie, succession, prescription.	310
Présentation d'une charte	319
Serment et duel judiciaire	326
La saisine n'est pas le fondement des droits réels	329
Rôle de la saisine dans la preuve	333
Inexistence d'un procès possessoire à l'époque franke et dans le haut moyen âge	338
a) Dans le cas d'expulsion.	339
b) Dans le cas de possession douteuse.	343
c) Dans le cas de bornage	348
Véritable fonction de la saisine dans le procès. Elle est la forme du droit.	353
On ne peut invoquer une saisine sans corpus.	355
On ne peut invoquer une saisine sans animus	356
Résultats de cette apparence concrète du droit sur la présentation de celui-ci.	357
Évolution vers le droit abstrait et nouvelle formule	365
Conservation de l'ancienne conception dans le procès possessoire	367
Conclusion	368

CHAPITRE VIII

EXTINCTION DE LA SAISINE. — RÔLE DE L'AN ET JOUR

Nécessité d'une prescription aux époques primitives	370
La prescription de trois jours. Plan	372
La prescription annale, son existence à l'époque franke.	376
Preuves	377
Lutte de l'ancienne prescription et des nouveaux délais.	381
Persistance de la prescription annale à côté des prescriptions romaines prouvée : a) par la transformation subie par celles-ci	383
b) Par les textes,	383
c) Par la persistance et la généralité de l'usage des trois	

bannies correspondant aux trois grandes fêtes de l'année.	387
Traces de l'an et jour dans les bannies de mariage.	390
Prescription annale aux x ^e et xi ^e siècles.	393
Prescription annale aux xii ^e et xiii ^e siècles	395
Nature de la prescription d'an et jour. Caractère foncièrément extinctif.	399
Fondement de la prescription d'an et jour : la publicité de la possession de fait, de la vêtue ou des bannies	409
Conditions de la prescription	410
Durée du délai de la prescription	419
Effets de la prescription d'an et jour. Inutilité de la présentation d'un garant, et recours au simple serment.	421
Conservation de la dispense du garant dans le procès possessoire	424
Persistance de l'ancien an et jour, fondé sur une publicité légale, après l'introduction du procès possessoire	425
L'an et jour possessoire acquisitif ; son double effet : a) il rend à la saisine son caractère légal ; b) il donne l'action possessoire	428
Exclusion du premier effet. Extension des délais dans l'action de simple saisine.	430
Maintien du second effet.	435
L'an et jour possessoire extinctif ; sa filiation avec l'ancien an et jour	435
Impossibilité de rejoindre ces deux délais qui dérivent d'une idée différente : l'un a trait au délai de perception économique des fruits du bien réel, l'autre à la contradiction éprouvée par le droit	437
Conclusion.	439

CHAPITRE IX

INTRODUCTION DU PROCÈS POSSESSOIRE

Résumé du système de l'ancienne saisine : Plan des deux chapitres qui vont suivre.	442
Analogies de la saisine de l'ancien procès et de la nouvelle saisine du nouveau procès ou plainte	444
Différences entre ces deux saisines. Elles tiennent à un nouvel état économique et social.	451
Nouvelles conceptions de la paix publique et du pouvoir central	453
La règle « <i>spoliatus ante omnia restituendus</i> » et son extension en France.	454
Ses effets sur la saisine : a) au point de vue de la règle que	

la saisine n'est pas perdue par l'expulsion	459
b) Au point de vue de la répression de la violence.	460
Preuves du caractère de mesures de police attaché à la répression des premières dessaisines : amende de soixante solides ; procédure de l'enquête.	461
Facilités qu'offrait cette procédure d'enquête pour le développement du possessoire	462
Moyen employé pour arriver à la plainte.	464
La réintégrande personnelle et son effet sur la création de la plainte.	466
a) Son origine dans l'action spoli. Eclaircissement d'un passage de Beaumanoir	467
b) Son caractère pénal	470
c) Elle est accordée à tout individu même non possesseur contre toute personne	471
d) Au sujet de n'importe quel bien, meuble ou immeuble.	472
e) Caractère personnel de la réintégrande	474
f) En conséquence, pas de conditions dans la possession.	477
g) Maintien de l'an et jour extinctif	478
h) Effets de la réintégrande : elle ne donne pas la jouissance	479
i) Caractère sommaire et rapide de la procédure.	480
Distinction théorique de la réintégrande et de la plainte	482
Confusion intentionnelle faite par la Pratique des deux actions précédentes. La réintégrande est le moyen à l'aide duquel on arriva à séparer le possessoire du pétitoire.	483
Simon de Bucy rétablit le véritable caractère réel de la plainte	487
Séparation du possessoire et du pétitoire	488
Romanisation du procès, la réintégrande réelle. Essais tentés vers un interdit récupératoire	492
Procédure employée ; emploi cumulatif de la réintégrande, de la recréance et du séquestre	494
Le plein possessoire	499
La simple saisine	499
Le plaid de propriété. La momentaria possessio est la possession correspondant au nouveau concept de la propriété	500

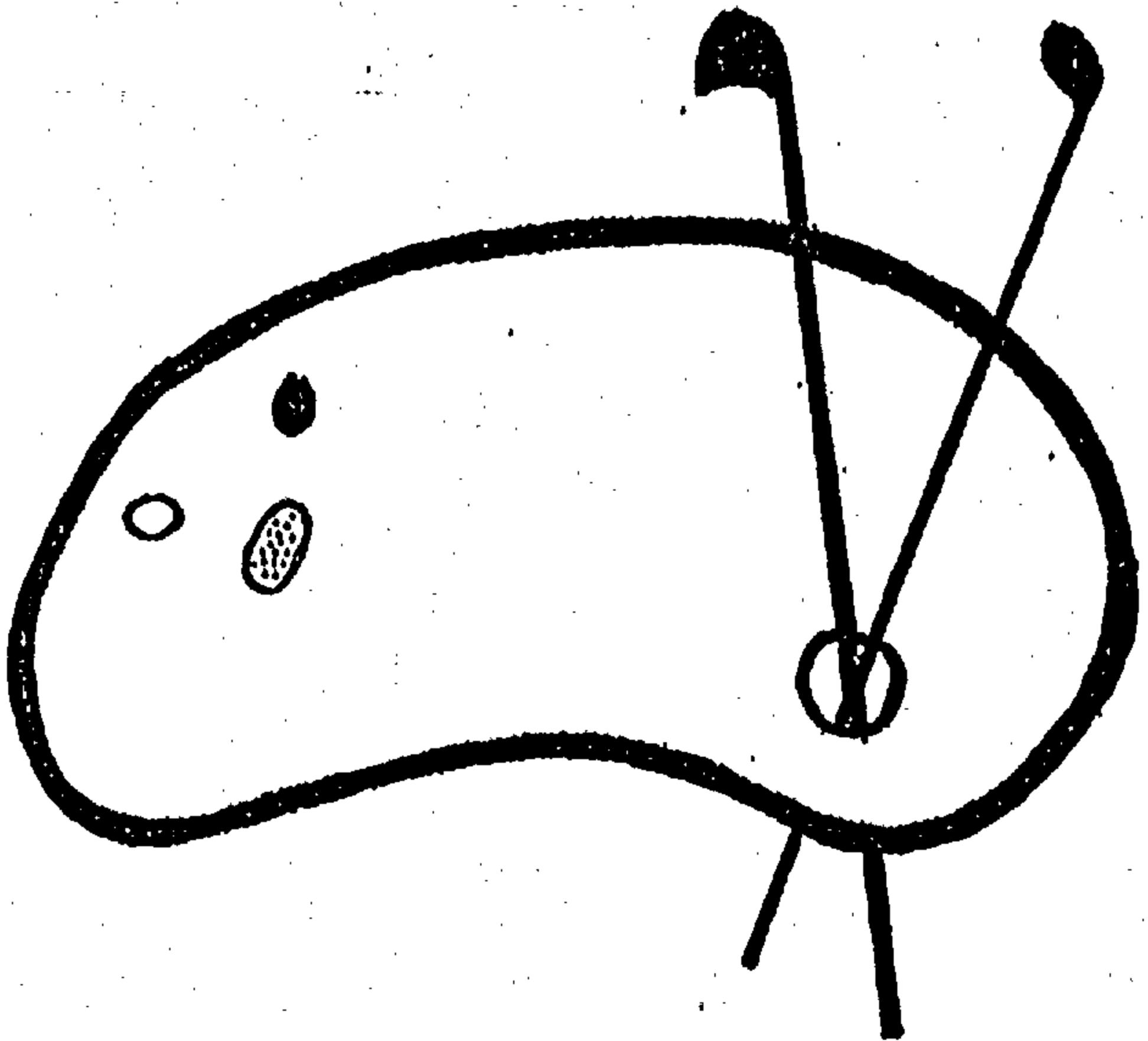
CHAPITRE X

CONCLUSIONS

La forme de l'ancienne saisine est conservée dans le procès possessoire actuel	503
Le principe est nouveau.	503

Notre thèse est encore prouvée par les mouvements divergents de l'action oscillant entre l'action pénale et l'action réelle et par la double attitude du pouvoir central en face de la réintégration et de la plainte.	507
Evolution de la propriété, analogue à celle de la saisine en droit comparé. En Grèce, chaque forme successive de la propriété a laissé persister une action.	511
Même chose à Rome. Le procès possessoire correspond à une nouvelle conception de la propriété et à l'augmentation du pouvoir central	512
Motif de la protection du possesseur différent en droit coutumier et en droit nouveau.	514
Quelques observations pratiques sur la saisine actuelle, la séparation du possessoire et du pétitoire, le délai limitatif actuel dans la plainte, la bonne foi et le juste titre	517
Conclusions générales	518





ORIGINAL EN COULEUR

N° Z 43-120-8

PREFACE

Difficultés de la matière possessoire
Nécessité d'une étude de la saisine
Pays où s'est le plus développée la saisine
Epoque de ce développement
Ordre et méthode adoptés
Intérêt historique, théorique et pratique de notre étude

CHAPITRE PREMIER PARTIE TECHNIQUE

Correspondance des mots saisine, investiture, gewere, tenure
Ils signifient également: a) La détention; b) La possession juridique et l'envoi en possession; c) Les profits perçus pour l'ensaisinement
Opinion des auteurs
Etymologie des mots saisine, vêtture, gewere, tenure
Localisation de ces différents mots

CHAPITRE II QUELQUES OPINIONS SUR LA SAISINE

Ecole des Feudistes. - La saisine, signe d'asservissement de la propriété
Ecole d'Albrecht. - La saisine, fondement des droits réels
Ecole d'Heusler. - La saisine tantôt simple expression de la possession juridique, tantôt objet d'une protection spéciale
Nouvelles théories
Point de départ nécessaire: le droit objectif
Notre plan

CHAPITRE III NATURE DE LA SAISINE

Section I

Nature de la saisine
Objet de la saisine. Le corpus. Indécision de la doctrine
Inexistence de la distinction des meubles et des immeubles à l'époque franke et dans le haut moyen âge. Notions primitives du bien marqué ou non, familial ou non. Notion subséquente du bien réel ou personnel
Division des biens réels et personnels révélée: a) Par les différents modes de transfert
Division des biens réels et personnels révélée: b) Par les suites différentes de l'engagement volontaire ou délictuel
Division des biens réels et personnels révélée: c) Par l'action
Division des biens réels et personnels révélée: d) Par la terminologie
Importance de cette distinction pour la limitation de l'action possessoire

Section II

Critère économique de la saisine
La jouissance
Cette notion ne correspond pas au caractère que nous avons reconnu au meuble ou catel, mais à celui du bien réel
Fausse opinion des auteurs sur l'immeuble et sur le fief
Conséquence de la notion précédente au point de vue de la saisine et de l'action possessoire
Elle fixe l'époque spéciale où remontera l'examen possessoire
Introduction des notions romaines
La jouissance devient l'objet du possessoire
Obscurcissement de cette idée
Correspondance de l'idée juridique et de l'idée économique du bien réel dans la limitation de l'action possessoire

CHAPITRE IV L'ANIMUS DE LA SAISINE

Conditions de l'animus
Exception au principe pour le fermier libre, le mandataire et l'administrateur; motif
Question des multiples saisines
Unité de la saisine sur un même objet sauvegardée. 1° Par l'organisation des différents cycles de juridiction
Juridiction justicière et juridiction cottière ou censuelle
Origine et disparition de celle-ci. Réfutation de l'opinion de Secrétan
Généralité du droit justicier; sa différence avec le droit féodal
Droit féodal et son extension en France
2° Par la division du domaine en deux parties opérées dans l'intérieur de chaque cycle à la fin du moyen âge
3° Par la notion spéciale de la propriété conçue comme usus, pour la période précédente
C'est la durée de l'animus qui est le principe de la différenciation des droits réels. Différence que présente la saisine conçue comme usus, avec la propriété classique romaine
Mécanisme du transfert de la saisine à temps ou sous condition
Quelques applications du principe: saisines du créancier gagiste, du baillistre, du mari, de la douairière, du tenant à longue durée
4° Par le mouvement des juridictions et des fractions du domaine vers l'unité de propriété qui, dans la période postérieure, conserve l'unité de possession sur un même bien
Résumé. Importance de la distinction du caractère fixe du corpus et mobile de l'animus pour la compréhension de la formation du concept possessoire

CHAPITRE V TRANSFERT DE LA SAISINE. - FORMES ET PRIX DU TRANSFERT

Intérêt de l'étude du transfert
Éléments du transfert: la tradition, la vestitura
Lieu du transfert. Preuves du transfert opéré sur le lieu
Moyens employés pour obtenir la publicité du transfert
Origine de l'investiture symbolique. Réfutation de l'opinion d'Heusler
Résultat de l'opinion de Brünner
Véritables motifs de l'investiture symbolique, besoin de publicité, facilités offertes par les bans
Influence de la publicité sur les formalités mêmes du transfert
Description de ces formalités et leur sens
Leur transformation
Persistance de l'investiture réelle dans le midi et le droit des fiefs
Prédominance de l'investiture symbolique dans le nord; réfutation de l'opinion d'Heusler sur la saisine de fait
Motifs
Fausse opinion de Klimrath sur la saisine de droit
Explication des formalités admises à ce sujet dans certains pays
Résultat de cette étude des formes
Le prix de la saisine, distinction des *ventoe* et des *saysinoe*
(Suite)

CHAPITRE VI EFFETS DE L'ENSAISEINEMENT

Opinion d'Heusler et de Laband
Cas d'une aliénation non suivie d'investiture
Cas d'une aliénation faite à deux acquéreurs successifs
Cas d'une donation non suivie d'investiture
Véritable effet de l'ensaisinement
Le jus ad rem
Le jus in re
Quid de la saisine héréditaire?
Le droit est transporté sous la saisine
Autres effets du transfert du droit: le droit aux fruits
La légitime défense, la situation du défendeur au procès
Point de départ de l'an et jour de prescription et de garantie
Autres effets
Véritable rôle de l'investiture; quid des autres modes d'acquérir: l'occupation, la prescription, le jugement?
Y a-t-il un véritable transfert par la saisine héréditaire?
La vêtture est l'unique mode de transfert
Universalité de l'emploi de la vêtture
La vêtture mode de transfert du bien réel d'abord, ensuite mode de réalisation du bien
Importance de ces constatations pour la théorie de la saisine. La vêtture est la seule forme par laquelle puisse se transférer la saisine

CHAPITRE VII PROTECTION DE LA SAISINE

Préambule
Plan du chapitre
Evolution de l'importance des preuves dans la revendication
La première menée de traces et la marque
L'intertiatio et la reconnaissance de l'objet
Dédoublement de l'enquête. Importance de la "vue et monstrée" pour la possessoire

Caractère réel de l'intertatio. Réfutation des doctrines opposées

Caractère réel de la revendication subséquente

Preuves invoquées par les parties: garantie, succession, prescription

Présentation d'une charte

Serment et duel judiciaire

La saisine n'est pas le fondement des droits réels

Rôle de la saisine dans la preuve

Inexistence d'un procès possessoire à l'époque franke et dans le haut moyen âge

a) Dans le cas d'expulsion

b) Dans le cas de possession douteuse

c) Dans le cas de bornage

Véritable fonction de la saisine dans le procès. Elle est la forme du droit

On ne peut invoquer une saisine sans corpus

On ne peut invoquer une saisine sans animus

Résultats de cette apparence concrète du droit sur la présentation de celui-ci.

Evolution vers le droit abstrait et nouvelle formule

Conservation de l'ancienne conception dans le procès possessoire

Conclusion

CHAPITRE VIII EXTINCTION DE LA SAISINE. - ROLE DE L'AN ET JOUR

Nécessité d'une prescription aux époques primitives

La prescription de trois jours. Plan

La prescription annale, son existence à l'époque franke

Preuves

Lutte de l'ancienne prescription et des nouveaux délais

Persistance de la prescription annale à côté des prescriptions romaines prouvée: a) par la transformation subie par celles-ci

Persistance de la prescription annale à côté des prescriptions romaines prouvée: b) Par les textes,

Persistance de la prescription annale à côté des prescriptions romaines prouvée: c) Par la persistance et la généralité de l'usage des trois bannies correspondant aux trois grandes fêtes de l'année

Traces de l'an et jour dans les bannies de mariage

Prescription annale aux X^e et XI^e siècles

Prescription annale aux XII^e et XIII^e siècles

Nature de la prescription d'an et jour. Caractère foncièrement extinctif

Fondement de la prescription d'an et jour: la publicité de la possession de fait, de la vêtue ou des bannies

Conditions de la prescription

Durée du délai de la prescription

Effets de la prescription d'an et jour. Inutilité de la présentation d'un garant, et recours au simple serment

Conservation de la dispense du garant dans le procès possessoire

Persistance de l'ancien an et jour, fondé sur une publicité légale, après l'introduction du procès possessoire

L'an et jour possessoire acquisitif; son double effet: a) Il rend à la saisine son caractère légal; b) il donne l'action possessoire

Exclusion du premier effet. Extension des délais dans l'action de simple saisine

Maintien du second effet

L'an et jour possessoire extinctif; sa filiation avec l'ancien an et jour

Impossibilité de rejoindre ces deux délais qui dérivent d'une idée différente: l'un a trait au délai de perception économique des fruits du bien réel, l'autre à la contradiction éprouvée par le droit

Conclusion

CHAPITRE IX INTRODUCTION DU PROCES POSSESSOIRE

Résumé du système de l'ancienne saisine: Plan des deux chapitres qui vont suivre

Analogies de la saisine de l'ancien procès et de la nouvelle saisine du nouveau procès ou plainte

Différences entre ces deux saisines. Elles tiennent à un nouvel état économique et social

Nouvelles conceptions de la paix publique et du pouvoir central

La règle "*spoliatus ante omnia restituendus*" et son extension en France

Ses effets sur la saisine: a) au point de vue de la règle que la saisine n'est pas perdue par l'expulsion

Ses effets sur la saisine: b) Au point de vue de la répression de la violence

Preuves du caractère de mesures de police attaché à la répression des premières dessaisines: amende de soixante solides; procédure de l'enquête

Facilités qu'offrait cette procédure d'enquête pour le développement du possessoire

Moyen employé pour arriver à la plainte

La réintégrande personnelle et son effet sur la création de la plainte

a) Son origine dans l'action spoli. Eclaircissement d'un passage de Beaumanoir

b) Son caractère pénal

c) Elle est accordée à tout individu même non possesseur contre toute personne

d) Au sujet de n'importe quel bien, meuble ou immeuble

e) Caractère personnel de la réintégrande

f) En conséquence, pas de conditions dans la possession

g) Maintien de l'an et jour extinctif

h) Effets de la réintégrande: elle ne donne pas la jouissance

i) Caractère sommaire et rapide de la procédure

Distinction théorique de la réintégrande et de la plainte

Confusion intentionnelle faite par la Pratique des deux actions précédentes. La réintégrande est le moyen à l'aide duquel on arriva à séparer le possessoire du pétitoire

Simon de Bucy rétablit le véritable caractère réel de la plainte

Séparation du possessoire et du pétitoire

Romanisation du procès, la réintégrande réelle. Essais tentés vers un interdit récupératoire

Procédure employée; emploi cumulatif de la réintégrande, de la recréance et du séquestre

Le plein possessoire

La simple saisine

Le plaid de propriété. La momentaria possessio est la possession correspondant au nouveau concept de la propriété

CHAPITRE X CONCLUSIONS

La forme de l'ancienne saisine est conservée dans le procès possessoire actuel

Le principe est nouveau

Notre thèse est encore prouvée par les mouvements divergents de l'action oscillant entre l'action pénale et l'action réelle et par la double attitude du pouvoir central en face de la réintégrande et de la plainte

Evolution de la propriété, analogue à celle de la saisine en droit comparé. En Grèce, chaque forme successive de la propriété a laissé persister une action

Même chose à Rome. Le procès possessoire correspond à une nouvelle conception de la propriété et à l'augmentation du pouvoir central

Motif de la protection du possesseur différent en droit coutumier et en droit nouveau

Quelques observations pratiques sur la saisine actuelle, la séparation du possessoire et du pétitoire, le délai limitatif actuel dans la plainte, la bonne foi et le juste titre

Conclusions générales